



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA- IDP

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB

DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA

**O DIREITO DA LIBERDADE NA ERA DIGITAL: PARADIGMAS E PARADOXOS
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

BRASÍLIA

2024

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA

**O DIREITO DA LIBERDADE NA ERA DIGITAL: PARADIGMAS E PARADOXOS
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, sob a orientação do Professor Victor Oliveira Fernandes e coorientação do Professor Augusto Aguilar Calahorro.

BRASÍLIA

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

M538 Mendonça, Rachel Pinheiro de Andrade

O direito da liberdade na era digital: paradigmas e paradoxos à luz da Constituição / Rachel Pinheiro de Andrade. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2025.

231 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Victor Oliveira Fernandes

Coorientador: Prof^a. Dr^a. Augusto Aguilar Calahorro

Tese (Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Constitucionalismo. 2. Tecnologia da informação e da comunicação. 3. Liberdade. I. Título

CDDir 341.2

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA

**O DIREITO DA LIBERDADE NA ERA DIGITAL: PARADIGMAS E PARADOXOS
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, sob a orientação do Professor Victor Oliveira Fernandes e coorientação do Professor Augusto Aguilar Calahorro.

Brasília, _____ de _____ de 2024.

Banca Examinadora

Prof. Orientador: Victor Oliveira Fernandes

Prof. Coorientador: Augusto Aguilar Calahorro

Prof. Examinador: Ilton Norberto Nobl Filho

Profª. Examinadora: Paula Zambelli Salgado Brasil

Prof. Examinador: Eduardo Molan Gaban

Para Elvino, Júlia e Fernanda, meus grandes amores
A meus pais Luiz e Solange (in memoriam),
meus pilares e minhas referências

AGRADECIMENTOS

Essa tese de doutorado é muito mais que um conjunto de palavras ou ideias, ela reflete uma inquietude antiga de tornar-me doutora, de aprofundar o estudo do direito constitucional voltado a um momento da história - era digital - em que a transição paradigmática proporcionada pela tecnologia da informação acelera a fragmentação da eficácia dos direitos fundamentais relacionadas as liberdades humanas.

A nova agenda de pesquisa relativa ao constitucionalismo digital, ainda dando seus primeiros passos hoje no mundo, veio ao encontro do desejo que sempre tive de estudar esse tema, como o fiz no mestrado em direito público na Universidade de Brasília há vinte e cinco anos atrás.

Daí, minha imensa gratidão e admiração ao Prof. Ilton Norberto Robl Filho que, um quarto de século depois, despertou novamente em mim o interesse genuíno por esse tema. Nos dois cursos que ministrou no curso do doutorado – Direitos Fundamentais e Constitucionalismo Digital – ofereceu-me as ferramentas necessárias para que eu pudesse definir o tema de pesquisa relacionado ao direito da liberdade na era digital.

E, ainda, apresentou-me o Professor Francisco Balaguer Callejón e a Universidade de Granada, onde pude aprofundar os estudos e encantar-me ainda mais com a pesquisa que seria feita. Na Espanha, conheci Augusto Aguilar Calahorro, um professor espetacular que acolheu meu tema de pesquisa e deu instruiu-me para pavimentar o trabalho de pesquisa, tornando-se meu coorientador. Em Granada, renovei a admiração que sempre tive pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes que, desde o mestrado na Universidade de Brasília, é uma das grandes referências acadêmicas para mim. Lembro-me de como o achava inteligente e como suas aulas eram empolgantes e imperdíveis.

Também agradeço ao Professor Marcelo Neves, doutor pela Universidade de Bremen, pela participação na banca de qualificação e por todo o ensinamento, sobretudo, no curso sobre Jürgen Habermas ministrado na Universidade de Brasília. Sua genialidade e simplicidade de coração só fazem crescer a minha admiração e meu respeito. Ao Professor Ricardo Campos, docente na Universidade Goethe Universität Frankfurt/Main, cuja participação se deu na banca de qualificação, meu agradecimento porque seu livro -Metamorfoses do Direito Global - foi fundamental para a compreensão da extensão e da importância do meu tema.

Meu agradecimento mais que especial também vai ao Professor Victor Oliveira Fernandes por ter aceitado esse encargo e essa responsabilidade de ser meu orientador nessa

tese de doutorado e, dando-me liberdade, pude ser livre para escrever sobre a liberdade. Não engessou minha pesquisa, não tolheu minhas opiniões, não me impediu de alçar voo e, com doçura, deu orientações precisas para que o resultado pudesse ser apresentado a essa banca hoje.

Também agradeço a Professora Paula Zambelli Salgado, a quem tenho muita admiração por sua genialidade no magistério e ao Professor Eduardo Molan Gaban por terem aceitado o convite de participarem da minha arguição.

Agradeço ao Instituto de Pesquisa, Ensino e Desenvolvimento (IDP) por ter me proporcionado a realização desse sonho e toda a equipe de suporte, na pessoa de Ana Cristina Péres Victor. A profundidade do estudo, a qualidade do curso e as oportunidades dadas, como o estudo do tema do constitucionalismo digital junto a Universidade de Granada, foram decisivas.

Em casa, meu marido Elvino de Carvalho Mendonça e minhas filhas Júlia de Andrade Mendonça e Fernanda de Andrade Mendonça, foram gigantes em amor, em compreensão, em paciência, em abraços, em conselhos de força, determinação e paciência. Escutaram minhas ideias, opinaram sobre o trabalho que vinha sendo desenvolvido, compreenderam a minha ausência de mãe e esposa, me consolaram quando a culpa batia a minha porta. Ao Elvino, especialmente, minha gratidão por você existir e por me dar todo o apoio para seguir a vida acadêmica, desde o princípio de nosso casamento. Posso dizer que tenho o melhor marido e as melhores filhas do mundo.

Também agradeço a meus pais – Luiz e Solange (*in memoriam*) porque tudo fizeram para me dar “régua e compasso”. Onde estiverem, recebam o meu agradecimento, a minha saudade diária e o meu profundo amor.

Por fim, agradeço ao bondoso Deus por sua presença em nossas vidas, pela fé que nos alimenta, por ter nos dado sua mãe – Nossa Senhora da Penha – para cuidar de todos nós e permitir que todas as dificuldades fossem superadas para que eu pudesse concluir o Doutorado em Direito Constitucional.

A liberdade não tem essência, não está submetida a qualquer necessidade lógica; dela deve-se dizer o que Heidegger disse do Dasein em geral: “Nela, a existência precede e comanda a essência.”

Jean-Paul Sartre

RESUMO

A presente tese de doutorado analisa o direito da liberdade na era digital, abordando seus paradigmas e paradoxos à luz da Constituição Federal de 1988 no âmbito do estudo do constitucionalismo digital. Epistemologicamente, a transição paradigmática de uma vida analógica para uma vida digital vem trazendo significativas metamorfoses na identidade da estrutura das sociedades (do regime disciplinar, da sociedade do teatro, do *panopticon* para o regime da informação, da sociedade da vigilância, do *panspectron*). Economicamente, o capitalismo de vigilância fundado na economia de dados é o motor dessa metamorfose. As tecnologias da informação possibilitam que a própria informação se torne o produto do processo produtivo. O modelo de negócio das plataformas digitais - invisíveis, ávidas e opacas - funda-se na vigilância constante e ininterrupta dos comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos e, a partir da captação de uma grande quantidade de dados, violam as liberdades humanas, ferindo o direito à intimidade e à privacidade do ser humano. Ergue-se o paradoxo da liberdade, onde quanto mais se sente livre, mais aprisionado se está. Juridicamente, instaura-se uma crise no constitucionalismo brasileiro que exige da ciência do Direito não mais só uma função de normatização das relações sociais com vistas a sua pacificação, mas sobretudo, um papel ativo, dinâmico, reordenador e transformador. O substrato do princípio da liberdade ganha novas conformações e o papel do constitucionalismo digital ganha relevância na mesma velocidade com que as transformações digitais metamorfoseiam o mundo da vida analógica para o “mundo da vida” digital. A idealização de uma nova categoria de liberdade – *de e do* ser humano – exsurge como um bálsamo a crise do constitucionalismo brasileiro e, a partir disso, uma nova categoria da liberdade – de ser – e, novos direitos subjetivos como o direito à autodeterminação do futuro, a autodeterminação informativa, o direito a ter uma saída, o direito ao esquecimento e o direito à uma explicação precisam ser positivados de um modo eficaz e transnacional, alcançando todas as nações, assim como a rede mundial de computadores o faz. Urge pensar o futuro da liberdade e a liberdade do futuro e essa é uma das mais belas tarefas do constitucionalismo digital na pós-contemporaneidade.

Palavras-chave: LIBERDADE. TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. PARADIGMA. PARADOXO. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.

ABSTRACT

This doctoral thesis analyses the right to freedom in the digital era, addressing paradigms and paradoxes in light of the 1988 Federal Constitution within the scope of the study of digital constitutionalism. Epistemologically, the paradigmatic transition from an analogue life to a digital life has brought significant metamorfoses in the identify of the structure of societies (from the disciplinary regime, from the Theater Society, from the *panopticon* to the information regime, from the surveillance Society, *panspectron*). Economically, surveillance capitalism founded on the data economy is the engine of this metamorphosis. Information technologies enable informaton itself to become the product of the production process. The business model of digital plataforms – invisible, greedy and opaque – is based on constant and uninterrupted surveillance of human behaviors, thoughts and feelings and, from the capture of a large amount of data, violates human freedoms, violating the right to intimacy and privacy of human beings. The paradox of freedom arises, where the more free you feel, the more imprisoned you are. Legally, a crisis has arisen in brasilian constitutionalism that demands from the science of law no longer just a function of normalizing social relations with a view to their pacification, but above all, an active, dynamic, reordering and transformative role. The substrate of the principle of freedom gains new conformations and the role of digital

constitucionalism gains relevance at the same speed with which digital transformations metamorphose the analogue lifeworld into the digital “lifeworld”. The idealization of a new category of freedom – of and of the human being - emerges as a balm from the crisis of brazilian constitucionalism and, from this, a new category of freedom – of being – and new subjective rights such as the right to self-determination of the future, information self-determination, the right to have a way out, the right to be forgotten and the right to na explanation need to be asserted in an effective and transnational way, reaching all nations, just as the global computer network does. It is urgent to think about the future of freedom and the freedom of the future and this is one of the most beautiful tasks of digital constitucionalism in post-contemporary times.

Keywords: FREEDOM. INFORMATION TECHNOLOGY. PARADIGM. PARADOX. DIGITAL CONSTITUCIONALISM.

Sumário

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – A REVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NOS SUBSISTEMAS DA SOCIEDADE, DA ECONOMIA E DO DIREITO	16
PARTE I	19
1.1 A METAMORFOSE DO MUNDO: o subsistema da sociedade	19
1.1.1 A metamorfose da identidade das estruturas das sociedades	26
1.1.2 O conceito de mundo da vida.....	31
1.1.3 O impacto horizontal e vertical da tecnologia da informação nos subsistemas da economia, da sociedade e do direito	51
PARTE II	57
1.1 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: O SUBSISTEMA DA ECONOMIA.....	57
1.2.1 O conceito de capitalismo de vigilância	57
1.2.2 As externalidades negativas do capitalismo de vigilância	66
1.2.3 A crise da liberdade	72
PARTE III -	77
1.3 A METAMORFOSE DO DIREITO GLOBAL: o subsistema do direito	77
1.3.1 A complexidade crescente e indeterminada das sociedades e da economia	80
1.3.2 A função ativa e transformadora do direito	82
1.3.3 A crise do constitucionalismo e a fragmentação da força normativa das constituições analógicas	89
1.3.4 As novas fronteiras do direito constitucional: o constitucionalismo global.....	92
CAPÍTULO 2 - O DIREITO DA LIBERDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL ANALÓGICO	96
PARTE I	99
2.1 AS LIBERDADES NO DIREITO CONSTITUCIONAL ANALÓGICO	99
2.1.1 Liberdade é ser.....	99
2.1.2 Liberdade e identidade.....	102
2.1.3 Do breve registro histórico da liberdade	105
PARTE II	110
2.2 TIPOS DE LIBERDADES.....	110
2.2.1. Liberdade negativa.....	110
2.2.2 Liberdade positiva ou reflexiva	114
2.2.3 Liberdade social.....	119

2.3 NÚCLEO DAS LIBERDADES	126
2.3.1 Direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas na Constituição Federal de 1988	128
2.3.2 O exercício das liberdades na era analógica	147
CAPÍTULO 3 - O REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO À LIBERDADE NA ERA DIGITAL	
.....	152
PARTE I	152
3.1 AS LIBERDADES NO DIREITO CONSTITUCIONAL DIGITAL.....	152
3.2 A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS	154
3.3 A METAMORFOSE DOS BITS	156
3.4 O PARADOXO DA LIBERDADE NA ERA DIGITAL: SEU APRISIONAMENTO.....	159
3.4.1 As liberdades, a dignidade humana e a democracia.....	162
3.4.2 A Liberdade do futuro.....	163
3.4.4 O inconsciente digital: da transparência à invisibilidade.....	165
3.5 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E O PARADOXO DA LIBERDADE.....	168
PARTE II	172
3.6 LIBERDADE DE SER: UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA.....	172
3.6.1 O que é ser humano na era digital?.....	174
3.6.2 O direito à liberdade na era digital.....	177
3.6.3 A república digital e os perigos na era digital.....	180
3.7 A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DAS LIBERDADES NA ERA DIGITAL	189
PARTE III	192
3.8 AS LIBERDADES DA ERA DIGITAL E OS NOVOS DIREITOS SUBJETIVOS	192
3.8.1 Categoria da liberdade de ser.....	193
3.8.2 Espécies de liberdades na era digital	195
CONCLUSÃO	218
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	222

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 idealizada e promulgada em um mundo da vida analógico tem encontrado dificuldades para proteger as liberdades humanas, erigidas a categoria de direitos e garantias fundamentais (art. 5º) e protegidas por cláusula pétrea (art. 60, 4º, IV) em um mundo da vida metamorfoseado para uma estrutura digital, transnacional e globalizada, onde todas as fronteiras espaço-temporais estão sendo radical e rapidamente metamorfoseadas pela fluidez e pela liquidez com que os processos de comunicação e informação atingem os subsistemas da sociedade, da economia e do direito por meio de uma nova economia baseada em captura de dados denominada “capitalismo de vigilância”.

E, como não poderia deixar de ser, antes de se adentrar no princípio da liberdade no direito constitucional brasileiro propriamente dito e o seu (novo) substrato, fruto de uma metamorfose de um mundo da vida analógico para um mundo da vida digital, será fundamental analisar, do ponto de vista epistemológico, os subsistemas da sociedade (mundo da vida analógico e “mundo da vida” digital; globalizada), da economia (de dados; capitalismo de vigilância) e do direito (pós-contemporâneo, constitucionalismo digital).

Diante da magnitude dessa tarefa, será fundamental delimitar as fronteiras desta tese de doutoramento, cujo ponto central se constitui pela investigação de que tipo de categoria de liberdade, construção de novos direitos subjetivos e o modo de implementá-los precisará compor a ordem jurídica brasileira na era digital, a fim de contribuir para a superação da crise do constitucionalismo brasileiro na era do capitalismo de vigilância, a fim de aplacar a liberdade paradoxal.

Para dar cabo a essa atribuição, alguns conceitos centrais são importantes para a compreensão e alcance do objetivo proposto nessa tese de doutoramento, cuja descrição metodológica e acadêmica ocorrerá quando da análise de cada subsistema estudado. São eles: metamorfose, paradigma, subsistema, mundo da vida, capitalismo de vigilância, vida digital, plataformas digitais, algoritmos, *black boxes*, constitucionalismo digital, liberdade paradoxal.

A contextualização epistemológica em cada subsistema estudado – sociedade, economia e direito – será fundamental para se compreender o objetivo da tese de doutoramento que é o de investigar o futuro das liberdades humanas e como a ciência do Direito, no âmbito do constitucionalismo digital, poderá encontrar meios de tornar a proteger as liberdades do ser humano como princípio e fim do sistema, reencontrando o equilíbrio constitucional tão almejado.

Para isso, após se analisar os tipos, os núcleos e as espécies de liberdades previstas na Constituição de 1988, promulgada em momento onde o Brasil vivia em um mundo predominantemente analógico, será proposta uma nova categoria de liberdade erigida na era digital e os direitos subjetivos que se sugere sejam positivados, a fim de refrear a fragmentação do direito à liberdade na era digital.

O primeiro capítulo versará sobre a metamorfose do mundo por meio de uma transição paradigmática de um mundo da vida puramente analógico para um “mundo da vida” digital e como esse movimento epistemológico conduzido pela revolução da tecnologia da informação afeta diretamente os subsistemas da sociedade, da economia e do direito, de modo horizontal, vertical e simultâneo.

O primeiro capítulo está dividido em três partes.

A parte I trata do subsistema das sociedades. Nesta parte, estuda-se o impacto da tecnologia da informação na metamorfose na identidade da estrutura das sociedades, fazendo-se uma correlação entre as mudanças que ocorrem quando comparados o mundo da vida analógico, vivido por nativos analógicos e o “mundo da vida” digital. Nesse aspecto, serão abordadas as situações que acabaram levando a conformação das Constituições liberais democráticas ligadas ao estado-nação, com a proteção dos direitos e garantias fundamentais e a divisão entre os poderes, além de trazer as principais características de uma sociedade do *panopticon* e de uma sociedade do *panspectrum*.

A parte II trata do subsistema da economia e o destaque está no novo capitalismo de vigilância inaugurado a partir da implementação das tecnologias da informação em seus três níveis: (i) World Wide Web; (ii) equipamentos eletrônicos como celulares e computadores; (iii) redes sociais, cuja estruturação tem por base a utilização de algoritmos (inteligentes), *black boxes* e sistemas de governança que vigiam, captam, armazenam, classificam, precificam e alienam os dados (informações) com o objetivo de manipular e modular comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos em um grande mercado de superávit comportamental.

A parte III versa sobre o subsistema do direito. Nesta parte, a tese analisa os meios até aqui encontrados para a superação da crise do constitucionalismo brasileiro e da fragmentação da força normativa da Constituição de 1988 relacionados aos problemas surgidos na era da revolução da tecnologia da informação, por meio de formulações no âmbito do constitucionalismo digital e constitucionalismo global, identificando a função do direito não mais somente como normatizadora de conflitos sociais por meio da estabilização de

expectativas, mas também como força ativa, transformadora, dinâmica e viva para reordenar os conflitos sociais da era digital e ser capaz de responder aos desafios dos novos tempos, mantendo as liberdades humanas a salvo do abuso de poder econômico das plataformas digitais. Nesse item, serão trabalhados os conceitos de constitucionalismo digital, do constitucionalismo global e da liberdade paradoxal.

O segundo capítulo tem por objetivo central aprofundar o estudo do princípio da liberdade no direito constitucional analógico e sua conformação no âmbito da Constituição de 1988. O capítulo se inicia com a busca pela caracterização da liberdade.

O primeiro item do capítulo busca compreender o que é a liberdade e, antes de ser um princípio, um valor axiológico ou um direito subjetivo, a liberdade é existência, é núcleo, é gênese. A liberdade é ser e de tão cara a humanidade, em todas as nações e povos, ao longo dos tempos, vem sendo negociada em caso de escravidão, utilizada como temor para docilização dos corpos como sanção, fragmentada para obtenção de informações/dados para alienação no caso do mercado futuro de comportamentos.

O segundo item trata a liberdade como identidade, como constituição e individualização do ser e revela a interpretação que pode ser dada, de diferentes formas e modos, dependendo de cada período espaço-temporal, ressaltando os limites de seu exercício pela tolerância do antipluralismo. Após fazer um breve registro histórico sobre como a liberdade veio sendo entendida ao longo dos milênios, o capítulo dois passa a tratar dos tipos de liberdades: (i) negativa; (ii) positiva ou reflexiva; (iii) social e o modo como tais liberdades se relacionam e se limitam no contexto estado-nação/indivíduos e indivíduos entre si.

Na sequência, trata-se dos núcleos das liberdades “relacionando-o aos verbos “agir”, “pensar” e “manifestar-se” e, na sequência, analisa o direito à liberdade na era digital, enquanto direito e garantia individual e coletiva sob a perspectiva do artigo 5º da Constituição de 1988.

E, por fim, o item seguinte trata do exercício das liberdades na era analógica demonstrando que a sua eficácia horizontal exige não só a positivação de tais direitos subjetivos capazes de legitimação, como a existência de instituições com autoridade e poder coercitivo.

O terceiro e último capítulo trata do redimensionamento do direito à liberdade na era digital. Também se encontra dividido em duas partes.

O primeiro item aborda o direito à liberdade na era digital, os aspectos positivos e negativos da tecnologia da informação, a metamorfose dos bits e, por fim, trata do paradoxo da liberdade na era digital: o seu aprisionamento.

Para tratar do paradoxo da liberdade na era digital, foram abordados três itens, em separado. O primeiro sobre as liberdades, a dignidade humana e a democracia; o segundo, sobre a liberdade do futuro e o terceiro sobre o inconsciente digital, revelando os novos fenômenos da transparência e da invisibilidade que marcam a era digital.

A parte I trata mais detidamente do paradoxo da liberdade na era digital e inicia as proposições de um direito à liberdade no futuro, com as especificidades que lhe serão peculiares, diante da nova conformação epistemológica da identidade das sociedades.

A reflexão que é colocada nesse momento da história se refere a necessidade de elaboração de uma nova categoria de liberdade: a liberdade de ser humano, como um dos caminhos possíveis (embora, não totalizantes) para aplacar a fragmentação das liberdades humanas na era digital, além da positivação de novos direitos subjetivos, na medida em que a necessidade de criação de direito subjetivos se erige como uma necessária resposta pela ciência do direito à medida que as sociedades se modificam ou se metamorfoseiam.

E, para dar suporte a essa construção identitária, esse item tratou da pergunta: o que é ser humano na era digital? E, em seguida, abordou o surgimento das Cartas de Direitos Fundamentais Digitais ao redor do mundo e a idealização do constitucionalismo digital, não como um novo constitucionalismo ou um constitucionalismo diferente e aleatório, mas como uma transição em camadas dentro do mesmo direito constitucional que está sempre em fase de construção e aprimoramento.

Para dar cabo a esse intento, sugere-se a criação de espécies de direitos subjetivos relacionados as liberdades na era digital, como: (i) a liberdade de autodeterminação pessoal subdividida sob duas perspectivas de direitos subjetivos: autodeterminação do próprio futuro; autodeterminação informativa; (ii) a liberdade de desconectar-se, com o direito de se ter uma saída, um direito à desconexão e um direito à lentidão; (iii) a liberdade para esquecer, como direito ao esquecimento e, (iv) a liberdade para conhecer, como reflexo do direito a uma explicação.

Com essa conformação, a presente tese de doutoramento se debruça sobre o princípio da liberdade no direito constitucional brasileiro na era digital, analisando os seus paradigmas e os paradoxos para, ao final, oferecer um novo olhar de como a ciência do Direito e, mais especificamente, a Constituição de 1988 poderá aplacar a crise do constitucionalismo brasileiro e ser efetiva para tornar novamente íntegra a liberdade *de* e *do* ser humano como princípio e fim do sistema.

CAPÍTULO 1 – A REVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NOS SUBSISTEMAS DA SOCIEDADE, DA ECONOMIA E DO DIREITO

O presente capítulo encontra-se dividido em três partes.

A parte I trata da metamorfose do mundo e, mais especificamente, da metamorfose da identidade da estrutura das sociedades, adentrando no conceito de mundo da vida analógico (*panopticon*) e de “mundo da vida” digital (*panspectron*), além de abordar o impacto horizontal e vertical da tecnologia da informação nos subsistemas da economia, da sociedade e do direito, trazendo uma nova perspectiva de como a tecnologia da informação tem atuado em cada subsistema especificadamente.

Para efeitos didáticos e metodológicos, primeiro, tratar-se do impacto da tecnologia da informação nas sociedades e, após na economia. No entanto, registra-se que, no âmbito do recorte temporal e histórico proposto nessa tese – revolução do capitalismo industrial e revolução da tecnologia da informação-, o subsistema da economia tem sido precursor na mudança epistemológica das sociedades e, após essa identificação, surge a necessidade do direito em estabelecer regras para disciplinar o convívio em social e a pacificação social.

No âmbito da revolução do capitalismo industrial, o impacto da tecnologia se deu, de modo sequencial, primeiramente na economia, depois nas sociedade e, por fim, no direito, enquanto que na revolução do capitalismo de vigilância, verifica-se um impacto da tecnologia da informação de modo horizontal, vertical e simultâneo em todos os subsistemas – economia, sociedade e direito.

A parte II trata da metamorfose da economia por meio do capitalismo de vigilância caracterizado pelo novo modo de comercializar por meio digital (*e-commerce*). Fundado em modelos de governança corporativa das plataformas digitais, os algoritmos inteligentes, as inteligências artificiais generativas e as *black boxes* se consagram em instrumentos da própria tecnologia da informação que possibilitam a vigília e a reunião de todos os dados de cada ser humano que utiliza as redes de comunicação e informação.

Não é de se negar que a sociedade em rede – digitalizada e bitizada – trouxe inúmeros e incontáveis benefícios para a humanidade, agindo ora como um facilitador, como é o caso da disponibilização de meios rápidos de comunicação, informação e integração à nível global, ora como um acelerador, um suporte, para o desenvolvimento mais rápido e mais eficaz não só da sociedade, como da própria pesquisa científica e tecnológica.

O destaque da externalidade negativa vai para a dataficação dos dados captados em rede e o modo como tem sido utilizada em desfavor dos próprios seres humanos em claro prejuízo à integridade de suas liberdades, intimidade e privacidade e, tanto pior, colocando essa violação aos direitos fundamentais como modelo de governança corporativa para a captação desses mesmos dados em um mercado de superávit comportamental. A “morte” do discurso e a “morte” das liberdades ganham um destaque para essa segunda parte do primeiro capítulo.

O impacto dessa prática mercadológica na vida digital é sentido diretamente pelas Constituições dos países diante da fragmentação de sua força normativa, o que tem gerado as nações uma dedicação ao tema e um estudo mais aprofundado de como se poderá refrear a avalanche do abuso de poder das plataformas digitais.

Nessa segunda parte, os conceitos de capitalismo de vigilância, plataformas digitais, algoritmos inteligentes, inteligência artificial e *black boxes* serão metodologicamente apresentados.

A terceira parte adentra na análise do subsistema do direito e a metamorfose do direito global sobre a Constituição Federal do Brasil de 1988, tendo em vista que exigirá um redimensionamento do papel da Constituição Federal de 1988 e do constitucionalismo brasileiro na proteção das liberdades humanas. A este respeito, é importante registrar o que leciona Marcelo Neves sobre o conceito de constituição em sentido moderno e o “constitucionalismo como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários do século XVIII”¹.

O autor alerta que:

[a] partir do final do século passado, constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de países os mais diferentes, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais.²

A metamorfose da identidade das estruturas da sociedade por meio da tecnologia da informação abala a estrutura constitucional e o constitucionalismo, tal qual se conhece hoje, sobretudo em um mundo globalizado e interconectado, onde as próprias dimensões espaço-temporais ganham novos contornos.

¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 53.

² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XIX.

E não é porque se fala em crise que somente coisas negativas podem dela advir. A crise é a externalidade da ruptura e a ruptura é o motor da própria transição paradigmática. Se não há como congelar o mundo da vida e se as próprias transformações sociais decorrem dos avanços científicos e tecnológicos que são contínuos, a conclusão que não é nova é a de que o mundo não pára, é dinâmico, é vital e está em constante transformação.

E essa constante evolução também se aplica a ciência do direito, às próprias constituições e a própria compreensão da conformação do estado-nação como se conhece hoje que naturalmente podem adquirir novos arcabouços e, até metamorfoses, conforme seja a necessidade do grau de *enforcement* que será exigido para reordenar o estado das coisas e tornar a proteger as liberdades humanas como princípio e fim do sistema.

Nesse capítulo são abordadas as definições de constitucionalismo digital, de constitucionalismo global (transconstitucionalismo) e de Estado em rede transnacional. Desse modo, a ciência do direito, dentro do seu próprio subsistema, também recebe os impactos de toda essa transição paradigmática, de modo vertical, horizontal e simultâneo, tudo indicando que é necessária a constituição de novos conceitos, limites, abrangências e conformações, a partir do exurgir dos fenômenos da transnacionalização e da privatização do político.³

O que é diferente e o que já se afigura como positivo é o fato de que o papel do subsistema do direito nessa roda gigante deverá ter muito maior expressão e potencialidade e não se limitará tão somente a normatizar os fatos sociais para proporcionar melhores condições de vida em comunidade, como simples estabilizador de expectativas. Ao contrário, o que se defende é que terá um papel ativo e transformador para auxiliar no controle dos abusos de posição dominante das plataformas digitais, novamente, resguardando as liberdades *de* e *do* ser humano como prioridade no ordenamento jurídico.

Mas, para isso, muitas coisas precisam mudar. Sobre essas metamorfoses e mudanças sobre o princípio da liberdade na Constituição de 1988 é que girará o objeto dessa tese de doutoramento.

³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização**. 2.ed. São Paulo: Saraiv Educação, 2020, p. 42.

PARTE I

1.1 A METAMORFOSE DO MUNDO: o subsistema da sociedade

Diante do avanço das novas tecnologias da informação “[v]ivemos em um mundo em que não está apenas mudando, mas está se metamorfoseando”⁴ e essa transmutação tem alvejado diretamente a eficácia da Constituição de 1988, na medida em que já não está mais sendo suficientemente capaz de proteger as liberdades humanas, notadamente, a intimidade e a privacidade, como um direito e uma garantia constitucional, tal como foi idealizada originalmente em um mundo da vida analógico, erigindo-se uma crise no constitucionalismo moderno.

A esse respeito, Augusto Aguilar Calahorro pontua que:

Encontramo-nos num momento histórico de reconstrução da ordem global. O Estado-nação e as estruturas políticas e sociais criadas desde o Tratado de Vestfália tornaram-se obsoletos em poucas décadas devido ao avanço das novas tecnologias da informação.⁵

Para compreender a implicação da transição paradigmática que ocorre no mundo globalizado e seus impactos diretos na higidez e na eficácia da Constituição Federal brasileira, alguns conceitos precisam estar definidos.

O primeiro deles é o de metamorfose. O que significa “metamorfose” do mundo?

Ulrich Beck diferencia “mudança” de “metamorfose” e leciona que:

[m]udança implica que algumas coisas mudam, porém outras permanecem iguais – o capitalismo muda, mas alguns aspectos do capitalismo continuam como sempre foram. A metamorfose implica uma transformação muito mais radical, em que velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge.⁶

Ao questionar em que mundo os seres humanos estão vivendo, Ulrich Beck afirma, categoricamente, que estão vivendo “na metamorfose do mundo”⁷ e adverte que tal conceito

⁴ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

⁵ CALAHORRO, Augusto Aguilar. Valores constitucionales y sociedad digital. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v.49, nº 152, Junho, 2022. Tradução livre do trecho: [n]os encontramos em un momento histórico de reconstrucción del orden global. El estado nación y las estructuras políticas y sociales creadas desde el Tratado de Westfália han quedado obsoletas em pocas décadas por el avance de las nuevas tecnologías de la información.

⁶ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

⁷ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 17.

ainda deve ser manipulado cautelosamente e entre aspas, uma vez que ainda carrega consigo todas as marcas distintivas de um corpo estranho⁸. No entanto, pelas palavras de Edoardo Celeste, “[o] que se sabe até aqui é o fato de que “a tecnologia digital afetou o relativo equilíbrio do sistema constitucional”⁹.

Nessa altura da transição paradigmática, já se sabe que o mundo não é mais majoritariamente “analógico” regido por uma estrutura atomizada, mas ainda também não se sabe o quão longe e o quão veloz será a transição para um mundo preponderantemente regido por códigos binários, assim como não há qualquer certeza sobre o tempo em que o mundo experimentará e vivenciará essa dupla perspectiva – analógica-digital e, sequer se sabe em quanto tempo o mundo caminhará para uma realidade social puramente digital.

Estar em meio a uma “metamorfose” significa estar diante do desconhecido, do inusitado, da incerteza, do inseguro, da sensação de “não estar bem”, do ponto de vista da metamorfose kafkiana¹⁰. Significa estar vivenciando a transição de um paradigma.

O segundo conceito relevante é o de paradigma que, segundo Thomas Kuhn, se caracteriza por “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”¹¹. E, sobre esse conceito, registra-se que não obstante tenha o pesquisador referenciado o paradigma com enfoque para a revolução científica, o que se busca extrair do seu conceito, é justamente a noção de mudança do estado das coisas, o que também pode ocorrer pela revolução tecnológica e, portanto, seu conceito e os seus efeitos também podem se aplicar a revolução tecnológica da era digital.

Segundo Thomas Kuhn,

[o] período pré-paradigmático, em particular, é regularmente marcado por debates frequentes e profundos a respeito dos métodos, problemas e padrões de solução legítimos – embora esses debates sirvam mais para definir escolas do que para produzir um acordo.¹²

⁸ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16.

⁹CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.

¹⁰ KAFKA, Franz. **A metamorfose**. Tradução de Modesto Carone. 42ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 18. “Quando certa manhã Gregor Samsa acordou de sonhos intranquilos, encontrou-se em sua cama metamorfoseado”.

¹¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 13.

¹²KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 73.

E, em razão disso, as transições paradigmáticas não podem ser consideradas “eventos isolados, mas episódios prolongados, dotados de uma estrutura que reaparece regularmente” e é sempre constituída por um fenômeno complexo, “que envolve o reconhecimento tanto da *existência de algo*, como de sua *natureza*”.¹³

Para Roberto A. R. de Aguiar,

[o]s paradigmas, como toda produção social, vão se transformando no decorrer da história, vão sofrendo rupturas e, a partir de novas experiências humanas e de novos problemas que emergem, são contestados, modificados ou abandonados e substituídos por outros mais adequados às novas demandas do mundo.¹⁴

Sobre o período de transição, Thomas Kuhn leciona que:

[a] descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se, então, uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado.¹⁵

Trazendo tal ensinamento para a realidade da era digital, identifica-se que nessas duas primeiras décadas do século XXI, o mundo experimenta a fase de tomar consciência de que o antigo paradigma já não atende mais as expectativas da ciência normal e alguns filósofos, sociólogos e juristas já investigam o impacto dessa transição paradigmática para a higidez das constituições, já despontando estudos sobre o surgimento de novas especializações do Direito Constitucional denominadas constitucionalismo digital e constitucionalismo global (transconstitucionalismo).

Por hora, o que se pode dizer é que esses estudos, ainda em sua fase inicial estão muito relacionados a dois fenômenos em específico – o constitucionalismo e a digitalização – e se expressam como “formulações contemporâneas que visam explicar as mudanças no funcionamento dos poderes e sistemas normativos que ultrapassem ou sobreponham o estado-nação e seus limites territoriais.”¹⁶

¹³ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 81.

¹⁴ AGUIAR, Roberto A. de R. **Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas**. Brasília, Letraviva, 2000, p. 37.

¹⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 78.

¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 4, 2022, pp. 2648-2689.

Nas palavras de Francisco Balaguer Callejón, há uma dupla perspectiva para a reconstrução da ordem constitucional que requer não só uma “digitalização da Constituição, mas também uma constitucionalização da tecnologia, incluindo a inteligência artificial, que a coloque a serviço da sociedade e controle os interesses económicos das grandes empresas”¹⁷.

E, embora haja uma diversidade de tratamentos sobre a expressão constitucionalismo digital e, cientificamente, se saiba que ainda há muita pesquisa, elaboração teórica e métodos e padrões científicos a serem construídos e, portanto, nessa quadra da história ainda seja um conceito impreciso, de valor epistêmico enfraquecido¹⁸, o tempo e o esforço coletivo e multidisciplinar de várias ciências farão com que o constitucionalismo digital possa ser entendido como a vanguarda na proteção das liberdades humanas.

O modo como se processará, seja como um conjunto de princípios e valores que informam as respostas¹⁹ ou se trata soluções efetivas para mapear a resposta constitucional frente aos desafios da tecnologia digital, só o tempo dirá.

Prossegue o autor entendendo que o constitucionalismo digital é uma “ideologia que visa estabelecer e garantir a existência de um quadro normativo para a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre os poderes no âmbito digital (princípios e valores)”²⁰.

Já para a constitucionalização do ambiente digital, entende se tratar de “um processo de produção de contramedidas normativas vis-à-vis à alteração do equilíbrio relativo do ecossistema constitucional produzido pela tecnologia digital, com uma dimensão nacional e outra transnacional”²¹.

No entanto, conquanto seja lenta a transição dos paradigmas lastreados em suas revoluções científicas e tecnológicas, se entende que esse é o caminho natural de toda e qualquer transição paradigmática, pois sempre ressurgem o mesmo questionamento em situações análogas a atual, qual seja:

¹⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2022, p. 44. Tradução livre: digitalización de la Constitución, sino también de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías.

¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 4, 2022, pp. 2648-2689.

¹⁹ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul/dez, 2021.

²⁰ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul/dez, 2021.

²¹ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul/dez, 2021.

“Que espaço temporal e que áreas seriam necessárias identificar para que a sociologia (ou simplesmente um observador) pudesse afirmar que uma sociedade havia se tornado um sistema diferente?²² ou, ainda, “[q]uantas mudanças foram necessárias identificar para que cada observador concordasse que a velha sociedade tinha estruturas que não mais operavam ou surgiam na nova sociedade?”²³.

Diante de tais questionamentos, o que se pode dizer do constitucionalismo digital é que ainda é um conceito em construção e, nesse momento da história, ainda não se sabe se o constitucionalismo digital será um ramo dentro do constitucionalismo tradicional ou se, com o passar do tempo, o constitucionalismo digital, social, também chamado por Marcelo Neves de transconstitucionalismo com todas as teorias, métodos e padrões científicos que serão criados e adaptados para uma nova realidade digital, acabará por absorver e, de fato, substituir o constitucionalismo tradicional.

Acredita-se que o constitucionalismo digital se incorporará ao direito constitucional tradicional e fará parte do conjunto de soluções necessárias a fim de proteger as liberdades humanas do abuso causado pelas plataformas digitais por meio da tecnologia da informação.

Pelo fato de a pesquisa científica ainda tatear sobre essa nova “ideologia que adapta os valores do constitucionalismo contemporâneo à sociedade digitalizada”²⁴, essa tese de doutoramento se limitará, nesse item, a analisar a correlação entre dois conceitos básicos: “metamorfose do mundo” e “transição paradigmática”.

Isso porque “quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo. Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seus olhares em novas direções”²⁵. Registre-se, por oportuno, que toda metamorfose do mundo ocorre por meio de uma transição paradigmática, mas nem toda transição paradigmática se caracteriza em uma metamorfose do mundo.

²² LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría dos sistemas**. México: Unniversidade Iberoamericana A.C. 1ª reimpressão, 2002, p. 29. Tradução livre: *¿Qué espacio temporal y que câmbios era necessário identificar para que la sociologia (o simplemente un observador) pudieran afirmar que una sociedade había pasado a ser un sistema distinto?*

²³ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría dos sistemas**. México: Unniversidade Iberoamericana A.C. 1ª reimpressão, 2002, p. 29. Tradução livre: *¿Cuantos cambios era necessário identificar para que todo observador coincidiera em assentir que la sociedade antigua había tenido unas estructuras que ya no operaban ni emergían em la nueva sociedad?*

²⁴ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019a.

²⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 145.

Também importante salientar que a era digital vem marcada por uma verdadeira metamorfose do mundo, uma transição paradigmática de grande extensão que já tem afetado a eficácia da Constituição Federal de 1988 para a proteção das liberdades humanas, erigidas à condição de direitos e garantias fundamentais.

E esse movimento não é exclusivo da Constituição Federal brasileira. Francisco Balaguer Callejón registra “a existência de certa incompatibilidade lógica entre os algoritmos e o aspecto processual do direito, como processo público, plural e participativo”²⁶.

Isso porque “O mundo digital é um território desconhecido e cheio de dificuldades para a Constituição”²⁷ e esse fato ocorre “[n]ão só porque o formato mudou e suas faixas de leitura não se adaptam às equipes, mas porque os fatores de poder do mundo digital não estão de acordo com as disposições constitucionais”²⁸.

Para compreender o tema dessa tese de doutoramento, é preciso, portanto, estabelecer o alcance da extensão dessa metamorfose, dessa transição paradigmática, cujo foco está centrado na alteração do *standard* da “informação” em diversos aspectos:

- (i) como objeto da própria pesquisa e desenvolvimento tecnológico que direciona seus esforços para a destruição criativa de novos produtos tecnológicos em diversas modalidades e direções, tendo a informação como o “core” do processo produtivo e sempre com o objetivo de proporcionar o aumento gradativo e a dependência entre homens e máquinas;
- (ii) no próprio processo produtivo inaugurando uma nova fase do capitalismo (de vigilância);
- (iii) no autorreconhecimento e aceitação pela humanidade do novo modo de vida digital;
- (iv) da expansão da comunicação e do uso da linguagem da humanidade, sob novas dimensões espaciais e temporais, proporcionadas pelos meios tecnológicos que vão desde a criação de aparelhos eletrônicos como celulares, computadores, tablets,

²⁶ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2022, p. 39. Tradução livre: La existencia de una cierta incompatibilidad lógica entre los algoritmos y la vertiente procesal del derecho, como proceso público, plural y participativo..

²⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2022, p. 44. Tradução livre: [e]l mundo digital es un territorio ignoto y lleno de dificultades para la Constitución.

²⁸ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2022, p. 44. Tradução livre: [n]o lo es solo porque el formato haya cambiado y sus pistas de lectura y no se adaptan a los equipos, sino porque los factores de poder del mundo digital no se ajustan a las previsiones constitucionales. .

passando pela criação e implantação da internet como liame fundamental para permitir a conexão entre os aparelhos eletrônicos e o centro de processamento das informações e chegando até as redes sociais que são o engajamento necessário para que os seres humanos transmitam as suas informações pessoais (gostos, ações, preferências políticas etc) para o mesmo centro de processamento das informações que têm a capacidade de induzir, manipular e modular comportamentos e pensamentos dos seres humanos.

E é com base nessa transição paradigmática que Manuel Castells, na virada do milênio, já identificava que “não se trata mais de informação para ser inserida nas tecnologias, mas de tecnologias para tratarem das informações²⁹. As informações convertidas em dados passaram a ser o novo petróleo da era digital e são, inequivocamente, o motor da metamorfose da identidade das estruturas das sociedades.

Assim, leciona o Professor Francisco Balaguer Callejón: No entanto, esses direitos continuam existindo no texto das constituições e são violados todos os dias, a cada hora e a cada minuto pelas empresas de tecnologia em sua tarefa de extrair o petróleo do século 21: os dados³⁰. Também segundo Shoshana Zuboff, “dados’ são a matéria-prima necessária para novos processos de manufatura do capitalismo de vigilância³¹.

Desse modo, passa-se a analisar, de modo mais detido, como essa metamorfose vem atingindo a identidade das estruturas das sociedades e como ocorre o impacto horizontal e vertical da tecnologia da informação nos subsistemas da sociedade, da economia e do direito, considerando os dois períodos que estão sendo analisados – a revolução (capitalismo) industrial e a revolução (capitalismo) digital, de modo a verificar como a humanidade experimenta a transição de um mundo da vida analógico para um mundo da vida digital.

²⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. – (A era da informação: economia, sociedade e cultura)**. V.1 São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 78.

³⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 48. Tradução livre: Sin embargo, estos derechos siguen existiendo em el texto de las constituciones y son lesionados cada día, cada hora y cada minuto por las compañías tecnológicas en su tarea de extraer el petróleo del siglo XXI: los datos.

³¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 82.

1.1.1 A metamorfose da identidade das estruturas das sociedades

As tecnologias digitais têm transformado a tudo e a todos.

Para abordar a metamorfose da identidade das estruturas das sociedades, é fundamental esclarecer que essa expressão “identidade das estruturas das sociedades” foi cunhada por Niklas Luhmann na obra *Introdução aos sistemas sociais*, onde o autor trata da diferença entre as sociedades tradicionais e as sociedades modernas e inclui esse olhar do ponto de vista de um observador interno, ao aduzir que:

[a] sociologia não possui um critério de delimitação com essas características. Os critérios de preservação da identidade de um sistema social não podem ser descritos (como é conhecido atualmente) por um observador externo, mas devem ser uma operação decorrente de dentro do sistema. Um sistema social deve decidir por si mesmo se, ao longo de sua história, suas estruturas mudaram tanto que não são mais as mesmas³².

E, prossegue, aduzindo que:

[d]evido a essa modificação decisiva na abordagem teórica, é possível verificar com suficiente visibilidade porque na sociologia dos anos cinquenta e início dos anos sessenta a diferença entre sociedades tradicionais e modernas era tão relevante. Nessa divisão estava em jogo o problema da identidade das estruturas da sociedade³³.

Para tratar do impacto da tecnologia da informação na higidez da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, do deslocamento do eixo das liberdades concebidas nas Constituições promulgadas em tempos majoritariamente analógicos e o redimensionamento dessas liberdades nas Constituições vigentes no período digital, necessário se faz apresentar o contexto histórico-cultural-tecnológico que circunda o século XXI e como a tecnologia da

³² LUHMANN, Niklas **Introducción a la Teoría de Sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 29. Tradução livre: La sociología no posee un criterio de delimitación con esas características. Los criterios de la conservación de la identidad de un sistema social no pueden ser descritos (como se sabe actualmente) por un observador externo, sino que esto debe ser una operación que surja desde el interior del sistema. Un sistema social debe decidir por sí mismo, si en el curso de su historia sus estructuras han cambiado tanto que él ya no es el mismo.

³³ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 29. Tradução livre: Debido a esta modificación tan decisiva en el planteamiento teórico, se puede constatar con suficiente visibilidad por qué en la sociología de los años cincuenta y principios de los sesenta la diferencia entre sociedades tradicionales y modernas fue tan relevante. En esa división estaba en juego el problema de la identidad de las estructuras de la sociedad.

informação atinge horizontal e verticalmente os subsistemas das sociedades, da economia e do direito, promovendo uma verdadeira metamorfose do mundo, em todos os seus aspectos.

É fato que “a digitalização do mundo avança, implacável e submete a uma mudança radical nossa percepção, nossa relação com o mundo, nossa convivência. Ficamos atordoados pela embriaguez de comunicação e informação”³⁴ e, vivenciando a constante transformação do mundo, especialmente a que ocorreu na última década do século XX e está ocorrendo nas primeiras duas décadas do século XXI, o observador interno vem identificando que a humanidade vive um momento de transição do período pré-paradigmático para o pós-paradigmático com a inclusão de um novo modo de viver paralelo ao mundo analógico – o digital - e, inegavelmente, testemunha uma metamorfose, “um ponto de descontinuidade histórica, onde os produtos das novas indústrias de tecnologia da informação são dispositivos de informação ou do próprio processamento da informação”³⁵.

Com o advento desse novo paradigma – tecnologia da informação-, o século XXI registra um mundo que está louco³⁶, perplexo, atônito, em crise, procurando entender não só a mudança das sociedades, mas a sua própria metamorfose.

Considerando que “o mundo é uma engrenagem em constante reparo”³⁷ e que “a única constante da história é que tudo muda”³⁸, a alteração do standard da “informação” capitaneados pela inteligência artificial e pela utilização massiva dos algoritmos e suas “*black boxes*” com sua opacidade e falta de transparência³⁹ têm sido os motores propulsores da metamorfose da identidade das estruturas das sociedades que, de um modo abrupto, tem atingido a todos os círculos sistêmicos, além de atingir diretamente as noções de tempo e espaço, na medida em que essas não são só mais um instrumento catalisador das mudanças e metamorfoses, mas também, objeto da própria metamorfose pós-contemporânea.

³⁴ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Tradução de Gabriel S. Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 25.

³⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. v.1, 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.87.

³⁶ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. – 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. II.

³⁷ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução de Gilda G. Azevedo. São Paulo: Freitas Bastos, 1947, p.12.

³⁸ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução: Paulo Geiger. 20ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 75.

³⁹Black boxes: é o termo é muito utilizado junto aos algoritmos com o sentido de que “não há como saber o que exatamente é aprendido e como se apreende, ou seja, não é possível ver o conteúdo das camadas, somente a conclusão. Disponível em <https://www.supero.com.br/blog/black-box-problem-um-novo-desafio-para-a-inteligencia-artificial/> em 01/10/2023.

E, sobre sistemas e círculos sistêmicos, oportuna é a lição de Niklas Luhmann referenciando-se a teoria de Talcott Parsons aduzindo que o sistema se repete dentro de si mesmo e é resultado de quatro funções conhecidas como AGIL: Adaptação, Cumprimento de metas, Integração e Manutenção de padrões latentes⁴⁰ sendo o terceiro conceito que precisa ser esclarecido do ponto de vista metodológico.

Prossegue lecionando que “[u]m sistema surge na medida em que consegue preencher todas as variáveis relacionadas à ação, ou seja, repetir dentro de si as possibilidades de combinar os quatro quadrados gerais”⁴¹.

E, no âmbito da teoria dos sistemas, importante chamar à atenção para entendimento de Niklas Luhmann a respeito do conceito de sociedade. Ricardo Campos, ao tratar sobre o mundo (e a sociedade) da Teoria dos Sistemas contextualiza a diferença de compreensões sobre o mundo da vida por Niklas Luhmann, Talcott Parsons, Immanuel Wallerstein e George Schwarzenberger dizendo que:

Luhmann se diferencia do funcionalismo normativo da Parsons ao decidir, já nos anos 70, confiar em um modelo que difere conceitualmente da noção de integração de Parsons. Por trás desta decisão conceitual, o ponto de partida concreto é a afirmação da hipótese da existência de uma sociedade global independente de qualquer fundamento normativo. Além disso, ao contrário de Wallerstein, Luhmann não quer equiparar o conceito de sociedade com o conceito de economia mundial capitalista, assim como, ao contrário de Schwarzenberger, quer evitar que o conceito de sociedade seja sobreposto por um conceito de poder⁴².

Prossegue Ricardo Campos dizendo que

Luhmann compreende o conceito de sociedade a partir de uma perspectiva teórica de diferenciação como um sistema social que abrange a sociedade mundial, no qual existiriam diversos contextos de comunicação policontextual de subsistemas diferenciados.⁴³

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 35. Tradução livre: Adaptation, Goal Attainment, Integration, Latent Pattern Maintenance.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 36. Tradução livre: un sistema emerge en la medida en que pueda llenar todas las variables relativas a la acción, es decir, repetir dentro de sí mismo las posibilidades de combinación de las cuatro casillas generales..

⁴² CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Editora contracorrente, 2023, p. 63.

⁴³ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Editora contracorrente, 2023, p.62/63.

Ricardo Campos prossegue lecionando que para Niklas Luhmann a sociedade é:

como um dever do horizonte mundial; a sociedade mundial é um sistema social que se inclui a si mesma e, de acordo com a teoria dos sistemas, a condição para o surgimento das estruturas sociais mundiais está no princípio da acessibilidade comunicativa global, que traz a interconexão do global e do local em atos comunicativos. Nesse sentido, a sociedade mundial é a unidade de todas as comunicações que são acessíveis umas às outras.⁴⁴

Desse modo, para abraçar a complexidade desse novo mundo cosmopolizado e suas transformações na ordem social – sociedade em rede e do capitalismo de vigilância inserido em uma economia de dados, onde a informação é o produto mais valioso na pós-contemporaneidade-, é necessário que a humanidade se projete para fora da caverna e que esteja apta a compreender as sombras e os espelhamentos que ocorrem tanto dentro como fora desta, dando-lhes o correto significado.

É necessário que os juristas estejam dispostos a sair do platonismo constitucional, da <caverna constitucional>⁴⁵, já que nessa quadra da história desconsiderar as metamorfoses da realidade social e os impactos que produzem para a eficácia do direito constitucional e, em detido aspecto, para a proteção das liberdades, enquanto direitos e garantias fundamentais, não é mais uma opção, mas uma verdadeira necessidade.

Carlos de Cabo Martín em sua teoria do Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico alerta para o fato de que “(...)Há momentos em que essa realidade experimenta mudanças tão rápidas e profundas que parece que a distância entre o sujeito que conhece e o objeto a ser conhecido tornou-se, definitivamente, intransponível”⁴⁶.

E, prossegue, expressando que:

Estar-se-ia numa espécie de platonismo constitucional, no sentido de que o que é tomado como realidade são apenas as sombras que são percebidas de dentro dessa – suposta – <caverna constitucional>, como um discurso ultrapassado em relação ao que está acontecendo na realidade e, consequentemente, ao que está em jogo. Assim, observa-se uma evidente <

⁴⁴ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Editora contracorrente, 2023, p. 64/65.

⁴⁵ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 10.

⁴⁶ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 10. Tradução livre: hay momentos em los que esa realidad experimenta unos cambios tan rápidos y profundos que parece que la distancia entre sujeto que conoce y objeto que se trata de conocer se há vuelto, definitivamente, insuperable.

constitucional > no sentido de exaustão, de fornecer sempre as mesmas respostas construídas com os mesmos instrumentos técnico-mecânicos⁴⁷.

Desse modo, a crise do constitucionalismo brasileiro passa diante dos olhos dos juristas e estudiosos do direito, sem que grande parte deles consigam perceber a dimensão da metamorfose por que passa a sociedade brasileira nessas duas primeiras décadas do século XXI e o impacto desta na própria eficácia na Constituição brasileira.

E, para expressar o real sentimento da crise do constitucionalismo, Carlos de Cabo Martín, parafraseando Lezama Lima, menciona os “dias egípcios” salientando que: - constitucionalmente- <dias egípcios> são vividos, no sentido de que <o que está morto é manchado e os parentes continuam trazendo comida e perfumes para continuar acreditando em uma existência petrificada. Mas preservar os mortos, embalsamando-os e perfumando-os, é o primeiro obstáculo à ressurreição⁴⁸.

Desse modo, o primeiro passo para encontrar o fio de Ariadne no labirinto de Minus é estar aberto para compreender as novas divisas de pensamentos e ações, em um planeta globalizado com fronteiras líquidas e flexíveis que precisam se (re)inventar, girando em torno de novas estrelas fixas do “mundo” e da “humanidade”⁴⁹, adentrando, pois, em novos estágios de mudanças e metamorfoses.

Também será preciso conhecer os novos fatores reais de poder e como se inseriram do ponto de vista sociocultural nas sociedades à nível global, atingindo não só mais horizontalmente os subsistemas—sociedade-economia-direito – mas, enraizando-se em cada um desses de modo verticalizado, simultâneo e incontornável. É, pois, preciso sair do estado de entorpecimento e perceber as metamorfoses que vêm ocorrendo na sociedade brasileira com o advento da tecnologia da informação.

⁴⁷ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 10. Tradução livre: Se estaría en una especie de platonismo constitucional, en el sentido de que lo que se toma por realidad son solo las sombras que se perciben desde el interior de esa – supuesta - <caverna constitucional>, com um discurso desfocado respecto de lo que em la realidade ocorre y, em consecuencia, de lo que está em juego. Se observa asíun evidente <cansancui constitucional > em el sentido de agotamiento, de proporcionar siempre las mismas respuestas construídas com el mismo instrumental técnico-mecánico, *una especie de <fordismo constitucional>*.

⁴⁸ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 10. Tradução livre: “- constitucionalmente- vivemos <dias egípcios>, no sentido de que <o que está morto é embalado e os familiares continuam trazendo amigos e perfumes para continuarem acreditando numa existência petrificada. Mas, preservar os mortos, embalsamá-los e perfumá-los é o primeiro obstáculo à ressurreição.”

⁴⁹ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. *Op. Cit.*, p. 20.

E, nesse caleidoscópio sem lógica, após todas essas investigações, será fundamental compreender quais pilares da Constituição Federal de 1988 precisarão ser restaurados para que permaneça cumprindo o seu papel, ou seja, norma hipotética fundamental pressuposta que serve de fundamento de validade de si mesma e que possa permanecer garantindo as liberdades, de modo aberto e plural nessa nova era digital e se haverá necessidade de se constituir novos regramentos à nível mundial como o Estado em Rede que avançaria por meio do “pensamento a partir das redes” como uma unidade colectiva sem centro e sem topo, e mesmo que existisse um centro de rede, seria apenas *primus inter partes*”⁵⁰.

Afinal, nessa quadra da história, parafraseando Albert Camus, “[o] que interessa neste momento é fugir à engrenagem, saber se o inevitável pode ter uma saída”⁵¹.

1.1.2 O conceito de mundo da vida

O quarto conceito que precisa estar bem definido é o de mundo da vida (*Lebenswelt*). O conceito originário de “mundo da vida” ou “mundo vivido” de Edmond Husserl foi um dos mais utilizados na tradição fenomenológica em diferentes sentidos e contextos por diversos filósofos.

Diante dessa diversidade de visões sobre o mesmo conceito, para efeitos metodológicos, utiliza-se o conceito de “mundo da vida” sob a concepção husserliana, ou seja, entende-se o mundo da vida como a experiência e o conjunto coerente de vivências pré-científicas.

Edmund Husserl definiu o conceito de mundo da vida como:

[o] seu mundo efetivamente intuído, efetivamente experiencial e experiencial, no qual na prática toda a nossa vida está em jogo, permanece como o que é, em sua própria estrutura essencial, em seu próprio estilo causal concreto, no que fazemos sem arte ou com arte⁵².

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 26.

⁵¹ CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Tradução de Valerie Rumjanek. 41. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p.113.

⁵² HUSSERL, Edmund. **La crisis de las ciencias europeas y la fenomenologia transcendental**. Traducción y estudio preliminar: Julia V. Iribarne. Argentina: Prometeo Libros, 2008, p. 93/94. Tradução livre: [e]ste mundo efectivamente intuído, efectivamente experienciado y experienciable, en el que en la práctica se juega toda nuestra vida, permanece como el que es, en su propia estructura esencial, em su propio estilo causal concreto, en lo que hagamos sin arte o con arte.

O conceito, pois, de mundo permanentemente dado como efetivo na nossa vida concreta”⁵³, se contrapõe à concepção de mundo científico, no qual a realidade é detida a partir dos pressupostos da ciência em si, envolto entre pressupostos e orientações de métodos oriundos da própria metodologia científica. Destoam, portanto, as visões de mundo da vida quando analisados sob a perspectiva da concepção científica de mundo e a realidade⁵⁴.

Há, portanto, uma clara separação entre os conceitos de “ciência”, ou aquilo que é tomado como fonte confiável de experimentação científica⁵⁵ e o conceito de “mundo da vida”, de modo que o mundo da vida cotidiano é dissemelhante do mundo científico matematizado.

E, nesse aspecto registre-se que tal conceito foi desenvolvido e maturado com o tempo na medida em que quando surgiu, em suas primeiras vezes, na década de trinta, o foi na obra “Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica” (*Ideen für eine reine Phänomenologie und für eine phänomenologische Philosophie*).

Edmond Husserl trouxe pela primeira vez na fenomenologia como filosofia transcendental a ideia de que “o mundo em que me encontro e que é ao mesmo tempo o mundo que me circunda”⁵⁶, como expressão das espontaneidades da consciência, do cogito e esse mundo pode estar ou não no âmbito do campo perceptivo. As coisas corpóreas se encontram simplesmente aí para mim, numa distribuição espacial qualquer, à disposição, quer eu esteja, quer não, particularmente atento a elas e delas me ocupe, observando, pensando, sentindo, querendo⁵⁷.

Em outras obras, esse conceito igualmente foi tratado como se verifica na obra “Meditações Cartesianas e Psicologia Fenomenológica (*Cartesianische Meditationen e Phänomenologische Psychologie*)⁵⁸, ainda que com um aspecto de conceito em construção. No entanto, foi quando da escrita da sua obra “A crise das ciências europeias e a fenomenologia

⁵³ HUSSERL, Edmond. *Krisis, Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, §9º, p. 51, p. 40.

⁵⁴ MISSAGGIA, Juliana. A noção husserliana de mundo da vida (Lebenswelt): em defesa de sua unidade e coerência. Disponível em Scielo em 19/09/2023. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732018000100009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/trans/a/ZLBjCYrtmvxmSSbv9wfRyXD/> em 01/10/2023.

⁵⁵ MISSAGGIA, Juliana. A noção husserliana de mundo da vida (Lebenswelt): em defesa de sua unidade e coerência. Disponível em Scielo em 19/09/2023. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732018000100009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/trans/a/ZLBjCYrtmvxmSSbv9wfRyXD/> em 01/10/2023.

⁵⁶ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida/SP: Ideais & Letras, 2006, p. 75.

⁵⁷ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida/SP: Ideais & Letras, 2006, p.73.

⁵⁸ MISSAGGIA, Juliana. A noção husserliana de mundo da vida (Lebenswelt): em defesa de sua unidade e coerência. Disponível em Scielo em 19/09/2023. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732018000100009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/trans/a/ZLBjCYrtmvxmSSbv9wfRyXD/> em 01/10/2023.

transcendental (*Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*) que esse termo “mundo da vida” foi maturado.

A expressão “mundo da vida” está relacionada, pois, ao mundo da experiência intersubjetiva, o entendimento de um mundo comum partilhado entre sujeitos e, ainda que haja alguns sentidos diferentes como aqueles ligados à expressão como sínteses na consciência, horizonte intencional, a autora Juliana Missaggia defende a unidade do seu conceito⁵⁹.

Dan Zahavi, parafraseado por Juliana Missaggia, aduz que:

“o sentido da noção de mundo da vida “depende do contexto”, e distingue entre um sentido ontológico e outro transcendental. O sentido ontológico, de sua parte, é subdividido em dois: primeiro, mundo da vida diz respeito ao mundo da experiência pré-científica, o qual tomamos como um dado familiar da vida cotidiana; em uma segunda significação, o mundo da vida incluiria as teorias científicas, uma vez que as crenças teóricas da ciência podem ser ‘assimiladas pela práxis diária’, tornando-se, portanto, uma parte do mundo da vida⁶⁰.

Essa expressão “mundo da vida” é um dos elementos fundamentais nas reflexões de Husserl sobre a ciência no contexto da crise europeia identificada por ele à época da Primeira Guerra Mundial. Tratou-se de uma crise dos fundamentos da ciência devido a uma falta de compreensão das suas bases e do seu significado em meio a contrassensos, ceticismos e irracionalismos. Uma crise existencial da civilização europeia, que abandonou uma matriz filosófica baseada no ideário da cultura, da filosofia e da ciência.

Esse movimento fenomenológico é radicado em questionamentos relacionados a existência humana e Edmund Husserl passa a abordar o conceito propriamente dito de “mundo da vida” sob uma perspectiva do “sujeito” e da “subjetividade”.

Jürgen Habermas aduziu que “o conceito de mundo da vida é um horizonte e um pano de fundo para a ação comunicativa” e que o conceito de sociedade como mundo da vida encontra amparo empírico em sociedades arcaicas, em que as estruturas das integrações guiadas por normas e linguisticamente mediadas formam ao mesmo tempo as estruturas sociais basilares⁶¹.

⁵⁹ MISSAGGIA, Juliana. A noção husserliana de mundo da vida (Lebenswelt): em defesa de sua unidade e coerência. Disponível em Scielo em 19/09/2023. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732018000100009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/trans/a/ZLBjCYrtmvxmSSbv9wfRyXD/> em 01/10/2023.

⁶⁰ MISSAGGIA, Juliana. A noção husserliana de mundo da vida (Lebenswelt): em defesa de sua unidade e coerência. Disponível em Scielo em 19/09/2023. <https://doi.org/10.1590/S0101-31732018000100009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/trans/a/ZLBjCYrtmvxmSSbv9wfRyXD/> em 01/10/2023.

49. HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa: para a crítica da razão funcionalista**. Tradução e apresentação: Luiz Repa. Vol. 2. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 192.

E, nesse contexto, Byung-Chul Han leciona que o filósofo alemão Jürgen Habermas “dá o nome de “mundo da vida” para o horizonte feito de modelos concordantes de interpretação”⁶², ou seja, forma-se um consenso de pano de fundo que estabiliza a ação comunicativa, de modo que “[o] mundo da vida forma um horizonte e oferece simultaneamente um estoque de subentendimentos”⁶³, o que somente é possível em uma sociedade relativamente homogênea que partilha valores e tradições culturais iguais⁶⁴.

E, nesse mesmo sentido, Aquiles Cortes Guimarães esclarece que:

[o] mundo sempre será o mundo percebido, cuja totalidade não é a totalidade dos seus objetos, mas a totalidade de horizontes alcançados pela percepção⁶⁵. Desse modo, “o conceito de mundo da vida está relacionado com a decisiva intimidade à estrutura perceptiva da consciência humana e cada humano, isoladamente”⁶⁶.

Edmund Husserl traça uma dualidade entre a razão científica e a razão fenomenológica e aduz, pelas palavras de Aquiles Guimarães que “para a razão científica um prédio é um prédio e uma árvore é uma árvore, enquanto objetos de constatação empírica”⁶⁷ e, “para a razão fenomenológica, um prédio, além de ser um fato que é um dado, uma coisa, ele estaria interrelacionado com um contexto referencial de significações e sentidos”⁶⁸.

Assim, da *doxa*⁶⁹ à *episteme*⁷⁰, da opinião à ciência, passou-se a compreender o mundo pelo que foi vivido, desconsiderando os sentidos do ser do mundo da vida que se revela em seus sentidos e em suas essências.

⁶² HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 56.

⁶³ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 56.

⁶⁴ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.57.

⁶⁵ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p. 31.

⁶⁶ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p. 31.

⁶⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p. 33.

⁶⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p. 33.

⁶⁹ Nos primeiros diálogos, compreende-se *doxa* como simples opinião. O temo grego encerra a significação de uma certa noção de julgamento e sentimento, no sentido de resolução e decisão parcial, baseada unicamente nos dados presentes. Isso implica que *doxa* é compreendida como um certo juízo subjetivo que tem valor apenas momentâneo, um juízo que não poderá ser referência ética, pois tem presente a possibilidade da falsidade das crenças que suportam a ação. Os conceitos de *Doxa* e *Episteme* como determinação ética em Platão. Franklin, Karen. Disponível in <https://www.scielo.br/j/er/a/mxGBW4njhGMHDSZgtjpjGZx/#> em 22/11/2023.

⁷⁰ *Episteme* é vista como uma *techné*, uma habilidade para fazer algo, um tipo de saber que tem seu suporte no conhecimento especializado e preciso da coisa. Essa noção de *episteme* intrinsecamente ligada à *techné* também

Portanto, o conceito de mundo da vida está estritamente ligado a fenomenologia transcendental que o percebe a partir das “coisas em si”, das coisas que se encontram “simplesmente aí para mim, à disposição”⁷¹ que são constituídos nos horizontes de suas significações, sendo mais que necessário, em um mundo algoritmizado (matematizado) voltar a conexão entre a doxa e à episteme, deixando para segundo plano a razão, já que nesse contexto “[o] mundo da vida acabou por ser reduzido a um mundo dominado por fórmulas matemáticas”⁷².

Para que não pare dúvidas, não se trata de negar a razão pura e simplesmente, mas o que se busca com esse conceito de mundo da vida é recuperar o subjetivismo com o mundo vivido, voltando a considerar o mundo por meio das significações e sentidos que o ser humano dá as coisas e, portanto, afastando-se do objetivismo e das racionalidades que afastam as compreensões subjetivas derivadas desse mundo vivido.

É preciso, portanto, voltar ao mundo primitivo, ao lugar natural de nossas instituições primeiras, deixando “entre parêntesis” este mundo produzido pelos artifícios do objetivismo das tecnociências⁷³.

Finaliza Aquiles Côrtes Guimarães, compreendendo que a visão do mundo é uma totalidade de horizonte de sentido, *ex vi*:

(...) a tarefa principal da fenomenologia é a de perceber. “Perceber é captar o conjunto de sentidos no campo das singularidades que se articulam enquanto objetos mas que constituem o mundo da experiência originária da qual deriva a visão universal de mundo. Já dissemos que o mundo da vida é constituído de horizontes de sentidos que intuimos a partir das percepções imediatas do nosso vivido, da nossa experiência primitiva do reino da doxa. Esses sentidos ou essências correspondem ao que é específico em cada objeto (a sua invariância) como assinalamento da sua universalidade no conjunto dos demais objetos circundantes da nossa experiência cotidiana”⁷⁴.

aparece no início do diálogo *Górgias* como sinônimo de *didaskaliké*, mas que logo é abandonado por Platão pela proximidade com a arte de Górgias. Esse fato assinala a preocupação crescente em Platão em ajustar os termos dentro de uma precisa terminologia. No diálogo *República*, esses termos adquirem uma nova delimitação e, apesar de serem considerados radicalmente opostos, mantêm entre si uma relação intrinsecamente necessária. *Doxa* na *República* é reafirmada como simples opinião, mas se distancia de *episteme*, no que concerne ao valor do conhecimento. Aqui *episteme*, como conhecimento da realidade das coisas, manifesta-se como diretamente ligado à ideia do bem, no sentido de esta garantir a veracidade do conhecimento. Os conceitos de Doxa e Episteme como determinação ética em Platão. Franklin, Karen. Disponível in <https://www.scielo.br/j/er/a/mxGBW4njhGMHDSZgtjpiGZx/#> em 22/11/2023.

⁷¹ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida/SP: Ideais & Letras, 2006, p.73.

⁷² GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p.38.

⁷³ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p.40.

⁷⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012. p.40.

Desse modo, retomar os verdadeiros sentidos do mundo significa deixar de lado a idealização e a matematização do mundo, fruto de um pensamento racional e puramente objetivo.

Assim, a expressão “mundo da vida” utilizada nessa tese de doutoramento parte do ponto de vista fenomenológico de pensar o mundo vivido a partir dos sentidos e das significações individuais de cada ser humano, de compreender a universalidade pelos sentidos e suas essências tanto do mundo quanto da existência humana, afastando-se, pois, a ideia da racionalidade objetiva pura.

E, esse conceito é fundamental, na medida em que a crise constitucional brasileira é sentida e vivida a partir da transição paradigmática de um mundo da vida analógico para a desfragmentação de um “mundo da vida” digital, eis que a Constituição Federal de 1988 teve seus pilares idealizados e acabou sendo promulgada em um contexto social onde os indivíduos se autorreconheciam do ponto de vista analógico.

Perceber essas mudanças e os impactos que a transição paradigmática promove, nas sociedades, na economia e no direito e, sobretudo, na eficácia das constituições (em crise), é um papel fundamental a ser exercido pelo mundo acadêmico.

Desse modo, passa-se a análise mais detida dos conceitos de “mundo da vida analógico” e a análise das intersubjetividades do “mundo da vida” digital e a sua fragmentação, tal como tem ocorrido com a identificação da crise das constituições.

1.1.2.1 Do mundo da vida analógico para o mundo da vida digital

Diante do conceito fenomenológico de mundo da vida anteriormente trabalhado, parte-se, inicialmente, para a busca pela compreensão de um mundo da vida analógico, ou melhor, de um mundo da vida percebido por nativos analógicos⁷⁵. Em um segundo momento encaminha-se para a busca pelo entendimento de um “mundo da vida” digital, ou seja, de um “mundo da vida” percebido por nativos digitais, com destaque especial para a análise da própria viabilidade e existência dessa percepção singular e individual do mundo, a partir da metamorfose da identidade da estrutura das sociedades conduzidas predominantemente pela tecnologia da informação.

⁷⁵ Nativos analógicos: são pessoas que nasceram entre 1940 e 1980 e os nativos digitais são chamados de millenials, Geração Z, nasceram após 1980. Disponível em <https://www.auditorioibirapuera.com.br/o-que-e-ser-uma-pessoa-analogica/> em 01/10/2023.

A revolução digital e todas as metamorfoses encaminhadas em cada subsistema, notadamente, da sociedade, da economia e do direito estão diminuindo significativamente a percepção do “mundo vivido”, a intersubjetividade que é marco característico da própria existência do mundo da vida, através da lenta “morte” do discurso e da crise de uma escuta atenta.

Para essa melhor compreensão, abordar-se o mundo da vida analógico, fazendo-se uma correlação com as ideias predominantes na sociedade, na economia e no direito vigentes ao seu tempo, com destaque especial para o modo de produção conduzido por uma industrialização em um capitalismo industrial, onde foi necessário construir uma dogmática e uma estrutura constitucional que pudesse resguardar as liberdades humanas no contexto de direitos e garantias fundamentais.

Do mesmo modo, abordar-se o “mundo da vida” digital e toda a metamorfose da identidade da estrutura das sociedades globalizadas, digitalizadas e dataificadas, onde a percepção de cada um dos indivíduos acaba passando pela tela de um celular que se tornou um anteparo entre os próprios sujeitos.

A metamorfose da própria sociedade do ponto de vista de um *panopticon* para um *panspectron* é necessária para a contextualização das transformações do Direito à nível global, a fim de se buscar caminhos para a proteção das liberdades humanas, ainda que tenham que erigir novas estruturas de um Direito que pode e deve se desenvolver além do estado-nação, construindo-se novas estruturas como, por exemplo, o estado-nação transnacional, que preservaria a estrutura heterárquica da permeabilidade mútua e da sensibilidade reflexiva dos regimes transnacionais⁷⁶.

1.2.1.1.1 O mundo da vida analógico e o *panopticon* de Jeremy Bentham

Em transição as sociedades de soberania⁷⁷, as sociedades disciplinares foram situadas por Foucault nos séculos XVIII, XIX e XX, como um modelo de arquitetura funcional denominado “física do poder”, caracterizado por um local que serviria de um instrumento reformador do comportamento dos indivíduos ali reclusos e permitiria a ampla vantagem de

⁷⁶ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Editora contracorrente, 2023, p. 99.

⁷⁷ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.223 “As sociedades e soberania tinham objetivos e funções completamente diferentes (açambarcar, mais do que organizar a produção, deciri sobre a morte mais do que gerir a vida).

observação sobre os corpos por meio de seu dispositivo de vigilância⁷⁸, tendo como principal característica a institucionalização de espaços de confinamento como a família, a escola, os hospitais, os manicômios, as fábricas e a prisão que é, por sua vez, o meio de confinamento por excelência do mundo analógico⁷⁹.

Michel Foucault narra a sociedade das disciplinas como estreitamente ligadas a vigília do corpo humano, com uma sociedade marcada pela coerção física e pela lógica dos “corpos dóceis”, *ex vi*:

Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula, o recompõe. Uma ‘anatomia política’, que é também igualmente uma ‘mecânica de poder’, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”⁸⁰.

E, nesse aspecto, a prisão idealizada por Jeremy Bentham no século XVIII correspondia a identidade da estrutura da sociedade analógica, já que todos os prisioneiros podiam ser vigiados e controlados por uma torre central e não podiam comunicar-se entre si, ficando alocados, cada qual, em sua cela individual.

Regina de Barros Cianconi [et all] narra que “a inspiração para o projeto *panopticon* surgiu ao final da década de 1780, quando Jeremy visitou seu irmão Samuel na Crimeia – parte do Império Russo -, onde trabalhava como supervisor de uma fábrica”.

Prossegue, parafraseando SEMPLE, 1993, contando que:

[p]ara facilitar a inspiração dos operários, Samuel projetou um *layout* de produção circular onde ele, do centro, podia monitorar e manter o controle sobre toda atividade fabril. Bentham percebeu que essa estrutura dava ampla vantagem de poder para o supervisor sobre os operários e adotou o princípio que ficou conhecido como *panoptismo*, a ser aplicado em instituições que devessem exercer

⁷⁸ CIANCONI, Regina de Barros; LOTT, Yuri Monnerat. Do panopticon ao panspectron: uma reflexão sobre as mediações de poder e a materialidade da informação. **LIINC em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, p.243-257, novembro de 2016. Disponível em <http://www.ibict.br/liinc> e <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.903>.

⁷⁹ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.223.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014, p. 135.

controle sobre um grande contingente de pessoas, com o mínimo de esforço para sua administração, a exemplo de escolas, sanatórios e, sobretudo, prisões.⁸¹

Por esse modelo do *panoptismo*, “[a] inspeção funciona constantemente, a vigília do comportamento é ininterrupta. O olhar está alerta em toda parte”⁸². O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto⁸³.

Michel Foucault descreve detalhadamente o Panóptico de Bentham como uma figura arquitetural dessa composição, *ex vi*:

Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber a torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível⁸⁴.

O modelo de comportamento vigente na sociedade disciplinar tinha por base dois grandes pilares: (i) introjeção comportamental; e (ii) coerção física/corpos dóceis. Isso porque segundo Michel Foucault, a sociedade disciplinar se caracteriza quando a função de docilizar comportamentos se materializa para a aplicação da coerção física⁸⁵, com castigos corporais. O objetivo final era o de docilizar e vigiar comportamentos, adequando-os ao novo modelo capitalista industrial implantado⁸⁶.

⁸¹ CIANCONI, Regina de Barros; LOTT, Yuri Monnerat. Do panopticon ao panspectron: uma reflexão sobre as mediações de poder e a materialidade da informação. **LIINC em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, p.243-257, novembro de 2016. Disponível em <http://www.ibict.br/liinc> e <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.903>.

⁸² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014, p.190.

⁸³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014, p.195.

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014, p. 194.

⁸⁵ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. [orgs] **A sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. São Paulo: Hedra, 2018, p. 14.

⁸⁶ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. [orgs] **A sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. São Paulo: Hedra, 2018, p. 14

Nesse modelo, portanto, “sempre há uma autoridade presente, que ensina, comanda e diz o que fazer: o professor, o médico, o psiquiatra, o carcereiro. As instituições feitas para disciplinar os seres humanos têm por derradeiro objetivo introjetar o comportamento dentro de cada pessoa, criando hábitos, impondo uma cultura que, mesmo na ausência da vigilância da autoridade, garanta que o agir e o pensar sigam as normas previamente ditadas”⁸⁷.

O confinamento como meio de controle dos indivíduos e suas regras de conduta (casa/escola; escola/trabalho; trabalho/casa) foi imposto não só pelo discurso da linguagem analógica mas, também, pelo controle do espaço e do tempo de cada indivíduo que vivia nessa sociedade.

Ao tratar da arte das distribuições, Michel Foucault esclarece que “[a] disciplina precede em primeiro lugar à distribuição dos indivíduos no espaço e se utilizava de diversas técnicas:

- (i) A disciplina exige a cerca, a especificação de um local heterogêneo a todos os outros e fechado em si mesmo, como colégios (internatos), quartéis, indústrias, fábricas;
- (ii) O princípio de “clausura” não é constante, nem indispensável, nem suficiente nos aparelhos disciplinares, fazendo menção ao princípio da localização imediata ou do quadriculamento. Cada indivíduo no seu lugar e, em cada lugar, um indivíduo. (...) Importa estabelecer as presenças e as ausências; saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, mediar as qualidades ou os méritos. Procedimento, portanto, para conhecer, dominar e utilizar;
- (iii) A regra das localizações funcionais vai pouco a pouco, nas instituições disciplinares, codificar um espaço que a arquitetura deixava geralmente livre e pronto para vários usos. Lugares determinados se definem para satisfazer não só à necessidade de vigiar, de romper as comunicações perigosas, mas também de criar um espaço útil;
- (iv) Também há um destaque para a posição na fila: o lugar que alguém ocupa numa classificação, o ponto em que se cruzam uma linha e uma coluna, o intervalo

⁸⁷ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. [orgs] **A sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. São Paulo: Hedra, 2018, pp.14/15.

numa série de intervalos que se pode percorrer sucessivamente. A disciplina, arte de dispor em fila, e da técnica para transformação dos arranjos, ela individualiza os corpos por uma localização que não os implanta, mas os distribui e os faz circular numa rede de relações⁸⁸.

Gilles Deleuze reproduz o pensamento de Foucault ao expressar que “pensou estar vendo condenados...” ao se referir aos operários “, na medida em que em uma fábrica, o modelo de trabalho “imposto” é o de: concentrar; distribuir no espaço; ordenar no tempo; compor no espaço-tempo uma força produtiva cujo efeito deve ser superior à soma das forças elementares”⁸⁹.

E tal idealização societária com a criação dessas instituições controladoras de comportamentos tinham por objetivo suprir as necessidades oriundas da Revolução Industrial, marcada pelo êxodo rural e pela implantação de fábricas para produção em série de produtos que seriam consumidos, inclusive, pelos próprios trabalhadores, atendendo a uma necessidade do novo modo econômico de se viver em sociedade denominado “capitalismo industrial”.

A alavanca para a alteração da identidade da estrutura da sociedade “soberana” para a “analógica” foi a institucionalização do capitalismo industrial como o modo de vida econômico das sociedades, eis que se traduziu em um “sistema imanente que não parou de expandir seus próprios limites, reencontrando-os sempre numa escala ampliada, porque o limite é o próprio Capital”⁹⁰, onde só há uma coisa que é universal, o mercado⁹¹.

A transição paradigmática de uma sociedade para a outra se caracteriza pela transformação da subjetividade, da maneira de sentir e pensar o mundo “vivido”, um novo “campo de possíveis (que não existiam antes do acontecimento, chegaram junto com ele)”⁹².

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014, p.140.

⁸⁹ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.223.

⁹⁰ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p. 216.

⁹¹ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p. 217.

⁹² LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do capitalismo**. Tradução de Leonora Corsini. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006, p. 12.

Com a evolução científica e tecnológica, nova ordem de modulação e de manipulação de comportamento se impõe por meio do desenvolvimento de novos tipos de indução de comportamentos nas sociedades, como a manipulação midiática e a modulação algorítmica⁹³.

João Francisco Cassino conclui que:

[a] evolução da sociedade disciplinar, dos séculos XVIII e XIX que dependia da presença física da autoridade e muitas vezes do castigo corporal para garantir a docilidade das pessoas em favor do sistema dominante, soma-se nos séculos XX e XXI às técnicas da sociedade de controle, que permite modular cérebros à distância.⁹⁴

São as sociedades do controle que estão substituindo as sociedades disciplinares, de modo que o próximo item tratará do “mundo da vida” digital integrado em uma “nova” sociedade imbuída de novas subjetividades, de novo modo de ver e de viver o mundo da vida, de novas articulações e meios de comunicação global e instantânea, com as possibilidades e desejos, de novas relações com a economia, com a política e com o mundo. “As sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos”⁹⁵.

No entanto, não obstante esteja mudando a arquitetura de controle pela aplicação de novos métodos e meios utilizados pelo controlador, a vigilância é a mesma, só que mais profunda, mais invasiva, mais controladora, mais destrutiva. Segundo Michel Foucault, “[a] visibilidade é uma armadilha”⁹⁶. Nada mais atual para as sociedades do controle. A visibilidade permanece sendo uma armadilha, mas agora com dimensões bem mais profundas, uma vez que não se vigiam e punem mais comportamentos tão somente, mas também pensamentos e sentimentos, tudo em um grande sistema de *score* de créditos ou de sociedade de créditos.

Frank Pasquale ao tratar da “reputação digital em uma era de dados descontrolados” descreve os impactos de sociedade de créditos (*Score Society*) aduzindo que “quaisquer queixas

⁹³ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. [orgs] **A sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. São Paulo: Hedra, 2018, p.28.

⁹⁴ SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. [orgs] **A sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. São Paulo: Hedra, 2018, p.28.

⁹⁵ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.220.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014, p. 194.

surgem da crescente influência de algoritmos secretos de pontuação de crédito como uma métrica reputacional para todos os fins”⁹⁷.

Estamos cercados por plataformas digitais que se apropriam de nossos dados ininterruptamente. Frank Pasquale, citando George Dyson, resume bem o papel de cada plataforma digital:

O [f]acebook define quem somos, a Amazon define o que queremos e o Google define o que pensamos. Podemos estender esse epigrama para incluir finanças, que define o quanto que temos (materialmente, pelo menos) e reputação, que **increasingly** define nossas oportunidades⁹⁸

Desse modo, a tecnologia da informação disfarçada pelo entretenimento e pela comunicação global, sob o mote de “unir pessoas” é orientada por algoritmos que Cathy O’Neil denominou de Armas de Destruição em Massa (ADMs)”⁹⁹ e suas “black boxes” que, como definiu Frank Pasquale¹⁰⁰ “protegidas” pelo seu modelo de governança corporativa e pela proteção conferida pelas patentes nada revelam sobre o que conhecem de nós.

Se dantes o “vigia” estaria dentro da torre em um local certo onde pudesse apreender cada comportamento de cada indivíduo preso em sua cela, hoje a lógica do poder passou para a invisibilidade dos homens que vigiam e captam os dados. Já não se sabe mais quem capta nossos dados, que dados são esses e o que fazem com eles.

Por outro lado, na sociedade da disciplina o preso em uma cela “individual” sabia-se tolhido da liberdade exterior. Hoje, na sociedade do controle, os indivíduos sentem-se livres para o mundo e para partilhar seus comportamentos, pensamentos e sentimentos em uma rede social e sequer se dão conta de que ofertar seus dados para serem capturados nas condições de

⁹⁷ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control Money and information.** Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 25. Tradução livre: Muitas queixas surgem da crescente influência dos algoritmos secretos de pontuação de crédito como uma métrica de reputação para todos os fins. Tradução livre do trecho: [m]any grievances arise out of the growing influence of secret credit scoring algorithms as na all-purpose reputational metric.

⁹⁸ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control Money and information.** United States of America: First Harvard University Press paperback edition, 2016, p. 15. Tradução livre: [f]acebook defines who we are, Amazon defines what we want, and Google defines what we think. We can extend that epigram to include finance, which defines what we have (materially, at least) and reputation, which **increasingly defines our opportunities.**

⁹⁹ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia.** Tradução: Rafael Abraham. Santo André/SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 8.

¹⁰⁰ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control Money and information.** United States of America: First Harvard University Press paperback edition, 2016, p.

invisibilidade impostas pelo modo de governança das plataformas digitais, o indivíduo encontra-se mais preso que antes.

Sobre o mote “Conte-nos tudo, cantores do Big Data. Não seja tímido. Quanto mais você nos diz, mais podemos ajudá-lo”¹⁰¹, a disseminação da cultura da informação foi se espalhando e arrebatou o mundo.

E nessa ciranda da dataificação do mundo e do novo capitalismo de vigilância, já é sentida a perda de noção relativa do que seja “liberdade” que marca a fase da sociedade da disciplina pelo sentimento de uma liberdade que, em verdade, é uma não-liberdade, é tão somente uma “liberdade paradoxal”.

1.1.2.1.2 O “mundo da vida” digital e o *panspectron* digital

Para bem compreender a transição paradigmática de um mundo da vida analógico para um mundo da vida digital, é fundamental aprofundar os dois conceitos e como se correlacionam em meio a toda essa transição paradigmática propiciada pela quarta revolução da tecnologia da informação.

Inicialmente, cumpre registrar que “são as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares”. Mas, o que são sociedades de controle?

Sociedades de controle são aquelas regidas por uma vigilância contínua e, ainda mais abrangentes, na medida em que agora, não só mais os comportamentos dos seres humanos são vigiados e docilizados, mas também seus pensamentos e sentimentos. O produto do que somos a partir dos dados que são captados são o insumo para o mercado futuro de previsões comportamentais, de modo que não mais as “coisas” são meios de produção e consumo.

Modulação e manipulação de pensamentos e sentimentos sobre opiniões políticas para direcionamento do eleitorado também já são motivo de grande preocupação para as democracias em geral, como o que ocorreu com o escândalo da empresa Cambridge Analytica-Facebook, após ter sido tornado público o acordo feito entre ambos para gerenciamento e direcionamento da opinião pública do eleitorado para que Donald Trump ganhasse as eleições presenciais nos Estados Unidos da América em 2016.

¹⁰¹ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control Money and information.** United States of America: First Harvard University Press paperback edition, 2016, Sixth Printing, p. 19. Tradução livre: Tell us everything, Big Data croons. Don't be shy. The more you tell us, the more we can help you.

Sobre esse aspecto, David Sumpter registrou a hiperbolitização de Cambridge ao narrar como a empresa, depois da eleição presidencial americana de 2016, anunciou que sua campanha orientada por dados tinha sido fundamental para a vitória de Donald Trump e como havia usado a publicidade on-line direcionada e a pesquisa eleitoral para influenciar eleitores, *ex vi*:

A Cambridge Analytica (CA) deu um grande destaque ao modelo de personalidade Big Five em seu material promocional. A empresa alega ter coletado centenas de milhões de pontos de dados sobre uma grande quantidade de eleitores americanos. A CA alegou que poderia usar esses dados para fornecer um quadro de personalidade dos eleitores que iria além das variáveis demográficas tradicionais, como gênero, idade e salário¹⁰².

Segundo David Sumpter,

[o]s pesquisadores do Facebook dominaram as técnicas de reduzir nossa dimensionalidade” e estão procurando maneiras de medir seu estado de espírito a partir das publicações, suas emoções a partir de suas expressões faciais em fotografias e seu nível de envolvimento a partir da sua taxa de interação com a tela ¹⁰³.

A captação dessa imensa quantidade de dados já demonstra que “o Facebook monitora cada uma de nossas emoções e continuamente nos manipula em nossas escolhas como consumidores, nossos relacionamentos e nossas oportunidades de trabalho”¹⁰⁴.

E, então, o que é controle?

“Controle” é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo¹⁰⁵. Estamos entrando nas sociedades do controle que não funcionam mais por “confinamento”, mas por controle contínuo e comunicação espontânea,¹⁰⁶ tendo como principal metamorfose o modo como se está sendo implantado, às cegas, os novos tipos de sanção, de educação, de tratamento¹⁰⁷.

¹⁰²SUMPTER, David. **Dominados pelos números: do Facebook e Google às fake News: os algoritmos que controlam nossa vida**. Tradução: Anna Maria Sotero e Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrand, p.45.

¹⁰³ SUMPTER, David. **Dominados pelos números: do Facebook e Google às fake News: os algoritmos que controlam nossa vida**. Tradução: Anna Maria Sotero e Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrand, p. 44.

¹⁰⁴ SUMPTER, David. **Dominados pelos números: do Facebook e Google às fake News: os algoritmos que controlam nossa vida**. Tradução: Anna Maria Sotero e Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrand, p. 44

¹⁰⁵ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.224.

¹⁰⁶ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p. 220.

¹⁰⁷ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.220.

Frank Pasquale ao tratar sobre a sociedade das “black boxes” inicia seu livro dizendo que:

Não se pode entender, ou mesmo investigar, um assunto sobre nada se sabe. Os epistemólogos amadores têm muitos nomes para esse problema: "desconhecidos", "cisnes negros" e "segredos profundos" são populares para nossas muitas áreas de vazão social¹⁰⁸.

Os dados do Facebook podem ser usados para revelar nossas preferências, nosso QI e nossa personalidade¹⁰⁹. Uma nova lógica de poder baseada na invisibilidade daquele que o detém e na visibilidade, cada vez mais profunda, daqueles que são vigiados acabam por instaurar uma nova forma de vida no mundo.

E esse movimento de transição de uma sociedade da disciplina para uma sociedade do controle vem sendo refletida diante das mediações de poder e de materialidade da informação, chamando-os de uma transição entre o *panopticon* ao *panspectron*, tomando-se como ponto de vista a base crítica de Foucault ao *panopticon* e às instituições disciplinares dos séculos XVII e XVIII e os conceitos de vigilância líquida, vigilância distribuída e *panspectron*, apresentados por Bauman (2013), Bruno (2013) e Braman (2006b)¹¹⁰.

No entanto, a grande questão que se coloca é se as novas possibilidades de ser-em-si e ser-para-si que pensam o ser a partir da experiência da finitude do tempo açambarcadas pela tecnologia da informação estão em perigo, diante do novo modelo de manipulação e modulação de comportamentos que atinge diretamente as liberdades do ser humano, maculando-as e destruindo-as.

Regina de Barros Cianconi [et all] traz à tona a expressão *ban-opticon* criada por Bigo (2006, p.34), expressando que:

o termo “*ban*” de Jean Luc Nancy, e reconfigurado por Giorgio Agaben; e o termo “*opticon*”, usado por Foucault para caracterizar o regime de exceção e exclusão possibilitado hoje em dia pelas tecnologias de controle da informação. Esse termo também traz a concepção do isolamento e da rejeição, da repulsa e do banimento. A arquitetura das instituições disciplinares e a

¹⁰⁸ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: the secret algorithms that control Money and information.** United States of America: First Harvard University Press paperback edition, 2016, Sixth Printing, p. 19. Tradução livre: [w]e cannot understand, or even investigate, a subject about nothing is know. Amateur epistemologists have many names for this problem: “Unknown unknowns”, “black swans” and “deep secrets” área popular catch phrases for our many áreas of social blankness.

¹⁰⁹ SUMPTER, David. **Dominados pelos números:** do Facebook e Google às fake News: os algoritmos que controlam nossa vida. Tradução: Anna Maria Sotero e Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrand, p. 45.

¹¹⁰ CIANCONI, Regina de Barros; LOTT, Yuri Monnerat. Do panopticon ao panspectron: uma reflexão sobre as mediações de poder e a materialidade da informação. **LIINC em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, p.243-257, novembro de 2016. Disponível em <http://www.ibict.br/liinc> e <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.903>.

física do poder descritas por Foucault (1987) foram substituídas por dispositivos mais sutis e fluidos, capazes de estratificar a massa e criar perfis, da mesma forma que conseguem restringir e segregar, com alto grau de eficiência, evitando ao máximo o constrangimento ou a suspeita de estar sendo excluído.

Antes, portanto, de adentrar nas características principais da sociedade disciplinar e da possibilidade ou não de se manter a existência de um “mundo da vida” digital garantindo as condições de higiene do ser humano como princípio e fim do sistema, é fundamental analisar epistemologicamente como se dá a alteração desse estado de coisa, onde é perceptível a dualidade das nossas vidas, divididas entre o real e o virtual, as fronteiras e limites de acesso também se tornaram físicos e digitais¹¹¹ e, cujo acontecimento em seu devir escapa à história. Não cabe temer ou esperar, mas buscar novas armas¹¹².

1.2.1.2.3 O devir e a história

Gilles Deleuze demonstra que “[o] que a história capta do acontecimento é o seu estado de coisa, mas o acontecimento em seu devir escapa a história”¹¹³ e, em razão disso, parafraseando Nietzsche, registra que “nada de importante se faz sem uma “densa nuvem não histórica”¹¹⁴.”

A história, pois, registra os acontecimentos experimentados que acabam por se consolidar na história ocorrida. Essa história, consubstanciada em uma identidade de estruturas das sociedades conformadas nos últimos dois séculos em um mundo da vida analógico, serve hoje de base comparativa para o novo modelo de sociedade disciplinar que vem sendo imposto, sobretudo por meio da disseminação e utilização em massa dos meios tecnológicos de comunicação e informação.

No entanto, registre-se que o devir das sociedades, a partir das descobertas científicas e tecnológicas há cerca de duzentos anos, passou por uma transição paradigmática semelhante, não obstante de muito menor intensidade, da que se vive na segunda década do século XXI.

¹¹¹ CIANCONI, Regina de Barros; LOTT, Yuri Monnerat. Do panopticon ao panspectron: uma reflexão sobre as mediações de poder e a materialidade da informação. **LIINC em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, p.243-257, novembro de 2016. Disponível em <http://www.ibict.br/liinc> e <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.903>.

¹¹² DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p. 217.

¹¹³ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p. 214.

¹¹⁴ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p. 214.

Em se tratando de uma transição paradigmática e até que se feche o ciclo do convencimento do novo paradigma por meio da consolidação da transformação da subjetividade, convivem a sociedade do controle e a sociedade disciplinar, o mundo da vida analógico e o “mundo da vida” digital. Esse é o devir da contemporaneidade, um duplo aspecto de experiências vividas e de inúmeros questionamentos e pensares.

1.1.2.1.4 Da (im)possibilidade do “mundo da vida” digital

Segundo Jürgen Habermas, a cada novo nível de integração sistêmica e integração social há que se construir uma base institucionalmente alterada, onde a evolução do direito e da moral assumem funções precursoras¹¹⁵.

E, ainda que a evolução social não tivesse desenhado contornos tão singulares como àqueles que se vêem na quarta revolução da tecnologia da informação, Jürgen Habermas já percebia a diferença da ação comunicativa em cada evolução da sociedade, ao entender que:

a evolução social como um processo de diferenciação de segunda ordem: sistema e mundo da vida se diferenciam na medida em que cresce a complexidade de um e a racionalidade do outro, não apenas como sistema e como mundo da vida a cada vez – ambos também se diferenciam ao mesmo tempo um do outro¹¹⁶.

Desse modo, ao se distinguir na sociologia as etapas da evolução social como sociedades tribais, sociedades tradicionais ou sociedades modernas (com sistema econômico diferenciado), já lecionava Jürgen Habermas que essas fases se caracterizam pelo nível sistêmico que aparece em cada momento histórico e pelo nível de complexidade correspondente. E, registra que “[a]s sociedades modernas alcançam um nível de diferenciação sistêmica no qual as organizações autonomizadas estão em conexão entre si por meio da média de comunicação deslinguisticadas”¹¹⁷.

Nessa esteira, os fenômenos da “globalização, digitalização e desintegração do mundo da vida promovem a desfaturização e a descontextualização crescente e destroem esse ‘pano

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa**. Tradução e apresentação: Luiz Repa. Vol. 2. São Paulo: Editora Unesp. p. 238.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa**. Tradução e apresentação: Luiz Repa. Vol. 2. São Paulo: Editora Unesp. p. 235.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa**. Tradução e apresentação: Luiz Repa. Vol. 2. São Paulo: Editora Unesp. p. 235.

de fundo holístico’ da ação comunicativa”¹¹⁸, de modo que o desaparecimento de uma facticidade da vida mundana dificulta massivamente a comunicação orientada ao entendimento.

Byung-Chul Han aduziu que:

[u]m mundo da vida intacto é possível apenas em uma sociedade relativamente homogênea que partilha os valores e tradições culturais iguais. Já a globalização e a hiperculturalização condicionada da sociedade desfazem contextos e coerências de tradições culturais que nos ancoram em um mundo da vida comum. Não há mais ofertas convencionais de identidade com uma validade pré-reflexiva. Não estamos mais lançados [*geworfen*] em um mundo-da-vida que percebemos como evidente e sem problemas. É, então, uma questão de projeto [*Entwurf*]. O horizonte holístico percebido como irreduzível está lançado em um processo radical de fragmentação¹¹⁹.

O resultado dessa nova sociedade moderna comandada pelo capitalismo de vigilância faz surgir as “tribos digitais” ou “coletivos de identidades” que utilizam a “informação não mais como fonte de saber, mas para afirmação de sua própria identidade”¹²⁰.

O isolamento dos iguais em suas próprias tribos, a chamada ‘polaridade’ é marcada, pela identidade de pensamentos e ações convergentes e inviabiliza, paulatinamente, a possibilidade do discurso, do dissenso e da própria possibilidade de orientação para o consenso.

A dialeticidade, cuja marca revela a possibilidade de exposição de pensamentos e convergências, vai caminhando para um estado poroso e um novo mundo onde há uma expansão da comunicação global, mas direcionada somente para os seus coletivos de identidades que tem uma significativa potencialidade de transformar, de modo negativo, os espaços de convencimento, maculando a construção dialética dos panos de fundo da sociedade.

A dimensão do outro, de ouvir o outro é cada vez menos sentida num “mundo da vida” comandado por tribos digitais, de modo que “[a] comunicação digital como comunicação sem comunidade destrói a política da escuta atenta”¹²¹.

Mata-se o discurso, a troca, visto que a opinião dos iguais não pode mais ser renunciada, já que tomou o lugar da própria identidade. A comunicação orientada para o entendimento

¹¹⁸ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 57.

¹¹⁹ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 58.

¹²⁰ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.58.

¹²¹ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 62.

afasta-se, portanto, cada vez mais no “mundo da vida” digital, diminuindo, cada vez mais, a possibilidade de exercício da racionalidade comunicativa.

Sobre o tema, importante contribuição foi dada por Jürgen Habermas:

Ao se entender frontalmente um com o outro sobre algo em um mundo falante e ouvinte se movem no interior do horizonte de seu mundo da vida comum; este permanece a ambos um pano de fundo holístico intuitivamente conhecido, sem problemas e irreduzível. A situação de fala é parte isolada, a cada vez em vista do tema respectivo de um mundo da vida que tanto forma um contexto para o processo de entendimento como também lhe disponibiliza recursos. O mundo da vida forma um horizonte e oferece simultaneamente um estoque de subentendimentos¹²².

E esse fundamento explica o crescente desacoplamento dos valores vigentes nas sociedades a seus fundamentos prático-morais, de modo que quanto maior o nível de complexidade das sociedades e de seu caminhar para sistemas econômicos cada vez mais tecnológicos, mais distante e mais empurrados para a periferia¹²³ ficam os valores éticos e morais, notadamente, os valores ligados às liberdades que deveriam, em tese, caminhar em paralelo às sociedades institucionalizadas.

O desafio que surge a partir desta constatação é o de se reconstruir um “mundo da vida” digital - baseado na rede que permita a reabertura do diálogo entre os diferentes, restabelecendo a comunicação, o ouvir atento e o reconhecimento no outro. Será preciso construir um consenso à nível mundial de proteção das liberdades fundamentais.

E, para que se possa bem compreender a transição de uma racionalidade comunicativa para uma racionalidade digital, é fundamental compreender o arcabouço social que moldava as sociedades no mundo da vida analógico, para que se possa identificar, a nível comparativo, inclusive, o que muda no mundo da vida digital.

Como dito, no mundo da vida analógico, tivemos a estrutura do panóptico de Jeremy Bentham e todas as suas decorrências e já no mundo analógico da vida digital, as perspectivas sociais são absolutamente opostas, de modo que é fundamental compreendê-las antes que se passe a tratar do impacto da tecnologia em ambas as sociedades e a motivação pela qual reagem de modo absolutamente diferente.

¹²² HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

¹²³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa**. Tradução e apresentação: Luiz Repa. Vol. 2. São Paulo: Editora Unesp. p. 237.

Em atingindo o *core* das liberdades humanas, o “mundo da vida” digital não se sustenta e nem pode ser exercido pela ausência de comunhão entre os diferentes. Talvez a fala, a comunicação, estejam apodrecidas. Estão inteiramente penetradas pelo dinheiro, não por acidente, mas por natureza. É preciso um desvio da falta. Criar foi sempre coisa distinta de comunicar. O importante talvez venha a ser criar vacúolos de não-comunicação, interruptores, para escapar ao controle¹²⁴

E, para a efetividade dessa escapatória dependeria da aplicação de uma “espontaneidade rebelde”¹²⁵ para o afastamento dos saberes constituídos e dos poderes dominantes. O único caminho possível é o de fugir à engrenagem da comunicação somente por via tecnológica e buscar novos espaços que permitam o consenso, o encontro entre os diferentes, a reabertura do “diálogo”, do “discurso”, da “escuta atenta”.

Desse modo, para se buscar uma nova via, é fundamental compreender como se dá o impacto horizontal e vertical da tecnologia da informação sobre os subsistemas da economia, da sociedade e do direito.

1.1.3 O impacto horizontal e vertical da tecnologia da informação nos subsistemas da economia, da sociedade e do direito

Para efeitos didáticos e, conforme a opção metodológica adotada, a análise sobre o impacto horizontal e vertical nos subsistemas da sociedade, da economia e do direito será analisado do ponto de vista de duas revoluções tecnológicas: (i) a revolução do capitalismo industrial; e (ii) a revolução do capitalismo de vigilância.

1.1.3.1 O impacto horizontal e sequencial da tecnologia na Revolução do Capitalismo Industrial

Há pelo menos dois séculos, a tecnologia produz impactos nas economias e, por consequência nas sociedades e, ao fim, no Direito. À época da Revolução Industrial assistiu-se à solidificação da economia por meio do regime capitalista no século XVIII, tendo a tecnologia das máquinas de carvão e à vapor, da eletricidade, do petróleo e do aço produzido importante papel na transição paradigmática do mercantilismo para o capitalismo industrial, provocando, à época, um significativo êxodo rural.

¹²⁴ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.221.

¹²⁵ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, p.222.

Os novos “habitantes das cidades” passaram a ser não só força de trabalho, mas também mercado consumidor da própria indústria que serviam de base. Os centros urbanos cresceram, as sociedades se modificaram e, para dar azo a todas as novas situações originadas desse novo paradigma, foram idealizadas as Constituições que, como lei maior de um país, tinham por objetivo estabelecer limites à ação dos Estados frente aos seus cidadãos e entre seus cidadãos entre si, proteger direitos e garantias fundamentais, bem como disciplinar e controlar os poderes.

Com o surgimento da revolução industrial no século XIX, em que a produção de bens tomou escala industrial, a causalidade passou a ser da tecnologia para o trabalhador, tempo em que este passou a fazer apenas uma parte do processo de produção. A perda do controle do processo produtivo pelo indivíduo deu lugar a especialização do trabalho e, conseqüentemente, o tempo do ser humano passou a ser determinado pela tecnologia de produção.

Antes da revolução industrial, a causalidade se dava do ser humano para a tecnologia. A forma de fazer e como fazer era decidida pelo indivíduo e o tempo era uma variável de controle exclusivo do seu proprietário, o ser humano. Com a utilização da tecnologia sobre os meios de produção (capitalismo industrial), os seres humanos passaram a não mais ter o controle dessas variáveis e a divisão entre tempo de trabalho e de lazer passou a ser determinada em primeira instância pelo capitalista e a seguir pelas Constituições. É a chamada desprivatização do tempo livre.

Os impactos da tecnologia na economia e na sociedade moldaram, pois, o direito. As Constituições passaram a ocupar o lugar da escolha pelo uso do tempo e os direitos fundamentais previstos nas cartas constitucionais mundo afora são bons exemplos de como a tecnologia fez surgir para o estado-nação a obrigação de tutelar os indivíduos naquilo que outrora já havia sido de sua propriedade, o tempo.

Os pilares fundamentais das Constituições foram, então, esquadrihados a partir da alteração da forma de produção propiciadas pela utilização da tecnologia como insumo do capitalismo industrial.

A resposta dada pelo direito ao avanço tecnológico da revolução industrial do século XIX teve como lógica (i) a interferência da tecnologia vigente à época nos meios de produção, em particular, e na economia em geral; (ii) a alteração de vida em sociedade a partir de novas demandas geradas pelo avanço tecnológico (ex. especialização do trabalho e suas conseqüências no mundo do trabalho); e (iii) a resposta do direito por meio da elaboração de

constituições moldadas à realidade do capitalismo industrial, tendo suas regras e limites estabelecidos em Constituições (análogas) que vigoram até os dias de hoje.

Sobre o tema, Marcelo Neves esclarece que:

dois problemas foram fundamentais para o surgimento da Constituição em sentido moderno: de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associado a isso, a questão organizacional de limitação e do controle interno e externo do poder (inclusive mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo, nos de determinação da composição de órgão de governo) que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal ¹²⁶.

Desse modo, para Francisco Balaguer Callejón

a formulação do conceito de sistema jurídico como uma ordem unitária vinculada à ideia moderna de Constituição normativa corresponder a Hans Kelsen. A ideia kelseniana de ordem jurídica tem relação com a remissão a uma norma fundamental que estabelece as condições de validade do resto das normas do sistema e essa norma fundamental a podemos identificar como a Constituição¹²⁷.

Portanto, as Constituições obedeceram e ainda obedecem ao impacto horizontal e sequencial da tecnologia nos subsistemas da economia, da sociedade e do direito.

1.1.3.2 O impacto vertical e simultâneo da tecnologia da informação na Revolução Digital

Considerando que o impacto da tecnologia no capitalismo industrial foi horizontal, sequencial, e levou a conformação das constituições como norma fundamental para proteger os direitos fundamentais e definir as competências e limites dos poderes do Estado frente aos indivíduos, questiona-se como a tecnologia da informação por meio da dataficação que se caracteriza pela transformação das informações em dados digitais mudou e vem mudando o efeito horizontal e sequencial e qual está sendo o impacto da tecnologia da informação no capitalismo de vigilância¹²⁸ para as constituições na era digital.

¹²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXI

¹²⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico**. Tradução: Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

¹²⁸ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115;117. Não somos mais os sujeitos da realização do valor. Tampouco somos, conforme alguns insistem, o “produto” das vendas do Google. Em vez disso, somos os objetos dos quais as matérias-primas são extraídas e expropriadas para as fábricas de

Ao contrário do que se observou na revolução industrial em que a tecnologia causou a especialização do trabalho e tornou necessária a intervenção do Estado como garantidor de direitos fundamentais dos seres humanos por meio das constituições (analógicas), na quarta revolução industrial a tecnologia da informação (dados) vai, em parte, contra a própria ação do Estado em sua tutela para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, desarrumando o equilíbrio constitucional antes firmado, invertendo a sua lógica, a sua estrutura e a sua conformação.

Assim, além do efeito horizontal e sequencial verificado, comum ao processo tecnológico (economia, sociedade e direito, nesta ordem), a forma de fazer e implementar a tecnologia por meio da tecnologia da informação, age, na era digital, nos subsistemas da economia, da sociedade e do direito não unicamente da economia para as sociedades e das sociedades para o direito, mas também de modo vertical e simultâneo sobre cada um desses subsistemas.

Se lá na revolução industrial do século XIX, o Estado reagiu a especialização do trabalho com a elaboração de Constituições para preservar os direitos fundamentais, aqui, na revolução dos dados, o trabalho está sendo bem mais árido. Lá, a causalidade da tecnologia era única e, portanto, mais fácil de ser definida, aqui a causalidade não é única e o efeito se dá de forma horizontal, vertical e simultânea, inclusive sobre a própria tecnologia, atacando o ser humano de forma visceral por meio da variável chave “informação” com a coleta massiva de seus dados.

O ataque é vertical e simultâneo em razão da velocidade com que a informação é obtida do consumidor e inserida na nova forma de fazer as coisas (tecnologia), pois ao mesmo tempo que se vigia o consumidor (capitalismo de vigilância) conhecendo-lhe os hábitos, gostos e forma de ser e pensar, se direciona, modula, manipula e induz que o mesmo consumidor consuma bens e serviços que patrocinam a indução desse mesmo consumo, conforme as próprias informações que são disponibilizadas pelo próprio consumidor em suas redes sociais.

predição do Google. Predições sobre o nosso comportamento são os produtos do Google, e são vendidos aos verdadeiros clientes da empresa, mas não a nós. Nós somos os meios para os fins dos outros;

3. Os produtos: A inteligência de máquina processa o superávit comportamental em *produtos de predição* elaborados para antever o que vamos sentir, pensar e fazer: agora, em breve e mais tarde. Essas metodologias estão entre os mais bem-guardados segredos do Google. (...) Em vez disso, a empresa vende as predições que só ela está habilitada para fabricar a partir de sua reserva privada, um volume mundial histórico de superávit comportamental. (...) **4. A localização do mercado:** Produtos de predição são vendidos num novo tipo de mercado que negocia, com exclusividade, o comportamento futuro. Em sua maioria, os lucros do capitalismo de vigilância derivam desses *mercados futuros comportamentais*.

Os seus hábitos e o modo de se viver em sociedade também estão sendo diretamente moldados pela nova forma de comunicação e informação, tendo a tecnologia um papel de alterar todos os aspectos da vida humana.

É a vigília, captação, armazenamento, classificação, precificação e alienação da informação que alimenta o motor da economia, de modo que a tecnologia da informação e a utilização da grande massa de dados coletados de cada indivíduo atingiu em cheio todos os subsistemas de modo inelutável e simultâneo, de tal ordem os impactos da tecnologia da informação e do capitalismo de vigilância que até as noções sobre o tempo cronológico e as limitações do espaço estão a embaralhar-se e a sucumbir.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que as Constituições promulgadas nos últimos duzentos anos têm como premissa toda uma conformação de uma vida analógica sustentada em uma realidade unicamente física, é fundamental compreender que todas as novas questões econômicas-sociais surgidas após a revolução da tecnologia da informação deverão receber um tratamento de uma vida digital, onde as realidades físicas e virtuais se entremeiam e se entrelaçam.

Afinal, segundo o J.J. Gomes CANOTILHO, “não será eficaz a positivação de direitos digitais em estruturas puramente analógicas”¹²⁹.

Nesse mesmo sentido, Francisco Balaguer Callejón leciona que:

O problema não é apenas que a Constituição regula uma parte da realidade que praticamente não existe mais ou é irrelevante (o analógico), mas que não regula a realidade que foi imposta e que configura um novo tipo de sociedade que vive em um mundo digital. Algo que, naturalmente, tem a ver não apenas com a transformação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, mas também com o surgimento de novos direitos que devem ser regulamentados para oferecer condições¹³⁰.

Resta claro, portanto, que o esforço da ciência jurídica será incomensuravelmente maior que nas oportunidades anteriores. E, possivelmente, deverá estabelecer direitos fundamentais digitais, com a finalidade precípua não só de tornar novamente eficaz a força normativa das

¹²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, /S. l./, v. 31, n. 1, p. 69–75, 2019. Disponível em: <https://revista.trfl.jus.br/trfl/article/view/17>. Acesso em: 6 mar. 2023.

¹³⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2022, p. 44. Tradução livre: El problema no es sólo que la Constitución regule una parte de la realidad que ya prácticamente no existe o es irrelevante (la analógica), sino que no regula la realidad que se há impuesto y que configura un nuevo tipo de sociedad que vive en un mundo digital. Algo que, naturalmente, no tiene que ver solamente con la transformación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sino también con la aparición de nuevos derechos que deben ser regulados para poder ofrecer condicio..

constituições, como também manter hígida a proteção dos direitos e garantias fundamentais, repete-se, tendo o ser humano como princípio e fim do sistema.

E, para isso é preciso analisar os novos desafios do direito constitucional que ultrapassaram as fronteiras dos respectivos Estados e tornam-se diretamente relevantes para outras ordens jurídicas não estatais¹³¹ avaliando a necessidade de globalização do direito constitucional doméstico que não significa a criação de uma Constituição Global.

Essa tarefa há de ser prescrutada pelos sociólogos, filósofos e juristas de todo o mundo como reflexo de um esforço global de estabelecer novas bases para a ciência do Direito, a fim de permitir que sejam eficazes na proteção dos direitos fundamentais e, sobretudo, das liberdades humanas.

Desse modo, traçado o panorama da metamorfose da identidade da estrutura das sociedades, passa-se a analisar mais detidamente qual foi a principal mudança na economia que se expressa pela adoção do capitalismo de vigilância como engrenagem básica para o seu giro, de modo que “[n]ão cabe temer ou esperar, mas buscar novas armas¹³².

¹³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p.

¹³² ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PARTE II

1.1 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: O SUBSISTEMA DA ECONOMIA

O quinto conceito que igualmente vai perpassar toda a tese de doutoramento é a expressão “capitalismo de vigilância”, de modo que é fundamental que tal conceito seja aprofundado.

1.2.1 O conceito de capitalismo de vigilância

Shoshana Zuboff, professora emérita da Charles Edward Wilson na Harvard Business School, apresentou uma “definição” do capitalismo de vigilância nas primeiras páginas de seu livro:

1. Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas; 2. Uma lógica econômica parasítica na qual a produção de bens e serviços é subordinada a uma nova arquitetura global de modificação de comportamento; 3. Uma funesta mutação do capitalismo marcada por concentrações de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história da humanidade; 4. A estrutura que serve de base para a economia de vigilância; 5. Uma ameaça tão significativa para a natureza humana no século XXI quanto foi o capitalismo industrial para o mundo natural nos séculos XIX e XX; 6. A origem de um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado; 7. Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada em certeza total; 8. Uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser mais bem compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos¹³³.

Mais à frente, de modo lúcido e perspicaz, Shoshana Zuboff encontrou a fórmula de toda a arquitetura digital que está por trás de todas as criações disruptivas relacionadas aos aparelhos de comunicação e informação que tem esteio na internet: a busca por informações da experiência humana que é utilizada como matéria-prima para a predição de comportamentos futuros, *ex vi*:

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em

¹³³ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

produtos de predição que antecipam que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercado de comportamentos futuros.

(...)

[a] dinâmica competitiva desses novos mercados leva os capitalistas de vigilância a adquirir fontes cada vez mais preditivas de superávit comportamental: nossas vozes, personalidades e emoções. Os capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebanhar comportamento em busca de resultados lucrativos. Pressões de natureza competitiva provocaram a mudança, na qual processos de máquina automatizados não só conhecem nosso comportamento, como também moldam nosso comportamento em escala. Com tal reorientação transformando conhecimento em poder, não basta mais automatizar o fluxo de informações sobre nós; a meta agora é nos automatizar. Nessa fase da evolução do capitalismo de vigilância, os meios de produção estão subordinados a “meios de modificação comportamental” cada vez mais complexos e abrangentes. Dessa maneira, o capitalismo de vigilância gera uma nova espécie de poder que chamo de instrumentarismo. O poder instrumentário conhece e molda o comportamento humano em prol das finalidades de terceiros. Em vez de armamentos e exércitos, ele faz valer a sua vontade através do meio automatizado de uma arquitetura computacional cada vez mais ubíqua composta de dispositivos, coisas e espaços “inteligentes” conectados em rede.” (grifos da autora)¹³⁴

Essa constatação também foi identificada por Carissa Véliz que, de modo bastante contundente, explicita a invasão de privacidade que é feita com cada indivíduo pelas plataformas digitais. Assim, retrata:

[e]les estão nos observando. Eles sabem que estou escrevendo estas palavras. Eles sabem que você as está lendo. Governos e centenas de empresas estão espionando você e eu. Eles rastreiam e registram tudo o que podem: nossa localização, nossas conversas, nossas relações sociais, nossas buscas na internet, nossas informações biométricas, nossas relações sociais, nossas compras e muito mais. Eles querem saber quem nós somos, o que pensamos, o que nos machuca. Eles querem prever e influenciar nosso comportamento. Eles têm muito poder. O poder deles vem de nós, de você, de seus dados¹³⁵.

¹³⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 18-19.

¹³⁵ VÉLEZ, Carissa. **Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados**. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 21.

Os dados digitais podem mostrar como brigamos, amamos, envelhecemos, quem somos e como estamos mudando. (...) os dados revelam o comportamento das pessoas quando acham que ninguém está olhando¹³⁶.

Assim, capitalismo industrial e capitalismo de vigilância, não obstante partam da mesma intenção que é de “induzir” o consumidor a adquirir produtos e serviços, as características estruturais de ambos são bastante diferentes.

Segundo Shoshana Zuboff, o capitalismo de vigilância “não tem precedentes” na história da humanidade e é “irreconhecível”¹³⁷, na medida em que “nossa vida é saqueada em busca de dados comportamentais, e tudo isso para o lucro alheio¹³⁸, no qual informação e conexão são feitas reféns em troca dos dados de comportamento lucrativo que financiam o imenso crescimento e os lucros desse capitalismo¹³⁹.

Para esse novo modo do capitalismo de vigilância, uma interessante comparação foi feita por Shoshana Zuboff, aduzindo que “o Google é para o capitalismo de vigilância o que a Ford Motor Company e a General Motors foram para o capitalismo industrial com base na produção em massa”¹⁴⁰. Mais à frente também assevera que “as invenções da Ford revolucionaram a produção e que as invenções do Google revolucionaram a extração e estabeleceram o primeiro imperativo econômico do capitalismo de vigilância: o imperativo da extração¹⁴¹.

E, na mesma medida que é irreconhecível, não há parâmetros de comparação que possam ajudar a humanidade nem a conhecer o que está por trás da construção de algoritmos, verdadeiras “black boxes” do modo que usam as “nossas experiências humanas” para revertê-las em propagandas de produtos e serviços ligados a conformação da personalidade de cada indivíduo, induzindo, modulando e manipulando comportamentos, pensamentos e sentimentos.

¹³⁶ RUDDER, Christian. *Dataclisma quem somos: quando achamos que ninguém está vendo*. Tradução: Patrícia Azeredo. Rio de Janeiro: BestSeller, 2015, p. 12.

¹³⁷ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 23.

¹³⁸ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.69.

¹³⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.70.

¹⁴⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 80.

¹⁴¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.107.

Nesse mister, considerando que o capitalismo de vigilância se sustenta por meio da tecnologia da informação e que a tecnologia da informação tem por base a utilização de algoritmos (inteligentes), em “caixas fechadas” de *input/output* e que tais informações são centralizadas por meio do *Big Data* em plataformas digitais, tais conceitos são fundamentais e precisam ser aclarados.

Define-se a sexta conceituação necessária: os algoritmos. O que são e como são utilizados?

Os algoritmos mudaram o mundo. Ligados a ciência da computação, algoritmos são definidos por equações matemáticas e por um conjunto finito de diretrizes sistematizadas que descrevem como se deve resolver um problema ou executar uma tarefa, das mais simples as mais complexas e possuem a capacidade de aprimorar seus conhecimentos de modo autônomo conforme a quantidade de informações que recebe.

A partir de um comando inicial, tem seu principal objetivo conhecer cada indivíduo melhor do que nos conhecemos a nós mesmos e, por meio do histórico de comportamentos e a partir do alcance de um grande número de dados pessoais, os algoritmos são capazes de prever nosso comportamento futuro e aliená-lo em mercados de predições futuras. O algoritmo é, pois, responsável pela alteração da realidade social e impõe um novo mundo da vida. Por meio dos algoritmos “se processam dados para ordenar a realidade”¹⁴².

Francisco Balaguer Callejón define os algoritmos como “um instrumento técnico de processamento de dados, mas seu resultado pode ter configuração normativa”¹⁴³ e trata de duas abordagens que devem ser feitas sobre o algoritmo.

A primeira, a de verificar a configuração normativa do algoritmo no âmbito de fonte do direito por estar presente em processos de decisão pública que condicionam a regulação e afetam os direitos fundamentais. Desse modo, deve ser analisada a dimensão constitucional do algoritmo pela necessidade de preservar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, a fim de que a regulação não afete os direitos consagrados em uma democracia pluralista.

¹⁴² CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p.39. Tradução livre: os dados são processados para ordenar a realidade.

¹⁴³ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p.40. Tradução livre: um instrumento técnico e procesamiento de datos, pero su resultado puede tener una configuración normativa

A segunda, a dimensão constitucional do algoritmo que deve abordar a relação com o sistema de direitos fundamentais, na medida em que os procedimentos informáticos ocorridos por meio dos algoritmos não podem promover a renúncia dos direitos e garantias fundamentais.

Na prática, Francisco Balaguer Callejón afirma que:

a existência de certa incompatibilidade lógica entre os algoritmos e o aspecto processual do direito, como processo público, plural e participativo" e que "[o] choque com a Constituição é inevitável porque na ordem constitucional dos países democráticos, expressa ou implicitamente (através, por exemplo, da formulação de políticas públicas) há um mandato para promover a igualdade e proibir a discriminação”¹⁴⁴.

Considerando que o aparelho celular é indissociável do ser humano na vida pós-contemporânea e que todos os aparelhos eletrônicos ligados à internet vigiam e captam toda e qualquer informação o fazendo por meio de algoritmos, a sua função propriamente dita é eminentemente lesionadora dos direitos fundamentais, seja pela invasão da intimidade e da privacidade humanas, seja pela modulação e manipulação de comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos.

Desse modo, “como celular se tornou um instrumento indissociável do usuário, não há espaço para privacidade diante da extração de dados por empresas de tecnologia, incluindo também os alto-falantes inteligentes”¹⁴⁵.

No entanto, se a vigilância e a captura de dados por meio dos algoritmos para as companhias de comunicação e informação já eram demasiadamente preocupantes, diante da incompatibilidade do exercício da função do algoritmo com os próprios direitos constitucionais, o problema se agrava quando se utiliza do mecanismo de governança corporativa ancorado no capitalismo de vigilância para enviar publicidade personalizada.

Sobre o tema, Francisco Balaguer Callejón leciona que:

¹⁴⁴ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 41. Tradução livre: la existencia de una cierta incompatibilidad lógica entre los algoritmos y la vertiente procesal del derecho, como proceso público, plural y participativo ”¹⁴⁴ e que “[e]l choque con la Constitución es inevitable porque en el ordenamiento constitucional de los países democráticos, de manera expresa o implícita (a través, por ejemplo, de la formulación de las políticas públicas) existe un mandato de promoción de la igualdad y de prohibición de la discriminación.

¹⁴⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, pp. 41/42. Tradução livre: [c]omo el teléfono móvil se ha convertido en un instrumento inseparable del usuario, no hay espacio alguno de intimidad frente a la extracción de datos por la compañías tecnológicas, incluyendo también a los <altavoces inteligentes>.

[c]om a utilização dada a estes dados quando são tratados pelos algoritmos para envio de publicidade personalizada, direcionada individualmente com base no próprio processo de extração de dados e, eventualmente, nos perfis psicológicos que foram desenvolvidos do utilizador.¹⁴⁶

Desse modo, a coleta de dados pessoais e a sua utilização desmedida e velada apresentam um grande risco para as sociedades tidas por envenenadas, eis que a má utilização dos mesmos “podem comprometer a segurança nacional, podem ser usados para corromper a democracia, podem ameaçar as sociedades liberais ao promover uma cultura de exposição e vigilantismo e podem colocar em risco a segurança dos indivíduos”¹⁴⁷.

Günter Teubner ao tratar dos Fragmentos Constitucionais, assim resumiu as novas questões constitucionais:

Nos últimos anos, uma série de escândalos públicos chamou atenção para a ‘nova questão constitucional’. Violações de direitos humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio que, em nome do livre comércio global, ameaçam a proteção ao meio ambiente e à saúde; doping esportivo; corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet; interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta de retenção de dados por organizações privadas; e, com força especial, a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais – todos esses fenômenos levantam não apenas problemas políticos e jurídicos de regulação, mas também problemas constitucionais em sentido estrito.”¹⁴⁸

Essas são as novas questões constitucionais. Essa é a sociedade em rede, algoritmizada que por meio dos bits e suas equações matemáticas têm na captação e no fluxo do excesso de informação o seu novo modelo de negócios que é viabilizado por meio do capitalismo de vigilância, na medida em que “[o]s usuários do Google deixaram de ser seus clientes; seus clientes agora eram os anunciantes. E nós, os usuários, nos tornamos o produto”¹⁴⁹.

Sobre esse tema, Shoshana Zuboff aduziu que:

¹⁴⁶ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 42. Tradução livre: con el uso que se les da a esos datos cuando se procesan por la algoritmos para enviar publicidad personalizada, dirigida individualmente en función del próprio proceso de extracción de datos y, eventualmente, de los perfiles psicológicos que se han elaborado del usuario. .

¹⁴⁷ VÉLEZ, Carissa. **Privacidade é poder: porque e como você deveria retomar o controle dos seus dados**. São Paulo: Contracorrente, p. 137.

¹⁴⁸ TEUBNEUR, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo sociais na globalização**. 2. ed. Saraiva Educação: 2020, p. 41.

¹⁴⁹ VÉLEZ, Carissa. **Privacidade é poder: porque e como você deveria retomar o controle dos seus dados**. São Paulo: Contracorrente, p.57.

[n]ão somos mais sujeitos da realização de valor. Tampouco somos, conforme alguns insistem, o “produto” das vendas do Google. Em vez disso, somos os objetos dos quais as matérias-primas são extraídas e expropriadas para as fábricas de predição do Google. Predições sobre o nosso comportamento são o produto do Google, e são vendidos aos verdadeiros clientes da empresa, mas não a nós. Nós somos os meios para os fins dos outros¹⁵⁰.

No século XXI, estamos, pois, inseridos em uma metamorfose paradigmática onde ciência, tecnologia e informação são organizadas em fluxos globais¹⁵¹, em um amplo e novo modelo de negócios que nos faz testemunhar a morte da privacidade, na medida em que sistemas econômicos que dependem da violação de direitos são inaceitáveis,¹⁵² em um mundo onde os ecossistemas globais extrapolaram os limites entre a vida privada e a vida produtiva e passaram a dominar todos os aspectos da vida humana, em um mundo onde “as tecnologias mais profundas são aquelas que desaparecem. Elas se entrelaçam no tecido da vida cotidiana até que sejam indistinguíveis desta”¹⁵³.

Para Cathy O’Neil, algoritmos são Armas de Destruição em Massa (ADM)¹⁵⁴. Isso porque:

[a]s aplicações matemáticas fomentando a economia dos dados eram baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis. (...) Mesmo assim, muitos desses modelos programavam preconceitos, equívocos e vieses humanos nos sistemas de software que cada vez mais geriam nossas vidas. Como deuses, esses modelos matemáticos eram opacos, seus mecanismos invisíveis a todos, exceto os altos sacerdotes de seus domínios: os matemáticos e cientistas da computação. Suas decisões, mesmo quando erradas ou danosas, estavam para além de qualquer contestação. E elas tendiam a punir os pobres e oprimidos da sociedade enquanto enriquecia ainda mais os ricos.¹⁵⁵

Os algoritmos (ADMs), por serem formulados pela linguagem matemática, se mostram intocáveis. Seus resultados irrecorríveis e “isso é parte de seu poder assustador”.

¹⁵⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115.

¹⁵¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. I. 4. ed. São Paul: Paz e terra, 1999, p. 113.

¹⁵² VÉLIZ, Carissa. Privacidade é poder: porque e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Contacorrente, 2021, p. 25.

¹⁵³ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 215.

¹⁵⁴ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André,SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 8.

¹⁵⁵ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André,SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 8.

Segundo Cathy O’Neil “elas não ouvem. Tampouco vergam. São surdas não somente a charme, a ameaça e a adulação, mas também a lógica – mesmo quando há boas razões para se questionar os dados que alimentaram seus resultados”¹⁵⁶.

Segue aduzindo que as ADMs

são modelos matemáticos mal concebidos que microgerenciam a economia e vão de publicidade a penitenciárias. São obscuras, incontestáveis e irresponsabilizáveis e operam em larga escala para ordenar, atingiu ou “otimizar milhões de pessoas”¹⁵⁷.

As plataformas digitais e seus ecossistemas estão provocando uma verdadeira revolução, uma ruptura paradigmática de grandes proporções, na medida em que os processos produtivos se incorporaram ao próprio ser humano e “tanto o mundo quanto nossa vida são insidiosamente reduzidos à informação”, onde “a realidade virtual ‘simula’ o mundo em vez de realçar de maneira invisível o mundo que já existe”¹⁵⁸.

Refletir sobre a sociedade em rede e todas as mudanças paradigmáticas ocorridas por meio da tecnologia da informação, exigem um esforço grande em se identificar quais as ideias, ideais e mitos estão sendo difundidos e tidos por inquestionáveis para que se possa, com mais celeridade, buscar caminhos para estimular a inovação sem que não se comprometa o ser e estar no mundo, os limites da humanidade e da liberdade.

Nesse sentido, sendo a sociedade da informação marcada pelo capitalismo de vigilância, quais são as ideias que podem estar sendo difundidas como verdades e quais os caminhos que podem estar sendo seguidos para difundir tantas outras “teorias” tidas por intocáveis? O que há de comum entre o capitalismo industrial e o capitalismo de vigilância? Qual é o liame que aparece em ambos os discursos? O que há de comum entre a economia e os algoritmos? Onde está o perigo?

Já as “black boxes”, também chamadas de “caixas pretas” são o sexto conceito que precisará ser esclarecido. As black boxes são os modelos pelos quais os algoritmos são criados, “cujo conteúdo é segredo corporativo ferozmente protegido”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André,SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p.18.

¹⁵⁷ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André,SP: Editora Rua do Sabão, 2020, pp.21/22

¹⁵⁸ ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 215.

¹⁵⁹ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André,SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p.15.

Na prática, os modelos obscuros e opacos, dos quais ninguém tem acesso ao modo como foram criados e nem aos objetivos, regra geral, tiram conclusões discriminatórias a nosso respeito¹⁶⁰. E não há quase nada a se fazer.

Sobre o termo “caixa preta”, David Sumpter aduz que:

[f]oi usado tanto por Frank Pasquale, no título de seu livro *The Black Box Society*, quanto pela ProPública, em sua série de matérias e vídeos curtos sobre algoritmos chamada “Breaking the Black Box”. É um conceito poderoso. Você insere seus dados, espera o modelo processá-los e recebe uma resposta. Você não consegue ver o que acontece lá dentro¹⁶¹.

Frank Pasquale rememora a seguinte frase: “Conhecimento é poder”.¹⁶² A contrário senso, não conhecer o que ocorre dentro das “caixas pretas”, irremediavelmente opacas, nem saber como foram instruídos os algoritmos para apresentarem determinados resultados, aumenta necessariamente o fosso entre o dominante e o dominado.

Frank Pasquale assevera que “[e]xaminar os outros e evitar o escrutínio de si mesmo é uma das formas mais importantes de poder”¹⁶³.

E, prossegue, alertando que:

[ã] medida que a tecnologia avança, as pressões do mercado aumentam os riscos do jogo dos dados. As câmeras de vigilância ficam mais baratas a cada ano; sensores estão incorporados em mais lugares. Os telefones celulares rastreiam nossos movimentos; programas registram nossas teclas digitadas. Novos hardwares e novos softwares prometem nos quantificar, gostemos ou não. A informação resultante – uma vasta quantidade de dados que até recentemente não eram registrados – é alimentada em bases de dados e reunida em perfis de profundidade e especificidade sem precedentes¹⁶⁴.

¹⁶⁰ SUMPTER, David. **Dominados pelos números: do Facebook e Google às Fake News: os algoritmos que controlam nossa vida**. Tradução: Anna Maria Sotero e Marcelo Neto. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019, p. 23.

¹⁶¹ SUMPTER, David. **Dominados pelos números: do Facebook e Google às Fake News: os algoritmos que controlam nossa vida**. Tradução: Anna Maria Sotero e Marcelo Neto. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019, pp.27/28.

¹⁶² PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: First Harvard University Press, 2016, p.3. Tradução livre: Knowledge is power.

¹⁶³ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: First Harvard University Press, 2016, p.3. Tradução livre: [t]o scrutinize others while avoiding scrutiny oneself is one of the most importante forms of power.

¹⁶⁴ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: First Harvard University Press, 2016, p.4. Tradução livre: As technology advances, market pressures raise the stakes of the data game. Surveillance câmeras become cheaper every year; sensors are embedded in more places. Cell phones track our movements; programs log our keystrokes. New hardware and new software promise to make “quantified selves” of all o fus, whether we like ir or not. The resulting information – a vast amouto f data that until recently wen unrecorded – is fed into databases and assembled into profiles of unprecedented depth and specificity..

O sétimo conceito que precisa ser esclarecido é o de plataformas digitais, também chamadas por Victor Oliveira Fernandes de “plataformas online” ou, ainda, “plataformas movidas a dados” que tem três características básicas: (i) a possibilidade de interações diretas entre os grupos intermediados; (ii) a ocorrência do efeito de redes; (iii) a elevada capacidade de coleta, armazenamento e tratamento de dados¹⁶⁵.

Desse modo, tendo o capitalismo de vigilância o suporte dos algoritmos (inteligentes) – também chamados de *machine learnings* e sendo o processo de construção do algoritmo opaco, protegido por modelos de patentes e sem qualquer acesso, sequer pelos estados-nações, a quantidade de dados de cada um que é armazenada e alienada é de grande monta e é inequívoco que tal modelo, na medida em que utiliza do insumo dos comportamentos, sentimentos e pensamentos humanos, viola francamente as liberdades que até então eram protegidas como direitos e garantias fundamentais e, no Brasil, sequer é possível qualquer emenda constitucional que tente invalidá-las.

Na prática, não obstante a Constituição de 1988 tenha uma previsão expressa sobre a sua proteção, o poder dos dados e de quem os controla e de quem decide sobre o nosso futuro aumenta na mesma proporção com que as tecnologias disruptivas são lançadas e são incorporadas massivamente nos subsistemas da sociedade e da economia. Em razão dessa realidade, não há dúvida em se afirmar que essa governança atinge em cheio as liberdades humanas. As noções de intimidade e privacidade, tal qual foram idealizadas na Constituição de 1988, já estão sendo duramente atacadas e transmutadas em uma grande “autoalienação da humanidade”¹⁶⁶.

Assevera-se que muitas são as externalidades negativas do capitalismo de vigilância.

1.2.2 As externalidades negativas do capitalismo de vigilância

Economicamente, externalidade é definida como a existência de efeitos diretos e indiretos da interdependência entre as decisões de agentes que neles atuam. Nesse sentido, uma externalidade é negativa quando as possibilidades de produção de uma empresa são influenciadas negativamente pelas escolhas de outra empresa e vice-versa.

¹⁶⁵ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thompson Reuters, 2022, pp. 106;107.

¹⁶⁶ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.7.

A partir do conceito anteriormente definido, é possível elucidar as duas grandes externalidades negativas do capitalismo de vigilância: (i) a de “morte” do discurso; e (ii) a “morte” das liberdades humanas.

1.2.2.1 A “morte” do discurso

A erosão da ação comunicativa mata o discurso. Jürgen Habermas mostra-se perplexo e questiona “como poderia parecer no mundo digital um equivalente funcional para a estrutura da comunicação das amplas esferas públicas políticas, surgidas desde o século XVIII, já que essa ação comunicativa está prestes a se desintegrar?”¹⁶⁷

Diante do novo modo de comunicação e interação social e global imposto pela comunicação digital, a criação de *Filters Bubble* (filtros-bolha) induzem a um *looping-do-eu permanente*¹⁶⁸ e nos ensurdecem perante a voz do outro¹⁶⁹ [grifos do autor].

Byung-Chul Han aduz que:

[s]egundo Eli Pariser, é a personalização algorítmica da rede que destrói o espaço público: ‘a nova geração dos filtros de internet olha para o que você parece gostar – como você era ativo na rede ou quais coisas ou pessoas você curtiu – e extrai conclusões em conformidade a isso. Máquinas geram prognósticos que projetam e refinam ininterruptamente uma teoria sobre sua personalidade e que preveem o que você quer e fará a seguir. Juntas, essas máquinas produzem um universo de informações completamente próprio para cada um de nós – aquilo que chamo de Filter Bubble, filtros-bolhas – e alteram, assim, fundamentalmente como chegamos a informações e ideias”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

¹⁶⁸ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.53; 54.

¹⁶⁹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.55.

¹⁷⁰ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, pp. 53/54.

Instaurou-se uma crise da escuta atenta¹⁷¹ pelo desaparecimento do outro¹⁷² e pela substituição do discurso pelos dados¹⁷³, na medida em que “[o]s dataístas afirmariam até mesmo que a inteligência artificial ouve atentamente melhor que o ser humano¹⁷⁴.

A racionalidade digital (racionalidade sem discurso) se opõe a racionalidade comunicativa e isso ocorre porque “[a] inteligência artificial não fundamenta, mas calcula. Em vez de argumentos, surgem algoritmos. Argumentos podem ser aprimorados no processo discursivo. Algoritmos, por sua vez, são otimizados continuamente no processo maquinal”¹⁷⁵.

Desse modo, [o]s dataístas opõem à teoria da ação comunicativa de Habermas uma teoria behaviorista da informação que se sustenta sem discurso, sem política, sem democracia, mas apenas com a utilização massiva dos dados que poderiam proporcionar um saber total sobre as sociedades. A infocracia daria lugar a uma pós-democracia digital¹⁷⁶. O behaviorista digital rejeita, pois, a ideia de um indivíduo livre que age de modo autônomo e adota a ideia de que o comportamento do indivíduo pode ser prognosticado e conduzido de modo exato¹⁷⁷.

Pentland, um dos grandes dataístas no mundo, sustenta que:

o indivíduo que age de modo autônomo é uma ficção e que está na hora de abandonar a ficção do indivíduo como unidade fundante da racionalidade e reconhecer que nossa racionalidade, em grande medida, é determinada pela estrutura social circundante¹⁷⁸.

No seu entendimento, “as pessoas não se distinguem fundamentalmente das abelhas e dos macacos”, o que permite tornar a sociedade calculável e governável¹⁷⁹, o que transplantaria

¹⁷¹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.53.

¹⁷² HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p. 52.

¹⁷³ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.65.

¹⁷⁴ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.65.

¹⁷⁵ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p. 66.

¹⁷⁶ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p

¹⁷⁷ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p. 74.

¹⁷⁸ PENTLAND, A. The death of individuality: What real governs your actions? **New Scientist**, vol. 222, 2014, p. 30-31.

¹⁷⁹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.76.

uma fácil transmutação de uma democracia para uma infocracia impulsionada por dados que se ocupariam tão somente da troca de informações.

A infocracia se caracteriza pela crise da democracia no regime de informação¹⁸⁰. Desse modo, sob a compreensão dataísta, “análises de dados por meio da inteligência artificial constituem esfera pública discursiva, o que significaria o fim da democracia”¹⁸¹.

Desse modo, a segregação de informações por meio de algoritmos fazendo com que somente chegue a sua *timeline* seus gostos e preferências, de toda ordem, diminui significativamente os espaços de discurso, de dissensos e, por consequência, da própria formação de consensos.

O capitalismo de vigilância e toda a arquitetura utilizada para captar e alienar informações dos seres humanos por meio da segregação de informações em suas *filter bubbles* são um grande perigo para as democracias e para as liberdades humanas.

1.2.2.2 A ameaça de “morte” da liberdade

A segunda maior externalidade negativa do capitalismo de vigilância é a ameaça de “morte” da liberdade do ser humano, de ser senhor de sua própria vida, de seu querer e de sua própria vontade que é assegurada através de um espaço público garantidor do exercício dessas mesmas liberdades.

Byung-Chul Han trata da perspectiva dos dataístas sobre a liberdade e a democracia, aduzindo que:

a ideia do ser humano que o funda na autonomia e na liberdade individual, na “vontade de querer”, terá, na perspectiva dataísta apenas uma duração relativamente curta, consentindo com o mesmo propósito de Foucault em “As palavras e as coisas”: “o ser humano é uma invenção cuja recente data da arqueologia de nosso pensamento mostra facilmente. E talvez seu fim esteja próximo. [...] Então pode se apostar que o ser humano desapareceria, como um rosto de areia na beira do mar. Esse mar cujas ondas fazem o rosto desaparecer na areia é, então, um mar infinito de dados. O ser humano se dissolve nele em um registro de dados”¹⁸².

¹⁸⁰ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.35.

¹⁸¹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.77/78.

¹⁸² HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.79.

Todo esse novo estado das coisas comandado por uma central de informações chamada de Big Data torna possível o “fim da vontade livre”. E, esse movimento de dominação equivalente a ausência de possibilidade de exercício de resistência e oposição, e de conversão da existência humana em uma verdadeira rede de relações comerciais gera uma dominação “invisível” e “incontestável”, camuflada por uma “liberdade paradoxal”.

Essa corrosão das liberdades erigidas na Constituição Federal de 1988 à categoria dos direitos e garantias fundamentais que derivam do ‘valor liberdade’, da expressão da vontade e do querer humano, livre de qualquer indução, – da sua existência - se transmuda, vertiginosamente em uma pura rede de relações comerciais, em um “hipercapitalismo”, lastreado em uma “hipercomunicação”, em um completo totalitarismo digital¹⁸³.

Já não se sabe o que é a “liberdade” e nem como se deve protegê-la. Nesse contexto, Byung-Chul Han menciona um “truísmo” dito por uma artista conceitual americana chamada Jenny Holzer, nos seguintes termos: “protect me from what I want”, ou seja, me proteja do que eu quero¹⁸⁴.

Veja-se que o arcabouço psicológico dominante no neoliberalismo é a ideia de que não se está atendendo a comandos por proibição ou privação, tal como se deu no âmbito da sociedade disciplinar. Ao contrário, o que se busca é “[e]m vez de fazer as pessoas obedientes, esse poder procura torná-las dependentes”¹⁸⁵.

A arquitetura digital que envolve todo o capitalismo de vigilância nessa nova era digital alterou drasticamente a maneira de relacionamento entre dominantes e dominados e, em razão disso, a doutrina já se manifesta pela impossibilidade de uma “revolução”¹⁸⁶, a despeito do abismo cada vez maior entre pobres e ricos.

A ideia de poder associada à violência deu lugar a uma “liberdade paradoxal”, onde “o neoliberalismo moldou o trabalhador oprimido em um empreendedor livre”. A dominação, diferentemente do que ocorreu na sociedade disciplinar, é conduzida pelo invisível e pelo inatacável. Não se sabe exatamente quem são os dominadores e eles não precisam se esconder dentro de grandes muralhas e castelos.

¹⁸³ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.41.

¹⁸⁴ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.35.

¹⁸⁵ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p. 38.

¹⁸⁶ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p. 31.

A lógica da responsabilização foi invertida e a principal arma dos dominadores é a distorção da noção de verdadeira liberdade, criando-se um sentimento comum na sociedade de “liberdade paradoxal”, ou seja, quanto mais aprisionado se está, mais o sujeito tem a sensação de usufruir de sua liberdade.

Essa é uma técnica de dominação que neutraliza a resistência de um jeito muito efetivo”¹⁸⁷, na medida em que “faz uso da liberdade em vez de oprimi-la. A opressão da liberdade provoca rapidamente resistência. A exploração da liberdade, ao contrário não”¹⁸⁸.

Segundo Byung-Chul Han, a diferença entre as sociedades disciplinar e de controle se esteia na seguinte conjectura:

O poder que sustenta o sistema da sociedade disciplinar e industrial era repressivo. Trabalhadores eram explorados brutalmente pelos donos das fábricas. Essa exploração estrangeira violenta levava, então, a protestos e resistências. Era possível aqui uma revolução que derrubasse a relação dominante de produção. Nesse sistema repressivo não só a opressão mas também o opressor são visíveis. Há um opositor concreto, um inimigo visível contra quem se opor¹⁸⁹.

E, assim prossegue:

O sistema dominante neoliberal está estruturado de uma maneira completamente diferente. O poder que o sustenta não é mais repressivo, mas sedutor, ou seja, fascinante. Não é tão visível quanto era no regime disciplinar. Não há mais um opositor concreto, um inimigo que oprime a liberdade e contra o qual seria possível fazer uma resistência.

O neoliberalismo moldou o trabalhador oprimido em um empreendedor livre, um empreendedor de si mesmo. Cada um é hoje um trabalhador autoexplorado de seu próprio empreendimento. Cada um é senhor escravo na mesma pessoa. A luta de classes também se transformou em luta consigo mesmo. Quem fracassa hoje, culpa a si mesmo, envergonhado. Problematiza-se mesmo em vez de problematizar a sociedade¹⁹⁰.

Cada vez é mais difícil compreender a vida no *panspectron*, onde “[o] mundo como loja de departamento se revela como um panóptico digital com um controle total” sobre nossos

¹⁸⁷ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.35.

¹⁸⁸ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.35-36.

¹⁸⁹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.35-36.

¹⁹⁰ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.35-36.

pensamentos, comportamentos e sentimentos¹⁹¹, de modo que não há dúvida de que estamos aprisionados em informações em uma caverna digital, supondo estarmos em liberdade e os prisioneiros da caverna platônica estão inebriados pelas imagens mítico-narrativas¹⁹².

É inevitável admitir que a humanidade já vive uma crise da liberdade de grandes dimensões e o desafio desta tese de doutorado é o de buscar o substrato do (novo) direito da liberdade na nova era digital e o modo pelo qual poderá ser efetivamente protegido à nível de estado-nação, constitucionalmente, e à nível de um constitucionalismo global que permita acordos por estados-nações transnacionais - transconstitucionais - que sigam assegurando tais liberdades.

1.2.3 A crise da liberdade

Se o capitalismo “industrial” já havia provocado mudanças abissais no modo de ser da humanidade e na forma do mundo se estabelecer, o capitalismo de vigilância provoca uma ruptura de tal ordem que “a humanidade é acometida de uma cegueira mortal”, em um modelo de negócios que se apresenta como um mercado de “mercadores da atenção”¹⁹³.

Yuval Noah Harari já salientava que:

[a] corrida para obter dados já começou, liderada por gigantes como Google, Facebook e Tencent. Até agora, muito deles parecem ter adotado o modelo de negócios dos “mercadores de atenção”. Eles capturam nossa atenção fornecendo-nos gratuitamente informação, serviços e entretenimento, e depois revendem nossa atenção aos anunciantes. Mas provavelmente visam a muito mais do que qualquer mercador de atenção anterior. Seu verdadeiro negócio não é vender anúncios. E sim, ao captar nossa atenção, eles conseguem acumular imensa quantidade de dados sobre nós, o que vale mais do que qualquer receita de publicidade. Nós não somos seus clientes – somos seu produto”¹⁹⁴.

A liberdade do ser humano é afetada diretamente pela manipulação e modulação de seus comportamentos, pensamentos e sentimentos com o objetivo de produzir, cada vez mais, lucros para os manipuladores e moduladores dos nossos dados e, com isso, a vontade de cada um deixa

¹⁹¹ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 44.

¹⁹² HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p. 106.

¹⁹³ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 107.

¹⁹⁴ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.107.

de ser pura para ser influenciada/influenciável. As liberdades na nova era da sociedade de disciplina passaram a ser moeda de troca, passaram a ser precificadas e, com isso, perderam a sua intocabilidade, tal como a própria Constituição de 1988 a estabeleceu.

Rapidamente, as estruturas jurídicas até então intocáveis estão porosas e fragmentadas e, a cada dia, a força normativa da Constituição de 1988 se esvai na mesma medida do aumento de poder das plataformas digitais e, por consequência, da diminuição de poder dos estados-nação e de sua capacidade de proteger eficazmente as liberdades humanas.

Shoshana Zuboff alerta para o fato de que:

[a]ssim como a civilização industrial floresceu à custa da natureza e agora há a ameaça de o preço a pagar por ela ser o planeta Terra, uma civilização da informação moldada pelo capitalismo de vigilância e seu novo poder instrumentário irá prosperar à custa da natureza humana e ameaçará custar-nos a nossa humanidade¹⁹⁵.

Sobre a destrutividade do capitalismo, Byung-Chul Han já o relacionava com o impulso de morte de Freud, fazendo referência a um estudo feito pelo economista francês Bernard Mais chamado “Capitalisme et pulsion de mort”, no qual aduziu que “a grande astúcia do capitalismo consiste em canalizar as forças de destruição, o impulso de morte, desviando na direção do crescimento”¹⁹⁶.

O panóptico digital utiliza-se de uma lógica totalmente inversa, a da exposição voluntária, a lógica da “transparência” fundada em uma liberdade paradoxal, onde a humanidade não está presa “fisicamente” a estruturas rígidas e violentas. Ao contrário, os seres humanos no exercício de sua liberdade paradoxal se sentem desafiados a não silenciar, mas ao contrário, a se expor, a compartilhar, a participar de suas opiniões, necessidades, desejos ou mesmo contar a sua vida¹⁹⁷.

A liberdade e o controle se tornam indistinguíveis¹⁹⁸.

Quanto mais se expõe as redes sociais, mais se está aprisionado, mais se torna translúcido e, mais o conjunto de dados sabe sobre cada ser humano, individualizadamente.

¹⁹⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 23.

¹⁹⁶ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.9.

¹⁹⁷ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.48.

¹⁹⁸ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.54.

Com muito menos liberdade a humanidade convive, já que o modo de manipulação e de modulação de comportamentos aumenta na mesma medida em que transferimos os dados pessoais e não se sabe para quem e nem para quê. Cada vez mais, a humanidade se enrola em um novelo e “[e]ssa desproteção digital é estimulada e explorada pelo hipercapitalismo”¹⁹⁹.

À medida que a tecnologia da informação evolui, mais se caminha para uma verdadeira “smart city”, onde tudo estará conectado com tudo e vamos receber e-mails não só dos amigos, mas também dos aparelhos domésticos, dos animais de estimação e dos alimentos na geladeira”. Todos andaremos por aí com o Google Glass²⁰⁰.

Um dos grandes riscos de toda essa arquitetura digital é o encaminhamento para ditaduras digitais, na medida em que “[n]ão só o regime saberá o que você sente – ele poderia fazer você sentir o que ele quiser”²⁰¹.

Segundo Yuval Noah Harari,

[a] democracia em seu formato atual não será capaz de sobreviver à fusão da biotecnologia com a tecnologia da informação. Ou a democracia se reinventa com sucesso numa forma radicalmente nova, ou os humanos acabarão vivendo em “ditaduras digitais”²⁰².

No entanto, o grande questionamento são os limites a esses ataques e transmutações. Quais são esses limites? Há meios do estado-nação impor tais limites? Em caso positivo, quais seriam esses mecanismos? Se o estado-nação não puder impor mais limites, quais serão os caminhos que a ciência do Direito e o próprio constitucionalismo digital poderão propor a fim de refrear o poder descomunal das plataformas digitais? Ou, ambos, estado-nação e estado-nação transnacional podem tomar providências? E, como?

Exsurge a ciência social do Direito em seu papel protagonista não mais de corresponder puramente as mudanças e metamorfoses da tecnologia, da economia e das sociedades, mas de assumir o comando e ser protagonista para estabelecer limites, pois não é mais uma ciência contemplativa ou passiva, somente estabilizadora de expectativas e promotora da paz social.

¹⁹⁹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.50.

²⁰⁰ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas**. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, p.51.

²⁰¹ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 95.

²⁰² HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 95.

Segundo Carlos do Cabo Martin “[s]e trata de se posicionar sobre a possibilidade que o Direito (e especificamente o Direito Constitucional) tem de influenciar a realidade, de ter uma função ativa, transformadora ou contribuinte na mudança”²⁰³.

Será fundamental para essas novas conformações na estrutura das Constituições vigentes nesse período da história analógico-digital que tenham possibilidades de refrear a avalanche da sobreposição da lógica econômica sobre a proteção das liberdades humanas.

A fim de identificar quais seriam tais mecanismos, a primeira grande dificuldade que se apresenta é a de se compreender a arquitetura digital, diante da grande assimetria de informação que existe entre as grandes companhias de comunicação e informação, o Estado e a própria população.

E essa assimetria de informação é uma de suas principais características. Não sabemos o que eles sabem de nós. Não sabemos quantas informações eles têm sobre nós. Não sabemos se as informações que possuem representam, exatamente, o que somos de verdade. Mas, com base nesses dados, nosso comportamento futuro é precificado, embora não sejamos nós as fontes de seu superávit, na medida em que “[o]s verdadeiros clientes do capitalismo de vigilância são as empresas que negociam nos mercados de predição de comportamentos futuros”²⁰⁴.

Desse modo,

o capitalismo de vigilância age por meio de assimetrias nunca antes vistas referentes ao conhecimento e ao poder que dele resulta. Ele sabe tudo de nós, ao passo que suas operações são programadas para não serem conhecidas por nós. Elas acumulam vastos domínios de um conhecimento novo proveniente de nós, mas que não é para nós. Elas predizem nosso futuro a fim de gerar ganhos para os outros não para nós²⁰⁵.

A grande questão é que esse mecanismo de governança baseado na “vigilância constante” de cada ser humano afeta diretamente a intimidade e a privacidade humanas, de

²⁰³ MARTÍN, Carlos do Cabo. **Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid: Editorial Trotta. 2014, p. 11. Tradução livre: [s]e trata de una toma de postura sobre las posibilidades que tiene el Derecho (y em concreto el Derecho constitucional) de incidir em la realidad, de tener una función activa, transformadora o coadyuvante em el cambio.

²⁰⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.22.

²⁰⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 22.

modo transnacional, atingindo o “core” das liberdades humanas. As liberdades estão em crise. A Constituição de 1988 também.

Uma outra constatação importante é a de que a “informação” está para a metamorfose da identidade da estrutura das sociedades, assim como o “capitalismo de vigilância” está para a economia. E, nessa dança das cadeiras, o impacto da tecnologia da informação sobre a economia por meio do capitalismo de vigilância e, posteriormente, sobre as sociedades, por meio da metamorfose do modo de se viver e se relacionar em sociedade, até o presente momento, ainda que a humanidade esteja no curso dessa transição paradigmática, já alterou a percepção sobre o que se entende por “intimidade” e “privacidade” provocando um efeito abrupto sobre as liberdades.

A Constituição de 1988 já revela estar em crise, assim como já transparece em crise as “novas liberdades” que passaram a integrar novos mecanismos de controle.

O desafio está em verificar como o direito por meio do estabelecimento de novos pilares constitucionais poderia inverter a lógica digital imbuída no modelo de governança das “big techs” - que observam a ordem tecnologia – economia – sociedade – direito - e colocar limites à proteção das liberdades humanas, da sua individualidade e privacidade, tudo em ordem com os ideais democráticos e com a proteção da dignidade da pessoa humana.

PARTE III -

1.3 A METAMORFOSE DO DIREITO GLOBAL: o subsistema do direito

A sociedade contemporânea experimenta um novo momento constitucional e desta vez o principal catalisador da mudança é o impacto disruptivo da tecnologia digital²⁰⁶.

Um Direito que é epistemologicamente constituído a partir de modelos semânticos estatais encontra sua maior crise existencial no desenvolvimento de suas tecnologias e na transnacionalidade inerente a elas²⁰⁷, de modo que “[a] lógica do pensamento jurídico moderno encontra-se no atual momento em crise”, na medida em que a antiga estrutura jurídica não é mais suficiente para a compreensão do papel central do Direito na formação da sociedade moderna²⁰⁸.

A metamorfose do Direito, assim como das sociedades e da economia já pode ser percebida como um movimento incontornável nessa altura da ruptura paradigmática (segunda década do século XXI), cujo motor de transformação é a tecnologia da informação que reordena o modo de viver da humanidade e, ao atingir os subsistemas das sociedades e da economia, igualmente, atingem ao subsistema do direito.

E essa ordem de metamorfose já pode ser perceptível nos olhares mais cuidadosos dos juristas, não obstante haja muita resistência de se aceitabilidade sobre o repensar das estruturas do Direito, como é comum em toda transição paradigmática, tal qual revela Carlos do Cabo Martín no sentido de que a humanidade vive “días egípcios”²⁰⁹, onde se impera a negação da metamorfose e da própria fragmentação da força normativa das Constituições.

Carlos de Cabo Martín aduz que:

[o] que está morto é embalsamado e os familiares continuam trazendo alimentos e perfumes para continuarem acreditando numa existência petrificada. Mas preservar os mortos, embalsamá-los e perfumá-los é o primeiro obstáculo à ressurreição²¹⁰.

²⁰⁶ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul/dez/2021.

²⁰⁷ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfose do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 40.

²⁰⁸ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfose do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 35.

²⁰⁹ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico**. Madrid, Editorial Trotta, S.A. 2014, p. 10. Tradução livre: “días egípcios”.

²¹⁰ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico**. Madrid, Editorial Trotta, S.A. 2014, p.10. Tradução livre: lo que está muerto se embalsama y los familiares siguen llevando comida y perfumes para seguir creyendo em uma existência petrificada. Pero conserva lo muerto, embalsamando-lo y perfumándolo, es e primer obstáculo para la resurrección.

Desse modo, é inequívoco que a ciência do Direito e, em detido aspecto, o constitucionalismo tradicional precisa ser repensado e reconstruído a partir de novas teorias, métodos e padrões científicos que sejam capazes de oferecer soluções eficazes para os problemas da vida cotidiana na era digital, dando oportunidade de se buscar um <constitucionalismo alternativo> e mostrar que <outro constitucionalismo é >²¹¹.

Nesse ponto, a importância de se estudar amiúde a metamorfose das sociedades e da economia. Só assim, compreendendo o que for possível conhecer, se poderá buscar soluções e readequações via ciência do Direito para os problemas dos novos tempos.

Roberto Aguiar registrou que “a crise se acentua quando tentamos dar conta de novos fenômenos por modelos antigos e, às vezes, estamos tão presos a essas visões pretéritas que nem mesmo vislumbramos o surgimento de questões diferentes”²¹². É, pois, preciso fugir da “caverna constitucional”, de um “platonismo constitucional”, entendido por Carlos do Cabo Martin como:

(...) uma espécie de platonismo constitucional, no sentido de que o que se toma como realidade são apenas as sombras que se percebem de dentro daquela – suposta – <caverna constitucional>, com um discurso ultrapassado a respeito do que o que acontece na realidade e, conseqüentemente, o que está em jogo²¹³.

Prossegue o doutrinador espanhol aduzindo que:

[d]esta forma observamos um evidente <cansaço constitucional> no sentido do esgotamento, de dar sempre as mesmas respostas construídas com os mesmos instrumentos técnico-mecânicos, uma espécie de <fordismo constitucional>, a partir de uma abordagem dominante, uma transcrição do pensamento único e que deu origem a este estranho fenômeno da sua universalização, da sua extensão a todas as áreas geográficas e culturais, que mostra uma perfeita compatibilidade e coexistência com todos os problemas, sem resolver nenhum²¹⁴.

²¹¹ MARTIN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico**. Madrid, Editorial Trotta, S.A. 2014, p.11. Tradução livre: <alterconstitucionalismo> e <outro constitucionalismo es posible>.

²¹² AGUIAR, Roberto A. de R. **Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas**. Brasília: Letraviva, 2000, p. 37.

²¹³ MARTIN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico**. Madrid, Editorial Trotta, S.A. 2014, p. 10. Tradução livre: (...) una especie de platonismo constitucional, en el sentido de que lo que se toma por realidad son solo las sombras que se perciben desde el interior de esa – supuesta - <caverna constitucional>, con un discurso desfasado respecto de lo que em la realidad ocurre y, en consecuencia, de lo que está em juego.

²¹⁴ MARTIN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico**. Madrid, Editorial Trotta, S.A. 2014, p.10. Tradução livre: [s]e observa así um evidente <cansancio constitucional> em el sentido de agotamiento, de proporcionar siempre las mismas respuestas construídas con el mismo instrumental técnico-mecánico, una especie de <fordismo constitucional>, desde un enfoque dominante, trasunto del pensamiento único y que há dado

Mas, quais são as características desse novo direito? Que conformação terá para diante da realidade de um mundo digital, cujo modelo de governança das plataformas digitais, já absolutamente enraizados na sociedade e na economia da era digital, que utilizam como insumo os dados obtidos a partir da intimidade e privacidade humanas e como poderá resguardar as liberdades como direitos e garantias constitucionais, tal como idealizadas em um mundo puramente analógico? Que liberdade a humanidade terá em um mundo da vida digital? Qual será a liberdade do futuro?

O Direito, por meio da força normativa das Constituições, passaria a não ter o papel simplesmente de ordenar os fatos sociais e econômicos ocorridos, mas de estabelecer limites para a governança das “big techs” e, nesse conceito, se inclua todas as possibilidades de formação de consensos transnacionais que permitam a globalização das constituições domésticas e, por consequência, que permitam ao mundo-da-vida digital não só estabelecer limites aos abusos de poder das plataformas digitais, como estabelecer consensos para proteger as liberdades humanas transnacionalmente.

Isso porque segundo Carlos de Cabo Martín “[e]m geral, a ciência social e, portanto, a ciência jurídica (e, especialmente, a ciência constitucional) não é uma <ciência contemplativa>, ou ciência passiva”²¹⁵, podendo agir com potencialidade de fazer uma crítica prática a realidade social.

Esse se apresenta como um dos caminhos viáveis e possíveis para se refrear o abuso do exercício do “poder de mercado” das companhias tecnológicas de informação e comunicação, fortalecendo projetos emancipatórios capazes de fugir a engrenagem e encontrar novas vias, onde o diálogo e o discurso não sejam afetados pelo direcionamento individualizado dos “filter bubbles”.

Para isso, a análise da metamorfose do direito global que diante das novas tecnologias e de sua capacidade de conectar o mundo de modo transnacional em tempo real alteram as “velhas” estruturas ligadas ao estado-nação e exigem um repensar do modo de manutenção de sua legitimidade e validade.

lugar a esse extraño fenómeno de su universalización, de su extensión a todos los ámbitos geográficos y culturales, que muestra una perfecta compatibilidad y convivencia con todos los problemas, sin resolver ninguno '.

²¹⁵MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico**. Madrid, Editorial Trotta, S.A. 2014, p.12. Tradução livre: em general, la ciencia social y por tanto la jurídica (y, acentuadamente, la constitucional) no es una <ciencia contemplativa>, o passiva.

No centro do debate desta tese de doutorado está o direito constitucional e a sua potencialidade de assumir a vanguarda dessa metamorfose de modo constitutivo, vocacional, dinâmico e atemporal para que seja possível assegurar pilares normativos que se tornem um consenso e, portanto, estejam aptos a proteger as liberdades humanas diante dos conflitos que surgem a partir de uma nova conformação de uma sociedade e de uma economia metamorfoseadas pela era digital.

A rapidez das tecnologias disruptivas são incompatíveis com os processos democráticos de constituição de novos direitos. Esse será um dos maiores desafios que a ciência do Direito terá não só para reordenar o estado das coisas, como para recobrar a força normativa das constituições, inclusive, à nível transnacional, superando o tempo cronológico e o engessamento do estado-nação.

O caráter cada vez mais híbrido e inserido em práticas sociais (extralegais) é um dos pontos de destaque de Ricardo Campos. Para ele,

[a] transnacionalidade do Direito é uma consequência deste desenvolvimento, pois ela emerge do emaranhado entre Direito, sociedade, novas tecnologias e novos modelos econômicos em vez de manifestar-se simplesmente como um Direito que emerge a partir de Estados nacionais.

Diante da complexidade da sociedade transfronteiriça, a presente tese de doutoramento não pretende esgotar as suas respostas e não tem a pretensão de entrega de um modelo novo e fechado para toda a metamorfose da estrutura de um direito que durante os séculos vem sendo constituído, legitimado, validado e reconhecido.

A pretensão está, primeiro, em identificar o fenômeno da metamorfose da ciência do Direito (global) e os impactos da alteração dessas estruturas na higidez e eficácia da Constituição de 1988; o segundo, está em identificar o aspecto moderno do Direito que, como leciona Ricardo Campos, tem uma tripla função: (i) lidar com uma complexidade indeterminada e, (ii) também ser, ao mesmo tempo, um motor para a construção de novas complexidades e relações; o terceiro, está em propor medidas aptas a proteção de nova categoria de liberdade e de direitos subjetivos inerentes em nível transnacional.

1.3.1 A complexidade crescente e indeterminada das sociedades e da economia

Ao se pensar na Ciência do Direito e, mais detidamente, no papel que as Constituições exercem em sociedades democráticas liberais de um mundo moderno, o primeiro aspecto que vem à mente é a clara desconexão entre o tempo para a estruturação de um novo direito por

meio das instituições representativas democráticas e a quase instantânea modificação da ordem das coisas na era digital.

A ausência de “controle, de vigilância”, “de previsão de docilização de comportamentos” e o papel do direito como estabilizador de expectativas já são sentidos e representados pelo “mal-estar luhmanniano”, de modo que “[o] Direito da sociedade global é um Direito movido por um inerente mal-estar existencial²¹⁶.

O tempo ou as variações de seu sentir é, pois, um dos principais motores para a percepção de que a ciência do Direito e as próprias Constituições, como modelos normativos, precisam ser repensados e redimensionados, de modo que a ciência do Direito esteja apta a oferecer respostas para um mundo em aceleradíssima transformação.

No entanto, importantíssimo firmar que a mudança faz parte do curso da história e que outras tecnologias, mesmo que em menor escala e com menor impacto no mundo da vida, também já tiveram o seu papel de alterar as estruturas dantes vigentes.

O papel do estado-nação também sofre com a ruptura do paradigma da informação. Roberto Aguiar, na virada do milênio, já trazia luz ao que hoje já está um pouco mais claro, *ex vi*:

O Estado de hoje já não é aquela unidade soberana, limitada e discreta, com território e povo. Os poderes já não mais se preocupam com as hierarquias verticalizadas, mas constituem redes onde a informação, a velocidade e os resultados são seus objetivos²¹⁷.

No entanto, é verdade que a humanidade não parece ter vivido dias tão complicados, onde o tempo é o pior aliado. Na medida em que não há regulamentação do espaço digital, cada dia mais as plataformas digitais captam dados e implementam seus processos de superávit comportamental em detrimento dos próprios usuários.

E, para isso, não basta regular a inteligência artificial para garantir tais direitos, mas é fundamental “o desenvolvimento de estruturas e procedimentos que possibilitem um controle efetivo baseado na salvaguarda da pessoa como início e fim do sistema”²¹⁸.

²¹⁶ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfose do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 39.

²¹⁷ AGUIAR, Roberto A. de R. **Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas**. Brasília: Letraviva, 2000, p. 39.

²¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, /S. l./, v. 31, n. 1, p. 69–75, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/17>. Acesso em: 6 mar. 2023.

O comportamento das pessoas e não as pessoas em si se tornaram insumo para o ganho alheio. Os “espelhos” dados foram a comunicação e a interação entre pessoas, sem que elas mesmas saibam a dimensão e os riscos que a humanidade está correndo.

E, riscos, assim como riquezas, são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições – posições de ameaça ou posições de classe²¹⁹. Assim, o grande desafio da ciência do Direito para lidar com a complexidade crescente da economia e da sociedade está em encontrar saídas para limitar o poder das plataformas digitais sobre as liberdades humanas.

Ora, se as Constituições liberais democráticas tiveram por mote, após as revoluções do século XIX, deter o poder das majorias e estabelecer limites e direitos e garantias mínimos para favorecer as minorias ²²⁰, com a transmutação do estado-nação não mais como único legitimador e garantidor dos direitos e garantias fundamentais, eis que “o espaço do Estado-nação não se apresenta mais como o principal esquema diferenciador da realidade”²²¹, por quais caminhos a ciência do Direito trilhará?

Eis a investigação.

1.3.2 A função ativa e transformadora do direito

A função ativa e transformadora do direito é um dos importantes destaques desta tese de doutoramento. A função meramente passiva de estruturar regras de ação surgidas na sociedade e na economia, a cargo do que defendia George Jellinek e Friedrich Carl Von Savigny, vai tomando novos contornos à medida que a tecnologia da informação exige do Direito um papel ativo, transformador e de alcance global, imbuído em sua textura aberta (do Direito moderno) com novas redes de significação.

Isso porque se os novos meios de comunicação proporcionados pelas novas tecnologias reordenam a função de tempo e espaço sob a qual o Direito tradicional e local, vinculado ao estado-nação foi erigido, não há dúvidas de que o alcance desse mesmo Direito deve acompanhar a extensão temporal e espacial das mesmas relações de comunicação.

²¹⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: risco a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 31.

²²⁰ AGUIAR, Roberto A. de R. **Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas**. Brasília: Letraviva, 2000, p. 49.

²²¹ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfose do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 53. Tradução livre: el desarrollo de estructuras y procedimientos que hagan posible em control efectivo basado em la salvaguarda de la persona como principio y fin del sistema.

A complexidade crescente da sociedade global exige esse se recolocar, papel esse do qual a ciência do Direito não pode se negar e o meio de dispersão aqui colocado remonta-se a novas possibilidades de criação e apresentação de soluções para os novos problemas advindos com a era digital.

Se analisadas as transições paradigmáticas é de se ver que esse movimento de colocação ou não do Estado, do seu próprio tamanho e limite de abrangência não é novidade. A desintegração do “*ius publicum europaeum*”, o nascimento da modernidade e a criação de pessoas jurídicas com o surgimento de novos estados-nações são bons e recentes exemplos da possibilidade e criatividade da própria ciência do Direito.

Ricardo Campos destaca essa importante função ao aduzir que:

[a] dispersão da soberania como meio denota neste sentido uma certa textura aberta do Direito (moderno), que não se destina principalmente a gerar ‘regras vinculantes’ ou a construir direitos e deveres, mas cria condições sociais para a geração de novos laços além da tradição²²².

Não há uma fórmula matemática e, também não há regras fixas para todas essas dispersões. Nesse primeiro momento, o que há é a identificação da metamorfose e o pensar as condições para a criação de novas estruturas que possam atender a uma realidade digital incontornável, mas que ao mesmo tempo, também permita que a significação das liberdades humanas não sejam viesadas pelo abuso de poder econômico das plataformas digitais.

Há que surgir uma nova conformação chamada por Marcelo Neves como “transconstitucionalismo” que possa tratar de questões relevantes sobre o constitucionalismo na sociedade mundial contemporânea²²³.

Segundo Marcelo Neves,

[e]sse modelo transconstitucional rompe com o monismo/pluralismo. O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinando de ordem como ponto de partida ou última ratio. Rejeita tanto o estatismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado de problemas constitucionais.²²⁴

²²² CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e a tecnologia**. São Paulo: contracorrente, 2023, p.186.

²²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. XIX.

²²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. XXV.

Prossegue o Professor apontado sobre a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais²²⁵.

E, finaliza, dizendo que

em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre diversas ordens jurídicas da sociedade mundial²²⁶.

No mesmo sentido de uma proposição transnacional, Günter Teubner aduz que o Estado em rede não teria nem a forma federativa e nem a forma de confederação, mas seria um modelo para uma tal “Hydra com multi-cabeças”²²⁷.

Günter Teubner aponta algumas características do Estado em Rede. São elas:

1. Transformação de contradições: A tarefa central do Estado em rede é transformar as intoleráveis contradições que surgem externamente das exigências opostas da sua multinacionalização e da diferenciação funcional na sua governança, internamente em encargos comportamentais suportáveis na rede;
2. Transversalidade: A elevada autonomia dos regimes funcionais e dos Estados nacionais permite ao Estado em rede observar o mundo a partir de perspectivas muito diferentes, oferecendo em princípio a oportunidade de transformar produtivamente a multiperspectividade numa cadeia de tomada de decisões;
3. Dinâmica própria: A ‘característica decisiva das redes como estrutura evolutiva transsubjectiva’, que pode oferecer vantagens ao Estado em rede. Não é, como comumente se afirma a ligação de todos os nós com todos os outros nós da rede que é decisiva (...), mas sim o processo dinâmico de uma mudança permanente impulsionada simultaneamente por muitos nós, que inevitavelmente e ao mesmo tempo imprevisivelmente afeta o todo. Em particular, a dinâmica das negociações entre Estados-nação e regimes privados pode gerar novos padrões regulatórios do Estado em rede.”

²²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. XXV.

²²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. XXV.

²²⁷ TEUBNER, Günter. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p.25.

4. Iteratividade. A decisão final vinculante na hierarquia do Estado tradicional é substituída, no Estado em rede, por atos decisórios iterativos numa multiplicidade de posições de observação²²⁸.

E, diante do desenvolvimento de teorias jurídicas sólidas sobre o tema de modo visionário e prospectivo, ainda será preciso muito trabalho de convencimento da real necessidade de construção dessas “pontes de transição”.

Em verdade, esse não é um problema de fácil solução. Isso porque toda a conformação das plataformas digitais utilizou por base as regras vigentes em uma sociedade analógica não preparada para as transformações digitais de uma sociedade global.

Se analisados os principais pontos de apoio, dois exemplos chamam à atenção. O primeiro, relacionado a violação da intimidade e da privacidade são “defendidas” pelo consentimento e pela “livre” determinação do sujeito. A defesa das plataformas, nesse caso, está no absoluto controle do indivíduo sobre a sua liberdade, ou seja, o consentimento e a incorporação da “vida digital”, originadas de uma “livre escolha” de cada indivíduo.

Por outro lado, as plataformas digitais, ao se esconderem atrás de suas “black boxes” não revelam o modo como desenham seus algoritmos com vistas a modular e manipular comportamentos também apoiados em institutos como o da “proteção de patentes”.

E, aqui, não se está a defender sobre a “incorreção” de tais institutos, mas de uma inarredável readequação, na medida em que institutos criados pelo próprio Direito não podem servir de violação a outros direitos, sobretudo, os direitos fundamentais.

Nesse caso, o que se assiste é o Direito desconstruindo as bases do próprio Direito que o criou. É para isso que serve a textura aberta do Direito e a possibilidade não só de regular a situação posta pelas modificações sociais e econômicas, mas também de ocupar um papel de vanguarda não só no estabelecimento de novos direitos, como o de limitação de abusos de posição dominante, estabelecendo novas estruturas que possam superar o papel hodierno do estado-nação e construir um verdadeiro Estado em rede.

Por outro lado, também importante consignar que nada é revelado aos usuários. O consentimento nessa clara escuridão e, mesmo que se tente validá-lo nas regras criadas em um mundo da vida analógico é claramente viciada. As regras do negócio não são abertas e os seres

²²⁸ TEUBNER, Günter. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p. 22/23.

humanos sequer sabem o perigo que correm ao revelarem suas informações não se sabe para quem e nem para quem e, regra geral, não tem a ideia de que tais dados estão sendo utilizados como insumo para induzi-los a comportamentos em todos os aspectos da vida em geral e não só restritos ao consumo,

Nesse aspecto, Carissa Vélez assevera que:

[a] economia de dados e a vigilância onipresente da qual ela se alimenta, nos pegou de surpresa. As empresas de tecnologia não informaram aos usuários como nossos dados eram utilizados, muito menos pediram nossa permissão. Elas também não pediram aos nossos governos. Não havia leis para regular o rastro de dados deixado por cidadãos desavisados enquanto realizávamos nossos negócios em um mundo cada vez mais digital²²⁹.

Não à toa que se diz que os dados são o novo petróleo da humanidade e, por isso se refuta tão veementemente a onipresença da vigilância das plataformas digitais. Há que se estabelecer direito a se ter uma saída, há que se estabelecer a privacidade como um “direito a ter direitos”, segundo há que se estancar o abuso de poder econômico que destrói paulatinamente a essência da privacidade humana. Limites precisam ser impostos. Há que se ter regras claras.

Essa não será uma tarefa fácil porque já é visível que o poder do estado-nação já está cambaleado diante do poder crescente das plataformas digitais. O poder é fluido, os estados-nação também são hoje absolutamente dependentes das tecnologias da informação e grande parte de seus “programas” baseados em algoritmos são alienados por essas mesmas empresas, de modo que grande parte da informação, de um modo ou de outro, já está nas mãos das plataformas digitais.

No entanto, a par da gravidade da atual dependência dos estados-nação não só da internet, mas dos aparelhos eletrônicos como computadores e celulares e, também, da utilização das próprias redes sociais pelos próprios organismos de governo, o Direito precisará se desvincular das velhas premissas para encontrar novas formas de proteção e equilíbrio.

E, nesse detido aspecto, muito importante registrar que o agravamento do caos se deu, em grande parte, pela própria ausência do Direito (internet de ninguém) e do estabelecimento

²²⁹ VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados**. Tradução: Samuel Oliveira. São Paulo: contracorrente, 2021, p. 23.

de limites ao abuso de poder econômico das plataformas digitais. Nesse momento, o que resta é redobrar as atenções e os estudos para se encontrar um caminho possível.

Desse modo, considerando a extensão e a gravidade da crise do constitucionalismo e a fragmentação da força normativa das constituições analógicas será fundamental entender essa crise e posicionar a ciência social e, sobretudo, o Direito Constitucional como o protagonista para estabelecer limites à própria economia e seu capitalismo de vigilância.

As liberdades, dantes tuteladas, protegidas e inegociáveis, enquanto protegidas e garantias pelo Estado em suas constituições, como direito e garantia fundamental, passaram a ser precificadas e alienadas em um mercado de superávit comportamental. É papel do Direito, nesse momento da história, agir com dinamicidade e protagonismo e conter os avanços da tecnologia sobre as liberdades humanas, estabelecendo limites para que o ser humano permaneça como princípio e fim do sistema.

A era digital marcada pela tecnologia da informação com seus algoritmos e sua inteligência artificial (generativa) entranhou-se de modo inequívoco em todos os subsistemas e, notadamente, na economia, na sociedade e no direito, de modos horizontal, vertical e simultâneo, atingindo a própria noção de tempo e espaço.

E não é que tais normas devam ser revogadas porque o mundo analógico está aí. Mas, novos direitos subjetivos e novos princípios devem ser positivados.

Diante da alteração dos fatores reais de poder e do necessário diálogo que deve haver entre os mesmos e as Constituições e, considerando que o poder dantes exclusivo dos Estados extravasa a sua linha limítrofe e é alcançado pelas grandes companhias de comunicação e informação, é momento de se renovar o questionamento feito por F. Lassalle ao proferir uma palestra em 16 de abril de 1862 numa associação liberal-progressista de Berlim para intelectuais e operários da antiga Prússia – Que é a Constituição (na era digital)? - direcionando, assim, o olhar para os novos tempos digitais.

Tendo a Constituição de 1988 sido promulgada em um mundo analógico, é fato que “[o]s fatores de poder do mundo digital não atendem aos dispositivos constitucionais”²³⁰.

Desse modo, entender a metamorfose do mundo e reorganizar os pilares de um novo constitucionalismo digital, a fim de contribuir de um lado com a vivacidade, dinamicidade,

²³⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 44. Tradução livre: los factores de poder del mundo digital no se ajustan a las previsiones constitucionales.

vontade das Constituições e, de outro, manter hígidos os direitos fundamentais diante do novo rearranjo de poder entre atores públicos e privados é o maior desafio da ciência do Direito na era digital.

Considerando a teoria häberliana no sentido de que “a cultura de um povo deve ser integrada na Constituição, ao lado dos demais elementos do Estado - povo, território e poder²³¹, é inequívoco que a tecnologia da informação é um elemento cultural que deve ser incorporado como fator preponderante na metamorfose das constituições.

Não há dúvida, pois, em se concluir que o novo paradigma da era digital se utiliza das estruturas civis e constitucionais analógicas para romper e corromper os direitos e garantias fundamentais positivados até então vigentes. Esse embaralhamento de identidades – analógico-digital – tumultua e induz a uma perda de noção relativa sobre o “core” dos próprios direitos fundamentais, o que favorece ao avanço da violação desses mesmos direitos.

Posto isso, o abalo para a humanidade é galopante. Considerando esse fato social e que não há mais retorno ao *status quo ante*, juristas de todo o mundo enquanto observadores externos, buscam compreender esse fenômeno epistemológico e, diante das novas conformações e dos novos fatores reais de poder, buscam encontrar caminhos para reequilibrar o papel das Constituições em sua superioridade normativa, recobrando a sua força e mantendo a eficácia horizontal das “liberdades” enquanto direitos e garantias fundamentais da humanidade.

A partir dessas compreensões, serão avaliados os novos determinantes do constitucionalismo digital, compreendendo como um observador externo, o efeito da tecnologia sobre o mundo e sobre as constituições puramente analógicas, de modo que reconstruir as vigas jurídicas que sustentavam a força normativa das Constituições analógicas deixou de ser uma opção, para se tornar uma necessidade incontornável.

E concernir todos esses novos fenômenos epistemológicos passa também por compreender a desconstrução dos pilares que sustentavam os arcabouços constitucionais e civis de um mundo predominantemente analógico, vigentes a cerca de dois séculos, cuja solidez têm sofrido perigosos e súbitos abalos na era digital, sobretudo, se se considerar que não está havendo tão somente uma mudança paradigmática, mas que todas essas transformações, além

²³¹ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Estudio introductorio: Diego Valadés. Traducción e índices. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 47, 2003, p. LIV.

de trazerem uma nova forma de se viver em sociedade, ainda atingem em cheio a eficácia horizontal dos direitos e garantias constitucionais, tão duramente erguidos ao longo dos últimos dois séculos, sobretudo, as liberdades de agir, pensar, associar-se e a liberdade de ser-aí-no-mundo (*Dasein*).

De posse de um silogismo, tem-se que se para uma determinada conformação do Estado de Direito (analógico), foi possível positivizar determinadas liberdades categorizadas como direitos fundamentais, para um novo Estado de Direito (digital), será necessário construir quais (novos) pilares serão necessários para que a Constituição torne a sua força normativa e quais novos direitos e liberdades em sua dimensão objetiva deverão ser assegurados com vistas a limitar o abuso de poder econômico das grandes companhias de informação e comunicação, levando-se em conta . uma nova dimensão social-global-digital e de uma nova categoria de liberdade que é a de ser (humano).

Mas, para isso é fundamental dar um passo adiante e sair do estágio de dormência, de latência constitucional.

1.3.3 A crise do constitucionalismo e a fragmentação da força normativa das constituições analógicas

A crise do constitucionalismo não é exclusiva do Brasil. Diante da globalização e da cosmopolização do mundo, do novo redimensionamento das fronteiras espaciais e temporais com as possibilidades interativas e instantâneas entre as sociedades e da liquidez e velocidade dos processos de comunicação e informação tornando as sociedades cada vez mais complexas, o constitucionalismo no mundo tem enfrentado provações e dificuldades.

No entanto, para efeito dessa tese de doutorado, o enfoque será tão somente da análise da crise no constitucionalismo na Constituição de 1988 e, para isso, é fundamental abordar a necessidade de alteração do próprio Direito constitucional, da criação ou reconstrução de novas categorias no constitucionalismo brasileiro, a fim de que o Direito possa assumir a vanguarda na ordenação e nos limites a serem impostos ao “mercado” que não deve poder tudo, sobretudo, utilizar-se das liberdades humanas, sua privacidade e intimidade para usá-las em detrimento da própria população brasileira.

A realidade social encaixilhada pela tecnologia da informação lastreada pelo uso de algoritmos e pela formação de inteligências artificiais (inclusive, generativas), pelos diferentes e inovadores processos de comunicação instantânea e pela transição para um novo modo de ser

do capitalismo industrial para o capitalismo de vigilância forma um novo arcabouço, ao que denominamos “a metamorfose do mundo”, que atinge, inexoravelmente, o equilíbrio da Constituição Federal de 1988 e a proteção das “liberdades”, enquanto direitos e garantias fundamentais, nessas duas primeiras décadas do século XXI.

É fundamental compreender a nova realidade social global-digital entreposta pela revolução tecnológica que altera todas as velhas estruturas do mundo analógico, inclusive, com impactos diretos e preocupantes sobre a eficácia e a força normativa da Constituição Federal de 1988, instaurando-se uma crise.

Nesse compasso, dois fenômenos já são perceptíveis aos observadores externos atentos: o primeiro, a reorganização do poder do Estado, com parcela de sua autoridade sendo engessada, desviada e controlada pelas grandes companhias de comunicação e informação e, segundo a perda de parcela de sua autoridade, notadamente, quanto à proteção dos direitos e garantias individuais.

Com a metamorfose das sociedades e a introdução da tecnologia não só como movimento catalisador das mudanças socioeconômicas do século XIX, mas como verdadeiro subsistema no século XXI, apto a influenciar, controlar e determinar os subsistemas da economia, das sociedades e do direito, inaugura-se uma nova rearrumação de poderes, sendo agora partícipes ativos dos poderes as grandes companhias tecnológicas pelo uso de seus algoritmos e da inteligência artificial (generativa).

Considerando que o poder é fluido e que as grandes companhias de comunicação e informação detêm não só mais informações, como mais poder e controle, manipulação e indução de comportamentos, sentimentos e pensamentos dos seres humanos que muitas nações, é visível o embaralhamento na separação entre os direitos público e privado.

É fato, pois, que as funções, dantes exclusivas do Estado estão sendo francamente exercidas pelos agentes privados, com a utilização do arcabouço analógico como padrão de fundamentação e em clara violação da efetividade da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Teme-se, pois, pela força normativa de sua Constituição à medida que, nas palavras de Konrad Hesse, “[q]uanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder a natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”²³².

²³² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 20.

E essa situação se agrava quando se verifica que os direitos e garantias fundamentais, ao lado de qualquer outro bem de consumo, têm sido precificados e alienados em um mercado de predição de comportamentos futuros.

Considerando que a estrutura normativa das Constituições já vige a cerca de dois séculos e não há quase nenhuma outra instituição moderna que atingiu essa idade e que não houve, nesses duzentos anos, ataque mais frontal à higidez das Constituições como o que se evidencia com a introdução da tecnologia da informação de modo horizontal, vertical e simultâneo em todos os subsistemas da economia, das sociedades e do direito, acende-se um grande alerta para os caminhos que realmente deverão ser tomados para a conformação de uma nova estrutura constitucional.

A reorganização dos poderes entre as esferas pública e privada vivem, no início do século XXI, um momento de grande tensionamento.

Por outro lado, como decorrência do embaralhamento das funções e limites entre o que é público e o que é privado, verifica-se que as companhias de comunicação e informação estão ora desconsiderando a eficácia normativa das Constituições ao prestigiar seus modelos de negócios e de governança corporativa em detrimento da proteção hígida dos direitos e garantias fundamentais, ora tutelando, assim como decidindo, de modo preliminar e, no mais das vezes, em definitivo, sobre a ocorrência ou não de violações desses mesmos direitos e garantias, antes exclusivos de apreciação somente pelo Estado.

Seja pelo “oversight board”²³³, seja pela criação de seus “code’s” (internos), a ausência de regulação e responsabilização das plataformas digitais, aliada ao fato de que atuam de modo transnacional, desconsiderando fronteiras espaciais e temporais, acabam por promover um impacto considerável nos poderes constituídos dos Estados.

Isso é um fato e, ainda que temporário, já denota que a passividade dos Estados em não regularem a internet – “terra de ninguém” – acabou permitindo que seu poder fosse nitidamente abalado, sobretudo, quando se trata de proteção dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, sob uma visão mais otimista, tem-se que ainda há tempo para que os Estados promovam ações eficazes a fim de recuperar o poder tomado pelas grandes companhias de comunicação e informação.

²³³ Oversight board: Trata-se do comitê de supervisão do Facebook. Disponível em <https://www.oversightboard.com/> em 22/11/2023.

Desse modo, identificadas as causas e consequências do fenômeno da tecnologia da informação sobre os subsistemas da economia, da sociedade e do direito, urge refletir sobre o que será a essência da Constituição na era digital, sobretudo, em seus pressupostos realizáveis²³⁴.

É certo que “[a] Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo mas, todavia, também a ela não está condicionada, simplesmente, por esta realidade”²³⁵ e, “[e]m caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto permitem assegurar a força normativa da Constituição”²³⁶.

A ponta do novelo de Ariadne, pois, está não só em compreender o papel da tecnologia na era digital, mas de encontrar meios de se redefinir os pressupostos realizáveis das Constituições, a fim de que o Estado possa permanecer “monopolista” na proteção dos direitos e garantias fundamentais ou garantir por meio de processos de controle tal proteção, de modo a resguardar o ser humano do abuso de poder das plataformas digitais.

1.3.4 As novas fronteiras do direito constitucional: o constitucionalismo global

A partir da adoção dos Estados Constitucionais de Direito, tornou-se consenso que as regras contidas na Constituição seriam o ápice da pirâmide kelseniana e suas regras e princípios fundamentariam a constitucionalidade de todas as demais normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Francisco Balaguer Callejón define essa formulação de Estado Constitucional de Direito como “um autêntico sistema constitucional democrático em que a Constituição pudesse realmente desempenhar as funções que lhe correspondem como instrumento normativo regulador da convivência social”²³⁷.

²³⁴HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 20.

²³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, pp. 19/20.

²³⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25.

²³⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 28. Tradução livre: um autêntico sistema constitucional democrático en el que la Constitución podía desempeñar realmente las funciones que le corresponden en cuanto instrumento normativo regulador de la convivencia social.

E, prossegue, aduzindo que:

[p]or um lado, a Constituição limita o poder público através de instrumentos jurídicos, ao mesmo tempo que estabelece as condições de uma ordem política plenamente democrática, entendendo a democracia não apenas como expressão da vontade da maioria, mas também como democracia pluralista, minorias. Desta forma, concretiza-se o elemento constante do constitucionalismo moderno, já presente no primeiro constitucionalismo (embora com pressupostos ideológicos parcialmente diferentes): o controle do poder político e a garantia de direitos e liberdades²³⁸.

Considerando que os dois pressupostos ideológicos das Constituições democráticas são o controle do poder político e a garantia dos direitos e liberdades e, considerando que na era digital, ambos os pilares estão sendo afetados, de algum modo, pelo novo paradigma da tecnologia da informação produzindo uma verdadeira metamorfose do mundo, é fundamental repensar quais os caminhos que poderão ser adotados para que as liberdades humanas permaneçam sendo protegidas.

Uma das soluções que a doutrina vem idealizando é o chamado constitucionalismo global, transconstitucionalismo ou, também chamado de inevitável globalização do Direito Constitucional e, nesse mister, é fundamental esclarecer que “[n]ão se trata, obviamente, de um caminhar em direção a uma Constituição Global, mas, sim, uma constitucionalização mundial de questões temáticas e institutos constitucionais”²³⁹.

Georges Abboud e Ricardo Campos esclarecem que “o que se globaliza é o próprio Direito Constitucional doméstico, em especial, a partir de temas que comportam em diferentes graus de universalização como a ideia de democracia e de direitos fundamentais”²⁴⁰ e reafirmam a ideia de que, segundo Tushnet considera “o fenômeno não trata de uma uniformidade das normas, mas de uma convergência e harmonização delas”²⁴¹.

²³⁸ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 28. Tradução livre: Por un lado, la Constitución limita el poder público a través de instrumentos jurídicos, al tiempo que establece las condiciones de un orden político plenamente democrático, entendiendo la democracia no sólo como la expresión de la voluntad de la mayoría, sino también como democracia pluralista, garante de los derechos de las minorías. Se realiza así el elemento constante del constitucionalismo moderno, presente ya em el primer constitucionalismo (aunque com pressupuestos ideológicos parcialmente distintos): el control del poder político y la garantía de los derechos y libertades

²³⁹ ABOUD, Georges e CAMPOS, Ricardo. Caminhos do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica (capítulo 1). São Paulo/SP: **Constitucionalismo global**. Editora Contracorrente, 2022, p. 14.

²⁴⁰ ABOUD, Georges e CAMPOS, Ricardo. Caminhos do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica (capítulo 1). São Paulo/SP: **Constitucionalismo global**. Editora Contracorrente, 2022, p. 14.

²⁴¹ ABOUD, Georges e CAMPOS, Ricardo. Caminhos do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica (capítulo 1). São Paulo/SP: **Constitucionalismo global**. Editora Contracorrente, 2022, p. 14.

Isso porque o transconstitucionalismo implica em se buscar uma “racionalidade transversal mediante aprendizado recíproco e intercâmbio criativo”²⁴², o que pode ocorrer entre ordens jurídicas diversas e não subordinadas por meio de um diálogo constitucional.

A busca por novos pilares, as estruturas básicas sob as quais foram formuladas as Constituições na era analógica e prescrutar quais novos endereçamentos precisarão ser dados para os direitos e garantias fundamentais possam permanecer sendo resguardados em uma verdadeira democracia pluralista, onde o direito das minorias é protegido, na mesma medida do direito das maiorias é uma das tarefas mais importantes para o constitucionalismo do século XXI.

E esse movimento não é novo. Tal qual ocorreu com a transição das Constituições do final do século XVIII e início do século XIX para as Constituições da segunda metade do século XX, nesse momento de transição paradigmática no início do século XXI, onde as sociedades estão sendo horizontal e verticalmente afetadas pela tecnologia da informação geradores da globalização e da cosmopolização, também será fundamental, tal qual assegura Francisco Balaguer Callejón “a unidade, a coerência e a plenitude”²⁴³

Desse modo, novas fronteiras do direito constitucional em um contexto de uma terceira globalização²⁴⁴ precisam ser redesenhadas para que o Direito Constitucional siga cumprindo suas funções históricas: “o controle do poder, a garantia dos direitos fundamentais e a capacidade de articular e resolver conflitos sociais a nível constitucional”²⁴⁵.

E, para isso, será preciso compreender a Constituição do algoritmo não só no sentido de digitalização da Constituição, mas de constitucionalização da tecnologia, com a inteligência

²⁴² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 115.

²⁴³ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 28. Tradução livre: el de unidad, el de coherencia y el de plenitude.

²⁴⁴ Francisco Balaguer Callejón leciona as três etapas da globalização. In verbis: Ni la globalización en sentido moderno está experimentando su tercera etapa de desarrollo desde finales del siglo XIX y se frenó en el período de entreguerras. La Liberación de trabas al comercio y el desarrollo de las comunicaciones volvería a alcanzar un gran desarrollo a partir de los años cincuenta del pasado siglo, después de la Segunda Guerra Mundial, coincidiendo con dos fenómenos igualmente relevantes desde una perspectiva constitucional: la aprobación de las primeras constituciones normativas en Europa y el comienzo del proceso de integración europea. Tras esta segunda globalización de los años cincuenta del siglo XX, el desarrollo tecnológico de finales de ese siglo abrirá paso a la tercera globalización, que está transformando la percepción del espacio y del tiempo en el siglo XXI y está provocando un cambio de pautas culturales, generando nuevos paradigmas em muchos ámbitos. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 31.

²⁴⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 31. Tradução livre: el control del poder, la garantía de los derechos fundamentales y la capacidad para articular y resolver los conflictos sociales de nivel constitucional.

artificial incluída, a fim de que a Constituição torne ao seu papel de servir à sociedade contra os interesses econômicos das grandes companhias.

E, também será preciso parar de negar a metamorfose. Em situações difíceis, o único caminho só pode ser seguir em frente em busca do reequilíbrio constitucional, ainda que as velhas estruturas de estado-nação precisem ser complementadas por um Estado em Rede.

CAPÍTULO 2 - O DIREITO DA LIBERDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL ANALÓGICO

Vive-se uma fase de transição paradigmática onde as velhas estruturas do mundo da vida física e analógica, fundadas em uma noção de átomos, vão cedendo espaço para a incorporação paulatina de um mundo da vida digital, estabelecido ao derredor dos bits.

Os bits, também chamados de “binary digits”, se constituem como a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida e que somente pode assumir dois valores: 0 ou 1.

E, a partir dessa lógica binária, o mundo contemporâneo vai se metamorfoseando e tem na informação vigiada, armazenada e bitizada, o resultado da incorporação da vida digital nas culturas à nível global, de modo que as relações interpessoais e transnacionais ganham, a cada dia, novos contornos, impulsionados pela interconectividade do mundo com a comunicação instantânea e global, alavancadas pelas mídias sociais e pelo uso massivo da internet para se chegar a um novo modo de processo produtivo, onde a informação e a tecnologia passam a conduzir a nova forma de viver e de consumir nas sociedades, capitaneadas pela vigilância constante e invasiva da tecnologia nos seres humanos.

A contemporaneidade é marcada por fenômenos que alcançam não mais só culturas individualizadas em Estados-Nações ou determinadas regiões do globo terrestre para alcançar a todos os cantos do planeta que, com maior ou menor intensidade, passam a ter nos fenômenos da vigilância constante, da globalização, da cosmopolização e da transnacionalização dos direitos as marcas profundas de sua metamorfose.

E, com toda essa revolução paradigmática de grandes proporções, o modo como se estabeleceram e se fortaleceram os direitos subjetivos ligados às liberdades humanas também sofrem os impactos dessa ruptura paradigmática e fazem surgir a necessidade de positivação de um novo núcleo de liberdades – de SER (humano), além de novos direitos subjetivos alinhados com as necessidades de uma contemporaneidade marcada pela tecnologia da informação.

E, para se avaliar o impacto dessa metamorfose do mundo na dignidade da pessoa humana, o primeiro questionamento que exsurge é: o que é SER humano na era digital?

À medida que se constata que o direito constitucional ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se relevante diretamente para outras ordens jurídicas, inclusive,

não estatais”¹, a fragmentação constitucional com a desconstrução paulatina da unidade das constituições diante de uma nova integração transestatal do Estado-Nação com outros atores globais², trazem um novo desafio ao constitucionalismo contemporâneo que é a necessidade de se repensar o modo e a forma de proteção das liberdades humanas, enquanto direitos e garantias fundamentais. Aparece o constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional como uma nova agenda de pesquisa do direito constitucional brasileiro, conforme anunciam Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes³.

A globalização, seguida da cosmopolização e da transnacionalização dos direitos promovidos pela tecnologia da informação alteram inelutavelmente as noções espaciais e temporais até então reinantes no mundo. O tempo acelera e pede pressa⁴. Esse novo modo de pensar, de viver e de efetivamente construir as relações produtivas e de consumo no mundo vem promovendo uma transição de paradigma de grandes proporções, equiparado a invenção da escrita, da criação da roda e da luz elétrica.

É fato que as descobertas humanas sempre tiveram o condão de alterar o estado das coisas e o modo como a humanidade se comporta diante das novas possibilidades de convivência em sociedade. Os exemplos acima confirmam essa hipótese e não deixam nenhuma dúvida de que a era digital e o desenvolvimento da tecnologia da informação já se enquadram e fazem parte desses raros momentos da história em que a forma de se viver no mundo se altera de ponta-cabeça.

Entretanto, não é o fato da metamorfose do mundo em si que ocupa o tema central dessa pesquisa. O ponto de reflexão cinge-se à forma como a tecnologia da informação fundada na vigilância constante atinge direta e negativamente o pleno exercício das liberdades humanas e quais poderiam ser os meios, à luz do direito constitucional brasileiro, de buscar o reequilíbrio e o seu restabelecimento.

Essa violação do valor axiológico mais caro do ser humano – sua liberdade de ser-em-si – de onde estão fundados todos os direitos subjetivos conhecidos e legitimados na sociedade moderna se desdobra, ao menos, em duas vertentes:

¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p.

² TEUBNER, Günter. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Coord. Ricardo Campos, Revisão Técnica: Marcelo Neves, Pedro Ribeiro, Ricardo Campos, Rodrigo Mendes. 2. Ed. 2020, p. 16.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. **Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro**. In Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, Vol. 16, nº 1, p.1-33, Janeiro-Abril, 2020 – ISSN: 2338-0604, Publicado em 05.10.2020.DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.4103>

⁴ PIMENTEL, Oswaldo Lenine Macedo. Recife. **Paciência**. Música autoral.

- (i) a vigilância e a captação dos comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos propriamente ditos, por meio da utilização de algoritmos inteligentes, “machine learnings” e suas “black boxes”, atingem frontalmente o direito à liberdade de pensamento, de intimidade e privacidade do ser humano e da proteção de seus dados, inclusive, sobre os meios digitais protegidos, no Brasil, como direitos fundamentais alcançados por cláusulas pétreas (art. 5, IV, X, LXXIX c/c art. 60, §4º, IV, CF/1988);
- (ii) esse monitoramento constante a serviço do capitalismo de vigilância, tem o condão, a partir da utilização de neurotecnologias exploradas pelas mídias digitais, de manipular e modular os seres humanos, interferindo diretamente no elemento volitivo emanado dos seres humanos.

E, diante dessa constatação, que Augusto Aguilar Calahorro afirma que “[o]s valores constitucionais (liberdade, igualdade, trabalho, pluralismo político, Estado de Direito, Democracia) se encontram em crise⁵.

Esse modo de governança das grandes companhias de comunicação e informação, transvestidos e amparados por velhos institutos jurídicos, desconsertam o ponto de equilíbrio das liberdades humanas e escondem a real intenção do dono do capital que é a de colocar os seres humanos a serviço das máquinas e não as máquinas a serviço do bem-estar da humanidade.

Institutos jurídicos como o do “consentimento” materializados por cliques em caixas de diálogos em que se “aceita” de olhos cerrados as políticas de privacidade ou a utilização de “cookies” que não são conhecidos pelos usuários das tecnologias da informação, nem formalmente e nem materialmente, acabam por gerar o ponto central que irradia e que coloca em perigo não só o exercício das próprias liberdades humanas como também é o ponto de partida para a perda da noção relativa do que seja o exercício pleno dessas mesmas liberdades e o seu abuso.

E, nessa quadra da história, o primeiro tipo de liberdade que apresenta a olhos vistos esse desbaratamento é a liberdade de expressão. O abuso de seu uso defendido a plenos pulmões como pleno exercício da própria liberdade teve seu ápice, no Brasil, no “8 de janeiro de 2023”,

⁵ CALAHORRO, Augusto Aguilar. **Valores constitucionales y sociedad digital**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 49, n. 152, junho, 2022. Original: Los valores constitucionales (libertad, igualdad, trabajo, pluralismo político, Estado de Derecho, Democracia) se encuentran en crisis.

quando a retórica confusa e contraditória propalada pelas mídias digitais materializou-se em atos de vandalismo e de crimes contra o próprio Estado Democrático de Direito.

A dimensão da modulação e manipulação dos comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos escoradas, dentre outros, em suas “filter bubbles”⁶ teve, no Brasil, no dia 08 de janeiro de 2023, a materialização da gravidade do problema posto e do estágio avançado de dominação e controle das tecnologias da informação sobre o pleno exercício das liberdades humanas.

Entrementes, a liberdade de expressão é só a ponta do “iceberg”. O tempo revelará os impactos do avanço da tecnologia da informação em todos os tipos e núcleos de liberdades, já fragmentada e aprisionada em seu pleno exercício.

A partir dessa constatação e para identificar a dimensão da desconstrução do valor axiológico mais caro do ser humano, aborda-se nesse capítulo, a forma como as liberdades e seu exercício foram estruturados nos dois últimos séculos, a qual se convencionou chamar de liberdades do mundo da vida analógico.

PARTE I

2.1 AS LIBERDADES NO DIREITO CONSTITUCIONAL ANALÓGICO

2.1.1 Liberdade é ser

A liberdade, antes de ser um princípio, um valor ou um direito subjetivo, é núcleo, é gênese, é existência. A liberdade é um fim em si mesma, a liberdade é para ser livre. Sua funcionalidade é (apenas) para ser livre⁷. É princípio e fim. É abstrata porque é dotada de generalidade. É relativa porque traz ínsita em sua constituição os limites da tolerância de sua plenificação.

Do ponto de vista ontológico, liberdade é dignidade humana. Epistemologicamente, liberdade é democracia. Liberdade é a possibilidade de autodeterminar-se conforme suas próprias convicções e vontades. É núcleo, porque a partir dela se estabelecem todas as premissas decorrentes de sua conformação. É gênese, porque é origem e é existência porque seu substrato não está no seu objeto, mas na sua razão de ser, na sua constituição.

⁶ *Filter Bubbles: a situation in which someone only hears or sees news and information that supports what they already believe and like, especially a situation created on the internet as a result of algorithms (=sets of rules) that choose the results of someone's searches.* Disponível in <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/filter-bubble> em 26/05/2024.

⁷ HANNAH, Arendt. **Liberdade para ser livre**. Tradução e apresentação Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2018, p. 10.

Jean-Paul Sartre, ao tratar do tema, leciona que se a condição fundamental do ato é a liberdade, precisamos tentar descrever a liberdade com maior precisão, embora já apareça, de imediato, a primeira dificuldade, qual seja, se a descrição, comumente, é uma atividade de explicação visando as estruturas de uma essência singular”⁸, como descrever a liberdade que não tem essência?

A liberdade não tem essência. Não está submetida a qualquer necessidade lógica; dela se deve dizer o que Heidegger disse do Dasein em geral: “Nela, a existência precede e comanda a essência”.⁹

A liberdade haberliana é plural porque garante a maior medida possível de liberdade pública e privada com a qual o pluralismo encontra a igualdade plausível¹⁰; a liberdade popperiana é um paradoxo e encontra suas raízes nos limites da tolerância, na medida em que a ausência de seus limites podem tornar “os violentos livres para escravizarem os fracos”¹¹. Isso porque “se entendermos a tolerância ilimitada, mesmo para aqueles que são intolerantes e se não estamos preparados para defender uma sociedade tolerante contra o ataque dos intolerantes, os tolerantes serão destruídos e a tolerância com eles”¹².

A liberdade é plena em si mesma, não há nada antes ou depois. Não depende de nada para se autorrealizar. É conformadora. É íntegra. É ela mesma. Liberdade é ser.

Adotada como razão de ser daquilo que constitui – pessoas ou Estados, indivíduos passam a ser humanos, Estados passam a ser livres e podem ser constituídos e estruturados a partir de sua funcionalidade.

A partir dela, todos os demais subsistemas se enredam e se estruturam e acabam por contribuir para a garantia e realização dos valores institucionalizados na modernidade¹³. Por meio dela, se estabelecem os limites de ação tanto dos cidadãos entre si, como do Estado em relação ao seu próprio povo.

⁸ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Ensaio de Ontologia Fenomenológica. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 541.

⁹ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Ensaio de Ontologia Fenomenológica. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 541.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo e Constituição: Estudos de Teoria Constitucional da Sociedade Aberta**. [Obra no Prelo]. Item 4.2.2.

¹¹ POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos**: Primeiro Volume: O sortilégio de Platão. Tradução: Miguel Freitas da Costa. 2.v. Lisboa: Edições 70, 2021.

¹² POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos**: Primeiro Volume: O sortilégio de Platão. Tradução: Miguel Freitas da Costa. 2.v. Lisboa: Edições 70, 2021.

¹³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 25.

Hannah Arendt ao cunhar a expressão “liberdade para ser livre” traz na redundância da expressão a quebra do seu conceito instrumental contida no “para”, *verbis*:

Pela repetição, a liberdade é remetida a ela mesma e, assim, há uma reversão súbita da expectativa instrumental contida no “para”. Como razão de ser da política, e não como valor privado, a liberdade é (apenas) para ser livre. Ela não tem objetivo ulterior. Não carece de justificativa fora de si. Para que serve a liberdade? Para ser livre. Ela é um fim em si mesma¹⁴.

Trata-se de um sentimento nato, expressão da autonomia do indivíduo em fazer escolhas próprias, de se autodeterminar, expressão de sua dignidade enquanto pessoa humana.

Classificado como princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, a liberdade é abstrata e relativa. Abstrata porque concebida do alcance da generalidade e relativa porque encontra nos limites da tolerância a constituição de seu próprio ser.

Do ponto de vista da Constituição de 1988, a liberdade é o elemento central que conforma todos os princípios e regras e que, por decorrência, congregam todos os valores vigentes e legitimados na Justiça e na sociedade brasileira.

Axel Honneth pontuou que:

os valores vigentes nas sociedades liberal-democráticas se fundem em um único valor – a liberdade – nos inúmeros significados a que estamos familiarizados¹⁵ e que “toda e qualquer esfera constitutiva de nossa sociedade materializa institucionalmente um determinado aspecto de nossa experiência de liberdade individual¹⁶”.

Ao estar prevista no preâmbulo da Constituição Federal de 1988¹⁷, a liberdade constitui e orienta todos os fundamentos e os valores axiológicos e interpretativos de seus dispositivos. É o centro do qual irradiam inúmeros direitos fundamentais. A liberdade é antecedente à própria institucionalização da democracia. Não há democracia sem liberdade. Liberdade é existência.

¹⁴ HANNAH, Arendt. **Liberdade para ser livre**. Tradução e apresentação Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2018, p.10.

¹⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 10.

¹⁶ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 10.

¹⁷ CF 1988. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A liberdade é princípio, meio e fim; é proteção, é justiça social, é valor, é alicerce, é regra. É uma lente por meio da qual se pode enxergar, prescrutar, analisar e conhecer a alma dos seres humanos e das sociedades.

A compreensão dessa exegese e o modo pelo qual foram estabelecidas as premissas de liberdades passíveis de legitimação nas sociedades analógicas é um passo primevo e fundamental de reflexão para, após, se adentrar na metamorfose do direito à liberdade na era digital.

No entanto, antes de adentrar nessa importante diferenciação para efeito do recorte metodológico adotado nessa tese, importante registro deve ser dado a relação entre liberdade e identidade.

2.1.2 Liberdade e identidade

Identidade é característica, é constituição, é individualização, é particularização e especialidade, é um conjunto de características que tornam pessoas, coisas ou Estados passíveis de diferenciação, únicos, identificáveis.

No entanto, o fato de a identidade ser a relação dialógica entre o igual e o diferente, não quer dizer que seja estanque. Ao contrário, a identidade é dinâmica, viva, aberta e plural. Liberdade também é identidade.

E, nessa dança das cadeiras, as formas como as liberdades vão sendo interpretadas nas sociedades variam como uma reta ligada por dois pontos que encontram suas linhas limítrofes na tolerância ao antipluralismo.

Peter Häberle ao tratar os limites da tolerância leciona que:

O pluralismo pressupõe certamente que também existem limites na tolerância. (...) O paradoxo popperiano da “liberdade” também é, em último extremo “paradoxo do pluralismo”. Ali onde apareçam teorias ou estratégias antipluralistas que suponham momentos práticos no que se questione a própria existência do pluralismo, será a Constituição pluralista que se deverá por em guarda e resistir a tais efeitos mediante toda uma gama de procedimentos devidamente regulados e preestabelecidos¹⁸.

Desse modo, a liberdade como “ser” revela sua identidade nos indivíduos, nas sociedades e, também, no modo como os Estados se auto reconhecem e como se interrelacionam

¹⁸HABERLE, Peter. **Pluralismo e Constituição: Estudos de Teoria Constitucionalista da Sociedade Aberta.** Estudo Preliminar e tradução de Emílio Mikunda. Edição brasileira com tradução de Carlos dos Santos Almeida. [No prelo].

no âmbito desses três pilares, na medida em que indivíduos, sociedades e Estados, em suas diversas facetas, encontram sua identidade em um ponto comum de autocompreensão e autorreconhecimento, considerando um determinado tempo e espaço.

Se o que é identitário no contexto da liberdade no âmbito desse tripé pode variar de uma ponta a outra, como se verifica na transição entre Estados democráticos ou ditatoriais, o “core” das liberdades, em si, e suas linhas limítrofes de tolerância mantêm-se hígdidos, já que a compreensão da ausência ou da presença das liberdades, *lato sensu*, perpassam o senso comum.

Em Estados Democráticos, a liberdade da própria Constituição e as sociedades e os indivíduos orientam a sua interrelação e o seu autorreconhecimento por seu valor fundante. Em Estados Ditatoriais, a sua ausência é o marco que caracteriza a relação entre Estado-Sociedade-Indivíduos, de modo que a escolha por sua adoção ou não acabam por ser a base da institucionalização e do racional lógico não só das leis infraconstitucionais, do modo como as instituições de um Estado e os indivíduos orientam suas ações e em razão disso, é possível afirmar que a liberdade não existe por si só.

Partindo dessa premissa abstrata e antecedente, os exercícios das liberdades humanas passam da condição abstrata para a concreta e se materializam alcançando a sua eficácia, quando há a confluência, ao menos, de duas condições: Em primeiro lugar, o Estado precisa ter instituições com *enforcement* para garantir as condições estruturais para sua plenificação de modo coletivo e individual e, em segundo lugar, tal valor moral e ético tem de ser reconhecido recíproca e culturalmente pelo próprio povo por meio de uma validação social e um vigor moral¹⁹.

O aspecto cultural no autorreconhecimento das liberdades em todos os seus sentidos é destaque na teoria de Peter Häberle, *verbis*:

[a] dignidade humana existe apenas no *status culturalis*, além do estado natural. (...) [a] dignidade tomada em perspectiva histórica, é o resultado de um longo processo evolutivo, uma conquista cultural por excelência, expressão da evolução cultural, não importa se operamos ou não com o modelo contratualista. (...) . Para poderem ser vividas, a dignidade, a liberdade e democracia exigem o texto e contexto da cultura, uma pletera de princípios, procedimentos e instituições, também jurídicos, do Estado constitucional. A “realização” da liberdade somente é passível “a partir da cultura”. Existe apenas a liberdade cultural, nenhuma liberdade ‘natural’. Dignidade humana, liberdade e democracia são “temas culturais”.

¹⁹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 121.

Também no mesmo sentido de força e importância estão as liberdades de comunicação como importante nexos entre a dignidade humana e a democracia pluralista. Segundo Peter Häberle, o conceito de liberdades de comunicação deve ser assim compreendido:

[p]rincipia com a tríada da liberdade religiosa, artística e científica, passa pela liberdade de reunião, também liberdade de associação (sem esquecer nesse contexto a liberdade dos partidos políticos) e se estende até as formas precursoras e as instâncias precedentes das competências estatais²⁰.

Sob uma outra perspectiva, importante apontamento também deve ser dado a busca pela compreensão de Axel Honneth sobre a construção e evolução dessa compreensão da liberdade individual e da multiplicidade de conformações de liberdades individuais que acabaram resultando em uma noção coletiva de liberdade institucionalizada, prevista constitucionalmente e integrada como direito subjetivo individual, mas também como um direito coletivo, visto que a reprodução das sociedades até hoje está ligada à condição de uma orientação comum de ideias e valores basilares”.

Segundo o autor,

[e]ssas normas éticas não apenas determinam “de cima”, sob a forma de “*ultimate values*” [Parsons], quais medidas ou desenvolvimentos sociais podem ser concebidos, mas também são determinadas de baixo, precisamente como objetivos de educação mais ou menos institucionalizados, pelos quais se organizaria a vida do indivíduo no seio da sociedade²¹.

O senso comum da liberdade enquanto identidade de um Estado, de uma sociedade perpassa não só a institucionalização de estruturas aptas a garanti-la como também paira sobre as sociedades como uma névoa orientativa ético-moral dos modos de proceder coletivos.

Sob a perspectiva individual de cada ser humano, o senso comum da liberdade se potencializa em múltiplas esferas de liberdade que são passíveis de serem exigidas, já que consagradas como núcleos centrais dos direitos e garantias fundamentais.

Liberdade é identidade, é transcendência, é um estado de ânimo, é um sentimento, é autodeterminação, é existência. Ora é o próprio direito, ora é a Justiça, ora é um ideal, ora é a própria lei que por sua força normativa permeada pela consagração dos direitos subjetivos e coletivos pode ser exigida como uma garantia constitucional. Por ela e através dela, os valores

²⁰ HÄBERLE, Peter. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. {Org.} SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.25.

²¹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 19.

sociais democráticos transcendem a cultura do seu povo e orientam a conformação dos Estados, das sociedades e dos indivíduos e suas interações.⁶

2.1.3 Do breve registro histórico da liberdade

O direito da liberdade foi sendo concebido ao longo da história da humanidade. Os registros feitos desde a era dos pré-socráticos até se chegar na concepção vigente nos últimos dois séculos revelam as contribuições dos filósofos e sociólogos ao longo dos tempos, tanto do ponto de vista ontológico, como do epistemológico.

Se para Marco Túlio Cícero, jurista romano, (106 – 43 a.C), a compreensão do sentido da liberdade já estava ligada não a se ter um mestre justo, mas a não se ter mestre nenhum²², a primeira posituação sobre as liberdades de que se tem notícia ocorreu na Carta Magna de 1215 na Inglaterra firmada no reinado de João Sem Terra, irmão de Ricardo Coração de Leão, por pressão dos barões da época, com vistas a estabelecer limites ao poder monárquico na Inglaterra medieval²³.

O seu artigo 39 da Magna Charta Libertatum proclamava que

[n]enhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra²⁴.

Ao se garantir ao homem a possibilidade de se autodeterminar conforme seu querer, sem risco de aprisionamento ou privação de suas propriedades, buscou-se reagir contra os arbítrios das monarquias absolutistas, estabelecendo limites ao exercício abusivo de seu poder.

Séculos mais tarde, Thomas Hobbes foi quem primeiro diferenciou a liberdade nas perspectivas de “direito natural” e de “lei natural”.

²² CÍCERO, Marcus Tullius. **The republic and the laws**, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 49.

²³ CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **R. Inf. Legisl.** Brasília a. 23, nº 91, jul/set, 1986, pp. 135/140. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf> em 17/05/2024.

²⁴ **MAGNA CHARTA LIBERTATUM**. Art. 39. João pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia, e conde de Anjou, aos seus arcebispos, bispos, abades, condes, barões, justiceiros, florestanos, sheriffe, administradores, ministros, e a todos os outros oficiais e leais súditos seus, Saudação. (...) 39 – Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.

Ao tratar da primeira e da segunda leis naturais e dos contratos, Thomas Hobbes tratou do direito natural (*jus naturale*) como a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida (liberdade de ação e de omissão)²⁵.

E, essa concepção se diferencia do que Hobbes entendeu por lei natural (*lex naturale*). Segundo o autor, ela é uma regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de destruir ou não a sua vida²⁶.

Thomas Hobbes trouxe o Evangelho como orientação para os limites do exercício das liberdades para uma boa convivência social, invocando que “[t]udo aquilo que queres que os outros te façam, faze-o tu a eles”, é essa a lei de todos os homens: *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris* (“Não faças aos outros o que não queres que te façam”)²⁷.

Desse modo, enquanto a lei é um grilhão, o direito é liberdade. No entanto, liberdade não é anarquia. E, por isso existe a lei para estabelecer os limites da licitude do exercício das liberdades, conferindo uma noção de relatividade ao seu pleno exercício.

Para efeito de recorte metodológico, centra-se a presente análise da liberdade da era analógica na conformação que lhe foi dada durante os últimos dois séculos.

E, quando se fala em era analógica, tem-se em mente um mundo da vida onde as relações sociais, familiares, de meios de produção/trabalho e com o Estado eram regidas pela noção de átomos e não de bits, momento histórico em que a informação foi utilizada como meio de desenvolvimento e aplicação do próprio processo produtivo e não objeto dele em si.

Nessa quadra da história, o direito da liberdade teve sua conformação em uma série de fatores históricos que tiveram seu ápice em, pelo menos, três grandes acontecimentos.

O primeiro, relacionado ao estabelecimento de uma norma fundamental, chamada de Constituição, que teria força normativa para conformar todas as demais legislações do ordenamento jurídico de cada nação.

O segundo, relacionado a instituição da democracia²⁸ como regime político, onde o povo elege os seus representantes, que exercem o poder em seu nome.

²⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 110.

²⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 110.

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 112.

²⁸ A expressão democracia tem origem no grego antigo δημοκρατία (*dēmokratía* ou "governo do povo"),^[1] que foi criado a partir de δῆμος (*demos* ou "povo") e κράτος (*kratos* ou "poder") no século V a.C. Disponível em

O terceiro, relacionado a incorporação dos direitos humanos e a submissão dos países democráticos a jurisdição das Cortes Internacionais, como um movimento internacionalmente projetado.

O conjunto dos movimentos acima narrados, sem excluir outros eventos igualmente importantes, permitiram que, de um lado, o conteúdo das liberdades na era analógica, do ponto de vista do direito material, alcançasse a extensão e profundidade e, de outro lado, a criação de instituições e instrumentos jurídico-processuais com poderes de “enforcement” que permitiram que tais direitos subjetivos pudessem ser efetivamente legitimados, garantindo a eficácia horizontal desses mesmos direitos fundamentais.

Como exemplo, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, no §4º do art. 60²⁹ proíbe expressamente, de um lado, a deliberação de emendas constitucionais que visem a abolir os direitos e garantias individuais e, de outro lado, prevê meios processuais de se garantir efetivamente a sua proteção, tendo como exemplos o Habeas Corpus³⁰ e o Habeas Data³¹.

Esse momento histórico mundial aconteceu em várias partes do mundo, uns mais cedo, outros mais tarde e, não obstante, a Revolução Francesa de 1789 a 1799 tenha maior expressão no mundo pela propagação de seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade com a queda do absolutismo e com o surgimento da República, foi nos Estados Unidos da América, com a Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1791, quatro anos mais tarde da promulgação da Constituição de 1787, que se encontra a gênese moderna do estabelecimento das liberdades como primeiro arcabouço protetor dos direitos e garantias fundamentais.

A Primeira Emenda estabeleceu as liberdades como direitos fundamentais, as nominando, e em sua redação, ficou clara a proibição de se infringir os seguintes direitos: (i) liberdade para preferência de religião, separando a Igreja do Estado; (ii) liberdade de exercício

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Democracia#:~:text=Democracia%20%C3%A9%20um%20regime%20pol%C3%AAdtico,governa%C3%A7%C3%A3o%20atrav%C3%A9s%20do%20sufr%C3%A1gio%20universal> em 15/05/2024.

²⁹ CF. **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) **IV** - os direitos e garantias individuais.

³⁰ CF. **Art. 5º**, LXVIII. Conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

³¹ CF. **Art. 5º**, LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

da religião; (iii) liberdade de expressão; (iv) liberdade de imprensa; (v) liberdade de associação pacífica; e (vi) liberdade de fazer petições ao governo a fim de reparar agravos³².

Em sequência a esse movimento histórico, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América assegurou, pela Décima Quarta Ementa à Constituição daquele país, que os ditames da Primeira Emenda fossem extensíveis contra qualquer ação dos Estados sobre os particulares.

Com o passar do tempo e em diversas partes do globo terrestre, a conformação do conteúdo da liberdade a partir da definição dos seus limites de tolerância foram sendo construídos paulatinamente.

Na Alemanha, registra-se a existência de uma corrente teórica que reconheceu um direito à liberdade geral de ação como derivação da cláusula do livre desenvolvimento da personalidade, consagrada no artigo 2 (1) da Lei Fundamental, a partir do julgamento do caso Elfes pela Corte Constitucional Alemã³³ (Bundesverfassungsgericht ou BVerfG), em 1957, onde tal entendimento encontrou no voto vencido do Juiz Dieter Grimm, o contraponto de que os direitos fundamentais apenas devem salvaguardar bens jurídicos relevantes, e não a toda e qualquer conduta humana, já que visam a proporcionar uma proteção robusta, inclusive em face do legislador³⁴.

Dieter Grimm votou opostamente no sentido de que “nem todo comportamento humano é passível de proteção especial” e tão somente as liberdades refletidas para o maior

³² PRIMEIRA EMENDA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, de 15.12.1791. Original: O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de discurso, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.^[4]

³³ WALLARABENSETEIN, Astrid. Estado Social e Direitos Fundamentais Sociais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão *in* **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 159-170, jan/jun, 2020 narra o contexto do caso Elfes: o político Wilhelm Elfes, membro partidário do “Zentrum” desde 1905, foi demitido do serviço em 1933 por razões políticas. Depois de 1945 participou da fundação da CDU (*Christliche Demokratische Union – União Democrática Cristã*), mas, em vista de suas críticas à integração da República Federal com o Ocidente e ao Rearmamento foi excluído da CDU em 1953. Elfes teve a renovação do seu passaporte recusada em 1953 depois de ter participado do Congresso dos Povos pela Paz em Viena em dezembro de 1952 e, nesse congresso, lido uma *Gesamtdeutsche Erklärung* (declaração alemã conjunta). Embora o processo movido por Elfes e a Reclamação Constitucional não tenham tido sucesso, o respectivo julgamento do TCFA representa um marco na sua jurisprudência, cujo teor nuclear diz: “Cada um pode fazer valer mediante uma Reclamação Constitucional que uma norma restritiva do seu direito geral de liberdade (de acordo como artigo 2º, 1, da LF, não integra a ordem jurídica constitucional no sentido do mesmo dispositivo, isto é, a totalidade de normas que são formal e materialmente conformes à Constituição)” (tradução livre de: “Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, eine seine Handlungsfreiheit [gemäß Art. 2 Abs. 1 GG] beschränkende Rechtsnorm gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung [i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG]”, “d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassungsgemäß sind”).

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2.ed. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2020, p. 160.

desenvolvimento da personalidade é que poderiam alcançar a proteção especial deferida à título de direitos fundamentais.

Neste aspecto, foi seguido pelo norte-americano Ronald Dworkin que assegurou não existir um direito à liberdade, mas direitos fundamentais a determinadas liberdades³⁵, ao questionar expressamente os efeitos e a extensão que a Primeira Emenda dá à liberdade de expressão ou de imprensa”.

Considerando a Primeira Emenda à Constituição norte-americana um princípio moral abstrato, a resposta a questionamentos sobre a extensão e aos limites da liberdade de expressão contidos nela acabam por se relacionar diretamente com a natureza do regime democrático.

O caso *New York Times vs Sullivan*, julgado em 1964, tratou a liberdade de expressão de modo absoluto, na medida em que vedou o Estado, expressamente, de não elaborar nenhuma lei que limitasse a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa.

Naquele contexto histórico, a partir do teor da Primeira Emenda Constitucional, nenhum servidor ou ocupante de cargo público poderia ganhar uma ação contra a imprensa, mesmo que provasse que a acusação feita contra ele era falsa e nociva e que o órgão de imprensa a teria feito com “malícia efetiva” ou que os jornalistas ao publicarem a reportagem já sabiam ser falsa ou temerária³⁶.

Doutrina e jurisprudência foram, paulatinamente, estabelecendo limites ao exercício das liberdades.

Como exemplo, Dworkin deixou claro que a opção da Corte Constitucional norte-americana em se apoiar demasiadamente na ideia de que “a liberdade de expressão é em si mesma um elemento constitutivo da justiça democrática”³⁷, acabou por abarcar e proteger situações moralmente duvidosas como a publicação de certas formas de pornografia ou de literatura dirigida contra raças e grupos minoritários³⁸, criticando a ausência de limite do tolerável pela jurisprudência da época.

³⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2.ed. 3ª Reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2020, p.160.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 312.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.264.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 265.

Ronald Dworkin, citando Catharine MacKinnon, rememorou que essa doutrinadora foi a mais famosa defensora de que a liberdade de expressão deve ser restringida pelo bem da igualdade, e especificamente de que a pornografia não deve ser protegida por essa liberdade.

Com o tempo, a liberdade, como princípio, valor, regra e diretriz, foi sendo moldada, inclusive, com a sua correlação a noção de “Constituição Fina”. Grimm, citando Tushnet, aduz que o direito à liberdade em si a noção de Constituição fina, diferindo-a da Constituição grossa, ao assim lecionar:

[a] “Constituição fina” se encontra até mesmo fora da Constituição. Para Tushnet, ela é idêntica às afirmações fundamentais da *Declaration of Independence* e de vez em quando ainda recebe o acréscimo do preâmbulo da Constituição, ou seja: “*equality, freedom of expression., liberty*”, mas claramente não da *First Amendment* ou das “*equal protection clauses*” da *Fourteenth Amendment*.”

Assim, a liberdade passou a ser no mundo da vida analógico, para além de um princípio constitucional, um valor emancipatório diretamente correlacionado à dignidade da pessoa humana e ao estabelecimento do regime democrático, impondo limites não só nas relações entre Estado-Cidadão, mas também nas relações entre os cidadãos entre si.

PARTE II

2.2 TIPOS DE LIBERDADES

No mundo da vida analógico, três são os tipos de liberdades que acabaram por ser incorporados ao alcance e ao sentido do conteúdo desse importante valor axiológico, expressão máxima da proteção da dignidade humana e de sua autodeterminação pessoal. São eles: (i) liberdade negativa; (ii) liberdade positiva ou reflexiva; (iii) liberdade social.

2.2.1. Liberdade negativa

A concepção de liberdade negativa tem sua gênese nos séculos XVI e XVII com Thomas Hobbes que, ao escrever *Leviatã* e abordar as relações entre o Estado eclesiástico e civil com seu povo e, mais especificamente, sobre a “liberdade dos súditos”, enunciou uma nova aceção para o significado de liberdade, inaugurando uma ideia negativa de autodeterminação individual por meio da ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos

externos ao movimento), o que poderia ser aplicado tanto às criaturas racionais como às irracionais e inanimadas³⁹.

Em apertada síntese, a liberdade negativa é a ausência de constrangimentos externos à ação do agente que, em regra, se volta ao limite do arbítrio estatal e, frequentemente, vem associada com a noção de Estado mínimo⁴⁰.

Isso porque, segundo Hobbes, somente aqueles que podem se movimentar (seres humanos e a água, por exemplo) poderiam estar sujeitos a impedimentos derivados da constituição da própria coisa e, nesse caso, não se trataria de uma falta de liberdade em si, mas do impedimento de poder se movimentar, como, por exemplo, “quando uma pedra está parada ou um homem fica preso ao leito em razão de uma doença”⁴¹.

Ao inaugurar esse novo olhar negativo sobre a liberdade, Thomas Hobbes traz para o centro do debate o impedimento externo ao movimento, na medida em que traz uma nova ótica sobre seu conceito.

Ao expressar que “um homem livre é aquele que não é impedido de fazer coisas que tem vontade e que as faz graças a sua força e engenho”⁴², acrescenta uma nova forma de experimentar a liberdade, como por exemplo, o livre-arbítrio, que se deslocou da compreensão pura da manifestação de vontade, desejo ou inclinação em si para a ausência de entraves para se fazer aquilo que se tem vontade, desejo ou inclinação.

De forma bastante simples, Thomas Hobbes inaugura um novo modo de se perceber a liberdade por meio da ausência de resistências externas que poderiam obstruir os movimentos possíveis aos corpos naturais⁴³. Assim, do ponto de vista epistemológico e da filosofia política contemporânea, a teoria hobbesiana não abarca os impedimentos internos para o exercício livre de desejos e vontades, de ordem psíquica ou volitiva como liberdade negativa.

³⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014., p. 170.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologias**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.151;152.

⁴¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014., p

⁴² HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014., p. 170.

⁴³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 43.

E, nesse ponto, na análise do existencialismo humano, também afasta os impedimentos internos como decorrência de qualquer restrição à liberdade negativa relacionada à autodeterminação individual, eis que interrelacionando-se liberdade e consciência.

Ao não se escolher fazer determinada coisa ou situação, independentemente da motivação, não haveria qualquer mácula na escolha livre de suas ações e tampouco qualquer limitação externa negativa.

Para Sartre, a liberdade orienta sua atenção à constituição ontológica da liberdade⁴⁴ e, ao aduzir que o homem é liberdade em seu próprio ser, define a realidade humana como – o para-si deve ser o que ele é, ele é o que não é e não é o que é -, já que a existência precede a essência para o filósofo⁴⁵. E resume a única necessidade que a liberdade conhece com o colóquio de que “o homem não é livre para deixar de ser livre”.

Também sob uma outra perspectiva derivada da mesma raiz hobbesiana, Robert Nozick oferece à comunidade internacional uma importante vertente da liberdade negativa relacionada com o sentido de um ordenamento justo na sociedade fundado em restrições morais indiretas, de modo que seguindo a linha de seus predecessores, compreende o filósofo norte-americano, igualmente, que “a liberdade individual e a realização de seus desejos e intenções também seriam configurados pela ausência de impedimento exteriores”⁴⁶, considerando que “os indivíduos são distintos e não representam recursos para os outros, de modo que se dá origem a uma restrição libertária à agressão contra o outro”⁴⁷.

Sua teoria, não obstante tenha bases comuns com os pensamentos de Thomas Hobbes e John Locke, inaugurou um importante conceito de limitação da liberdade subjetiva individual frente ao Estado, entendendo-o como um Estado Mínimo e Estado Ultramínimo, fundado em suas restrições morais⁴⁸, que deve ser ao mesmo tempo inspirador e justo.

⁴⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.47.

⁴⁵ SARTRE, GERD Bornheim. **Metafísica e existencialismo**. São Paulo: Perspectiva, 2011, p.110.

⁴⁶ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 4

⁴⁷ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 4.

⁴⁸ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 32.

Nozick inicia seu prefácio asseverando que “[o]s indivíduos têm direitos, e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo pode fazer contra eles (sem violar seus direitos)”⁴⁹ e termina seu livro concluindo que:

[o] Estado mínimo nos trata como indivíduos invioláveis, que os outros não podem usar de determinadas maneiras como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos; ele nos trata como pessoas que possuem direitos individuais, com a dignidade que isso representa. Tratando-nos com consideração ao respeitar nossos direitos, ele não se permite, individualmente ou com quem decidirmos, decidir nossa vida e realizar nossos objetivos e a ideia que fazemos de nós mesmos, na medida de nossas capacidades, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos que têm a mesma dignidade. Nenhum Estado ou grupo de indivíduos ousaria fazer mais. Nem menos⁵⁰.

Sob todos os pontos de vista, independentemente da ótica abordada por cada filósofo, está presente em todos eles a noção de “justiça” para o estabelecimento dos limites de uma liberdade negativa, uma vez que traz em seu âmago que a tarefa para delinear “a concepção liberal da justiça consiste, portanto, em justificar uma liberdade individual que permita as restrições necessárias para uma convivência pacífica entre todos os sujeitos individuais”⁵¹.

O célebre ditado de que a sua liberdade termina quando começa a do outro acaba por popularmente resumir o âmago da noção de liberdade negativa, que é vista e caracterizada do ponto de vista externo de ação, cujos limites e confrontações, a depender da ótica sob a qual é estudado, estabelecem a restrição à liberdade externa a noção de justiça e de bem comum da coletividade.

Tal concepção deixa clara a noção da própria liberdade que se traduz não por um conceito absoluto, mas relativo e, também, variável, conforme as condições sociais externas do que seja estabelecido como justo e possível em cada sociedade (espaço), considerada a sua cultura e, em cada tempo.

E, nesse aspecto, aponta-se que não é objeto dessa reflexão esclarecer as várias concepções de “justiça” que surgiram nos pensamentos filosófico e sociológico ao longo dos tempos⁵², seja do ponto de vista religioso, político ou social, na medida em que tal conceito,

⁴⁹ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. IX.

⁵⁰ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.430.

⁵¹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 56.

⁵² VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Prefácio do Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2015, p. 164. “Fala-se em justiça distributiva, comutativa, corretiva, metafísica (Kant: 1999), jusnaturalista (Maritain,

embora tivesse uma conotação universal e fosse objeto de reflexões pelos primórdios do pensamento político da Grécia Antiga, como Platão, em a República e Aristóteles, em Política, não há uma formulação de seu conteúdo no sentido - formal ou material -, de sua teleologia ou de sua aplicação uniforme⁵³.

Desse modo, a liberdade negativa, embora tenha seu *core* delineado a partir das limitações em prol da concepção de justiça e de bem social comum e obedeça a padrões mínimos de racionalidade estabelecidos em sociedade, o que é mutante e variável, conforme as concepções de espaço, tempo e cultura, é fato que ela está diretamente relacionada ao agir externo, sem coerção, desde que respeite e não viole os mesmos direitos de seus concidadãos.

2.2.2 Liberdade positiva ou reflexiva

A liberdade positiva ou reflexiva trata do querer interno que se expressa pelo agir como decorrência de uma vontade livre e consciente no contexto do discurso filosófico da modernidade, sendo entendida como “a capacidade real do agente de autodeterminar a sua conduta”, na medida em que se centra na presença das condições que possibilitam o efetivo exercício da autonomia individual⁵⁴.

O “rebento da liberdade” está na possibilidade do indivíduo agir e realizar, como resultado da sua autodeterminação individual, as noções de voluntariedade (não viciada) e de plena consciência [não maculada por qualquer disfunção psíquica (interna) ou pelo uso de substâncias psicotrópicas (externas)], as quais são inerentes ao seu próprio conceito.

Segundo Axel Honneth,

tal construção filosófica em torno da noção de liberdade individual remonta à pré-história intelectual da Idade Moderna, onde desde Aristóteles, muitos sábios e filósofos do mundo antigo já sabiam que, para ser livre, o indivíduo tinha de chegar às suas próprias decisões e poder realizar a sua vontade⁵⁵.

2001: 25-38), juspositivista (Kelsen, 1962, 357:444), utilitarista (Mill, 2001), teológica (Witte, 2012), procedimentalista (Rawls, 1971;2003), neokantiana (Stammler, 1925), substancial, igualitária (Vita, 2007), política (Höffe, 1989), comunitarista (Macintyre, 1981), social, democrática, acoplada a análise econômica do direito (Law and Economics) (Posner, 1983; 2005), dentre outras.”

⁵³ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Prefácio do Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2015, p. 163.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 153.

⁵⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.58.

O precursor da ideia de liberdade reflexiva (interna) foi Jean Jacques Rousseau, que propôs uma diferente concepção sobre as liberdades do ponto de vista das ações autônomas e heterônomas, a partir da autopercepção do próprio sujeito. Seu intento foi o de distinguir a ação decorrente de um desejo interno, expressão real de sua vontade humana e fruto de um querer interior genuíno e autêntico ou decorrente de um impulso externo, chamado de “ânsia dos meros apetites⁵⁶”, o que estaria, por si só, segundo sua concepção, aquém do sentido real da liberdade.

Assim, para Jean Jacques Rousseau, do ponto de vista de sua racionalidade, a liberdade só termina com o “sentimento” de haver realizado precisamente os desejos e as intenções que residem em si mesmo⁵⁷.

Não obstante a importância dessa dicotomia no pensamento sobre o conteúdo, definição, extensão e limites do conceito da liberdade reflexiva, a doutrina ressalta a ausência de clareza na teoria de Rousseau do que fosse a real distinção entre “vontade” ou “fraqueza da vontade”, aspecto esse que não ficou claro do ponto de vista de sua linha limítrofe.

Immanuel Kant, um quarto de século depois, ao aprofundar as ideias de Rousseau, deu uma conotação à liberdade não mais do ponto de vista da estreita relação da racionalidade, mas do ponto de vista moral, ético e transcendental.

Em outras palavras, o autor entendeu que a liberdade, embora seu cerne estivesse ligado a volição humana para que já desponte a faculdade de ser livre, encontrou seu limite nas noções éticas e morais transcendentais, por meio de um exame de motivos corretos e racionais⁵⁸, e formula a compreensão de que a volição humana é suficiente para caracterizar o exercício das liberdades humanas, desde que encontre seu limite na lei racional, ou seja, na possibilidade de exercício da vontade com um ato livre que seja aceito socialmente e com legitimação passível junto ao Estado.

Assim, Kant conclui que a autodeterminação individual coincide com o cumprimento do princípio moral racional necessário, assim expressando-se:

[n]a condição de ser racional, portanto, pertence um mundo inteligível, o homem só pode pensar a causalidade de sua própria vontade mediante a ideia de liberdade; pois a independência das causas determinantes do mundo sensível [...] é liberdade. Com a ideia de liberdade estão inseparavelmente ligados o conceito de autonomia e o princípio universal da moralidade que

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou Da Educação**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.

⁵⁷ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.63.

⁵⁸ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.63.

serve de todas as ações de serem racionais como a lei natural serve de fundamento a todos os fenômenos⁵⁹.

A partir da noção de liberdade negativa (externa), surge, então, com Rousseau e, mais tarde com Immanuel Kant o cerne de uma proposição de uma liberdade do ponto de vista reflexivo, interno, sem coação, ou, em outras palavras, que representasse a real intenção e volição do sujeito que o exerce.

Assim, se em Immanuel Kant a expressão livre da vontade estava justificada por uma autolegislação racional, onde cada ser humano desvendava seu próprio querer interno (autodeterminação), para Gottfried Herder esta estava justificada pela autorrealização. Esses três pensadores trouxeram ao mundo o cerne da liberdade reflexiva como expressão do que se compreende em sociedade como correto, sentindo-se aquele que expressa sua vontade como coautor de leis de validade moral, ainda que contra a moral.

Essa noção reflexiva da liberdade foi a base de toda a filosofia moderna para se compreender o conceito, os limites e a verdadeira extensão do que é a liberdade na filosofia moderna.

No entanto, em Jürgen Habermas essa ideia de liberdade reflexiva individualizada tomou uma nova dimensão ao se incorporar a teoria da ação comunicativa, onde o sujeito individual passou a fazer parte de uma noção coletiva, já que a linguagem é produto integrativo da própria sociedade.

A noção “coletiva” de liberdade enriqueceu a compreensão da liberdade reflexiva e alcançou novas dimensões, já que o sujeito que era livre para expressar sua vontade passou a incorporar a noção coletiva e a sua própria inclusão como sujeito ativo, participante da coletividade pela linguagem/comunicação, mas também como destinatário – sujeito passivo – que igualmente deveria ser respeitado pela limitação da liberdade do outro.

Tais momentos da filosofia moderna foram, então, ampliados pela noção coletiva, linguística e comunicativa idealizada por alguns filósofos contemporâneos, tendo sua maior expressão em Jürgen Habermas.

No entanto, considerado esse grande passo de deslocamento da liberdade intersubjetiva para uma liberdade coletiva, fato é que a realidade social e a cultura de cada povo passaram a

⁵⁹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 65.

fazer parte do conjunto da obra onde os limites legais do exercício da liberdade passaram a incorporar a noção coletiva e, portanto, de bem comum.

Essa composição filosófica atribuída aos vários pensadores foi, paulatinamente, sendo construída e desconstruída ao longo do tempo. Se em Kant a noção metafísica transcendental de bem comum integrava o conceito limitador do exercício da liberdade, em Habermas tal conceito passou a ser analisado do ponto de vista coletivo. A noção de justiça social passou a ser traduzida como um resultado da soma de todas as liberdades individuais que, juntas, permitiam estabelecer os limites reais de atuação de cada indivíduo, na medida em que a compreensão de mundo da vida de cada sociedade passou a integrar os limites do exercício das liberdades individuais e coletivas que, por toda obviedade, não eram nem absolutas e nem irrestritas.

As liberdades individuais passaram a ter seus limites na noção de justiça social vigente, sendo responsáveis por moldar a sociedade em um determinado espaço e tempo. Desse modo, se se partiu de uma noção de autodeterminação individual ou de autorrealização volitiva, do ponto de vista do sujeito, tal noção foi ampliada para incorporar noções de justiça social e bem comum, sob o aspecto coletivo, já que cada indivíduo tinha a liberdade de se autodeterminar e de se autorrealizar, desde que suas ações não afetassem o direito e a liberdade de terceiros.

E é em razão desse mecanismo que a noção de justiça ou de ordenamento justo estava intimamente ligada com as condições culturais de determinado povo, encontrando em John Stuart Mill a expressão da categorização da liberdade civil ou social como a natureza e os limites do poder que a sociedade legitimamente exercia sobre o indivíduo⁶⁰, inaugurando uma nova forma de pensar a dicotomia entre a “liberdade” e a “autoridade”.

Não obstante tal debate já remontasse a história da Grécia, de Roma e da Inglaterra, a liberdade para Mill era entendida como autoproteção dos abusos de autoridade e significava “proteção contra a tirania dos governantes”⁶¹.

John Stuart Mill reuniu em sua concepção de liberdade não só as noções coletivas de justiça social, mas também a de autorrealização subjetiva individual, estabelecendo, por meio de “freios constitucionais”⁶², garantias e limitações do Estado, com o objetivo de estabelecer

⁶⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. – (Vozes de Bolso), p.23.

⁶¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. – (Vozes de Bolso), p.24.

⁶² MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. – (Vozes de Bolso), p.25.

uma trava para que o pleno exercício da autorrealização individual fosse assegurado evitando, assim, a tirania. Desse modo, no entendimento do autor, a liberdade acaba por ser resultado de um esforço reflexivo que só pode ser consumada por uma ação coletiva.

Considerando que John Stuart Mill já havia inaugurado a noção de liberdade como proteção contra os governantes, já que “[o] povo que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido, e o falado “self government” não é o governo de cada qual por si mesmo, mas o de cada qual por todo o resto”⁶³, Hannah Arendt define que “a liberdade é a razão de ser da política”⁶⁴.

Apesar de inicialmente dar uma conotação, talvez, diferente daquela pretendida pela Autora, nesse caso, a intenção do título da palestra não foi a de conferir funcionalidade para a liberdade para se poder fazer outras coisas, mas, em si, de conferir destaque a sua real intenção que foi a de que a liberdade que só tem razão de ser (para) ser livre.

Para Hannah Arendt, o estado “livre” é a condição e a própria funcionalidade do exercício da liberdade, não podendo encontrar em outra situação ou condição, a expressão de seu exercício.

Assim, “a liberdade é (apenas) para ser livre. Ela não tem objetivo ulterior. Não carece de justificativa fora de si. Para que serve a liberdade? Para ser livre. Ela é um fim em si mesma”⁶⁵.

“O homem é livre”. No entendimento de Sartre, se o Para-si tem de ser o que é, dizer que é o que não é não sendo o que é, dizer que, nele, a existência precede e condiciona a essência, ou inversamente, segundo a fórmula de Hegel, para quem “essência é o que foi – tudo isso é dizer uma só e mesma coisa, não se pode encontrar a liberdade além da liberdade e, por isso, não somos livres para deixar de ser livres”⁶⁶.

Assim, o homem é livre porque não é si mesmo, mas a presença de si, não podendo ser ora livre, ora escravo: é inteiramente livre, ou não é⁶⁷.

⁶³ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. – (Vozes de Bolso), p.27.

⁶⁴ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**. Tradução e apresentação: Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazer do Tempo, 2018, p. 9.

⁶⁵ ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**. Tradução e apresentação: Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazer do Tempo, 2018, p. 9.

⁶⁶ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução e notas de Paulo Perdigão. 24 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 545. Tradução livre: Wesen ist was gewesen ist.

⁶⁷ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução e notas de Paulo Perdigão. 24 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.545.

Atraindo essa conotação política ao sentido da liberdade, Hannah Arendt reforçou o entendimento de John Stuart Mill sobre o sentido de deliberação intersubjetiva no espaço público político para o bem comum e como forma coletiva de autorrealização. Novamente, a noção de justiça social e de bem coletivo foram incorporadas nesse aspecto de autorrealização intersubjetiva em prol da coletividade, ainda que possa haver intervalos de legitimação.

Desse modo, ainda que se possa pensar em intervenções pontuais e não contínuas, a noção de liberdade reflexiva e justiça social caminham paralelamente. No entanto, importante asseverar que a noção entre a liberdade reflexiva como expressão volitiva intersubjetiva com alcance no bem comum pela justiça social pela cooperação mútua ainda não encontra um consenso, na medida em que essas conotações, regra geral, são mais trabalhadas no âmbito da liberdade negativa.

Assim, não obstante haja, em cada filósofo, um viés diferenciado, é fato que tanto a autodeterminação como a autorrealização acabam por marcar a liberdade reflexiva como suas duas características principais. A liberdade reflexiva, portanto, está ligada ao querer interno conjugada com o modo como pode ser passível de legitimação em seus ordenamentos jurídicos, já que a instituição social do discurso e sua efetiva participação, para Alex Honneth, acaba por integrar o conteúdo da liberdade reflexiva como seu componente interno⁶⁸.

No entanto, há quem defenda que a liberdade positiva também partiria da noção de autodeterminação individual para alcançar também a remoção dos obstáculos externos às suas escolhas para que a liberdade pudesse ser efetivamente fruída.⁶⁹

2.2.3 Liberdade social

O conceito de liberdade social encontra no discurso filosófico um entremeado de composições e de modos de seu exercício.

Para efeitos metodológicos, essa pesquisa analisa a construção do conceito de liberdade social a partir da formulação de Jürgen Habermas e evolui para a concepção de Hegel e, ao final, para a formulação de Amartya Sen. Não obstante isso, registra-se que há outras muitas noções de composição do que seja liberdade do ponto de vista filosófico, encontrando-se contribuições pessoais e destacadas em Rousseau, Kant, Hobbes, Marx, entre outros.

⁶⁸ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 80.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 154.

A construção do conceito de liberdade social tem sua gênese na teoria do discurso de Jürgen Habermas. O autor partiu da interação subjetiva da liberdade reflexiva para alavancar o desenvolvimento de um novo conceito de liberdade a partir da busca pela compreensão sobre o funcionamento das instituições no âmbito de uma moderna forma de vida democrática, estabelecendo novas bases de legitimação para sua origem e seu exercício. Erigiu-se a liberdade social.

Ainda entremeadado entre o transcendentalismo e o institucionalismo, Habermas formulou sua teoria crítica da sociedade a partir da observação da mudança estrutural das sociedades modernas, notadamente, a partir dos séculos XVII até meados do século XX, sobretudo, na Inglaterra, França e Alemanha, e de como as relações e poderes entre Estado, sociedade e economia foram alteradas, de modo a favorecer a criação de espaços públicos para discussões críticas e racionais e, por consequência, a construção de instituições que permitissem, nesse aspecto, o exercício efetivo das autodeterminações recíprocas do ponto de vista social, coletivo.

O estudo sobre a mudança estrutural da esfera pública analisa, do ponto de vista de um observador externo, as condições históricas, sociais e institucionais e as funções críticas (cultural e política) assumidas pela esfera da comunicação e discussão pública entre cidadãos que se compreendiam como pessoas livres e iguais, a partir da formação desses espaços públicos de discussão crítica e racional sobre questões comuns⁷⁰.

A teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas deu o primeiro passo para estabelecer o discurso como meio de institucionalização da liberdade, em termos coletivos e sociais, na medida em que “as opiniões pessoais dos indivíduos privados podiam desenvolver-se a partir de um processo de debate crítico, aberto a todos e livre de dominação, em que prevalecia a força do melhor argumento”⁷¹.

A partir dessas estruturas, o meio social e as convicções culturais de cada povo em cada sociedade permitiram estabelecer meios e instituições, transmudando-se a realidade social já não mais considerada como mero aditivo, mas como condição e meio para exercício dessas mesmas liberdades⁷².

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução e apresentação: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 17.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução e apresentação: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 31/32.

⁷² HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 81.

Essa nova compreensão da liberdade caminhou, então, a partir de um ideal de liberdade intersubjetiva, volitiva, para a compreensão de que a liberdade, social, apoiada na circunstância institucional do discurso poderia estreitar seu alcance para chegar a uma ideia de justiça social, como um elemento intrínseco de seu próprio exercício.

Isso porque as instituições e os meios de se assegurar a referida liberdade acabam por permitir a autodeterminação recíproca mediada pelo discurso, de modo que “o ‘discurso’ era entendido como fator transcendental, ou como mera instituição, porém jamais como instituição particular de suas manifestações sociais”.

No entanto, foi em Hegel e em Marx que o conceito de liberdade social se firmou, já que essa compreensão de liberdade social se solidificou no âmbito da compreensão dos tipos de liberdades no discurso filosófico da modernidade.

Hegel foi seu predecessor na tarefa de persistir na compreensão do conceito e delimitações da liberdade social como autodeterminação recíproca, visto que sua teoria apresentou a transição e ampliação entre uma liberdade reflexiva para uma liberdade intersubjetiva, vinculadas, de um lado, a existência de instituições que assegurassem seu conteúdo e limites de exercício e, de outro lado, a institucionalização do ponto de vista de compreensão social de práticas de comportamentos socialmente padronizados e reconhecidos em sua complementariedade, de modo a permitir a autorrealização recíproca.

Hegel definiu tais estruturas por instituições de reconhecimento que entrelaçam comportamentos e modos de agir em sociedade e, portanto, o seu entendimento sobre o conceito social de liberdade ficou atrelado a uma relação de reconhecimento recíproca admitida em sociedade. Assim, os limites do exercício da liberdade para Hegel se encontram no reconhecimento recíproco como outro de si mesmo em sociedade, a partir da construção de uma fórmula do “ser em si mesmo no outro”.

Partindo, inicialmente, da reflexão da dependência do outro sobre si mesmo em uma relação amorosa, Hegel ampliou seus estudos para compreender a liberdade também no âmbito das relações econômicas, inferindo, ao final, nas palavras de Axel Honneth que “Hegel pode inferir a liberdade com estrutura institucional de uma interação, pois só mediante o reconhecimento recíproco de um sujeito pelo outro é que os indivíduos podem chegar à satisfação de seus fins”⁷³.

⁷³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 89.

Hegel entendeu que o estabelecimento da fórmula do em-si-do-si mesmo *no outro* em sociedade é o que acaba por permitir a compreensão da liberdade social de cada espaço e tempo por meio do reconhecimento recíproco. O conceito de liberdade social emerge nessa condição de um terceiro tipo de liberdade que ampara e reconcilia os conceitos de liberdade negativa e positiva.

Sem essa condição, o pleno exercício da liberdade ficaria maculado, na medida em que a inclusão da objetividade na determinação da liberdade acaba por permitir “a vivência como realmente livres quando se encontra na realidade exterior a precondição de realizar nossos fins autodeterminados”⁷⁴.

Com isso, sob a percepção de Hegel, a liberdade objetiva negativa e externa e a liberdade subjetiva, reflexiva e interna necessitavam de um ponto de conversão, a fim de suprir suas carências próprias, permitindo a sua reconciliação, tendo em vista que a liberdade subjetiva, reflexiva somente poderia ser objetivamente realizada se houvesse condições sociais e relação de reconhecimento recíprocas que assegurassem o seu efetivo exercício.

A doutrina hegeliana de liberdade, portanto, erigiu a instituição de reconhecimento à própria condição externa de liberdade intersubjetiva em um modelo de dependência do seu ser pelo outro no âmbito de uma cooperação social.

E, nesse aspecto, a teoria hegeliana já assumia como pressuposto que a relação entre o exercício das liberdades individuais por meio de instituições, já resultavam, por si só, da compreensão de um ordenamento justo.

Mas, o que é ordenamento justo e quais são os limites de exercício das liberdades individuais que podem ser amparadas pelo sistema, livre de coerção, considerando, sobretudo, a evolução social e histórica das sociedades?

A reconstrução normativa apresentava-se para Hegel como uma solução que deveria ser moldada, conforme a evolução cultural e política das sociedades, entendendo que os complexos institucionais, as instituições de reconhecimento, em conjunto, formariam a compreensão sobre o ordenamento justo na sociedade moderna.

As limitações internas ligadas ao próprio conceito de “justiça” se justificariam quando o ser-em-si se encontrava no reconhecimento recíproco do outro, entendendo-se, desse modo, as condições externas de realização da liberdade individual subjetiva e, portanto, os seus limites,

⁷⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 90.

também acompanhados do conceito aristotélico de eticidade e, somente assim, poderiam garantir justiça social compatível com o ideal moderno da compreensão da liberdade.

A Eticidade para Hegel é:

o conjunto das relações familiares, sociais, civis, jurídicas, políticas, religiosas e estatais, abrangendo as relações institucionais até as crenças realizadas na objetividade do mundo, de modo que a eticidade corresponde à liberdade realizada nas crenças e instituições, abarcando, objetivamente, essas diferentes esferas da atividade humana⁷⁵.

Na teoria hegeliana, a liberdade ganhou nova forma de compreensão a partir do reconhecimento dos cidadãos por suas instituições capazes de assegurar que as aspirações internas e volitivas encontrariam no meio social condições efetivas de autorrealização e onde o mundo da objetividade em sintonia com o querer da liberdade individual, se encontrariam em um estado social justo as plenas condições de sua efetiva realização, a partir do reconhecimento da sua liberdade no outro.

Esse terceiro conceito de liberdade – social –, a partir da doutrina da liberdade por Hegel, reúne ambas as condições subjetivas e objetivas da liberdade, reconciliando-as. Isso porque “nós só poderíamos nos vivenciar como realmente livres quando encontramos na realidade exterior a precondição para realizar nossos fins determinados”⁷⁶. A liberdade reflexiva é espelhada e satisfeita a partir de condições que a liberdade social oferece. Desse modo, “o mundo da objetividade deve ir ao encontro da aspiração à liberdade individual no sentido de que ela, em certa medida, deseja de si o que o sujeito reflexivamente pretende”⁷⁷.

O “reconhecimento correspondente” do ser-em-si-no-outro é a condição que permite que a liberdade reflexiva seja possível e passível de legitimação em sociedade, a partir de uma compreensão de uma “necessidade de complementariedade” que acaba por servir de condição à forma de liberdade realizada na relação de reconhecimento.

Desse modo,

para que a liberdade individual se manifeste na realidade objetiva e para que se possa realizar com ela, o sujeito deve querer realizar fins cuja realização pressupõe outros sujeitos, que possuem fins complementares.

⁷⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução: Paulo Meneses [et al.]. São Leopoldo/RS: Ed. UNISINOS, 2010, p. 10.

⁷⁶ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 90.

⁷⁷ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 91-92.

Esse reconhecimento recíproco e correspondente permite que cada sujeito se identifique no outro e compreenda, no outro, a sua própria condição de exercício da liberdade reflexiva. Tal efetividade se dá por meio da liberdade social que permite que as instituições reconheçam e legitimem as liberdades intersubjetivas passíveis de concretização.

A liberdade social para Hegel se vinculava, pois, como condição externa da liberdade intersubjetiva pelo reconhecimento recíproco dos cidadãos que se realizava por meio de instituições e direitos que as efetivamente garantiam, os quais já refletiam, por si só, o conceito de ordenamento social justo.

Há, portanto, uma pré-condição de que a liberdade do ser-em-si-no-outro, em uma relação de reciprocidade e complementariedade encontram nas instituições sociais, fundamentais para o exercício das liberdades reflexivas, a possibilidade de exercício no âmbito de um ordenamento social justo.

Considerando que a cultura da liberdade assume, paulatinamente, uma nova concepção a cada modelo de sociedade em seu tempo e em seu espaço, com a evolução constante das instituições e de suas normatividades, nem sempre “legítimas” do ponto de vista da eticidade, a teoria hegeliana, duzentos anos após, é objeto de aplausos, mas também de novas reflexões, sobretudo, em um mundo digital, onde os ideais da “intimidade” e da “privacidade” do ponto de vista de um estado democrático de direito, vem assumindo, por uma força extrínseca, novos contornos, a partir de uma metamorfose epistemológica das sociedades.

Utiliza-se da reconstrução normativa como instrumento de adaptação das liberdades reflexivas e recíprocas que atravessam o tempo, na constante mutação epistemológica das sociedades com a reconstrução contínua dos modernos ideais de liberdade, sem que se possa perder a sua essência.

No entanto, no que concerne a delimitação do que seja possível e legitimado nesse próprio reconhecimento recíproco, Hegel se utilizou de objetivos universais de liberdade, do ponto de vista da eticidade aristotélica, da metafísica e da teleologia objetiva. A seu sentir, somente a partir desse pressuposto, as liberdades reflexivas encontrariam nas próprias instituições formadoras desse ordenamento social justo, as condições externas de efetiva realização de seus fins individuais.

Por fim, para efeito da opção metodológica feita, traz-se em breve síntese a noção de liberdade como perspectiva norteadora do processo de desenvolvimento idealizada por

Amartya Sen, uma vez que este ressalta a necessidade de exercício e de expansão das condições sociais para o exercício das liberdades das pessoas.

Em sua gênese, para o filósofo indiano, a pessoa livre é aquela que tem realmente a capacidade de escolher e de agir de acordo com as suas vontades. Sua teoria chamada de “capability approach”, além de levar em conta o fato de que “liberdade é o poder de obter o resultado que alguém deseja após uma avaliação racional”, também entende que é fundamental a análise da sociedade e, mais detidamente, das liberdades formais, condições materiais e capacidades internas, desenvolvidas por meio da educação e da interação com o meio social⁷⁸.

À medida que se oferece oportunidades sociais de educação e assistência médica, que podem e no mais das vezes, requerem uma atuação estatal de promoção dessas oportunidades, aumenta-se a possibilidade de participação econômica e política desses mesmos atores, de modo que as atividades econômicas, sociais e políticas, envolvendo uma multiplicidade de instituições favorecedoras das condições de desenvolvimento social, devem estar relacionadas de modo interativo⁷⁹.

Chama, pois, de liberdades instrumentais cruciais as oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora⁸⁰ como instrumento de expansão e garantia dessas liberdades substantivas, eis que os indivíduos não são só mais vistos como recebedores passivos de benefícios, mas também como agentes ativos de mudança.

O desenvolvimento como expansão e exercício das liberdades, em sua teoria, segundo Amartya Sen:

(...) requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância e interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.155.

⁷⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; 9ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp.10/11.

⁸⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; 9ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 11.

de serviços públicos e assistência social, como por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade⁸¹.

Isso porque, para Amartya Sen, a conformação do mundo no século XXI com todas as suas inquietudes e, principalmente, a globalização do comércio e das comunicações e a interação nas mesmas ideias e ideais fizeram com que o esforço para a construção normativa de diferentes formas de liberdade no combate a esses males, sendo a expansão da liberdade e a proteção de sua essência vista como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento⁸².

Conclui-se, portanto, que a cultura do povo em determinado espaço territorial e temporal, com forte influência da economia na qual está inserida são absolutamente relevantes para se compreender a possibilidade do exercício das liberdades sociais estabelecendo seus freios sociais ou econômicos e mantendo-se hígido seu conteúdo.

2.3 NÚCLEO DAS LIBERDADES

O núcleo das liberdades consubstancia-se pelos verbos pelos quais a própria liberdade se expressa e se realiza. No mundo da vida analógico, três verbos aparecem como núcleo central para disciplina da liberdade e da sua constituição enquanto direito e garantia constitucional, como expressão inequívoca e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua autodeterminação individual. São eles: (i) agir; (ii) pensar; e (iii) manifestar-se.

Para efeito de compreensão geral sobre esse importante tema, utiliza-se como exemplo a Constituição Federal de 1988.

Na Carta Magna brasileira, a liberdade é expressa, pela primeira vez, no preâmbulo⁸³ da Constituição Federal ao enunciar os valores e os fundamentos que embasam a promulgação do

⁸¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; 9ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.17.

⁸² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta, 9ª. Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9; 10.

⁸³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

texto constitucional⁸⁴. O valor axiológico da liberdade aparece em muitas outras oportunidades, ao longo do texto constitucional, sendo, pois, um elemento interpretativo relevante na exegese constitucional e orienta a interpretação para todos os demais artigos que conformam uma Constituição.

A liberdade é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme o teor do artigo 1º, III e IV⁸⁵ da Carta Magna, que tem no princípio da dignidade da pessoa humana (ser livre) e na livre iniciativa (o pleno exercício da liberdade econômica), dois de seus valores fundantes. Também é objetivo fundamental da República Federativa Brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁸⁶.

Além de ser um princípio fundante do Estado democrático brasileiro e um objetivo da República Federativa, a liberdade constitui elemento orientador, direcionador e interpretativo de todos os direitos e garantias fundamentais arrolados à título de direitos e deveres individuais e coletivos ao estar prevista expressamente, no Título II, *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988⁸⁷, ao lado da igualdade, da inviolabilidade do direito à vida, da segurança e da propriedade.

As liberdades, enquanto princípios fundamentais da República, revelam-se também ora como direitos, ora como garantias constitucionais.

Nessa plêiade de princípios estruturantes, valores, fundamentos, objetivos, direitos e garantias de um Estado Constitucional, a liberdade conforma, entremeia e condiciona toda a orientação programática e normativa do Estado constitucional brasileiro, dos quais são expressões a democracia e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 revela, em cada artigo que lhe foi concebido pelos legisladores constituintes originários e derivados, aos quais se convencionou chamara de corpo

⁸⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 95/1988, art. 6º e Decreto nº 9.191/2017, art. 5º, I, “b”. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-tecnica-legislativa/-/TecnicaLegislativa/termo/preambulo#:~:text=Identifica%20o%20%C3%B3rg%C3%A3o%20a%20institui%C3%A7%C3%A3o,a%20promulga%C3%A7%C3%A3o%20do%20texto%20constitucional> em 17.05.2024.

⁸⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 1º. III. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁸⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil :I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁸⁷BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

da constituição, o reflexo de sua alma que é expressão do valor axiológico e transcendental da liberdade.

Os núcleos das liberdades de agir, de pensar e de se manifestar entremeiam, direcionam, norteiam e conformam todas as disposições constitucionais que, sob a sua essência, informam todos os seus preceitos.

2.3.1 Direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas na Constituição Federal de 1988

Dentre outras liberdades que podem ser extraídas do próprio texto constitucional, o art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, princípios programáticos que entremeiam toda a conformação de um Estado de Direito que, de um lado, assegure a democracia e, de outro lado, garanta a dignidade de cada pessoa humana dentro do território brasileiro.

A partir dessa conformação, considerando os tipos de liberdades já enunciados – negativa, positiva/reflexiva e social, os cidadãos brasileiros passam a poder legitimar seus direitos subjetivos frente ao Estado brasileiro.

Desse modo, a conformação constitucional que perpassa os últimos dois séculos com a criação de uma “Lei Maior” jurídica e política, apta a definir as características de cada Estado-Nação – Constituição - acabam, de um lado, por estabelecer os limites de atuação do Poder Público frente ao povo, na expressão da liberdade negativa, como também estabelecem as liberdades positivas passíveis de legitimação no Estado Democrático de Direito, garantindo que os direitos subjetivos decorrentes do exercício dessas mesmas liberdades possam compor o núcleo de proteção de cada indivíduo em sua dignidade como pessoa humana, no próprio exercício das liberdades sociais.

E, como num desenho em que se liga os pontos, os pilares para a garantia de exercício dessas liberdades se encontra, de um lado, no estabelecimento da democracia, enquanto regime de Estado adotado por um país, ao passo que o outro pilar fica firmado na existência de três poderes harmônicos e independentes entre si, no qual, cada um, em sua atribuição, tem como direcionamento a proteção e a garantia dessas mesmas liberdades, seja no processo administrativo seja no judicial ou legislativo, garantindo e protegendo a dignidade da pessoa humana, por meio de mecanismos institucionais e instituições dotadas de poder para fazer valer tais direitos.

3.3.1.1 Liberdade para agir

Na conjugação entre a adoção da democracia como um regime político e uma forma de governo e a proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o círculo virtuoso do exercício pleno das liberdades encontra nas liberdades negativas, positivas ou reflexivas e sociais, a catalogação de direitos subjetivos erigidos à condição de cláusulas pétreas, onde nenhuma proposta de emenda constitucional pode tentar abolí-los.

- (i) Art. 5º, II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O princípio da legalidade exsurge como uma proteção constitucional ao arbítrio e ao abuso de direito. Ao assim prever, se estatui a função precípua do Poder Legislativo que é a de estabelecer as leis que devem reger a sociedade brasileira, por meio das instituições previstas no artigo 44 da Constituição Federal⁸⁸.

O Congresso Nacional é a instituição que representa o Poder Legislativo, sendo constituído, no Brasil, de modo bicameral, a partir de suas duas Casas Legislativas, onde a Câmara dos Deputados representa os interesses do povo e o Senado Federal representa os interesses dos 27 Estados da Federação e do Distrito Federal. E assim se perfaz o sistema representativo da democracia, confirmando o teor do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988⁸⁹ que consagra que “[t]odo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O princípio da legalidade, em seu ínsito, protege a liberdade de ação, a liberdade de fazer ou de não fazer determinada coisa, senão em virtude de lei, como expressão do princípio da reserva legal. A lei, portanto, promulgada pelo Parlamento brasileiro, em sua função de estabelecer a ordem social, tem o condão de orientar ou de prevenir determinadas ações ou omissões.

⁸⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

⁸⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 1º, Parágrafo Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

- (ii) Art.5º, VI – (...) sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias.

A proteção de Deus na Constituição Federal é invocada logo em seu preâmbulo, o que significa dizer que a República Federativa do Brasil não é atea. Acredita-se que a vida terrena e a conformação de todo o universo provêm de uma força transcendental que orienta a própria existência humana.

De igual modo, a Constituição Federal do 1988 é laica e não obriga ou orienta nenhum tipo de religião específica, deixando, a cada cidadão, o pleno exercício e liberdade para escolher sua religião, seus locais de culto e suas liturgias. A liberdade do exercício da religião como uma escolha pessoal e única de cada indivíduo garante, em seu ínsito, o poder de agir, de se dirigir aos locais de cultos, garantindo o direito subjetivo a proteção do exercício de cada liturgia.

E, de tal ordem reconhecida a sua importância, a mesma Constituição garantiu a imunidade tributária para essas entidades religiosas. Em sua redação original, a expressão utilizada foi a de “templos de qualquer culto”. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 132 de 2023, a redação do texto constitucional passou a abranger “entidades religiosas e templos de qualquer culto, inclusive suas organizações assistenciais e beneficentes”. (art. 150, VI, “b”)⁹⁰. Ao mencionar a palavra “qualquer”, mais uma vez, a Constituição de 1988 deixa clara a liberdade de cada indivíduo não só escolher a religião que melhor lhe aprouver, como garante os meios para o seu exercício.

Portanto, a conjugação de tais artigos reforça e garante a posição do Estado Brasileiro em se afirmar como um país que crê em Deus, podendo seu povo expressar-se pela religião que melhor lhe convier.

- (iii) Art.5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença é também expressão da liberdade de agir, de se expor, de poder demonstrar livremente seu pensamento, por meio da comunicação.

⁹⁰ BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. VI - instituir impostos sobre: entidades religiosas e templos de qualquer culto, inclusive suas organizações assistenciais e beneficentes; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023](#))

Ao assim prever, a Constituição reforça a dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

A liberdade de se expressar, em qualquer de suas modalidades, seja artística, individual, científica ou de comunicação revela o respeito a liberdade *de e do* ser humano, à sua dignidade, de modo que o Estado não está autorizado a impedir tal exercício da liberdade de expressão, salvo em caso de abuso do seu exercício.

O Art.5º, IX da Constituição Federal de 1988, em todo o seu alcance e magnitude, é a liberdade de expressão, dentre as demais asseguradas constitucionalmente, um dos que mais tem sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal sobre os novos problemas surgidos na era digital. Seja pelo uso excessivo de *fake News*, seja pela utilização intensiva e massiva das redes sociais por meio da mídia digital, seja pela desconstrução paulatina da noção relativa das liberdades constituídas sob a égide ainda da era analógica, esse tema, tal a sua importância, será objeto de análise em item específico.

- (iv) Art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer

A liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão também foi objeto de prescrição e proteção constitucional. O cidadão brasileiro é livre para escolher em que atividade quer trabalhar e dedicar seu tempo, não podendo haver qualquer imposição por parte do Estado ou de qualquer agente privado.

A Constituição Federal de 1988 ao prever as sanções que podem ser aplicadas no território brasileiro em caso de transgressão as leis, proibiu, expressamente, no seu artigo 5º, inciso XLVII⁹¹, a aplicação de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis, assegurando-se aos presos a sua integridade física e moral (art. XLIX)⁹².

Os trabalhos forçados são proibidos até para aqueles que estejam temporariamente em situação de privação de liberdade por cometimento de quaisquer crimes que a lei preveja.

⁹¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º XLVII. XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX ;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

⁹² BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º. XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

A liberdade do exercício do seu ofício está intimamente ligada ao princípio da legalidade (art. 5º, I) e ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que, também, se conecta diretamente ao teor do §2º do art. 5º⁹³, que não exclui outros direitos e garantias fundamentais adotados pela própria Constituição ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte.

E, nessa seara, importante menção deve ser feita ao artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁴, do qual o Brasil é signatário, onde se prevê que ninguém será mantido em escravidão ou servidão, proibindo-o em todas as suas formas, de modo que não se permite trabalhos forçados e nem jornada exaustiva e, tanto menos, em condições degradantes de trabalho ou com restrição a sua locomoção.

Tais direitos humanos são tidos por universais, inalienáveis, indivisíveis, interdependentes e extensíveis a toda pessoa humana, de modo que a constituição do seu “ser” por sua liberdade, deve ser por todos observados, não podendo haver hierarquias ou supressões para quem quer que seja. E, também ao assegurar a liberdade para a escolha do seu ofício, se verifica que os dispositivos constitucionais estão entrelaçados e coesos.

- (v) Art. 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens

A liberdade de locomoção e de proteção ao direito de propriedade igualmente foram expressamente previstos no texto constitucional. Locomover-se significa poder movimentar-se, poder andar, sair, ir e vir e, de tal ordem importante tal direito de autodeterminação e locomoção, sem qualquer coação física ou moral, é que a própria Constituição previu expressamente um remédio constitucional chamado Habeas Corpus (art. 5º, LXVIII)⁹⁵ para que, em caso de qualquer de suas violações, o cidadão pudesse ter instrumentos processuais para buscar a sua proteção junto ao Estado-Juiz, revelando-se como uma garantia fundamental à

⁹³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º, §2º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 4: Ninguém será mantido em escravatura ou servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.”

⁹⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

proteção do direito individual à liberdade. Conhecido como remédio constitucional, tem aptidão para “curar” quaisquer constrangimentos ou restrições injustas à liberdade individual.

Nesse aspecto, também é importante registrar a proteção da liberdade de locomoção de cada indivíduo junto com seus bens. Nessa linha, também há perfeita coesão do texto constitucional ao assegurar a proteção à propriedade privada. Veja-se, mais uma vez, que os incisos do art. 5º, alinhados também com a proteção à propriedade como previsto nos incisos XXII⁹⁶, XXIII⁹⁷, XXIV⁹⁸, XXV⁹⁹ e XXVI¹⁰⁰ dão a unidade e coesão a proteção que o próprio texto quer assegurar.

A liberdade de locomoção, inclusive, com seus bens também está diretamente relacionada aos fundamentos da República com a proteção dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (at. 1º, IV)¹⁰¹.

Das Associações

(vi) Art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar

Esse artigo 5º, XVII, ao assegurar a liberdade de associação para fins lícitos, mescla os núcleos das liberdades de agir e de se manifestar. Desse modo, tanto permite a formação de grupo de associações para defesa de seus interesses, como igualmente permite que tais postulações sejam defendidas e manifestadas por esses grupos, desde que sejam lícitas e não tenham caráter paramilitares.

As associações têm um papel importante na República para efeito de manifestação e defesa de interesses de grupos específicos, permitindo que cidadãos, com interesses comuns, possam defender judicialmente ou extrajudicialmente seus interesses comuns.

⁹⁶BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade.

⁹⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º, XXII - a propriedade atenderá a sua função social.

⁹⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º, XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

⁹⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º, XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

¹⁰⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento

¹⁰¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 1º, IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

- (vii) Art. 5º, XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

O inciso XVIII do art. 5º decorre diretamente do teor do inciso XVII sobre a criação de associações. Nesse caso, o legislador constituinte adotou a técnica legislativa de, no inciso anterior, não deixar margem à dúvida sobre a liberdade de associação para fins lícitos e no inciso seguinte, de reforçar, inclusive, a independência de autorizações por parte do Estado para as cooperativas, vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Desse modo, além de se poder criar associações, se assegura, com ainda mais contundência, a impossibilidade de qualquer intervenção estatal no desenvolvimento de suas atividades, desde que inseridas no âmbito da legalidade e da licitude.

- (viii) Art. 5º, XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado

No mesmo bordo das associações, mais um inciso garante a liberdade individual de se associar ou de permanecer associado. Nesse caso, o enfoque é dado diretamente a liberdade individual de cada indivíduo comportar-se de acordo com sua cognição e intenção, não podendo haver qualquer ingerência, seja por parte da própria associação seja por parte do Estado sobre a intenção de se associar ou de permanecer associado.

Os três incisos, sob diferentes perspectivas, denotam a preocupação do legislador constituinte na proteção da criação de associações, sob o núcleo da liberdade de agir, mas também na defesa dos interesses congregados, sob o núcleo da liberdade de se manifestar, impedindo que o Estado e a própria associação possam interferir tanto na liberdade de pensamento, como na liberdade de expressão dessa mesma compreensão.

Também impede que uma vez associado, não se possa desvincular da instituição criada.

As liberdades de pensamento (individual) e de manifestação coletiva dessa cognição (coletiva) não podem ser objeto nem de interferência estatal nem de interferência privada, na medida em que estes dois tipos de liberdade estão plenamente assegurados em três incisos constitucionais e nas diretrizes da República Federativa do Brasil sobre esse tema.

(ix) Art.5º, XXII – é garantido o direito de propriedade;

A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito de propriedade, assegura a liberdade de agir para a composição de seu patrimônio. Esse inciso/dispositivo tem importância singular e se conecta com diversos outros artigos da Constituição Federal brasileira, sobretudo o da liberdade econômica, consagrada pela livre iniciativa e pelos valores sociais do trabalho como fundamentos da República (art. 1º, III) e como aos princípios gerais da atividade econômica que a garantem, como seus fundamentos, a salvo das interferências do Estado sobre as decisões de seus cidadãos e, tudo em nome da garantia e proteção da dignidade.

Há uma estreita relação entre o conteúdo dos princípios gerais da atividade econômica com os próprios fundamentos da República. O constituinte originário entendeu que a dignidade humana em solo brasileiro, diante de sua soberania nacional, deve ser protegida pela liberdade de constituição da propriedade privada, o que por si só já deixa clara a opção da Constituição Federal brasileira em não optar por regimes de Estado interventores no domínio econômico, salvo em caso de abuso.

E, para isso, o próprio artigo 170 da Constituição de 1988 assegura, de um lado, a proteção da liberdade de formar o seu patrimônio e de constituir as suas propriedades, e, de outro, também estabelece os limites que podem ser objeto de controle do Estado em caso de abuso de posição dominante, como a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Nesse hiato entre os limites legais da licitude no exercício do núcleo de agir para a constituição de sua propriedade, reina a liberdade e o direito constitucional garantido para protegê-la. Em caso de violação desses limites, dado que o Estado Brasileiro não se pauta por qualquer tipo de injustiça, desordem ou anarquia, encontra-se a legitimidade do Estado para tomar decisões em proteção do bem comum, de modo a assegurar a todos uma existência digna com a liberdade do patrimônio que for possível a cada um.

(x) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Nesse inciso, o núcleo da liberdade de agir permite a qualquer cidadão a possibilidade de proposição de ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural.

A liberdade está intrinsecamente ligada a responsabilidade individual de cada cidadão em poder promover ações judiciais em defesa do patrimônio público, da moralidade, do meio-ambiente e do patrimônio histórico-cultural. Deflagra-se aqui, a intenção do legislador constituinte em permitir a qualquer cidadão, individualmente, independentemente da representação por associações ou por interesses comuns, promover ações judiciais para a tutela de direitos coletivos e difusos, diante da significativa importância que deu ao tema. A liberdade, também nesse caso, é o esteio que permite a autodeterminação e a autorrealização subjetivas a partir das garantias previstas e legitimadas constitucionalmente, além de instituições com autoridade para esse exercício.

Salienta-se a importância dada pelo legislador constituinte para a cultura e história da nação brasileira, bem como ao meio-ambiente, deixando registrada a importância da cultura e da história antepassada do nosso povo.

Do estado de liberdade

- I. Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
- II. Art. 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
- III. Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;
- IV. Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;
- V. Art. 5º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Os últimos quatro incisos/dispositivos relacionados ao núcleo das liberdades previstos no art. 5º da Constituição Federal referem-se à proteção da liberdade de ação e o estado de liberdade propriamente dito.

Esse estado de liberdade – de ir e vir – inclusive, garantido pelo remédio do *Habeas Corpus* já mencionado (art. 5º, LXVIII) recebeu importante destaque pelo constituinte originário, ao prever a impossibilidade de supressão da liberdade, salvo nos casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, igualmente impedindo que os cidadãos fossem levados à prisão ou se mantivessem desprovidos da liberdade de ir e vir, se a lei assegurar a liberdade provisória, com ou sem fiança, além de restringir as hipóteses de restrição da liberdade aos aspectos penais, salvo, em um único caso, a prisão civil por dívida alimentícia.

A prisão em flagrante delito e a ordem escrita e fundamentada do Poder Judiciário também impedem que a restrição à liberdade possa ser utilizada de modo abusivo e sem que haja fundamentação devida para o encarceramento.

O Habeas Corpus é, pois, a garantia constitucional mais utilizada para se proteger a liberdade humana quando do encarceramento, ou seja, a restrição da liberdade de locomoção se insere no âmbito dos limites do poder do Estado assegurados no texto constitucional.

De igual modo, não se permite a manutenção do encarceramento quando a lei admitir a possibilidade de se responder a processo crime em liberdade. O instituto da fiança ou a liberdade provisória propriamente ditas, em conformidade com o texto constitucional, garantem que a hipótese de restrição à liberdade de ir e vir seja excepcional e somente possa ocorrer nas hipóteses expressamente previstas em lei, quando devidamente fundamentado a decisão.

A fundamentação, em mais um artigo da Constituição Federal de 1988 (art. 93, IX) é uma premissa inabalável da restrição de locomoção, o que só pode ser justificada com a apreciação detida e fundamentada da prisão cautelar. Esse artigo também se conjuga com a previsão constitucional de que a pena não passará da pessoa do condenado e, também de que só se pode considerar culpado, após o trânsito em julgado das decisões.

Essa colcha de retalhos, unidas, formam a proteção dos direitos e garantias constitucionais *de e do* ser humano.

Importante registro deve ser dado a criação recente de um direito constitucional específico para a nova era digital, o inciso LXXIX que cria, especificamente, um comando constitucional à proteção dos dados pessoais, inclusive, nos meios digitais.

Esse inciso adequa o entendimento da Constituição Federal brasileira a respeito do direito à liberdade na era digital, pois sinaliza que há limites para a vigilância, captação, armazenamento, precificação e alienação de dados advindos dos efeitos negativos do mecanismo de governança das plataformas digitais moldados, os quais são consubstanciados pelo capitalismo de vigilância com a apreensão de dados e utilização dessas informações em desfavor do próprio ser humano.

A liberdade de ir e vir – inclusive com os seus bens -, devidamente protegidos pelo direito de propriedade estão extremamente ligados e respondem a intenção do constituinte originário em mapear os princípios estruturantes da Constituição Federal de 1988.

O núcleo da liberdade de agir nessas hipóteses está estritamente ligado ao sentido não só de ser, mas também de estar e se manter livre.

2.3.1.2 Liberdade para pensar

O segundo núcleo das liberdades consagradas no texto constitucional brasileiro se refere a possibilidade de pensar e, por consequência, de expressar seu pensamento. Se a cognição humana e a sua capacidade de pensar trazem um relevo importante para o reconhecimento de sua própria existência (de Descartes, “penso, logo existo”), a possibilidade de expressão do seu exercício também é um núcleo de liberdades expressamente protegidas, sob o manto dos direitos fundamentais e suas cláusulas pétreas, no âmbito da Constituição Federal de 1988.

(i) Art. 5º, IV – é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato;

Liberdade para pensar. Se o pensamento, a consciência e a inconsciência já tinham no mundo analógico sido reconhecidas como um diferencial do ser humano sobre as demais formas de vida na natureza, no mundo da vida digital, essa liberdade alcança um relevo ainda maior, pois se constata a gradativa e exponencial interação entre homens e máquinas com a possibilidade de manipulação e modulação também dos pensamentos humanos.

As preocupações exasperam, sobretudo, pelo desconhecimento, ao qual chama-se de invisibilidade e opacidade sobre o modo como tais tecnologias são preparadas (input/output), como os algoritmos inteligentes têm capacidade de aprender e apreender nossos comportamentos, pensamentos e sentimentos, pela capacidade que têm de os manipular e modular, além de não se ter a menor informação de quem são as pessoas que utilizam os dados

extraídos e os alienam, o que torna a invisibilidade dos detentores desse poder um dos maiores problemas da humanidade na era digital.

Conforme exposto no Capítulo 1, diferentemente do *panspectron*, a externalização do poder passa despercebida, já que o anonimato e a invisibilidade agora dominam o modo de exercício e abuso de poder, inclusive, econômico sobre os cidadãos.

Os algoritmos são opacos e os objetivos são obscuros.

Nessa senda, a única certeza que se tem é que esse modelo de negócio foi desenvolvido para obtenção de um lucro desmedido e não refreado por nenhum país ou organização do mundo, já que sua expansão e alcance global se deram em um momento em que vigia a compreensão da máxima “internet sem lei”.

Por outro lado, do ponto em que a tecnologia está, não há retorno mais para uma vida puramente analógica e, para além disso, é de se considerar que todo esse modelo de negócio foi construído sobre institutos vigentes à época analógica que tiveram a sua utilização em desfavor do ser humano. Como exemplos, o instituto das patentes que, por sua lógica, acabam por reforçar a condição de invisibilidade e inacessibilidade dos métodos de desenvolvimento desses algoritmos, impedindo que os Estados e Organizações Mundiais tenham capacidade de compreensão da tecnologia e, tanto menos de poder controlar o que não se conhece. Um outro exemplo é o “consentimento” dado nos cliques de aceitação de políticas de privacidade, quando além dessas políticas poderem ser alteradas sem nenhum consentimento do usuário, é raro alguém que tem real conhecimento do que lá está previsto.

Desse modo, a liberdade de pensamento e a vedação ao anonimato são consagradas no texto constitucional de 1988 mas, no entanto, como já explanado, tem na era digital, entraves claros para a sua plena eficácia, na medida em que, de um lado, os pensamentos já estão sendo captados pelos algoritmos e, de outro, há instrumentos tecnológicos como as mídias digitais, que induzem, manipulam ou os modulam.

De todos os lados, a era digital inebria e obnubila os pensamentos dos seres humanos.

(ii) Art.5º, VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença

A Constituição Federal de 1988, sabiamente, protege não só a liberdade de pensamento e vai além garantindo a liberdade de consciência e de crença. Seguramente, esse é um dos incisos mais importantes e mais conectados a nova realidade digital.

Isso porque, conforme acima tratado, a inviolabilidade de liberdade de consciência e de crença estão intimamente ligadas ao modelo de negócios e de governança das grandes plataformas digitais e de suas manipulações e modulações.

A previsão constitucional da inviolabilidade de liberdade de consciência e de crença registra dois pontos principais: a primeira, a de que tal proteção já está positivada constitucionalmente, já sendo uma norma da Carta Magna de 1988 a impossibilidade de promulgação ou de vigência de leis ou de projetos de emendas constitucionais contrárias a seus termos; e a segunda, a de que a proteção constitucional propriamente dita, não obstante seja relevante, não tem sido capaz, por si só, de impedir os impactos negativos da tecnologia da informação, principalmente àqueles relacionados à vigilância constante e a captação e armazenamento dos dados dos brasileiros (*big data*), maculando a liberdade de consciência e de crença.

A ciência do direito precisa mais, ir mais além e buscar outros mecanismos ou incentivos que impeçam que o direito constitucional de inviolabilidade de consciência e de crença seja violado.

- (iii) Art. 5º, XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Esse inciso, decorrente da garantia do pensamento e da liberdade de consciência e de crença, garante ao inventor, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras e, portanto, exclusividade nas suas remunerações.

Esse artigo decorre da possibilidade de pensamento e de sua expressão, decorre da liberdade de crença e de consciência, permitindo que cada autor possa ser remunerado por suas criações pelo tempo que a lei fixar. Trata-se, pois, da liberdade de poder ou não auferir recursos a partir de suas próprias criações e pensamentos.

- (iv) Art. 5º, XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Ainda de modo mais profundo e, no mesmo esteio, o direito de se obter remuneração pela criação industrial, propriedade das marcas, nomes das empresas e outros signos distintivos foi igualmente prevista no texto constitucional, a fim de se assegurar o direito subjetivo, à nível constitucional, para exploração e garantia de determinada invenção por determinado tempo.

Essa proteção sempre foi tida como muito importante, em razão da garantia do investimento que deve ser feito anteriormente em Pesquisa & Desenvolvimento. No entanto, veja-se que a tecnologia da informação se encontra no hiato entre duas das previsões constitucionais relacionadas à liberdade de expressão, pois, ao mesmo tempo em que prevê a proteção da liberdade de pensamento, consciência e crença, também prevê a proteção das novas criações, incluindo, as patentes relacionadas à tecnologia.

Trata-se de um paradoxo. A tecnologia da informação por seu alcance de modular e manipular comportamentos viola flagrantemente as liberdades de pensamento, consciência e crença e, por outro inciso do mesmo art. 5º da Constituição Federal, não permite que os Estados possam acessar o conteúdo dessas patentes para proteção da mesma população, cuja liberdade de manifestação de pensamento, consciência e crença se dirigem o texto constitucional.

Não é novidade que há direitos e garantias constitucionais que podem ser objeto de ponderação e de razoabilidade, na medida em que os princípios constitucionais podem ser confrontados, tendo como exemplo, o direito à privacidade e à intimidade *vs* o direito à liberdade de expressão.

In casu, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 prevê a liberdade de pensamento, consciência e crença, prevê a proteção da propriedade intelectual, de modo que, relativamente aos dispositivos/algoritmos que os violem, o paradoxo está posto.

2.3.1.3 Liberdade para manifestar-se

A manifestação é a exteriorização do agir e do pensar. A liberdade de manifestação assegura a possibilidade de pleno exercício das demais liberdades, mas também estabelece limites claros para o seu exercício. Vejamos.

- (i) Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

O inciso X do art. 5º estabelece uma das principais proteções da dignidade *do e de* ser humano ao prever, à título de direitos e garantias individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando, ainda, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A proteção a intimidade e a vida privada (art. 5º, X) ao lado da proteção da liberdade de pensamento (art. 5º, IV) e de consciência (art. 5º, VI) são um dos principais incisos para a conformação da dignidade da pessoa humana, da proteção *de* ser humano.

Ao assim estabelecer, o constituinte originário brasileiro deixou clara a sua opção por manter a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) ao colocar limites para o exercício das liberdades de ação e de pensamento que também encontram suas balizas na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Essa conformação de previsões constitucionais entrelaçadas estabelecem a opção do legislador constituinte brasileiro em proteger a dignidade do ser humano, não só em aspectos externos, mas também internos, impedindo que por qualquer razão, seja por parte do Estado (ditatorial) seja por parte de agentes econômicos poderosos se coloque em risco o que é mais caro a espécie humana, a sua dignidade de ser humano.

E o que acontece com a previsão dessas proteções e garantias constitucionais quando fatores exógenos, como a tecnologia da informação e a metamorfose que exerce no mundo de modo inquestionável com a transmutação de um mundo analógico para o mundo digital alteram o eixo dessas proteções, ao menos como eram conhecidas?

A previsão constitucional já existe. Os limites do que se entende por violação desses direitos constitucionais é que parece estar em xeque. A grande questão está em saber se essas alterações promovidas pelo novo modo digital de se relacionar em sociedade seriam uma natural evolução das concepções acerca de cada um desses direitos – intimidade, vida privada, imagem e honra – ou, se essa mudança decorre do abuso de posição dominante dos agentes privados que, detendo controle sob a tecnologia da informação, podem exercê-lo de modo abusivo e adentrar, não obstante a previsão constitucional, em aspectos internos do ser humano, manipulando e modulando comportamentos, a fim de alcançarem objetivos macro, sempre moldados pelo lucro máximo nesse novo capitalismo de vigilância.

Dissemina-se que o simples “consentimento” do ser humano ao “aceitar” as políticas de privacidade dessas plataformas supririam qualquer violação ao direito à intimidade, à vida

privada, à imagem e à honra, o que deve ter seus limites identificados, sobretudo, quando não há qualquer informação de como esses dados captados pela rede são trabalhados em favor ou desfavor do ser humano.

Esse tópico será melhor analisado no capítulo 3.

- (ii) Art.5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

O inciso XII do art. 5º é uma decorrência da proteção constitucional que é dada a proteção da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas. Ao estabelecer a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o próprio inciso da Constituição estabelece os limites em que seria possível a sua violação, deixando claro que somente poderá se dar para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, na forma que a lei estabelecer.

Os limites da licitude dessas ações precisam ser rigorosamente observados, sob pena de se tornar a prova, obtida em sua contrariedade, ilícita (art. 5º, LVI).

Da proibição da prova ilícita, considerando o meio “ilegal” de sua obtenção, decorre a garantia do pleno exercício do devido processo legal (art. 5º, LIV).

A construção do texto constitucional sobre a proteção da dignidade do ser humano é riquíssima. Ao unir os pontos, se verifica que outros artigos também decorrem desse núcleo central que é a dignidade da pessoa humana e a garantia do exercício de suas liberdades, desde que não violem ou maculem a liberdade do outro. Desse modo, pode-se afirmar que, se de um lado, a democracia é o pilar para o estabelecimento desse conjunto de liberdades de manifestação, ação e pensamento, de outro, o princípio da dignidade humana é o centro que baliza todas essas proteções e garantias constitucionais.

- (iii) Art. 5º, XIV e LXXVII- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, o que acaba por ser efetivado por meio da garantia constitucional chamada Habeas-Data.

O acesso livre à informação também decorre do direito de manifestação. Ora, se só se pode manifestar-se, positiva ou negativamente, sobre algo que se conhece, a garantia de acesso à informação é o instrumento para o seu pleno exercício. Se não há sigilo sobre as informações, a própria Constituição garantiu os meios possíveis de se obter as determinadas informações. Trata-se da liberdade de poder conhecer, de saber.

- (iv) XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente

A possibilidade de reunião pacífica, sem armas, em locais abertos ao público é um dos plenos exercícios do direito de manifestação que tem, sua gênese, no próprio exercício da democracia.

O povo, enquanto titular do poder representativo, tem liberdade de se manifestar contrariamente, observando as regras que o próprio constituinte estabeleceu: (i) o grupo não pode ser armado; (ii) não pode frustrar reunião anteriormente convocada para o mesmo local, o que também garante o exercício de liberdade de grupos com pensamentos opostos e (iii) se requer apenas o aviso prévio à autoridade competente, para fins de promoção e organização dessas manifestações, em prol da segurança de todos e do pleno exercício pacífico dessas manifestações.

- (v) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Esse inciso do art. 5º também revela uma das grandes garantias do pleno exercício das liberdades de ação, pensamento e manifestação consagrados no texto constitucional, ao garantir que não poderá haver qualquer lei que tenda a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Isso porque em sendo conformado o Estado de Direito com limites ao exercício das liberdades, é bastante comum que tais violações sejam levadas ao Poder Judiciário que pode ser chamado, a qualquer tempo, para estabelecer tais limites e suas punições, já que o próprio texto constitucional assegurou o direito à indenização moral e material por sua violação.

Considerando o princípio de que o legislador não utiliza de palavras inúteis, a conjugação entre a proteção de alcance ao Poder Judiciário em qualquer lesão ou ameaça a direito, ou seja, até mesmo antes de que o direito seja lesionado, e a previsão expressa de indenização por dano material ou moral decorrentes da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem ou dos meios de sua violação (sigilo telefônico, fiscal, de dados, de comunicação etc) não deixam margem de dúvida de que o objeto de todos os incisos relacionados aos direitos e garantias constitucionais possuem uma coerência e uma unidade lógica.

(vi) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais

Esse inciso constitucional é belíssimo e funciona como um comando programático para a criação de legislações infraconstitucionais que prevejam punições para aqueles que promoverem discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais.

A liberdade, portanto, não está prevista somente no cerne do preâmbulo do art. 5º da Constituição Federal de 1988, como está espreada em diversos incisos como se está a demonstrar. Para além disso, há um comando normativo cogente de prever legislações que punam discriminações atentatórias desses mesmos direitos e liberdades.

Desse modo, tendo sido assegurado que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada da apreciação do Poder Judiciário e que a lei punirá discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, conforma-se um comando de proteção da dignidade da pessoa humana, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder Judiciário.

(vii) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

A previsão do devido processo legal enquanto direito e uma garantia constitucional igualmente determinam aos Poderes da República a observância do direito material e processual expressamente previsto em lei. Assim, também, ocorre com a proibição do juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) a fim de evitar que a pessoa humana possa ser levada à julgamento sem a observâncias das regras abstratas e legais que devem ser aplicadas para todos de modo igual e, portanto, não discriminatório.

Dessa forma, o devido processo legal surge como complemento dos dois pilares que sustentam a integridade da pessoa humana – a democracia e a dignidade *do e de* ser humano.

- (viii) LXVIII - conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

O Habeas Corpus é o remédio constitucional previsto expressamente para ser utilizado sempre que a pessoa humana se achar ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, elegendo dois grandes pressupostos: o primeiro, a ilegalidade e o segundo, o abuso de poder.

Essa garantia constitucional é fundamental para que se possa levar ao Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a que possa sofrer a pessoa humana (art. 5º, XXXV). O Habeas Corpus figura como o remédio constitucional mais importante para que o Poder Judiciário possa, efetivamente, garantir o exercício das liberdades para a pessoa humana, impedindo que o Estado possa, abusando de seu poder ou sem qualquer fundamentação adequada, restringir a liberdade de quem quer que seja. Nesse aspecto, importante registrar que ninguém pode ser considerado culpado, enquanto não transitar em julgado sentença penal condenatória (art. 5º, LVII).

- (ix) Art. 5º LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

Esse inciso decorre do direito à informação, também garantido pelo remédio constitucional do Habeas Data, onde todo cidadão tem direito a obter informações e acessar os processos administrativos e judiciais, em qualquer hipótese, desde que não haja violação a defesa da intimidade ou do interesse social.

A legislação infraconstitucional trata de estabelecer tais situações que tem na própria defesa da intimidade ou do interesse social as razões para justificar o não acesso a tais conteúdos. Tudo quanto for possível ter conhecimento, não pode ser vedado pelo Estado e suas instituições.

- (x) Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

Esse direito à informação é especificamente relacionado àqueles que se encontram em situação de restrição à liberdade por cometimento de qualquer infração penal. Aqui, também o limite da licitude do exercício das liberdades é o condão que assegura o equilíbrio do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, não é permitida a obrigação de falar. O silêncio é garantido constitucionalmente e está no sentido de que não se pode obrigar a ninguém fazer prova contra si mesmo.

Não há dúvida de que as liberdades erigidas ao status de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, I) permanecem previstas e seguem orientando todas as ações e legislações do ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, o Professor Wolfgang Hoffmann-Riem questiona, em que medida as regras legais tradicionais estão adequadas para lidar com a situação problemática alterada e para a realização otimizada dos novos objetivos valorativos já ancorados na ordem jurídica e social sob as condições alteradas pela tecnologia da informação.

Temas como “a proteção da liberdade individual, a manutenção dos princípios do Estado de Direito, o funcionamento da ordem democrática, mas também a promoção de desenvolvimento econômico e tecnológico e a viabilização de inovações para tal”¹⁰² ou “princípios como o da proteção da personalidade, igualdade de oportunidades, responsabilidade pelas consequências, segurança, proteção contra o controle inconsciente, a discriminação e o legado prejudicial estão em voga”¹⁰³.

2.3.2 O exercício das liberdades na era analógica

Para o exercício efetivo das liberdades humanas como expressão da dignidade *do e de* ser humano erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que não só tais liberdades estejam previstas como direitos subjetivos capazes de legitimação, como é fundamental a existência de instituições dotadas de autoridade e poder coercitivo para fazer valer a autonomia e independência de cada ser humano.

¹⁰² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital: Desafios para o Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 7.

¹⁰³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital: Desafios para o Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 7.

O núcleo da liberdade acaba por se lincar com dois conceitos básicos: (i) o sentido de uma autonomia privada, fruto de um elemento positivo passível de legitimação; (ii) justiça social no âmbito coletivo, na medida em que o que é possível de legitimação em um Estado Democrático de Direito está ligado a noção das liberdades que respeite o direito do outro – o ser-em-si-do-outro.

Isso porque “os indivíduos só podem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem de prospecção de suas propensões, preferências e intenções.”¹⁰⁴

Desse modo, a compreensão do conceito das liberdades como exercício livre do querer no âmbito da autonomia privada de cada indivíduo como concepção de uma justiça tem sido uma constante ao longo do tempo.

O que muda, se altera, se alterna são os direitos subjetivos lincados ao conteúdo da liberdade passíveis de legitimação pelos cidadãos conforme a sociedade vai alterando as suas compreensões sobre o mundo da vida, considerados fatores sociológicos externos, como a implantação de uma sociedade capitalista, a inserção da tecnologia da informação como expressão da própria sociedade digital, predominância de pensamentos morais de extrema direita, de centro ou de esquerda, dentre outras rupturas paradigmáticas.

A positivação dos direitos subjetivos como expressão de sua liberdade imanente coincidiu, temporalmente, com a criação do Estado Democrático de Direito, o que nas palavras de Axel Honneth acabam por reafirmar que:

[o] amplo espectro de funções podia ser cumprido pelo Estado, o qual, ao mesmo tempo deve produzir, implementar e controlar direitos positivos, porque, nas vontades unificadas de todos os cidadãos afetados pela atividade desse Estado, criava-se uma nova fonte de legitimação. Nessa medida, num peculiar processo histórico paralelo, com o novo sistema de liberdades de ações subjetivas surgia, ao mesmo tempo, o Estado democrático de direito, em cujo seio os destinatários dos direitos positivos podiam se compreender como seus autores¹⁰⁵.

Os seres humanos passaram a ser, cada um e cooperativamente, não só mais destinatários das normas estabelecidas e garantidas, mas também autores da criação desses

¹⁰⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 128.

¹⁰⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.129.

mesmos direitos, por meio da representação política e embora tais papéis possam ser exercidos pela mesma pessoa humana, é importante diferenciá-los.

Segundo Axel Honneth, a criação de novos direitos subjetivos passa pela reconstrução normativa da eticidade democrática, na medida em que as sociedades vão tendo que se adequar aos novos atores externos.

As liberdades jurídicas conformam a coesão individual do sujeito como esfera de proteção das liberdades negativas como limites de atuação do Estado e dos indivíduos coletivamente, de modo que “por trás da liberdade negativa se oculta o direito do indivíduo moderno a uma exploração puramente privada de sua própria vontade.”¹⁰⁶

Em um processo histórico concomitante, uma esfera de ação autônoma do indivíduo surge paralelamente a implementação da democracia nos Estados, de modo a lhe facultar o seu exercício.

Assim, ao mesmo tempo em que os direitos subjetivos passaram a ganhar corpo com a legitimação dos indivíduos frente ao Estado, o próprio Estado passou a se constituir e a reger todas as suas premissas pelo espectro das liberdades, ao adotar a democracia como regime de Estado e o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Segundo o Prof. Peter Häberle, “direitos humanos” e “democracia” são as grandes palavras de ordem dos nossos tempos, assemelhando-se quase a uma “fórmula redencionista”.¹⁰⁷

As premissas a partir de uma garantia interrelacional entre os indivíduos e o Estado na perspectiva de um direito subjetivo e de uma garantia de legitimação frente a esse mesmo Estado.

Honneth ao buscar a reconstrução normativa da eticidade democrática acha por bem que as liberdades do ponto de vista individual e coletivo sejam analisadas, cada qual em seu aspecto.

Isso porque, para o autor,

a liberdade individual acaba por ser expressão da vontade consubstanciada no direito subjetivo, ao passo que a liberdade coletiva se configura no âmbito da sociedade quando coletivamente delibera, de forma contínua e por meio da comunicação, o modo e os limites de como tais direitos relativos às liberdades

¹⁰⁶ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.131.

¹⁰⁷HÄBERLE, Peter. Tradução: Peter Naumann. **A dignidade da pessoa humana e a democracia pluralista – seu nexó interno**. In: Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 11-28.

sociais devem ser continuamente implementados, complementados e modificados.¹⁰⁸

Portanto, a partir desse arcabouço normativo-constitucional, o exercício das liberdades – individuais e coletivas – e a compreensão de suas dimensões como liberdades negativas, positivas ou reflexivas e sociais – aliadas aos núcleos das liberdades de agir, pensar e manifestar-se, além de sua expressa previsão constitucional, desde o preâmbulo da Constituição e sua previsão no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e em muitos artigos, os quais foram objeto de registro no item acima, é possível identificar que os pilares para o exercício efetivo das liberdades estão fincados tanto na opção do legislador constituinte em estabelecer, do ponto de vista da constituição do Estado a democracia como regime de governo e, considerando o aspecto da individualidade de cada cidadão, o princípio da dignidade humana como invólucro para estabelecer não só o pleno exercício das liberdades, mas também os limites desse mesmo exercício, com vistas ao bem comum.

Por fim, é de se considerar que:

- (i) O valor axiológico da liberdade como núcleo informador dos direitos e garantias fundamentais foram utilizados como princípio e fundamento ordenador não só da estrutura do Estado Democrático de Direito, como para a proteção da dignidade da pessoa humana. As liberdades lincam ambos os conceitos e os integra em uma só unidade;
- (ii) A Constituição Federal de 1988 ao prever tantos incisos no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais estabelecendo proteções aos verbos de “agir”, “pensar” e “manifestar-se”, buscou assegurar ambos os pilares conformadores das liberdades da era analógica: a dignidade da pessoa humana e a democracia;
- (iii) Tais núcleos de liberdade – agir, pensar e manifestar-se-, não obstante já sejam bastante exaustivos, na medida em que abarcam grande parte das ações humanas, inclusive, de pensamento e de consciência, na era digital exsurtem novas reflexões e necessidade de, também, proteger a liberdade” de” “ser” humano.;
- (iv) O princípio da liberdade na era analógica é informador, é gênese, é fundamento, é princípio e conforma toda a arquitetura do ordenamento jurídico. Não está só

¹⁰⁸ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.130.

previsto em inúmeros incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas foi previsto no preâmbulo da própria Constituição Federal, o que não deixa nenhuma dúvida de que o Estado Brasileiro protege não só a dignidade do ser humano como também o regime democrático;

- (v) O princípio da liberdade é relativo porque encontra nos limites da tolerância do antipluralismo a sua plenificação.

Desse modo, a liberdade, enquanto existência, tal qual o Dasein, precede não só os princípios informadores e protetores da dignidade da pessoa humana, como também precedem a própria constituição do Estado Democrático de Direito na redemocratização brasileira de 1988. Em linhas gerais, essa foi a liberdade “analógica” consagrada no texto constitucional.

CAPÍTULO 3 - O REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO À LIBERDADE NA ERA DIGITAL

PARTE I

3.1 AS LIBERDADES NO DIREITO CONSTITUCIONAL DIGITAL

A história revela que a percepção do sentido e do pleno exercício das liberdades humanas estão sempre sujeitas a mudanças, conforme a conformação epistemológica das sociedades. Esse fato histórico é digno de registro até para se compreender que é natural esse ajuste ao longo dos tempos sobre o sentido da “liberdade” também na era digital.

No entanto, o que se revela diferente nesse momento atual da história é que não se está a vivenciar uma simples mudança ou adequação do modo de sentir e viver o direito da liberdade, mas de uma verdadeira metamorfose que confunde a natural evolução dos conceitos e da percepção das liberdades com a fragmentação de seu próprio núcleo.

Considerando o cenário tecnológico de uma sociedade em processo de globalização social digital conduzido pela utilização massiva da tecnologia da informação com uma comunicação instantânea e com radical modificação do modo de se viver em sociedade, torna-se fundamental avaliar o fenômeno do ponto de vista do observador externo, de modo que ajustes na interpretação da concepção do núcleo do princípio da liberdade não podem se confundir com a sua deterioração e perda paulatina de sua noção relativa.

Registre-se que não se está a desmerecer os incontáveis benefícios que as tecnologias da informação trazem para a humanidade. No entanto, por uma opção metodológica, faz-se um recorte que com o intuito de jogar luz sobre o processo de metamorfose, com vistas a possibilitar a criação de uma rede de proteção e impedir que o próprio núcleo das liberdades seja confundido com o exercício das antiliberdades.

Conter os abusos e desvios interpretativos que possam ser cometidos pelo Estado, governantes, plataformas digitais e pelos cidadãos entre si é uma tarefa de notável importância para as sociedades contemporâneas, à nível global, a fim de evitar que o núcleo das liberdades propriamente ditas seja confundido com o abuso interpretativo do sentido dessas mesmas liberdades. Isso porque conforme anunciou Peter Häberle, “qualquer estratégia que fomente o antipluralismo está a margem do direito”¹.

¹ HABERLE, Peter. **Pluralismo e Constituição: Estudos de Teoria Constitucional da Sociedade Aberta**. Estudo preliminar e tradução de Emílio Mikunda. Edição brasileira com tradução de Carlos dos Santos Almeida. [No prelo].

Do ponto de vista do estágio atual da inserção das tecnologias da informação e da nova forma de comunicação social no modo de se viver globalmente, a tecnologia da informação com a sua forma abrupta de modificação dos comportamentos sociais já é um fato inserido e aceito no âmbito da globalização mundial.

Ao lado dessa constatação, também se registra a percepção de que a inserção desse novo modo de vida digital é marcada pela rapidez com que o eixo epistemológico das sociedades está sendo alterado, seja pelo fenômeno da globalização e pela comunicação instantânea em todo o globo, da unificação de ideias e ideais de mundo à nível global, seja pela alteração das noções de tempo e espaço até então vigentes no mundo analógico.

Essa expansão se deu muito em razão da ausência de imposição de limites as plataformas digitais logo no início de sua criação e desenvolvimento, fundada na noção de que se tratava de uma “internet sem lei” ou de que tinha regras próprias independentemente da vida física acabou dominando as nações. No entanto, não só esse discurso, o qual era tido como dominante à época, corroborou para o estágio atual do desenvolvimento tecnológico com impactos na epistemologia das sociedades, como também a natural dificuldade que os Estados ainda têm para regularem o que não conhecem.

As tecnologias da informação são “protegidas” por patentes, segredo de negócios e governança corporativa e acabam ficando à margem do próprio Estado. Isso porque os algoritmos inteligentes, suas “machine learnings” e suas “black boxes” impossibilitam que o Estado possa decifrar plenamente os seus códigos.

Não se pode regular o que não se conhece, motivo pelo qual o controle do abuso das plataformas digitais pelo Estado fica cada dia mais difícil. A consequência é a de que, dada a nova conformação epistemológica das sociedades, a utilização das informações pessoais de cada ser humano pelas plataformas digitais tem produzido um deslocamento de Poder dos Estados para as plataformas digitais.

Portanto, os pontos que se colocam na atualidade são os seguintes:

- (i) o que mudou sobre o entendimento, os limites e as extensões do que seja a liberdade como princípio informador do constitucionalismo liberal democrático brasileiro?
- (ii) quais são os limites aceitáveis no contexto da relativização própria do princípio da liberdade, considerando que a plataformização das sociedades é um fato consumado?

- (iii) o que (ainda) pode ser feito para controlar o abuso de posição dominante das plataformas digitais sobre a proteção do núcleo central das liberdades, com especial relevo para a privacidade e intimidade do e de ser humano?

Muitos são os questionamentos e, ainda pouco se sabe como contornar tal problema, sobretudo, porque as respostas constitucionais deveriam acompanhar a velocidade das transformações sociais e da criação destrutiva da tecnologia da informação, o que não se parece possível, ao menos no momento atual da história das Constituições e da Justiça no mundo, já que o respeito a dialeticidade, ínsito nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa exigem tempo de debate, de reflexão, de dissenso para consenso e, nesse contexto, a noção de tempo e espaço, também são objeto da metamorfose do mundo trazida pela nova era digital.

Tal a complexidade e considerando que o mundo vive essa transição paradigmática, faz-se imperioso compreender se será necessário desenvolver constitucional e transnacionalmente um outro núcleo da liberdade – a de ser humano -, a fim de aplacar a avalanche do abuso interpretativo do seu conteúdo que tem levado a sua contínua fragmentação e desenvolver mecanismos eficazes, à nível global, a fim de estancar a desconstituição de seu núcleo.

Desse modo, o questionamento que se coloca é o de que quais são os limites aceitáveis para o exercício das liberdades diante da estreita ligação da proteção das liberdades humanas com o princípio da dignidade *do e de* ser humano?

3.2 A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

O mundo está conectado e a globalização do mundo promove a interação de ideias e ideais em tempo real. É bem verdade que esse movimento de conectividade partiu da criação da World Wide Web em 1992 por Tim Berners-Lee e foi se alastrando rapidamente mundo a fora, sobretudo, considerando o grande e inegável benefício para a população mundial proporcionados pela tecnologia da informação.

Do ponto de vista positivo, os meios digitais permitem maior expressão da liberdade, já que a comunicação interativa e instantânea faz com que esse exercício encontre mais um meio de autorrealizar, o que é inegavelmente positivo.

A tecnologia tem um papel relevante na melhoria da qualidade de vida, na interconexão de pessoas, no desenvolvimento de todo e qualquer trabalho, além de trazer a informação em tempo real à nível global.

O mundo se transformou com a criação da internet e com o desenvolvimento e pesquisa de aparelhos tecnológicos, como os computadores e os celulares. Também se modificou com as redes sociais que permitiram e permitem a conexão de pessoas distantes e a atualização da vida de amigos e familiares, por outros meios que não os antigos e habituais encontros físicos, encaminhamento de cartas ou telegramas.

A tecnologia da informação permitiu a globalização e a interação do mundo em tempo real de modo nunca antes visto, assim como permitiu o exercício de novos direitos subjetivos dantes inexistentes em razão das limitações temporais e espaciais.

Os dados extraídos de um Relatório das Nações Unidas revelam que a conectividade do mundo já é um fato incontornável, na medida em que as sociedades, do ponto de vista epistemológico, já adotaram a vida digital como meio e forma de se viver em sociedade. No mundo, três quartos da população já possuem um celular. No Brasil, a conectividade está em torno de 78% da população².

A dependência do mundo digital é inequívoca, seja para os próprios Estados seja para os povos de todo o mundo, em geral.

Mas, o advento da tecnologia da informação também gerou efeitos adversos para a humanidade, sendo o principal deles a utilização inadequada e viesada dos algoritmos inteligentes e das “black boxes” por parte das grandes companhias de comunicação e informação, o que enseja dois questionamentos:

- (i) como a tecnologia da informação – com seus algoritmos e sua intensa relação com a neurociência e suas “black boxes” – pode estar alterando diretamente o elemento volitivo do ser humano, fazendo com que o seu comportamento, o seu

² Nações Unidas. Onu News. Perspectivas Globais: Reportagens Humanas. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2023/12/1825432#:~:text=Globalmente%2C%2078%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20com,ter%20celular%2C%20segundo%20a%20Uni%C3%A3o> em 12/05/2024. Nas Américas, Comunidade dos Estados Independentes e Europa, onde o acesso à internet excede 80% em média, a taxa de posse de celulares é menor em menos de 5% em comparação ao uso da rede. A diferença é de 9% na região Ásia-Pacífico e de 14% nos Estados Árabes. Na região da África, onde 63% da população possui um celular, mas apenas 37% usam a internet, a diferença é de 26%. Entre os países lusófonos, Portugal está acima da média global de conectividade com 79,2% juntamente com o Brasil com 78,2%. A seguir estão Cabo Verde com 68,8%, Moçambique com 67,1%, São Tomé e Príncipe com 49,9%, Timor-Leste com 36,1%. Por fim, contam Angola com 31,85% e Guiné-Bissau com 28,4%.

pensamento e as suas ações recebam manipulações e modulações, ao ponto de levar o ser humano a expressar o que o algoritmo deseja e não a sua própria consciência e volição naturais, o que se apresenta com significativas preocupações o impacto de ser-aí-no-mundo?

- (ii) como a tecnologia da informação vêm sendo utilizada por meio de discursos conservadores para confundir o que seja liberdade em geral, notadamente, de informação, de expressão e de ação, o que traz uma preocupação se o discurso de liberdade na era digital patrocinado, sobretudo, pelas grandes companhias de informação, não traduzem uma não-liberdade, a ponto de alterar as condições epistemológicas de ação no âmbito social?

Sem desconsiderar a grande importância da pesquisa e do desenvolvimento proporcionados pela tecnologia da informação, o aspecto que está sendo tratado mais detidamente neste trabalho é o aspecto negativo da ausência de limites/controle por parte da tecnologia da informação e a fragmentação das liberdades pela transmutação do eixo da intimidade e da privacidade humanas por meio da vigilância constante com indução, manipulação e/ou modulação de comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos.

3.3 A METAMORFOSE DOS BITS

Os “algoritmos” e a “inteligência artificial” organizados em fluxos globais³ promovem verdadeiras metamorfoses na identidade da estrutura das sociedades, tendo a globalização da economia, agora em rede e informacional, a cosmopolização das sociedades e a integração transestatal do Estado-nação com outros atores globais “Estado entrelaçado”⁴, os arranques irrefragáveis para se (re)pensar o impacto dessas metamorfoses na ciência jurídica e, sobretudo, nas Constituições com especial destaque para a proteção dos direitos subjetivos as liberdades em face do Estado.

³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: A era da informação: economia, sociedade e cultura.** Vol. I. 4.ed. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 113.

⁴ TEUBNER, Günter. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** Coord. Ricardo Campos, Revisão Técnica: Marcelo Neves, Pedro Ribeiro, Ricardo Campos, Rodrigo Mendes. 2. Ed. 2020, p. 16.

Os estudos sobre o constitucionalismo digital e o constitucionalismo social, apesar da ausência (ainda) de definição e consenso sobre os métodos, técnicas e padrões científicos dada a sua recente formulação, despontam como um caminho para se trilhar o novo ambiente digital.

As liberdades estão em perigo. Günther Teubner esclarece que a debilidade do direito subjetivo está na falta de contextualização, pois dada a dinâmica “policontextural” da sociedade moderna, os “direitos de defesa” seriam incapazes de captar os perigos que emergem da modernidade”⁵.

A ciência do direito não passa indene as transformações das novas dinâmicas da metamorfose de um mundo constituído por uma sociedade em redes. Esse fenômeno atinge diretamente a ciência jurídica, trazendo a necessidade de se repensar suas estruturas fundantes, alargando a extensão a um constitucionalismo global que, nas palavras de Marcelo Neves, não se trata da existência de uma Constituição global ou internacional, mas sim da globalização do direito constitucional doméstico⁶.

Isso porque, prossegue Marcelo Neves:

[d]ois problemas foram fundamentais para o surgimento da Constituição em sentido moderno: de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associado a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder (inclusive mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo, nos de determinação da composição de órgão de governo), que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal⁷.

Partindo dessa realidade incontornável, entender as liberdades humanas e a sua transição de um mundo da vida “analógico” para um mundo da vida “digital” e prescrutar a “liberdade do futuro” ou o “futuro da liberdade” configura-se uma necessidade premente.

Assim, o que acontece quando o conteúdo, o sentido e o alcance desse supra valor - a liberdade - é atingido em cheio pela metamorfose da era digital?

No estágio atual da ciência dos neurodireitos, já se sabe que os “algoritmos” e a “inteligência artificial” são capazes de atuar diretamente na modulação e manipulação de comportamentos, pensamentos e ações, o que, inequivocamente, conduz à violação da

⁵ TEUBNER, Günter. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. Coord. Ricardo Campos, Revisão Técnica: Marcelo Neves, Pedro Ribeiro, Ricardo Campos, Rodrigo Mendes. 2. Ed. 2020, p. 12.

⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XIX.

⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXI.

intimidade e da privacidade humanas e, portanto, já acontece a transgressão das liberdades humanas, eis que atinge o seu “core” que é a autonomia e a autodeterminação de cada indivíduo, não obstante os direitos e garantias fundamentais relativos às liberdades humanas permaneçam positivados nas Constituições dos países.

Não à toa, o parlamento brasileiro já se adiantou para incluir, como direito e garantia fundamental, no art. 5º, LXXIX, da Constituição Federal brasileira, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive, nos meios digitais.

No entanto, não obstante tal inclusão seja meritória, questiona-se se tal movimento é suficiente e capaz para frear os avanços da desconstituição das “liberdades humanas”, com enfoque para a proteção da autonomia e da autodeterminação individual em um mundo globalizado e dominado pelo capitalismo de vigilância.

Os núcleos de liberdade – agir, pensar e associar-se – se revelam como os pilares do exercício das liberdades humanas no caso da Constituição Federal brasileira de 1988. Por meio desses núcleos de verbos, os brasileiros têm possibilidade de legitimar tais direitos e de reclamar indenizações materiais e morais em caso de suas violações.

É recente a metamorfose do mundo da vida analógica para o mundo da vida digital, de modo que não há respostas seguras a serem dadas ainda. O que já há é uma série de estudos conduzidos por professores e pesquisadores como Francisco Balaguer Calejón, Augusto Aguilar Calahorro, Gilmar Ferreira Mendes, Victor Oliveira Fernandes, Clara Iglesias Keller, Edoardo Celeste, entre outros, que enveredam sobre esses recentes problemas e buscam se adiantar para endereçar melhores soluções e perspectivas para as novas gerações.

Há inúmeros questionamentos, dentre os quais: como os instrumentos então existentes são suficientes para conter eficazmente a violação das liberdades humanas? Qual a contribuição efetiva que a doutrina e a jurisprudência poderão dar ao ordenamento jurídico brasileiro para auxiliar que as liberdades humanas tenham seu *core* mantido na era digital? O que muda com a era digital? Por quê a liberdade (e, nesse caso, extensível à privacidade e à intimidade) é o principal alvo de desestruturação e ataque pelos modelos de negócios e governança das plataformas digitais? Como a revolução da tecnologia da informação atinge o “core” das liberdades humanas? O que pode ser uma evolução natural do sentido e do alcance das liberdades humanas, conforme fatores externos, extrínsecos, culturais e epistemológicos? Como identificar o limite de licitude e constitucionalidade desses modelos de negócios? O que fazer para frear a avalanche da vigilância intensa e ininterrupta dos comportamentos humanos?

Como regular ou limitar a utilização de dados massivos pelas tecnologias da informação em desfavor das liberdades humanas? Qual será o futuro da liberdade do mundo digital? O que precisa ser feito para não se cair na armadilha de que os sentidos das liberdades mudam naturalmente com a evolução dos tempos, enquanto o que pode estar sendo, de fato alterado é o seu efetivo exercício?

Centenas de outras perguntas pululam nos cérebros dos pensadores sobre os impactos da sociedade em rede em detrimento das liberdades humanas.

E, como há de ser, nenhuma dessas perguntas, sobretudo, se analisados o seu conjunto tem inequívoca resposta. Ao buscar compreender o novo paradigma da tecnologia da informação, muitos pesquisadores e cientistas de diversas áreas buscam endereçar caminhos ou respostas ainda pouco aceitas de um modo geral. Mas, é nesse trabalho de pesquisa e desenvolvimento, de pensar e refletir sobre o que acontece a nossa volta que, aqui e acolá, vão surgindo luzes para trilhar o caminho desse novo paradigma tecnológico tão opaco, tão invisível e tão desconhecido.

3.4 O PARADOXO DA LIBERDADE NA ERA DIGITAL: SEU APRISIONAMENTO

Na era digital, a liberdade e a vigilância coincidem e isso é um paradoxo. Para se compreender o sentido desse paradoxo, é fundamental prescrutar o que está sendo metamorfoseado epistemologicamente com a era digital.

É inegável que o regime de informação se opõe ao regime disciplinar e que, não obstante a humanidade ainda viva um processo de transição paradigmática, o regime de informação, comandado por algoritmos e pela inteligência artificial e assentado sobre a comunicação e a conexão, já domina os processos sociais, econômicos e políticos em uma realidade oposta – a do *panspectron*.

O relevo é dado para as informações e para os dados e não mais para o controle dos corpos e seus comportamentos. Até então, no mundo analógico, a cultura do *panopticon* determinava o regime disciplinar caracterizado pela docilização dos corpos com a criação de instituições e de meios coercitivos para controlar os comportamentos e as ações dos indivíduos, sob a perspectiva foucaultiana, cuja maior expressão encontra-se no presídio de Jeremy Bentham.

O regime da docilidade (*Gelehrigkeit*, do alemão e *docilité*, do francês) e suas técnicas disciplinares, segundo Byung-Chul Han, centrou-se na característica principal que é o

isolamento espacial de cada ser humano, pela regulamentação rigorosa do trabalho ou pelo adestramento corporal⁸.

Já no mundo analógico-digital, as velhas estruturas para docilizar comportamentos ainda reinam soberanas, como por exemplo, presídios e manicômios que convivem *pari passu* com o estabelecimento das novas formas de controle comandadas pela utilização massiva das informações e dos dados de cada ser humano em seu próprio detrimento, como por exemplo, o controle por *scores* de créditos.

Os aspectos do *panspectron* se revelam cada dia mais intensos.

Se, por um lado, a manipulação e a modulação de comportamentos, pensamentos e ações ainda não são perceptíveis pela humanidade que, por consequência, não está preparada para refrear ou controlar sua prática e, ao contrário, ainda a consideram como um “benefício” da tecnologia da informação permissíveis pelo seu “consentimento”, por outro lado, as formas de controle por meio das informações e dados igualmente reinam soberanas, como o estabelecimento dos *scores* de crédito e as limitações contratuais, como por exemplo, a negativa de contratação pelo plano de saúde quando se tem informação prévia de que o paciente possui alguma comorbidade, prática essa que tem se intensificado, cada vez mais, com a vigilância, captação e transmissão desses dados para entidades privadas de prestação de serviço de saúde médico-hospitalar e, mais detidamente, operadoras de saúde.

Se essa prática já era identificada em uma sociedade predominantemente analógica, os seus efeitos tendem a ser potencializados e terão impactos em uma quantidade muito maior de mercados do que os aparentemente mais visíveis como o bancário, o de saúde ou o de seguros.

E, quanto mais dados e informações forem trabalhados como o mote de uma sociedade digital, maiores limitações serão impostas a cada indivíduo, sem que se tenha controle sobre a captação de dados e informações pessoais e sobre a forma como esses dados são negociados e trabalhados.

Uma outra característica de importante relevo é a exposição. Enquanto no regime disciplinar, o isolamento do indivíduo tinha como consequência a desnecessidade de captação de dados para alcançar o objetivo de docilizar comportamentos, no regime da informação, a comunicação com a exposição de hábitos, comportamentos, pensamentos e ações é o insumo para a vigilância da qual o capitalismo da era digital se alimenta.

⁸ HAN, Byung-Chul. **Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 8.

A diferença entre os regimes é clara e cada um segue a sua *política de exposição* (grifos do autor)⁹. No regime disciplinar, o foco era o controle do corpo, enquanto no regime da informação, a meta é o controle da mente.

Uma outra característica de destaque vai para o fato de que o poder no regime disciplinar era demonstrado por visíveis e suntuosas edificações com inequívoca demonstração de riqueza, atuando por meio de uma visibilidade teatral. Já no regime de vigilância, os verdadeiros donos do capital são invisíveis, assim como são desconhecidos os modos como são trabalhadas as informações e dados pessoais de cada indivíduo. O que é feito visível são os dominados, absolutamente transparentes e não mais os dominadores.

A sociedade do teatro cede espaço para uma sociedade de vigilância¹⁰. Em ambos, o que o controlador busca é a vigilância e o que muda é a forma como essa é realizada, pois, se na sociedade disciplinar a técnica utilizada é a do isolamento, na sociedade de vigilância, a técnica utilizada é a da exposição pela conexão, de modo que “[a] técnica digital da informação faz com que a comunicação vire vigilância”¹¹.

E, a partir dessa técnica digital, as pessoas não se sentem vigiadas, mas livres, o que faz com que, paradoxalmente, o sentimento de liberdade seja o modo pelo qual se assegure a dominação, de modo que essa *se faz no momento em que a liberdade e a vigilância coincidem*¹². (grifos do autor)

A era digital é então marcada por um regime de informação transparente e por um capitalismo de vigilância, onde os indivíduos, cada vez menos, são marcados por uma visibilidade panóptica, mas, a seu próprio dispor e por meio de seu “livre” consentimento, disponibilizam na rede as suas informações privadas sem se dar conta que se aprisionam cada vez mais quanto maiores forem as informações fornecidas ou captadas pela rede.

De “livre” consentimento, não há nada, na medida em que não se pode consentir o que não se conhece. Em verdade, o fato de tais modelos de negócios serem obscuros e intransponíveis, inclusive para os Estados-Nação, o consentimento dado é viciado, na medida em que nem se tem outra alternativa a seguir em um mundo praticamente digitalizado, com

⁹ HAN, Byung-Chul. **Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 10.

¹⁰ HAN, Byung-Chul. **Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 11.

¹¹ HAN, Byung-Chul. **Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.12.

¹² HAN, Byung-Chul. **Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.12.

raríssimas exceções, seja porque é extremamente difícil compreender tecnicamente como funciona esse mercado de transmissão de dados, de vigilância constante, de captação e de armazenamento de cada pensamento, sentimento e ação de cada ser humano, globalmente considerado.

Esse ciclo vicioso faz com que quanto mais liberdade os indivíduos acreditem ter, mais aprisionados de fato estão ao sistema da informação e da vigilância constante, no qual o capitalismo de vigilância se plenifica.

O presídio da era digital é, pois, invisível aos olhos humanos e o sentimento de liberdade, ainda que prisional, é o paradoxo que sustenta toda a vigilância e o aprisionamento na arquitetura digital da sociedade da informação.

3.4.1 As liberdades, a dignidade humana e a democracia

O direito à liberdade enquanto garantia da constituição *de* e *do* ser humano estão ligados a dois grandes pilares. Por parte da constituição do próprio Estado, os direitos humanos são importantes porque expressam os valores e as aspirações comuns de cada sociedade, protegendo os seus cidadãos, inclusive, da atuação negativa e abusiva que pode ser conduzida pelos próprios Estados. Por outro lado, a democracia é um freio ao abuso da restrição das liberdades humanas.

Com o advento da segunda guerra mundial, do holocausto e de tudo quanto a história registra exsurgiu a necessidade de se positivar os direitos humanos de modo universal e à nível mundial.

Sob o olhar da individualidade de cada pessoa, a dignidade da pessoa humana se configura como a outra ponta do tripé fundamental para assegurar não só o pleno exercício das liberdades humanas, mas também para reconhecer o ser humano como princípio e fim do sistema. A sua positivação à nível mundial e o estabelecimento dos tratados internacionais, a fim de garantir que a dignidade da pessoa humana seja, em essência, garantida como exercício pleno das liberdades enquanto ser humano. E muitos outros verbos dentro dela se inserem, como exemplo, valorizar, autodeterminar-se, reconhecer, permitir, limitar, respeitar.

Seja do ponto de vista da democracia enquanto regime de governo que tem em seu cerne a proteção das liberdades humanas, seja pelo prestígio e proteção das dignidades humanas, tem-se que muitas são as ramificações para que essa liberdade possa ser perfectibilizada, o que tende a ganhar novos e diferentes contornos, conforme os ideais e valores democráticos de cada tempo

e espaço, exigindo um entendimento recíproco entre indivíduos inseridos em seu ambiente cultural.

Não só no Brasil, mas também no mundo, o sentido da liberdade e as suas facetas andam em crise em repúblicas digitais com o advento da sociedade de informação, como expressão de um ciclo de reprodução e transformação social.

Por certo, o novo modo de comunicação entre os seres humanos, cuja informação é o pilar central de toda essa nova engenharia social, alterou significativamente o núcleo de proteção do que se entendia por liberdade, há duas décadas atrás.

Sobre o movimento propriamente dito e confrontando-o com a modificação do sentido, do alcance e dos limites da liberdade humanas pela humanidade, a única compreensão indubitável nesse momento é a de que passamos por essa fase de metamorfose.

Tudo o mais – extensão, limites, compreensão, alcance e proteção das liberdades humanas - ainda está em aberto. A resposta virá, sobretudo, da sociologia e da filosofia do direito, que trabalharão para compreender esse fenômeno e levar a reflexões que mais se aproximem da realidade da sociedade da informação e do seu real impacto para as liberdades humanas.

Desse modo, o que é relevante é voltar os olhos para os impactos do fenômeno da tecnologia da informação sobre as liberdades humanas na era digital, já que as marcas dos novos tempos são a bitização do mundo, sua metamorfose e a interconectividade global e instantânea proporcionadas em grande medida pela “celularização” da vida humana. O desafio é buscar um equilíbrio entre a proteção da dignidade humana e da democracia.

3.4.2 A Liberdade do futuro

Como será conformada a liberdade do futuro? A tecnologia da informação dará um novo sentido as liberdades humanas na era digital, diferentemente do sentido incorporado na era analógica ou a liberdade do futuro tenderá a restringir o seu âmago de proteção, redundando-se na vigilância constante dos pensamentos, comportamentos e sentimentos humanos? Quais são os riscos e as patologias que a nova liberdade encapsulada pela tecnologia da informação pode trazer efetivamente à dignidade do ser humano? A promessa de uma liberdade institucionalizada e passível de legitimação apregoada pela Constituição de 1988 está ou não a sofrer algum perigo frente aos avanços da tecnologia da informação?

Muitos são os questionamentos, poucas ainda são as respostas e, tanto menos, as certezas se a doutrina e a jurisprudência estão escolhendo os melhores caminhos. No entanto, considerando que se está a viver uma fase de metamorfose, de transição paradigmática, é natural que a filosofia e a sociologia do direito ainda estejam em momento de identificar o problema para, então, buscar possíveis soluções.

Desse modo, se ainda não se pode afirmar com segurança como será a liberdade do futuro, ao menos, já se pode estabelecer cuidados para que a nova conformação das liberdades na era digital não sejam confundidas com o exercício das não-liberdades e possam seguir buscando proteger a dignidade da pessoa humana e das democracias.

Como se dará essa reconstrução normativa, pesquisadores do mundo todo ainda estão a perquirir. Esse é o ponto. Definir esse limite da licitude dos modelos de negócios das companhias de informação frente ao exercício das liberdades em meio a uma sociedade da vigilância é o grande ponto e, talvez, o questionamento mais difícil dessa nova era digital.

Essa também foi a inquietação de Axel Honneth. Para ele “o diagnóstico da atualidade certamente deve ser aprofundado”¹³, aduzindo, em seguida, que:

[p]arece imperiosa a reconstrução normativa das instituições racionais valendo-se das relações sociais de seu tempo garantidoras da liberdade. Identificar as precondições que tornam possível essa abertura de entendimento a partir de pressupostos estruturais da sociedade contemporânea¹⁴.

Já para Hegel, toda sociedade teria um espírito objetivo porque suas instituições, suas práticas e rotinas sociais refletiriam convicções normativas compartilhadas aos objetivos de interação cooperativa¹⁵.

No entanto, é fundamental que se estabeleça um “limite” de tolerância para a realidade social na positivação e legitimação dessa reconstrução normativa, isso porque há um risco de se voltar a aplicar realidades sociais indesejáveis, onde a própria história já mostrou em diversas oportunidades que os valores éticos e morais distorcidos acabaram permitindo o exercício de não-direitos violadores da dignidade da pessoa humana e das democracias.

¹³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 65.p. 11.

¹⁴ HONNETH, HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 65.p. 15.

¹⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 65, p. 21.

Axel Honneth também leciona que ‘a forma de reprodução social de uma sociedade é determinada por valores e ideais comuns compartilhados e universais’ e que, “em última instância, tanto os objetivos da produção social como os de integração cultural são regulados por normas que possuem um caráter ético, já que contém representações do bem compartilhado¹⁶.

O constitucionalismo digital tem se ocupado com a reconstrução de novos institutos e/ou caminhos para a proteção das liberdades humanas, claramente afetadas pela nova ordem das coisas e divisão dos poderes. A república digital exige muito esforço para o reequilíbrio e proteção das liberdades *do e de* ser humano.

3.4.4 O inconsciente digital: da transparência à invisibilidade

A arquitetura da era digital torna impiedosa a dominação pela informação. Os seres humanos, dominados, são transparentes e vulneráveis aos olhos do dominador e o dominador é opaco e invisível aos olhos dos seres humanos.

A dominação perpassa o controle consciente dos comportamentos dos corpos “docilizados” e avança para o domínio do inconsciente, atingindo em cheio as liberdades humanas, na medida em que o ser humano passa a não mais saber se as expressões de suas ações conscientes partem de um elemento volitivo puro ou se são decorrentes da ação impiedosa das técnicas algorítmicas sobre a manipulação e da modulação de seus comportamentos, pensamentos e sentimentos.

O resultado é a perda da noção relativa da liberdade e é esse ponto o principal aspecto de dominação invisível do inconsciente digital.

Não obstante seja um fato que a compreensão holística da dominação invisível do inconsciente digital requeira estudos transdisciplinares e muito mais aprofundados, registra-se para efeito desse recorte metodológico que esse não é o foco dessa análise, de modo que se parte da constatação de que as mídias digitais têm potencialidade de influenciar o inconsciente humano.

Os exemplos práticos mais conhecidos foram as vitórias eleitorais do Brexit no Reino Unido e da campanha eleitoral de Donald Trump, nos Estados Unidos, em 2016, cujo escândalo de dados Facebook-Cambridge Analytica, mais tarde tornado público, revelou que os

¹⁶ HONNETH, **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.32.

pensamentos e ações foram apreendidos mediante a coleta de dados individuais de mais de 87 milhões de usuários do Facebook, por meio de um consentimento dito informado, mas que, na prática, ocultou a sua verdadeira intenção da captação desses dados para fins políticos-eleitorais.

A transparência do ser humano está diretamente conectada as neurotecnologias que permitem prescrutar não mais só os seus comportamentos conscientes, mas alcançam, inacreditavelmente, os pensamentos inconscientes e detém capacidade de modular e manipular suas ações, em um constante regime de vigilância individualizada, ininterrupta e perene.

A partir dessa constatação e do sucesso político-eleitoral em ambos os casos, ficou clara a dimensão de utilização do poder pelo controle de ideias por meio das mídias digitais, o que também revelou um contraponto preocupante, no sentido de que essa nova dimensão da interação humana pelos meios digitais pode ser utilizada não somente como um meio positivo de utilização da tecnologia sobre a disseminação da informação e, portanto, de fortalecimento das estruturas democráticas, mas também e, tanto pior, de um meio negativo de controle e dominação de ideias e ideais sobre as massas, conforme os interesses do capital dominante.

Esse efeito prático enfraquece diretamente a democracia e o exercício das liberdades por meio do controle da informação de dados pelo poder da mídia digital.

Essa abordagem, portanto, identifica a mudança de rota entre os regimes disciplinares e informacionais e de como os meios eletrônicos com todos os seus mistérios (formação de algoritmos inteligentes, captação de dados, “black boxes” etc) podem ser utilizados para confundir o conteúdo, a extensão e o próprio exercício do núcleo das liberdades humanas.

Assim, se por um lado, os detentores do poder mostram-se invisíveis aos olhos do mundo, os modelos de negócios e o modo de funcionamento dos algoritmos e de suas “black boxes” configuram-se como instrumentos opacos e inacessíveis, justificados pela proteção de seus modelos de negócios patenteados e, portanto, inacessíveis seja pelos seres humanos individualmente atingidos, seja pelo dano que traz a toda uma coletividade, seja pela indução de uma nova e necessária conformação dos Estados tradicionais para Estados transnacionais em rede.

A invisibilidade e a transparência são os instrumentos de poder para controle consciente e inconsciente dos indivíduos pelo capitalismo de vigilância que explora a liberdade em vez de a reprimir e, em decorrência, quanto mais liberdade o ser humano acredita que tem, mais expõe seus comportamentos, pensamentos e sentimentos em rede, acreditando-se no pleno exercício

de sua “liberdade de expressão” alimentando, assim, o ciclo vicioso da captação de dados e, paralelamente, da indução inconsciente de comportamentos.

Isso porque “[o] “big data” e a inteligência artificial levam o regime de informação a um lugar que é capaz de influenciar o comportamento num nível em que fica embaixo do limiar da consciência”¹⁷.

A transparência e a invisibilidade, como principais características da sociedade digital entrelaçam-se e complementam-se, tendo a alteração da concepção do que seja a liberdade e o seu pleno exercício como o elemento principal da metamorfose das sociedades digitais.

Desse modo, é inequívoco que a compreensão dos limites e da extensão da metamorfose das liberdades é um ponto chave para a busca de soluções de uma nova conformação de um Estado em rede transnacional que possa assegurar, de verdade e de fato, a proteção dos núcleos das liberdades *do* e *de* ser humano.

¹⁷ HAN, Byung-Chul. **Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.23.

3.5 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E O PARADOXO DA LIBERDADE

A liberdade *de* e *do* ser humano foi sequestrada pelo capitalismo de vigilância, instaurando-se uma crise da liberdade e uma inquieta preocupação sobre a eficácia dos direitos fundamentais relacionados as liberdades humanas no século XXI.

Dentre inúmeros fatores que levam à dificuldade de se encontrar uma solução mais aproximada para se aplacar essa crise, dois parecem ter maior destaque.

O primeiro, o de que “toda revolução política deve anteceder a uma revolução de consciência”¹ e considerando que a humanidade está petrificada pela “medusa digital”, extasiada e anestesiada com esse admirável mundo novo², enfeitiçada com as facilidades da tecnologia, o paradoxo da liberdade da era digital assenta-se fortalecido e acaba por enevoar e confundir a noção relativa do que seja *ser* livre.

O segundo, o de que se trata de um novo paradigma, um novo modo de viver em sociedade na era digital. Mas, não se trata de uma mudança qualquer, mas de uma verdadeira metamorfose do mundo onde os (novos) espaços cosmopolizados de ação, não integrados, não limitados e não exclusivos e que incluem recursos transnacionais, transfronteiriços para a ação, como as diferenças entre regimes jurídicos nacionais, desigualdades radicais e diferenças culturais³ modificam o eixo analógico ao redor do qual o mundo se organizou até aqui.

O espaço do Estado-nação não se apresenta mais como o principal esquema diferenciador da realidade⁴, o que foi objeto de reflexão por Niklas Luhmann ao externar que “[n]inguém, creio eu, questionaria o fato da existência de um sistema global”⁵.

A globalização do mundo ligado em redes e a comunicação instantânea impulsionada pela internet e viabilizada pelos aparelhos tecnológicos, como computadores, “smarthphones” e redes sociais vêm tirando tudo do eixo, inclusive, a própria ciência do Direito que também se encontra em plena “metamorfose do direito global”⁶.

¹ HAN, Byung-Chul. **Capitalismo e impulso de morte**: Ensaios e Entrevistas. Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2019, p. 25.

² HUXLEY, Aldous Leonard. **Admirável mundo novo**. Tradução: Vidal de Oliveira. 22.ed. São Paulo: Globo, 2014.

³ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zohar, 2018, p. 26.

⁴ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: Sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2023, p.53.

⁵ LUHMANN, Niklas. “Globalization or World Societ: How to Cnceive of Moderny Society? **International Review of Sociology**, vol. 7, nº 1, 1997, pp. 67 e ss. Original: No one, I think, will dispute the fact of a global system.

⁶ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global**: Sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2023, p.55.

Esse fato, por si só, não é só uma alavanca para a metamorfose, mas produz uma verdadeira avalanche no modo como a ciência do Direito poderá lidar com a metamorfose da era digital, com especial destaque, para a proteção das liberdades individuais.

As soluções “normais” com as quais a ciência do Direito se acostumou em um mundo analógico, considerando o recorte metodológico dado para os últimos dois séculos, parecem não ser mais suficientes ou capazes de dar respostas eficazes para a proteção das liberdades humanas.

Hodiernamente, se assiste, com a comodidade de um telespectador que esteja com as duas pernas quebradas, que não obstante a Constituição de 1988 tenha a liberdade não só como princípio, como fundamento, como valor axiológico que permeia todos os seus dispositivos, constando, inclusive, no seu preâmbulo, a voraz captura de dados e informações para precificação em um mercado futuro de comportamentos em franca violação aos direitos da intimidade e da privacidade consagrados no inciso X, do art. 5º, assim como é perceptível a indução, a manipulação e a modulação de comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos em clara afronta ao inciso VI do art. 5º que protege a liberdade de consciência e de crença.

A era digital, que não pode ser negada ou detida⁷, é marcada por um descompasso sobre o que, de fato, seja liberdade de informação ou liberdade de expressão com a total perda de sua noção relativa e dos limites do seu excesso, do seu abuso.

E, como uma biruta, a humanidade vai se deixando levar ao sabor do vento, petrificada pela medusa digital, incapaz de sequer perceber os perigos do aprisionamento digital, da invisibilidade do poder do capitalismo de vigilância e a transparência do ser humano com o desconhecimento de tudo quanto circunda a humanidade.

O paradoxo das liberdades com o aprisionamento do ser e a nova lógica de acumulação de riqueza ante a configuração atual dos regimes de poder centrados na vigilância ininterrupta e abrangente de cada comportamento humano com objetivo claro de induzir, manipular e prever ações a fim de subsidiar o mercado de comportamentos futuros tornou a liberdade um bem comerciável, fragmentando o seu objeto e essência.

⁷ NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 216.

Capturar essa liberdade ou perdê-la de vez dependerá de quais ações e do grau de lucidez e de “enforcement” que os países dispenderão para alcançar efetivamente esse objetivo. Não são poucas as preocupações a respeito do que está a ocorrer a nossa volta e a apreensão sobre o futuro da liberdade *de* e *do* ser humano assemelha-se às preocupações climáticas de sustentabilidade, já se anunciando o risco do ser humano perder a sua capacidade cognitiva pura de responder por si mesmo com base unicamente em sua consciência e razão.

A sociedade das plataformas, a economia de vigilância estabelecida em um mercado de múltiplos lados, o “big data”, as “machine learnings”, a inteligência artificial, os algoritmos opacos, a intrusão de tecnologias nos seres humanos, o desenvolvimento de biotecnologias, a neurociência, os neurodireitos, a indução sensível de comportamentos humanos por meio de dispositivos eletrônicos vinculados a aparelhos telefônicos e tecnológicos, um punhado de redes sociais e, enfim, a interação entre homens e máquinas com incessantes intrusões de mecanismos captadores não só mais de seus comportamentos, mas também de seus sentimentos e pensamentos, além de tudo o que mais ronda esse novo mundo tecnológico e voraz, têm por objetivo formar um grande banco de dados (superávit comportamental – “big data”) negociado em mercados futuros de previsões comportamentais.

Esse modo de governança corporativa produz, inquestionavelmente, um abalo significativo à efetividade dos direitos fundamentais da liberdade e da privacidade humanas e leva à imperiosa necessidade de se pensar sobre o que está a ocorrer no mundo globalizado. Pensar nunca foi tarefa fácil. Albert Camus escreve que “pensar é reaprender a ver, dirigir a própria consciência, fazer de cada imagem um lugar privilegiado”⁸.

Nesse tempo presente, pensar o direito e a garantia fundamental a ter e a usufruir da liberdade após o advento da nova sociedade da informação é uma tarefa árdua, notadamente, quando a nova economia de vigilância tem o seu bem mais valioso a informação, cujos dados fincados no comportamento humano, agora são objeto de precificação e negociação em um mercado futuro.

Assim, é certo que o capitalismo de vigilância fundado na previsão de comportamentos futuros mudou a lógica do estado das coisas, desde o momento que “[o] Google descobriu que nós somos menos valiosos que as apostas alheias no nosso comportamento futuro”⁹.

⁸ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Tradução: Ari Roitman e Paulina Watch. 9. ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017, p. 51.

⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução de George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 113.

Posto isso, a liberdade de ser vem sendo modulada e manipulada para atender a um determinado mercado que quer lucrar com eles. Para alcançar seu objetivo, o capitalismo de vigilância promove incessantemente a criação de tecnologias disruptivas, viciantes e, regra geral, gratuitas com o fim último de fazer com que os seres humanos, hoje em torno de 4 bilhões, sejam absolutamente dependentes das redes de comunicação e globalização e acabem por fornecer, *sponte propria*, e gratuitamente, informações sobre seus comportamentos às “big techs”.

As técnicas e ferramentas dos algoritmos de aprendizagem e extração utilizadas para a mineração desses dados tem por objetivo identificar padrões consistentes de comportamentos e a partir da análise estatística desses relacionamentos sistemáticos trabalhados entre as variáveis utilizadas, formarem novos subconjuntos de dados que afunilados geram as condições de direcionamento e indução velados de propagandas pelas mídias digitais para proporcionar o consumo irrefreado e o lucro desmedido.

O perfil de cada ser humano vai sendo conhecido para ser explorado.

A humanidade deslumbrada com o novo mundo tecnológico não se apercebe que esse novo modelo de negócio das plataformas digitais coloca em risco dois dos bens mais preciosos do ser humano – a liberdade e a privacidade.

O encantamento pelas novas possibilidades de vivências da vida humana proporcionadas pela tecnologia da informação deixa os seres humanos anestesiados e entorpecidos por seu maravilhamento, vendando seus olhos em uma intransponível cegueira branca¹⁰, seja pela a opacidade de seu modelo de negócio e governança, seja pela invisibilidade dos reais detentores de poder, seja pela a transparência e nitidez de cada ser humano perante os detentores do poder que conhecem detalhes e minúcias da personalidade de cada um de nós muito mais, muitas vezes, que nós mesmos conseguimos perceber e realizar.

Essa é a grande crise da liberdade da era digital consubstanciada em um paradoxo, na medida em que quanto mais o ser humano se sente e se entende livre para expressar suas opiniões, pensamentos, ações e sentimentos, mais essas informações são captadas, mineradas e trabalhadas em um grande mercado futuro de predição comportamental. Urge fortalecer a liberdade de ser na era digital inaugurando-se uma nova agenda de pesquisa.

¹⁰ SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das letras.

PARTE II

3.6 LIBERDADE DE SER: UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA

A matéria-prima que alimenta a engrenagem do capitalismo não é mais o ser humano em si, mas o que dele se extrai.

Sobre o tema, Shoshana Zuboff aduz que:

[n]ão somos mais os sujeitos da realização do valor. Tampouco somos, conforme alguns insistem, o “produto” das vendas do Google. Em vez disso, somos os objetos dos quais as matérias-primas são extraídas e expropriadas para as fábricas de predição do Google. Predições sobre o nosso comportamento são os produtos do Google e, são vendidos aos verdadeiros clientes da empresa, não a nós. Nós somos os meios para os fins dos outros”¹¹.

A engrenagem do capitalismo da era digital é a vigilância constante para captação e armazenamento de informações para serem alienados em um mercado futuro de predição comportamental. Se, de um lado, esse novo capitalismo molda o estado de vigilância intenso e ininterrupto com descomunal controle, rentabilidade e poder para as “big techs”, de outro, o efeito imediato dessa nova estrutura do capitalismo – de vigilância – promove um aniquilamento exponencial dos direitos e garantias fundamentais da liberdade e da privacidade dos seres humanos.

Mas, e como fica o tratamento, a essência e a efetividade da liberdade diante desse novo mundo tecnológico?

Vejamos que a época da promulgação da Constituição Federal de 1988, a internet e os decorrentes aparelhos tecnológicos eram insignificamente acessíveis aos brasileiros. Além de economicamente caros, o país passava pelo início do processo de modificação de paradigmas, de modo que se pode deduzir que a conformação da Constituição Federal de 1988 é analógica, ou seja, os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º foram desenhados institucionalmente com base na concepção de liberdade e privacidade analógicas até então vigentes.

E, sobre essas bases analógicas, a Constituição Federal de 1988 expressamente previu, assim como descreve James Susskind *in Future Politics*, a liberdade de agir, a liberdade de pensar e a liberdade de comunidade, essa última também entendida como um conceito republicano de liberdade, *ex vi*:

¹¹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução de George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115.

Três tipos de Liberdade. Para os teóricos políticos de carreira, a liberdade é um dom que nunca para de dar. É um conceito de elasticidade de tirar o fôlego com uma deslumbrante variedade de significados aceitáveis. Vidas profissionais inteiras foram passadas alegremente tentando defini-lo. Hereticamente, sugiro que a liberdade pode ser dividida em três categorias: liberdade de ação, liberdade de pensamento e liberdade de comunidade (esta última também conhecida como concepção republicana de liberdade ¹².

É de se ver, portanto, que com a ruptura paradigmática da tecnologia da informação, a liberdade e a privacidade/intimidade estão sendo golpeadas, daí a necessidade de se analisar com a premência que o caso requer, a liberdade do futuro e se esse direito e garantia fundamental tomará contornos distantes do seu núcleo (objeto-essência) e ultrapassará os limites da tolerância possível em um antipluralismo.

“A realidade social não deve ser pressuposta como objeto suficientemente analisado”¹³. Isso porque ainda que em determinado espaço-temporal prevaleça valores não-éticos e amorais pela maioria da coletividade, tal realidade social não deve prevalecer. Assim, ainda que os valores éticos-morais momentâneos de uma determinada sociedade em um espaço-tempo não retrate os valores “do bem”, é preciso estar atento para que a realidade social não suplante os valores e ideais éticos-morais comuns compartilhados e universais.

E esse é o grande cuidado que deve ter o mundo nessa metamorfose digital. Os valores do bem não podem ser transvestidos pela sabotagem das não-liberdades. Desse modo, para se construir uma liberdade do futuro condigna com os valores éticos e morais que permeiam o núcleo protetivo das liberdades, é fundamental que haja uma reconstrução normativa do modo para protegê-la, sob pena das garantias alcançadas nesse estágio da humanidade – como a proteção da dignidade humana e a democracia – possam a vir ser esvaziadas por falsos e distorcidos conceitos imbuídos de não-liberdades.

O trabalho da doutrina nessa quadra da história deve centrar seus esforços para a reconstrução normativa necessária para a legitimação dos valores protetivos da dignidade da

¹² SUSSKIND, Jamie. *Future Politics: living together in a world transformed by tech*. 1. ed. Oxford: Oxford United Press, 2018, p. 164. Tradução livre: [t]hree Types of Liberty. For career political theorists, liberty is a gift that never stops giving. It is a concept of breathtaking elasticity with a dazzling array of acceptable meanings. Entire working lives have been spent happily trying to define it. Heretically, I suggest that freedom can be distilled into three categories: freedom of action, freedom of thought, and freedom of Community (the last also known as the republican conception of freedom).

¹³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 65, p.26.

pessoa humana que possam realizar valores universais das sociedades modernas. Esses são os limites da tolerância ao antipluralismo tão defendido por Peter Häberle¹⁴.

É fundamental prescrutar a essência e efetividade das liberdades na era digital e identificar seus limites de tolerância ao antipluralismo. Com essa constatação, inicia-se uma nova agenda de pesquisa que somada as liberdades de agir, pensar e manifestar-se, ganha relevância a reflexão de uma nova categoria de liberdades: a liberdade de (ser) humano na era digital.

3.6.1 O que é ser humano na era digital?

O que é *ser* humano? Esse questionamento tem sido objeto de reflexão e pesquisa ontológica por grandes filósofos da humanidade, a exemplo de René Descartes no século XVII, quando trouxe ao mundo a célebre reflexão “penso, logo existo”, do latim “cogito, ergo sum¹⁵, Jean-Paul Sartre, ao enunciar a reflexão que o ser é o que é e não é o que não é¹⁶ e Edmund Husserl, ao tratar o cogito como “o mundo em que me encontro e que é ao mesmo tempo o mundo que me circunda”¹⁷, partindo da inquietação de quem somos nós, seres humanos, nossa existência, nossa consciência, nossa razão.

Se a humanidade já se depara com esse questionamento há milênios, a pergunta que pulula na era da tecnologia da informação, adequando-a aos problemas dos novos tempos tecnológicos é a seguinte: o que é *ser* humano na era digital?

Não obstante esse questionamento seja instigante e seja o princípio das reflexões que devam permear grande parte do pensamento filosófico e sociológico na presente era digital, o recorte metodológico dado a essa tese de doutorado não tem por finalidade discorrê-lo, o que daria por si só, certamente, uma outra tese de doutorado, mas de registrar a sua importância para o impacto que as tecnologias da informação têm para as liberdades humanas, após violarem diretamente a intimidade e a privacidade humanas e a liberdade de consciência, de crença e de pensamento, atingindo diretamente a razão e a consciência do *ser* humano.

¹⁴ HABERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – em seu nexos interno**. Tradução: Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11.

¹⁵ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2023, p.71.

¹⁶ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: Ensaio de Ontologia Fenomenológica. Tradução e notas: Paulo Perdigão. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, pp. 38/39.

¹⁷ HUSSERL, Edmund. **Ideais para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: Introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida/SP: Ideias & Letras, 2006, p. 75.

Isso porque à medida que as neurotecnologias vêm sendo desenvolvidas e já se mostram capazes de manipular e modular comportamentos, invadindo a sua razão e a sua consciência, interferindo em sua autonomia e em sua autodeterminação, levanta uma séria preocupação sobre o impacto que as tecnologias da informação já exercem sobre o pleno exercício das liberdades humanas.

As práticas de análises comportamentais de cada ser humano a partir de um grande banco de dados (*big data*) formado a partir da vigilância constante de cada comportamento humano, por meio de práticas chamadas *data mining* (mineração de dados)¹⁸ e *data scraping* (tratamento de dados)¹⁹ são o resultado da previsão de comportamentos futuros que podem ser feitos individual ou coletivamente (*microtargeting*)²⁰ e que podem ser direcionados para diversos fins, inclusive, para interferência direta no processo democrático para atendimento de interesses privados/eleitores.

¹⁸ Data mining ou Mineração de Dados consiste em um processo analítico projetado para explorar grandes quantidades de dados (tipicamente relacionados a negócios, mercado ou pesquisas científicas), na busca de padrões consistentes e/ou relacionamentos sistemáticos entre variáveis e, então, validá-los aplicando os padrões detectados a novos subconjuntos de dados. O processo consiste basicamente em três etapas: exploração; construção de modelo ou definição do padrão; e validação/verificação. Disponível em https://www.ufopa.edu.br/lsd/index.php?option=com_content&view=article&id=8:beginners&catid=19&Itemid=260#:~:text=Datamining%20ou%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados,valid%C3%A1%20os%20aplicando%20os%20padr%C3%B5es em 07/06/2024.

¹⁹ Data scraping é um processo que utiliza a transferência de dados entre programas e aplicativos com dados estruturados entre computadores e, também para usuários no end-point (ponto de acesso terminal para o usuário), gerando diversos tipos de resultados correlacionados, podendo servir para diversas aplicações – sejam elas acadêmicas, sejam para o mundo prático. Utiliza-se uma ou a combinação de três variantes técnicas como: (i) screen scrapping (raspagem de dados visuais diretamente de um terminal), (ii) Web Scrapping (ou raspagem de dados da web usando como fonte primária de informações dados em linguagem HTML e XHTML mas não exclusivamente), que objetivam servir como uma interface ou protocolo de comunicação entre programas de computador para simplificar a criar programas – ou ferramenta – para coletar dados de página da web; e (iii) Report Mining (mineração de relatórios), que tem como finalidade a coleta de dados de arquivos prontos para usuário-final, coletando dados desde HTML e XHTML, até textos e arquivos com extensão “.pdf”, com a ajuda de uma A.P.I. Um exemplo atual da combinação de técnicas de Data Scrapping está no artigo de Kyle Vanhemert, This Simple Data-Scraping Tool Could Change How Apps Are Made (2014) *In* FORNASIER, Mateus de Oliveira; BECK, Cesar. Cambridge Analytica: Escândalo, Legado e Possíveis Futuros para a Democracia. *Revista Direito em Debate*. Editora Unijuí – Ano XXIX – nº 53 – jan/jun. 2020 – ISSN 2176-6622. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.182-195>

²⁰ Microtargeting é uma técnica de coleta e utilização de dados pessoais de milhões de indivíduos, muitas vezes sem o seu conhecimento e sua autorização, de modo que seja possível antecipar e influenciar o comportamento das pessoas através de previsões personalizadas aptas a moldar o comportamento de um indivíduo – ou de um coletivo e, com isso, influenciá-lo por meio de mensagens específicas para efetivamente motivar a tomar uma ou outra decisão. *In* FREIRE, Carolina Djovana da Silveira. A deteriorização da democracia representativa: os efeitos do microtargeting sobre o direito à participação política. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXIV, nº 80, p.106-113, jul./dez. 2020.

Desse modo, o conjunto de informações que identificam a individualidade de cada ser humano passou a ser o produto mais valioso - mercado de precificação de comportamentos futuros-, não deixando nenhuma margem a dúvidas quanto:

- (i) a institucionalização desse modelo de negócio fundado na vigilância constante do ser humano e na captura e armazenamento desses dados para precificação e alienação em mercado futuro de comportamentos;
- (ii) a possibilidade e a capacidade das neurotecnologias em não só formarem esse grande banco de dados, mas também de serem capazes de interferirem diretamente na autonomia e autodeterminação humanas, para atendimento de fins privados, em específico, ou para a busca pelo lucro irrefreado; e
- (iii) a possibilidade de violação da intimidade, privacidade, liberdade de consciência, crença e pensamento pelas neurotecnologias com impacto direto nas liberdades humanas – de consciência e da razão.

A liberdade *de e do* ser humano está em alerta, de modo que nunca foi tão urgente pensar, em uma nova agenda de pesquisa, sobre a proteção constitucional da liberdade de *ser*, como categoria, nessa nova era digital.

Diante de toda essa metamorfose de um novo mundo digitalizado, globalizado e cosmopolizado, a proteção à liberdade de *ser* humano ganha contornos ainda mais profundos que a proteção à dignidade da pessoa humana com a qual o mundo da vida analógico a concebeu.

Novas liberdades e novos direitos subjetivos exurgem na era digital e já parecem fundamentais para contrabalançar a voracidade do capitalismo de vigilância, na medida em que, segundo Francisco Balaguer Callejón, “novos fatores de poder estão gerando uma destruição total da política e um enfraquecimento extremo dos valores e dos direitos constitucionais”²¹.

No entanto, a constitucionalização dessas novas liberdades e a criação de direitos subjetivos próprios da era digital, por si só, não obstante sejam fundamentais, já que

²¹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional** [Coord.] undécima Edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2022, p. 44. Original: “nuevos factores de poder que están gerando una destrucción total de la política y un debilitamiento extremo de los valores y dos derechos constitucionales”.

orientadores da posição política de cada nação, precisam ser conjugados e interconectados com outras ações de alcance transnacional.

Assim como a informação e a comunicação em rede estão interconectadas em um mundo globalizado e digitalizado, a resposta que a ciência do Direito deverá dar para ser eficaz, diante da metamorfose da identidade das sociedades à nível global, também precisará ser tão transnacional e tão interconectada entre as nações quanto a própria rede digital o é.

A liberdade de *ser* humano, dantes protegida do ponto de vista analógico exige da ciência do Direito, nesse momento da história, que seja feito um esforço coletivo, hercúleo e mundial de pesquisadores e cientistas a fim de encontrar caminhos sábios e previdentes para recobrar o equilíbrio e a eficácia da proteção da liberdade *de* e *do* ser humano na era da sociedade em rede.

3.6.2 O direito à liberdade na era digital

Axel Honneth trouxe a noção de liberdade a “ação livre” e a obediência das leis “morais”, ao se expressar aduzindo que “o homem é realmente livre ao orientar sua ação por leis morais que ele se deu no exercício da sua vontade”, coincidindo a noção de autodeterminação individual com o cumprimento do princípio moral racional necessário²².

A moral racional acaba por se tornar o produto da liberdade individual, ou seja, a liberdade individual estaria atrelada ao requisito de uma vontade livre onde o sujeito somente seria livre sob a condição de, em seu agir, se limitar as intenções ou fins livres e qualquer coação²³.

Se, de um lado, a noção de justiça acaba por estabelecer limites ao exercício das liberdades, considerado o senso do bem-comum (você só deve fazer para o outro o que gostaria que fosse feito com você), de outro lado, pesa a noção de autodeterminação individual, onde a ação do sujeito deve ser livre e consciente, não viciada por fatores que possam, de algum modo, interferir na expressão genuína do querer ou do decidir.

Esse tipo de liberdade e da própria expressão volitiva do cogito é que tem tido maior destaque e preocupação na contemporaneidade quando se trata de avaliar as possíveis violações

²² HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p. 65.

²³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015, p.67.

proporcionadas na era digital pela intrusão crescente das tecnologias da informação na manipulação e/ou modulação de comportamentos, pensamentos e ações humanas.

E, nesse ponto, há uma dificuldade ainda maior porque nem sempre a linha entre a tecnologia que nos influencia e a tecnologia que nos manipula é clara²⁴.

Prossegue Jamie Susskind prenunciando que:

[n]o futuro, poderá ser difícil dizer se uma forma específica de escrutínio ou de controle de percepção nos fará mais autônomos ou se estará realmente a exercer o controle de percepção de modo subliminar e questiona: “Até que ponto os pensamentos de uma pessoa podem estar sujeitos a influências externas antes de deixarem de ser livres?”²⁵

Para buscar uma resposta a esse questionamento, Jamie Susskind rememora uma lição do excêntrico filósofo Auguste Comte (1758-1857) que acreditava que “a chave para o bom pensamento era o isolamento das ideias dos outros”²⁶, o que chamava de “higiene cerebral”. No entanto, disse preferir a opinião de Helen Nissenbaim de que “ser totalmente impermeável a todas as influências externas não é ser autônomo, mas ser um ‘tolo’²⁷.

Trazendo uma visão mais contemporânea, Jamie Susskind, revela reflexões interessantes sobre o tema descritas no livro de Cass Sunstein em “A Ética da Influência: O governo na Era da Ciência Comportamental”, expressando que:

[p]ara Sunstein, os lembretes, os avisos, a divulgação de informações factuais, a simplificação e os quadros de ‘escolha ativa’ são estímulos que influenciam as pessoas, mas preservam a sua liberdade de escolha. A influência só se torna manipulação ‘na medida em que não envolve ou apela suficientemente à ‘capacidade de reflexão ou deliberação’ das pessoas. Ou, como Gerald Dworkin colocou na Teoria e Prática da Autonomia (1989), precisamos distinguir os métodos que ‘promovem e melhoram’ as faculdades reflexivas e críticas das pessoas’, daqueles que realmente as ‘subvertem’.²⁸

²⁴ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech.** New York: Oxford University Press, 2018, p. 170. Original: Of course, the line between technology that influences us and technology that manipulates us is not always clear.

²⁵ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech.** New York: Oxford University Press, 2018, p. 170. Original: In the future it may be difficult to tell whether a particular form of scrutiny or perception-control is making us more autonomous or whether it’s actually exercising control in a way that’s too subtle to see. How far can a person’s thoughts be subject to outside influences before they cease to be ‘free’?

²⁶ The eccentric philosopher Auguste Comte (1758-1857) believed that the key to good thinking was insulation from the ideas from others. He called this ‘cerebral hygiene’.

²⁷ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech.** New York: Oxford University Press, 2018, p. 170. Original: I prefer the view of Helen Nissenbaim, that to be ‘utterly impervious to all outside influences’ is not to be autonomous: but to be a ‘fool’.

²⁸ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech.** New York: Oxford University Press, 2018, p. 170. Original: For Sunstein, reminders, warnings, disclosures of factual information, simplification, and frameworks of ‘active choosing’ are nudges that influence people but preserve their freedom of choice. Influence only becomes manipulation ‘to the extent’ that it does not sufficiently engage or appeal to people’s ‘capacity for reflection and deliberation’. Or as Gerald Dworkin put in the Theory and Practice of

O direito à liberdade na era digital passa, portanto, em sua fase inicial em identificar a linha limítrofe entre a autodeterminação individual e o comportamento “de manada”, influenciado, conduzido e implementado por meios tecnológicos com o objetivo de se alcançar determinado resultado.

Em que medida a influência da propaganda externa em mídias tradicionais e, em tempos contemporâneos, da mídia digital afeta diretamente à autodeterminação individual de cada um?

A chave dessa difícil resposta parece ter início com a primeira reflexão sobre a capacidade de pensar e refletir, pois o ser humano passa a ser tão somente um reprodutor de conteúdos líquidos e sequer sabe distinguir quais são as linhas ideológicas ou a verossimilhança do conteúdo que replica em dois cliques nas redes sociais, despontando um prenúncio de que a autodeterminação individual pode ter sido contaminada pela indução premeditada dos pensamentos, comportamentos e sentimentos por parte dos detentores de poder.

O direito à liberdade na era digital passa, portanto, pelo filtro de proteção dos dados, também em meios digitais.

A promulgação da Emenda Constitucional 115/2022, que acresceu um inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal de 1988²⁹, erigiu à categoria de direitos e garantias fundamentais a proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, dando seus primeiros passos para encaminhar e proteger o direito à liberdade na era da sociedade em rede.

E, se não há dúvida de que ainda há muito trabalho a ser feito, também é certo que a proteção de dados pessoais em meios digitais como premissa constitucional já começa a definir como a nação brasileira irá se portar sobre o direito à liberdade nessa metamorfose da própria ciência do direito na era digital.

Posto isso, o esforço máximo, nesse momento, é o de evitar que na sociedade do *panspectron* a noção coletiva sobre o núcleo das liberdades, com clara violação da privacidade e da intimidade, seja banalizada e entendida como *normal*, ainda que traga em seu ínsito a negação da própria liberdade, além de já haver certo consenso sobre a necessidade de

Autonomy (1989), we need to distinguish methods that ‘promote and improve’ people’s reflective and critical faculties’ from those that really ‘subvert’ them.

²⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º, LXXIV. É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022).

reconstrução normativa para aplacar a força avassaladora do capital em detrimento da privacidade e da intimidade humanas.

3.6.3 A república digital e os perigos na era digital

As sociedades estão cada vez mais marcadas pela interconectividade, pela complexidade da sua bitização e por uma economia cada vez mais global, que encadeia o mundo e suas relações sociais em rede, sempre mediadas pela cada vez mais veloz tecnologia digital.

Novas relações de poder vão sendo estabelecidas, seja pela globalização dos meios de comunicação, de ideias e pensamentos, seja pela interconectividade e partilha em tempo real de tudo quanto acontece no mundo. As plataformas digitais, por meio de seu modelo de governança e negócio, vão dominando o mundo pelo colecionamento de informações e dados específicos de cada ser humano.

Tais informações, vigiadas, captadas, armazenadas e precificadas são alienadas a todos os interesses e gostos. Vão desde a indução do consumo por meio das “filter bubbles”, dado que se conhece o perfil de gostos de cada um, até a alienação dos mesmos dados para companhias de seguro saúde ou mesmo securitizadoras que podem utilizar esse conjunto de informações em detrimento do próprio indivíduo e a favor do lucro.

“A vigilância constante e ininterrupta é uma realidade e tem poder de afetar como nós percebemos o mundo”. O impacto social da tecnologia da informação é de tal ordem significativo que os pilares principais que sustentam, inclusive, o Estado Democrático de Direito vai sendo abalado paulatinamente, na medida em que outros atores globais – como as companhias de tecnologia da informação e organizações sociais – passam a deter um “poder” financeiro e de influência muitas vezes superior àquele que alguns países podem suportar.

E, nesse aspecto, um dos pontos que chamam à atenção é o fato de que as liberdades humanas, que eram protegidas e asseguradas pelo Estado e seus Poderes e que não estavam no alcance da noção de “lucro”, são agora alvo de barganha passíveis de negociação no mercado.

Considerando que essa divisão de poder entre Estado e empresas pelo uso massivo da tecnologia digital pelas sociedades do ponto de vista epistemológico é um fato já incorporado social e mundialmente e, haja vista a perda da noção relativa sobre o conteúdo das liberdades humanas, os perigos da nova era digital alcançam o que há de mais caro aos indivíduos: a sua constituição como ser humano.

A liberdade *de* e *do* ser humano estão em perigo.

A república digital e seus matizes vão reordenando a vida humana de modo binário em favor da vigilância e do capital. A velha prática de oferecer *espelhos* permanece em franca atuação, oferecendo supostos benefícios em troca de informações do que a humanidade tem de mais valioso: a sua constituição, o seu ser.

Esse é um dos grandes desafios da República digital. O trabalho do capitalismo de vigilância em sua invisibilidade colhe informações sobre pensamentos, movimentos, preferências de consumo, políticas e hábitos e a partir dessas informações, tecnologicamente trabalhadas por meio de algoritmos inteligentes e suas *black boxes*, as utilizam em favor do seu intento de lucro e em desfavor das liberdades humanas, sem nenhum compromisso ético ou moral.

Jamie Susskind resume bem:

[a]s tecnologias exercem poder; esse poder está crescendo; e é confiado a quem escreve o código. O complicado é que a tecnologia nem sempre parece obviamente política, pelo menos como esse termo geralmente é entendido. O poder digital não reside num palácio ou parlamento. Opera fora dos canais tradicionais da alta política. Isto representa um perigo. Se continuarmos no caminho atual, a liberdade poderá ser sufocada e a democracia minada por forças técnicas diversas que não podem ser atribuídas a qualquer corporação ou pessoa.³⁰

Também não é de se desconhecer e registrar o papel que as mídias publicitárias já faziam no mundo antes do advento da internet e de seu alcance junto aos consumidores para o convencimento na adoção de determinada linha de consumo. A grande questão é a dimensão extraterritorial e atemporal com que essa mídia digital vem sendo trabalhada, sobretudo, com o impacto ainda pouco conhecido das neurotecnologias na indução, manipulação e modulação dos comportamentos humanos. O que muda, nesse momento, é a extensão, a velocidade e o impacto da mídia digital nas sociedades.

Nesse aspecto de constatação de metamorfose das estruturas epistemológicas, atua e atuará a ciência do Direito com o hercúleo papel de direcionar o melhor caminho entre os dois pontos, sobretudo, considerando que a tecnologia da informação já alterou o modo de como a humanidade se relaciona com o mundo e a forma como as liberdades humanas, enquanto constituição central dos direitos e garantias fundamentais, não devem ser negociadas como

³⁰ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics**. Living Together in a world transformed by tech. United Kingdom: Oxford University Press, 2018.

mercadorias. As liberdades não tinham preço e, há apenas duas décadas atrás, não se considerava que poderiam ser objeto de comércio.

O esforço máximo, nesse momento, portanto, é o de evitar que na sociedade do *panspectron* a noção coletiva sobre o núcleo das liberdades, com clara violação da privacidade e da intimidade, sejam banalizadas e entendidas como *normais*, ainda que tragam em seu ínsito a negação da própria liberdade, com a roupagem de uma “liberdade consentida”.

E, não obstante essa tarefa de analisar o efeito epistemológico da tecnologia da informação sobre o mundo, seja um papel a ser exercido por muitas pessoas, de diferentes formações técnicas como pensadores, cientistas, filósofos, sociólogos, juristas, a finalidade desta tese de doutorado é a de identificar o problema e apresentar pequenas mostras de endereçamentos que podem auxiliar na recomposição e fortalecimento do papel dos direitos humanos e da proteção das garantias individuais quanto o assunto tratado for a liberdade.

Por outro lado, considerando a complexidade do mundo e suas diferentes culturas, é possível que as soluções mediadas tenham maior ou menor impacto, conforme as conformações de cada Estado-Nação e suas opções de forma de governo, como a democracia ou a ditadura, por exemplo.

No entanto, antes de se adentrar nas especificidades sugestivas do encaminhamento da proteção e da eficácia do direito à liberdade na era digital, apresenta-se dois breves itens sobre as iniciativas ao redor do mundo para a proteção dos direitos fundamentais digitais, bem como a construção de um constitucionalismo digital que possa apresentar respostas aptas aos novos tempos.

3.6.2.1 Cartas de direitos fundamentais digitais ao redor do mundo

A construção e proteção dos direitos e liberdades humanas relacionados ao novo mundo digital, como toda e qualquer construção, exige uma série de iniciativas e ações encadeadas e é um passo importante para a conscientização da necessidade de se proteger a dignidade da pessoa humana no ambiente e na sociedade digital, uma vez que o mundo só chegará a essa interconectividade para a proteção dos direitos fundamentais do ser humano na era digital, se houver as seguintes condições:

Primeiro, a formação de consciência da necessidade de sua concepção de instrumentos que prevejam tais direitos materiais digitais e instrumentos para garanti-los, considerando que

o metaverso e internet das coisas já são uma realidade e que já tornam, muitas vezes, se distinguir o ser humano físico e virtual;

Segundo, o reconhecimento de que será preciso uma união global e transnacional dos países, não só mais de atores estatais, mas também não estatais, a fim de aderirem a seus termos e se comprometerem com a sua observância, a exemplo do que ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme Resolução nº 217, A, III em 10 de dezembro de 1948³¹;

Terceiro, o estudo e a definição desses novos direitos e liberdades na era digital;

Quarto, a formação de um mercado de ideias educativo que alerte a população mundial sobre a utilização abusiva e transvertida do alcance e dos limites das liberdades, sobretudo as de expressão e de informação;

Quinto, a implantação efetiva dos direitos e liberdades na era digital; e

Sexto, a criação de instituições com *enforcement* e sanções em caso de descumprimento, capazes de negociar e de estabelecer limites, de igual para igual, com as grandes companhias de comunicação e informação do mundo.

Sobre a formação de consciência da necessidade de sua concepção de instrumentos que prevejam meios efetivos de promoção dos direitos materiais digitais e instrumentos para garanti-los, já se verificam iniciativas legislativas há algum tempo como, por exemplo, a elaboração de Cartas de Direitos Fundamentais Digitais, a exemplo do que ocorreu em Portugal, por meio da publicação da Lei nº 27/2021, no Diário da República nº 95/2021, Série I, de 2021-05-17³²; a Carta de Direitos Digitais da Espanha³³; a Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital³⁴; a Carta Magna para os Direitos Digitais para o Chile (FLACSO, 2022)³⁵; e a Carta de Direitos Fundamentais do Peru³⁶.

Também se menciona, a título de exemplo, as seguintes iniciativas: (i) Carta sobre direitos da internet, como por exemplo, a proclamada pela Associação para o Progresso das

³¹ Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> em 06/06/2024.

³² Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244> em 06/06/2024.

³³ Disponível em https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf em 06/06/2024.

³⁴ Disponível em https://direito.up.pt/digeucit/wp-content/uploads/sites/968/2022/12/Declaracao-Europeia-sobre-os-direitos-e-principios-para-a-decada-digital_PT.pdf em 06/06/2024.

³⁵ Disponível em <https://flacsolab.cl/carta-magna-digital/> em 07/06/2024.

³⁶ Disponível em <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3454811/Derechos%20Digitales.pdf?v=1658950464> em 06/06/2024.

Comunicações (APC, 2008)³⁷, a Declaração de princípios e direitos digitais da União Europeia, (2022)³⁸ e a recomendação da Unesco, subscrita por 193 Estados Membros, que por sua vez, em 2021 aprovou parâmetros sobre a Ética da Inteligência Artificial³⁹.

Uma carta de direitos fundamentais digitais com vistas a proteger o ser humano como princípio e fim do sistema já é, pois, realidade em alguns países, necessitando o Brasil também evoluir nesses primeiros passos.

Tais iniciativas reforçam o princípio da dignidade do ser humano, voltando seus olhos para a proteção eficaz sobre os perigos que o mundo digital já revela para o próprio ser humano. Afinal, Shoshana Zuboff ao tratar do futuro digital se será um lar ou um exílio, traz um questionamento antigo que ouviu em 1981: “Todos nós trabalharemos para uma máquina inteligente ou vamos ter pessoas inteligentes em torno da máquina?”⁴⁰.

E tais proteções não se limitam mais as liberdades *do* ser humano, como até então vinham sendo feitas no mundo analógico, como a proteção da privacidade, da intimidade, da honra, da imagem, do pensamento, da consciência e da crença. Tais proteções se estendem agora as liberdades *de* ser humano, muito mais profundas e preocupantes, na medida em que o ser humano destacado dos demais seres viventes tem em sua razão, consciência e vontade o seu grande diferencial característico.

À medida que as neurotecnologias e a inteligência artificial forem sendo capazes de mesclar neurônios e algoritmos e de fazer com que um terceiro externo, a serviço de qualquer interesse alheio, possa induzir comportamentos, pensamentos e ações, a liberdade *de* ser humano corre perigo.

E, diante da interconectividade em rede global, também será fundamental reconhecer a necessidade que o esforço individual de cada nação precisa ser acompanhado de um esforço coletivo global que extrapole as fronteiras territoriais de cada país em uma união em rede transnacional.

Só assim – transnacionalmente – será possível refrear o abuso do direito à liberdade promovido e impulsionado pelas grandes companhias de comunicação e informação que

³⁷ Disponível em https://www.apc.org/sites/default/files/APC_charter_ES_2.pdf em 06/06/2024 publicado por la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC), Diciembre, 2006, www.apc.org info@apc.org.

³⁸ Disponível em <https://br.boell.org/pt-br/2018/07/25/carta-dos-direitos-fundamentais-digitais-da-uniao-europeia> em 06/06/2024..

³⁹ Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por?posInSet=1&queryId=b233ace1-d7e1-43e6-9fd7-7b713252fb97 em 06/06/2024.

⁴⁰ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 13.

alcançam, igualmente, um mundo interconectado e epistemologicamente metamorfoseado pela era digital.

Erige o Constitucionalismo Digital como um esforço coletivo de se adaptar a Ciência do Direito e, notadamente, as Constituições para enfrentarem os desafios de proteção das liberdades humanas, seja do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, seja da própria democracia, eis que ambas têm em sua essência a proteção das liberdades como cerne de sua própria essência e estrutura.

3.6.2.2 Constitucional digital

O constitucionalismo digital exsurge como uma nova agenda de pesquisa que, ainda em fase de construção⁴¹ e ainda longe de alcançar uniformidade de seu conceito,⁴² busca identificar, segundo Gilmar Ferreira Mendes e Victor de Oliveria Fernandes, como os princípios atribuídos ao constitucionalismo digital podem influenciar no controle de constitucionalidade das legislações⁴³.

Ambos os autores voltam seus olhos para a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do ciberespaço a partir de dois fenômenos, quais sejam: “(i) a redefinição da perspectiva tradicional de teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, ainda (ii) a abertura do controle de constitucionalidade à compreensão do fenômeno de re-territorialização da internet”⁴⁴.

A confluência dos dois fenômenos – constitucionalismo e digitalização –, tem sido a base do emprego da expressão “constitucionalismo digital”. Nessa senda, importante registro deve ser dado ao pensamento de Francisco Balaguer Callejón no sentido de uma “Constitución del algoritmo” sob dois olhares:

Reconstruir a ordem exige uma <Constituição do algoritmo> no sentido não só de uma digitalização da Constituição, mas também de uma constitucionalização da tecnologia, incluindo a inteligência artificial, que a

⁴¹ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 07/06/2024.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Rev. Direito e Práx.** Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p. 2648-2689.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

coloque a serviço da sociedade e controle os interesses econômicos das grandes empresas⁴⁵.

E o destaque feito por Francisco Balaguer Callejón é o cerne de toda a proteção das liberdades humanas: impedir que os interesses econômicos das grandes empresas em busca do lucro irrefreado e desmedido coloquem as sociedades e as pessoas a serviço deles e, não ao contrário. Segundo J.J. Gomes Canotilho, o ser humano deve continuar a ser o princípio e o fim do sistema⁴⁶.

Diante de todo essa metamorfose da identidade da estrutura das sociedades, o impacto na eficácia dos direitos fundamentais previsto nas Constituições é imensurável, daí se buscar o desenvolvimento de uma nova agenda de estudos denominado de constitucionalismo digital – para buscar a proteção e eficácia dos direitos fundamentais digitais.

Nesse bordo, Francisco Balaguer Callejón leciona que

[o] problema não é apenas que a Constituição regula uma parte da realidade que praticamente já não existe ou é irrelevante (a analógica), mas que não regula a realidade que foi imposta e que configura um novo tipo de sociedade que vive em um mundo digital. Algo que, naturalmente, não tem apenas a ver com a transformação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, mas também com o surgimento de novos direitos que devem ser regulamentados de forma a oferecer condições de segurança jurídica e proteção contra os agentes globais que hoje em dia eles estão gravemente feridos⁴⁷.

No entanto, diante de sua inovação, a construção teórica de seus termos ainda pende de um consenso mais elaborado por parte da doutrina, dada a natural demora em se definir um novo campo de estudos com teorias, métodos e padrões científicos adequados a sua nova proposição, daí, Clara Iglesias Keller dizer que “o constitucionalismo digital ainda é um

⁴⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional** [Coord.] undécima Edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2022, p. 44. Original: “Reconstruir el orden requiere una <Constitución del algoritmo> em el sentido no sólo de una digitalización de la Constitución, sino tambien de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio dela sociedade y controle los intereses económicos de las grandes compañías.”

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais na União Europeia. **Revista do Tribunal Federal Regional da Primeira Região**, v. 31, n.1 (2019), Primeira Edição Eletrônica comemorativa dos 30 anos do TRF 1ª Região, Publ. 27/03/2019. Disponível em <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/17> em 11/06/2024.

⁴⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Introducción al derecho constitucional**. 11ª edición. Madrid: Tecnos. 2022, p. 38. Tradução livre: [e]l problema no es sólo que la Constitución regule una parte de la realidad que ya prácticamente no existe o es irrelevante (la analógica), sino que no regula la realidad que se ha impuesto y que configura un nuevo tipo de sociedad que vive en un mundo digital. Algo que, naturalmente, no tiene que ver solamente con la transformación de los derechos fundamentales establecidos em la Constitución, sino también com la aparición de nuevos derechos que deben ser regulados para poder ofrecer condiciones de seguridad jurídica y de protección frente a los agentes globales que em la actualiad los lesionan de manera massiva.

conceito impreciso, de valor epistêmico enfraquecido”⁴⁸ e, por isso, deve-se ter o máximo cuidado no emprego da expressão.

Até o presente momento, o que se formulou, segundo Edoardo Celeste é que “o constitucionalismo digital é um conceito tentador para explicar a recente emergência de contramedidas constitucionais contra os desafios produzidos pela tecnologia digital”⁴⁹, pois “[a] sociedade contemporânea experimenta um novo momento constitucional”, desta vez tendo como “principal catalisador da mudança, o impacto disruptivo da tecnologia digital”⁵⁰.

Tal o desafio e diante da utilização da expressão constitucionalismo digital com significados diferentes e às vezes conflitantes, Edoardo Celeste propôs a revisão bibliográfica sobre o tema e, ao final, uma nova sistematização do referencial teórico em torno do constitucionalismo digital, deixando claro que:

o constitucionalismo digital não identifica as respostas normativas aos desafios da tecnologia digital, mas é antes o conjunto de princípios e valores que informam essas respostas. Em contrapartida, será argumentado que estas podem ser consideradas componentes de um processo de constitucionalização do ambiente digital⁵¹.

Nesse esforço coletivo, dois pontos tratados pela doutrina contemporânea chamam à atenção.

O primeiro, o de que é preciso afastar a escravidão digital, ou seja, o exercício pleno da liberdade e a sua verdadeira eficácia pressupõe a inexistência de quaisquer amarras, sejam materiais (físicas), sejam intelectuais (cognoscíveis). É preciso que o ser humano esteja pleno de sua razão para poder tomar decisões livres e não ser escravo de induções ou manipulações. Se trata “da capacidade de agir por si mesmo, autodeterminação, independência e autonomia”, quer dizer, “chama-se de livres os homens cuja vontade não dependem de outro”. (...). Assim, “a cada ato responsável e consciente do homem e na sua existência singular, a liberdade se manifesta”⁵².

⁴⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Rev. Direito e Práx.* Rio de Janeiro, Vol. 13, N.4, 2022, p. 2648-2689.

⁴⁹ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez.2021.

⁵⁰ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez.2021.

⁵¹ CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez.2021.

⁵² JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 163.

O segundo, o de que há uma intensa reconfiguração dos direitos da privacidade e da liberdade. Segundo Ilton Norberto Nobl Filho “[a]s novas tecnologias, em maior ou menor medida, impactam nas estruturais centrais do constitucionalismo”⁵³, o que está sendo objeto de uma nova agenda de pesquisa pelo constitucionalismo digital que, na visão de Ilton Nobl “ainda é um conceito em construção e a literatura jurídica estrangeira e a doutrina brasileira promovem preliminares análises, ainda que relevantes, sobre as interações entre a Constituição e o mundo conformado pela tecnologia”⁵⁴.

No entanto, não se deve perder de vista o ensinamento dado por Ilton Roberto Nobl Filho ao comparar a teoria constitucional a uma rocha, ao lecionar que “[a] teoria constitucional desenvolve-se por meio de camadas, sendo a digital recentíssima”⁵⁵, de modo que “[n]a aplicação dessa visão na Teoria da Constituição, a rocha (teoria constitucional) é um todo, porém, a partir de um corte do topo até a base da rocha é possível observar as suas diversas camadas que foram formadas ao longo dos anos”⁵⁶.

E, não obstante a construção paulatina dessa nova agenda de pesquisa entendida como mais uma camada dessa grande rocha chamada “Teoria da Constituição”, vai sendo formulada uma revisão crítica sobre a estrutura do constitucionalismo formado em épocas analógicas, a fim de adequá-lo aos novos tempos digitais, principalmente considerando o senso comum de que não há mais um mundo só analógico ou só digital, mas integrado e compartilhado com o auxílio da tecnologia⁵⁷, tem-se que:

o constitucionalismo digital não versa somente sobre questões tecnológicas em sentido estrito. Como a realidade, o Direito e a vida cotidiana incorporaram de forma indelével os aspectos tecnológicos, o constitucionalismo na sua

⁵³ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 07/06/2024.

⁵⁴ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 07/06/2024.

⁵⁵ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 11/06/2024.

⁵⁶ ⁵⁶ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 11/06/2024.

⁵⁷ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 07/06/2024.

versão digital é o campo por excelência da teoria constitucional contemporânea⁵⁸.

Assim, diante de todos os fenômenos acima tratados e dos impactos das neurotecnologias sobre a autodeterminação e autonomia de vontades dos seres humanos, princípios e valores que resguardem os direitos fundamentais digitais dos seres humanos no ciberespaço com a solidificação de estudos do direito constitucional direcionados para os novos tempos digitais é uma necessidade premente.

O constitucionalismo digital erige como um refrigerio e uma grande esperança de se encontrar caminhos jurídicos – técnicos e eficazes - de proteção das liberdades humanas.

3.7 A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO DAS LIBERDADES NA ERA DIGITAL

À medida que a estrutura de relacionamentos entre Estados-Nações vem mudando, a noção de “lucro” a qualquer custo desenvolvida pelo mercado choca-se frontalmente com a proteção inegociável das liberdades humanas.

Do ponto de vista histórico, o estágio de liberdade que se vivencia hoje na Constituição Federal de 1988 exigiu uma construção bastante lenta, não só das experiências individuais do nosso próprio povo, também influenciado por um aprendizado exportado de outras nações liberais democráticas que, ao seu turno, acabaram por ingressar em um movimento mundial de adoção de Constituições como uma norma de maior valor axiológico para o estabelecimento de diretrizes e princípios constitucionais, com a garantia das liberdades, enquanto expressão máxima de proteção dos direitos humanos, que, a partir do seu valor genérico, passaram a assegurar inúmeras liberdades específicas, tantas quantas demandadas em um determinado espaço-temporal social.

Os valores éticos permearam e impulsionaram a estruturação dos direitos subjetivos relacionados à dignidade da pessoa humana, especialmente durante os últimos dois séculos. Entre todos esses valores, a liberdade da autonomia do indivíduo e de sua dignidade enquanto pessoa humana tem sido pilar para o direcionamento, estruturação e positivação na relação entre o indivíduo com outros indivíduos, com a sociedade e com o próprio Estado.

⁵⁸ NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/> em 07/06/2024.

Por outro lado, a exegese da liberdade como princípio de Justiça social também passou a ser analisada do ponto de vista da sociedade e para assim conduzir, partindo desse pressuposto, seria fundamental que “isso só poderia ser conseguido se as esferas constitutivas de nossa sociedade fossem conceituadas como materializações institucionais de determinados valores”⁵⁹.

Valores informadores relacionados as liberdades humanas, direitos subjetivos, instituições e *enforcement* por parte do Estado passaram a assegurar, em concreto, o pleno exercício das liberdades humanas. Essa foi a escolha do constituinte brasileiro para proteger o núcleo central das liberdades humanas, seja em seu preâmbulo, seja no *caput* do art. 5º, sejam em inúmeras liberdades asseguradas no texto constitucional, protegidas por cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, CF/1988).

Desse modo, a conformação das liberdades do ponto de vista analógico tem no entrelaçamento entre a institucionalização das liberdades humanas um direito assegurado como garantia constitucional, ou seja, com instrumentos jurídicos específicos para a sua efetiva garantia fazem com que, de outro lado, haja instituições e servidores públicos com funções específicas para garanti-las, a fim de se concretizar os direitos subjetivos passíveis de legitimação da promessa de um verdadeiro exercício das liberdades humanas.

No entanto, o que acontece quando a metamorfose da epistemologia da sociedade global por meio da intrusão das tecnologias da informação nos modos de vida mais comezinhos da humanidade traz um novo fenômeno: o de que a previsão constitucional das liberdades passa a não ser mais tão eficaz, enquanto proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Isso porque as tecnologias da informação da contemporaneidade aliadas ao capitalismo de vigilância passaram a atingir o “core” das liberdades humanas, violando não só a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), como também a proteção da intimidade, da vida privada (art. 5º, X), ainda que se tenha recentemente erigido à condição de direito e garantia constitucional o direito à proteção aos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5º, LXXIX – Emenda Constitucional 115/22), após decisão paradigmática proferida Suprema Corte brasileira nas palavras da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 6.387/MC – Ref./DF, Julg. 06 e 07 de maio de 2020 que, confirmando provimento liminar, levou à Plenário tal julgamento.

⁵⁹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 9.

De importante evolução doutrinária e jurisprudencial para a proteção das liberdades humanas e seus direitos fundamentais digitais, tem-se a impressão de que a gravidade da situação posta exigirá dois movimentos importantes: (i) criação de novos direitos subjetivos ligados à proteção das liberdades de e do ser humano na era digital; (ii) conformação de tal direito por meio do transconstitucionalismo à nível externo e global.

Os valores prevalecentes e os costumes sociais de cada sociedade em cada tempo certamente influenciam na perspectiva e no exercício das liberdades.

Segundo Amartya Sen, “[o] exercício da liberdade é mediado por valores que, porém, por sua vez, são influenciados por discussões públicas e interações sociais que são, elas próprias, influenciadas pelas liberdades de participação”⁶⁰.

O modo como se compreendem as liberdades chamadas de instrumentais - econômicas, sociais e políticas - dão o mote de como o efetivo exercício das liberdades substantivas acaba se dando por cada povo, revelando o grau desse mesmo exercício.

Em sociedades mais liberais do ponto de vista econômico ou dos costumes, o exercício das liberdades substanciais (com menos repressão) acaba aumentando o alcance e o exercício dessas mesmas liberdades. Contrariamente, em sociedades menos liberais economicamente ou socialmente, o exercício das liberdades individuais e sociais é mais tolhido e tem seu alcance mais limitado.

Mas, não obstante de significativa importância essa noção “social” das liberdades, o ponto que chama a atenção é se a tecnologia da informação atinge o núcleo das liberdades – do ser-aí-no-mundo ou se apenas se revela como um meio de alteração da perspectiva das liberdades substanciais na era digital.

Para que se possa endereçar algum caminho de resposta a esse principal questionamento, é fundamental compreender o que é o núcleo da liberdade de ser-aí-no-mundo e como esse exercício tem sido afetado pela tecnologia da informação.

⁶⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; 9ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.2

PARTE III

3.8 AS LIBERDADES DA ERA DIGITAL E OS NOVOS DIREITOS SUBJETIVOS

Do ponto de vista jurídico, a liberdade é um direito fundamental e uma garantia constitucional e está intimamente ligada a validade substancial das normas produzidas pelo Estado e os seus fins. Sob a ótica política, a liberdade dos cidadãos representa uma abstenção do Estado respeitando seus limites e, do ponto de vista filosófico, a liberdade é um valor natural e, portanto, estritamente ligado a essência de ser.

Sob o olhar da transcendência e da imanência, René Descartes menciona a liberdade ao lado dos princípios do conhecimento, das ideias, do ser perfeito e do infinito como metafísica, o que significa um conhecimento das coisas que se encontra acima da *physis*, acima do mundo físico, das coisas inteligíveis¹. Liberdade é ser.

Feito tal registro, duas são as considerações importantes para que se possa partir para a especificação, sem prejuízo de posteriores análises, da liberdade digital:

A primeira, a de que a intromissão na plenitude da liberdade de pensar, de agir, de tomar decisões e de fazer escolhas ocorre tanto na liberdade analógica quanto na liberdade digital;

A segunda, a de que no caso da liberdade digital, os meios utilizados para interferir na plenitude da liberdade (na razão humana) são os meios tecnológicos de modo amplo, como a inteligência artificial, as *machine learnings*, as *black boxes*, os *cookies*, os algoritmos inteligentes, os robôs e todo o tipo de tecnologia como o *data mining*, *scraping mining* e a *microtargeting*, que sejam aptas a captar informações, armazená-las, precificá-las e, posteriormente, utilizá-las como insumo para o direcionamento das mídias digitais, manipulando e modulando tanto o consumo, como linhas ideológicas.

Tudo em favor do lucro de terceiros que suplanta a proteção das liberdades humanas.

A partir desses dois pressupostos, identifica-se, nesse momento atual da história, que alçam novas espécies de liberdades próprias da era digital que se constituem em novos direitos subjetivos no âmbito da categoria de liberdade de ser que despontam nessa segunda década do século XXI e que tem por objetivo se contrapor a ideia do libertarismo digital que defende a liberdade no futuro como uma liberdade da tecnologia².

¹ DESCARTES, Rene. **Discurso do Método**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2023, p.25.

² SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech**. United Kingdom: Oxford University Press, 2018, p.205. Original: Digital libertarianism is the belief that freedom in the future will mean freedom from technology.

3.8.1 Categoria da liberdade de ser

Se as categorias de liberdades até então formuladas e adotadas como base de uma classificação maior – agir, pensar e manifestar-se – foram fundamentais para a organização constitucional de um direito à liberdade na era analógica, a liberdade de ser desponta como um refrigério na proteção da dignidade da pessoa humana nessa era tecnológica onde o ciberespaço com todas as suas conexões invade o *ser* humano de modo assolador.

Talvez seja essa uma das mais importantes questões da humanidade no século XXI. A proteção da liberdade *de ser* humano. O futuro da liberdade exige, nesse momento da história, que sejam repensados e reestruturados novos sustentáculos de proteção as liberdades humanas.

Dado o surgimento desse novo mundo tecnológico e, mais, da descoberta do superávit comportamental como a “cereja do bolo” que fez com que o Google, por exemplo, seja o gigante em predições comportamentais, novos direitos oriundos de liberdades relacionadas ao mundo digital, até então impensadas, surgem e precisam ser positivados no ordenamento jurídico.

Dada a magnitude da metamorfose da identidade das sociedades, é natural e esperado que essa nova conformação seja fruto de um esforço coletivo e globalizado, seja repensada por muitos cérebros de diversos ramos da ciência que não só a ciência do Direito, seja algo diferente por sua novidade, seja algo extenso diante do alcance transnacional que precisa alcançar.

A construção do futuro da liberdade já é uma realidade presente e a sua evolução no tempo depende do grau de esforço coletivo e de medidas a serem tomadas à nível global, a fim de refrear a interação entre homens e máquinas que possam colocar em perigo a liberdade de *ser* humano.

Tarefa fácil não é, sobretudo, considerando-se o que é o ser humano e, levando-se em conta a opacidade do modo como são processados os algoritmos inteligentes e a invisibilidade daqueles que detém poder de metamorfosear o mundo através do fascínio, do encantamento e da cegueira que a tecnologia exerce sobre a humanidade.

E, o que é *ser* humano? Será que a tecnologia da informação terá mesmo condições de lhe arranhar ou, efetivamente, macular sua essência ou será que esses “medos” que despontam nessa quadra da história não são preocupações relevantes relativamente a proteção da essência das liberdades humanas, dada a natural evolução das sociedades?

Considerando que Immanuel Kant registrou que “[o] ser humano é uma finalidade para si mesmo”, segundo informação de Peter Häberle³ e, se por outro lado, Hannah Arendt leciona que se o núcleo da liberdade é caracterizado como liberdade para ser livre, a resposta a tal questionamento é o de que a compreensão do modo como a tecnologia da informação por meio de seus algoritmos inteligentes são programados geram inequívocos abalos ao pleno exercício das liberdades humanas, considerando o entendimento de que a liberdade para ser livre, como um fim em si mesmo, exige que não haja mácula na autonomia e autodeterminação individual de cada ser humano.

Desse modo, sob o discurso do pleno exercício das liberdades, assiste-se a sua fragmentação contínua e veloz, já que a compreensão para muitos indivíduos é a de que o seu pleno exercício, em verdade, revela justamente o seu aprisionamento e fragmentação, constatando-se um real exercício de não-liberdades.

A confusão tornou-se generalizada, sendo proporcionada em grande medida pela mídia digital que, por meio da disseminação massiva de Fake News, tem inequívoco interesse em fazer com que sejam perdidas as noções relativas do conteúdo das verdadeiras liberdades.

Hodiernamente, em grande medida, a violação das liberdades, as quais se convencionaram chamar de antiliberdades, ocorre pela turvação de seu pleno significado. As liberdades humanas estão turvadas, enevoadas, confusas. A noção de seu conceito relativo esvai-se e fragmenta-se na velocidade das inovações disruptivas tecnológicas e da destruição criadora de produtos cada vez mais viciantes, cuja empolgação leva, a cada dia, mais a sua fragmentação e, por consequência, ao aprisionamento do ser humano.

Posto isso, pode-se afirmar que o sentido da liberdade nas duas primeiras décadas do século XXI é um paradoxo, uma incoerência, um falso sentir proporcionado por um mercado de ideias que somente beneficiam o lucro, o capital e a vigilância constante, pois quanto mais se acredita exercer em plenitude as liberdades humanas, com destaque para a liberdade de informação e de comunicação, mais aprisionado se está ao modelo de negócios onde a vigilância constante de todos os indivíduos passa para um grande banco de dados (*big data*) e, a partir da mineração desses dados (*data mining*), passam a ser classificados e tratados

³ HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – em seu nexos interno**. Tradução: Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11.

(*scraping data*) e, após, direcionados a um mercado de precificação de comportamentos futuros (*microtargeting*).

A fragmentação das liberdades transvestidas de efetivo exercício de antiliberdades é que estabelece os meios pelos quais as pessoas são levadas a se confundir e a se perder em sua autonomia privada e a cercear as suas escolhas individuais, anunciando o paradoxo do aprisionamento das liberdades humanas, de modo que a petrificação do ser humano pelo olhar da Medeia é uma realidade da era digital e o aprisionamento de Ulysses ao ouvir o canto da sereia é o segundo paradoxo que deve ser utilizado como contrarresposta ao paradoxo do aprisionamento das liberdades na era digital.

Os seres humanos precisam se auto aprisionar para não cair no canto da sereia, a fim de que o paradoxo da liberdade na era digital, cuja finalidade precípua é a de aprisionar a humanidade, seja afastado.

3.8.2 Espécies de liberdades na era digital

As espécies de liberdades na era digital que se desdobram em novos direitos subjetivos que devem ser positivadas não só para a proteção do ser humano – sua dignidade e a democracia brasileira – à nível interno, mas também para a formação de mais um passo no caminho de formação de uma rede de proteção transnacional.

Marcelo Neves, de modo precursor, leciona que o direito constitucional ultrapassou a fronteira dos respectivos Estados, sob a perspectiva da globalização do direito constitucional doméstico e não da existência de uma Constituição global ou transnacional, *ex vi*:

A partir do final do século passado, constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de países os mais diferenciados, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive, não estatais⁴.

Considerando que, diante do efeito da globalização e da interconectividade em rede, “nenhuma democracia global vive em pleno isolamento e as jurisdições constitucionais também não”⁵, o que revela a necessidade de um esforço reconstrutivo do direito constitucional a fim

⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XIX.

⁵ ABOUD, Georges... [et.al]. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 12.

de garantir a participação dos Tribunais Estatais na cadeia de decisões do constitucionalismo global⁶.

O diálogo judicial entre Tribunais no mundo todo, conforme expõe Georges Abboud e Ricardo Campos indica

um caminhar não em direção a uma Constituição Global, mas, sim, a uma constitucionalização mundial de questões temáticas e institucionais, sobretudo, para temas que comportam diferentes graus de universalização como a ideia de democracia e direitos fundamentais⁷.

Nessa seara, surgem reflexões sobre as liberdades na era digital e seus direitos subjetivos decorrentes para que possam ser trabalhados pelos três Poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de construir mais uma camada na grande rocha chamada “Teoria da Constituição”.

3.8.2.1 Liberdade de autodeterminação pessoal na era digital

A liberdade de autodeterminação pessoal não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e foi consagrada e erigida como um direito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana que, após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se um consenso ético do mundo ocidental⁸, de modo que esse é um conceito já previsto e positivado nas Constituições e no ordenamento jurídico brasileiro em épocas de vida analógica.

A Constituição Federal de 1988 previu, à título de direitos e garantias individuais protegidas por cláusulas pétreas, as liberdades de pensar (art. 5º, IV) e de consciência e crença (art. 5º, VI) e, também, consagrou que “ninguém será obrigado a fazer ou não deixar de fazer nada, somente em virtude de lei” (art. 5º, II). Todos esses incisos conjugados já consagravam a proteção da liberdade de autodeterminar-se.

Mas, o que é autodeterminação pessoal?

Segundo Riva Sobrado de Freitas [et.al.], a autonomia é:

[a] possibilidade de exercício da autonomia enquanto liberdade existencial e, também é um meio que possibilita ao indivíduo reconhecer-se como tal, na

⁶ ABOUD, Georges... [et.al]. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, pp. 11/12.

⁷ ABOUD, Georges... [et.al]. **Constitucionalismo Global**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 14.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, 2010, pp. 19-63.

medida em que por meio dela ele (indivíduo) pode optar por quais caminhos pretende encaminhar a sua existência⁹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III), em 10 de dezembro de 1948, prevê em seu artigo 19 que:

[t]odo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras¹⁰.

A autodeterminação é ser, é querer, é ter vontade, é agir, pensar e manifestar-se conforme sua própria vontade, no exercício de sua consciência e razão, é ter autonomia decisória, livre de interferências e de manipulações. A autodeterminação está ligada à liberdade de escolha, à liberdade de ter, a liberdade de querer e a liberdade de ser.

É um dos princípios fundamentais dos direitos humanos e significa autonomia, abrangendo autorresponsabilidade, autorregulação e livre-arbítrio. Autodeterminação é liberdade e a liberdade é um dos valores transcendentais da humanidade.

No entanto, quais são os impactos ao princípio da autodeterminação pessoal na era digital com a intrusão crescente das tecnologias na autonomia da vontade humana?

Não obstante o cerne da proteção já esteja delineado enquanto direitos e garantias constitucionais, o desafio da era digital na proteção da autodeterminação pessoal vai muito além do sentido e do contorno que eram dados em um mundo da vida puramente analógico.

O alcance a esse princípio e a sua interpretação à luz de um admirável mundo novo, digitalizado, bitizado, globalizado e cosmopolizado exige do intérprete que a proteção constitucional também alcance o mundo da vida digital.

E esse conceito de vida digital passa a importar quando se faz necessário dar um novo alcance ao antigo princípio da autodeterminação pessoal.

Considerando, pois, que a vida digital é regada por bits e não mais isoladamente por átomos, a invasão da tecnologia da informação na privacidade e na intimidade humanas e a capacidade de indução e manipulação dos algoritmos inteligentes fazem com que o direito da

⁹ FREITAS, Riva Sobrado de; MEZZARROBA, Orides; ZILIO, Daniela. A autonomia decisória e o direito à autodeterminação corporal em decisões pessoais: uma necessária discussão. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis/SC, v. 24, n. 9, p. 168-182, St.Dez. 2019.

¹⁰ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> em 11/06/2024.

autodeterminação pessoal na era digital seja ainda mais necessário que já o era na vida analógica, já que nesse caso o que se busca é a proteção da liberdade *de ser*, de fazer as suas próprias escolhas.

E, a partir desse panorama geral, pode-se identificar a liberdade de autodeterminação pessoal, sob duas grandes perspectivas:

- (i.i) Direito à autodeterminação do próprio futuro;
- (i.ii) Direito à autodeterminação “informativa”.

Veja-se cada um deles, especificadamente.

3.8.2.1.1 Direito à autodeterminação do próprio futuro

O direito à autodeterminação do próprio futuro ganha novos contornos a partir do momento em que a transição paradigmática para uma sociedade da informação é marcada pela alteração da lógica do modo de viver em sociedade.

Se no mundo da vida analógico, estruturado a partir de uma lógica de vida analógica fundada em átomos, o conhecimento e a informação já eram a base para o crescimento da economia e, já nesse momento, “a evolução tecnológica determinava em grande parte a capacidade produtiva da sociedade e os padrões de vida, como as formas sociais de organização econômica”¹¹, no mundo da vida digital, marcado pela lógica dos bits, onde as sociedades se organizam em redes e cada pessoa é apenas um pequeno passo num imenso algoritmo, cuja função principal é a de tomar decisões importantes¹², inclusive, sobre a nossa própria vida, é preciso repensar o princípio da autodeterminação pessoal.

A preocupação trazida por Shoshana Zuboff sobre a “batalha pelo futuro humano”¹³ e sobre o “direito a um tempo futuro”¹⁴, a partir do momento em que o capitalismo de vigilância revoga esses direitos elementares e “nossa vida é traduzida de maneira unilateral em dados, expropriada e modificada em seu propósito como novas formas de controle social, tudo isso a

¹¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução: Roneide Venancio Majer. vol. I. 4.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000, p. 87.

¹² HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 168.

¹³ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 71.

¹⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 71.

serviço de interesses de outrem”¹⁵ expressam bem a dimensão da batalha que precisa ser travada para se garantir o direito de cada pessoa humana de poder continuar a se autodeterminar.

O subtítulo de seu livro “a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder” expressa bem a extensão desse novo direito subjetivo que exsurge na vida digital marcada pelo capitalismo de vigilância e que interfere diretamente na liberdade de escolha de cada um de nós.

A luta para frear essa interferência em nossa liberdade de escolha traz uma dificuldade quase que intransponível que é a assimetria de informação. Não se sabe de fato qual é a verdadeira ligação entre a inteligência artificial e as nanotecnologias e, tampouco, se tem a compreensão dos meios de como se pode combater, estancar ou refrear esse processo de aproximação do grande desconhecido¹⁶, o que acaba por levar a humanidade a assistir patética a intrusão das tecnologias na autodeterminação individual de cada um, fazendo com que nossa reação seja a de esperar que alguém pise nos freios para nos desacelerar¹⁷.

Mas, por que ninguém consegue pisar nos freios da avalanche da tecnologia da informação sobre a autodeterminação individual de cada um de nós?

Yuval Noah Harari responde a esse questionamento dizendo que “ninguém sabe onde os freios estão”¹⁸, e, prossegue, lecionando que:

[e]mbora alguns especialistas conheçam bem os desenvolvimentos em algum campo, como é o caso da inteligência artificial, da nanotecnologia, de megadados ou da genética, ninguém é especialista em tudo. Ninguém, portanto, é capaz de ligar todos os pontos e enxergar o quadro completo. Os diversos campos influenciam uns aos outros de maneira tão intrincada que mesmo as mentes mais avançadas não conseguem prever como a inteligência artificial pode impactar a nanotecnologia e, vice-versa.

A preocupação cresce na mesma medida em que a tecnologia dá saltos exponenciais e Harari alerta para o fato de que:

[a] única coisa que podemos tentar fazer é influenciar a direção que os cientistas estão tomando. Mas, como em breve poderemos modificar também

¹⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder.** Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 71.

¹⁶ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.59.

¹⁷ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.59.

¹⁸ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.59.

artificialmente nossos desejos, a verdadeira pergunta que nos confronta não é “O que queremos ser?”, mas “O que queremos querer?”¹⁹.

A “linha entre a tecnologia que nos influencia e a tecnologia que nos manipula nem sempre é clara²⁰ e “[n]o futuro, pode ser difícil dizer se uma forma particular de vigilância ou de controle de percepção está nos tornando mais autônomos ou se está, na verdade, exercendo controle de forma sutil demais para se ver”²¹.

A invisibilidade e a opacidade de como essa tecnologia funciona e a linha limítrofe entre uma simples influência para uma manipulação efetiva de comportamentos ainda é desconhecida pela ciência, de modo que a cada evolução tecnologia disruptiva com a intrusão cada vez mais crescente da tecnologia na vida humana aumenta a insegurança sobre o efetivo exercício da autodeterminação pessoal de cada indivíduo, o que torna o desafio de efetividade desse novo direito subjetivo na era digital– autodeterminação do próprio futuro – ainda maior.

Afinal, “[d]epende de nós proclamar nosso direito ao futuro. O futuro é nosso lar também”²².

Diante dessa constatação, embora ainda não existam muito mais perguntas que respostas e ainda não se saiba como a humanidade vá superar a avalanche da tecnologia da informação sobre as liberdades humanas, no primeiro quarto do século XXI já se tem ao menos uma certeza que é a necessidade de construção de um novo direito subjetivo – autodeterminação do próprio futuro – fundado no direito de decidir o próprio futuro (o que queremos querer?) e a liberdade *de ser* (humano), como expressão da mais genuína da luta por um futuro humano.

3.8.2.1.2 Direito à autodeterminação “informativa”

Ao mesmo tempo que a tecnologia da informação traz incontáveis benefícios para a humanidade já que “[a] revolução digital oferece oportunidades sem precedentes para a criação

¹⁹ HARARI, Yuval Noah, **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução: Jorio Duster. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 435.

²⁰ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech**. United Kingdom: Oxford University Press, 2018, p.176. Original: Of course, the line between technology that influences us and technology that manipulates is not always clear.

²¹ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living together in a world transformed by tech**. United Kingdom: Oxford University Press, 2018, p. 170.

²² ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.73.

de um sistema vibrante de liberdade de expressão”²³, o reverso também é verdadeiro porque “também apresenta novos perigos para a liberdade de expressão”²⁴.

A autodeterminação informativa pode ser analisada por duas perspectivas:

A primeira, do ponto de vista da liberdade de escolha do ser humano, de poder se autodeterminar sobre o tipo de informação que quer consumir.

A segunda, relacionada aos impactos desse novo modelo de racionalidade digital, onde a partir da indução do consumo da informação por meio de filtros-bolha, a sociedade passa a perder a capacidade de argumentar e a de conviver com opiniões divergentes, a não permitir o discurso e a não se reconhecer no outro. Os espaços de debates vão dando lugar a polarizações, criando-se verdadeiras guerras de tribos digitais por meio das mídias digitais.

Do ponto de vista da primeira perspectiva interna do ser humano – de sua autodeterminação informativa, a era digital é marcada pela individualização e direcionamento de conteúdos próprios a cada personalidade, chamadas de *filter bubbles*.

Essa engenharia é construída através da utilização de algoritmos e de uma vigilância constante que armazena todas as informações de cada ser humano em um grande banco de dados (*big data*). A partir desse grande número de informações, os algoritmos são capazes de conhecer a cada um de nós e de direcionar os conteúdos informativos, conforme o que pensam que somos nós. Isso porque “[n]a era da pós-informação onde o público é com frequência composto de uma única pessoa, tudo é feito por encomenda e a informação é extremamente personalizada”²⁵.

Por outro lado, a base dessa arquitetura tem na utilização dos algoritmos inteligentes e na vigilância constante dos comportamentos com o armazenamento desse grande número de informações de cada ser humano, o modelo de negócios que faz com que as informações cheguem até cada ser humano por meio do seu aparelho celular sejam direcionadas ao seu perfil de gostos e crenças (*filter bubbles*), o que fulmina a liberdade de escolha e diminui as

²³ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a theory of freedom of expression. For the information Society. **New York University Law Review**, Vol. 79, Nº 1, 2004. Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 63, 55 pages, Posted 3 Dec 2003. Original: The digital revolution offers unprecedented opportunities for creating a vibrant system of free expression.

²⁴ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a theory of freedom of expression. For the information Society. **New York University Law Review**, Vol. 79, Nº 1, 2004. Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 63, 55 pages, Posted 3 Dec 2003. Original: But it also presents new dangers for freedom of speech.

²⁵ NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.157.

possibilidades de discursos para se tráfegar entre a linha do dissenso ao consenso, formando-se verdadeiras tribos digitais.

A expressão *Filter Bubbles* foi cunhada por Eli Pariser. Sua contribuição foi de grande relevância para o mundo acadêmico por alertar sobre o fenômeno da personalização algorítmica da rede que destrói o espaço público²⁶.

Byung Chul Han parafraseando Eli Parisier assevera que:

a nova geração dos filtros da internet olha para o que você parece gostar – como você era ativo na rede ou quais coisas ou pessoas você curtiu – e extrai conclusões em conformidade a isso. Máquinas geram prognósticos que projetam e refinam interruptamente uma teoria sobre a sua personalidade e preveem o que você fará a seguir. Juntas, essas máquinas produzem um universo de informações completamente próprio para cada um de nós – aquilo que chamo de Filter Bubble, filtros-bolhas – e, alteram, assim, fundamentalmente como chegamos a informações e ideias²⁷.

Desse modo, a comunicação individualizada e direcionada para cada ser humano, isoladamente, faz emergir a segunda perspectiva que marca o direito à autodeterminação informativa, o direito de escolher o conteúdo que se quer consumir, na medida em que erige na era digital “a crise atual da ação comunicativa, onde o outro está desaparecendo. A desaparecimento do outro significa o fim do discurso”²⁸. O discurso está em crise e essa crise se refere a ausência de escuta atenta.

Se, de um lado, esse modelo de comunicação algoritmizada dificulta em grande medida que o ser humano possa autodeterminar-se e encontrar nas mídias digitais ideias ou ideais contrários a sua personalidade, direcionando o que consumirá de informação, tolhendo-lhe sua liberdade de autodeterminar-se a que conteúdo consumirá, de outro lado, o efeito da substituição do discurso pela utilização algorítmica dos dados gera um problema ainda maior que é a erosão da ação comunicativa, onde a racionalidade comunicativa de Habermas, fundada no discurso dialético passa a racionalidade digital, composta pela ausência do discurso e pelo aumento da polaridade

A partir desse movimento, “[e]m vez de argumentos, surgem algoritmos. Os argumentos podem ser aprimorados no processo discursivo. Algoritmos, por sua vez, são otimizados

²⁶ HAN, Byung Chul. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 53.

²⁷ HAN, Byung Chul. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.53/54.

²⁸ HAN, Byung Chul. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 52.

continuamente no processo maquinal”²⁹. Cathy O’Neil trata a algoritmização e os seus modelos matemáticos como “Armas de Destruição Matemáticas (ADMs)”³⁰ por serem os “modelos matemáticos opacos, seus mecanismos invisíveis a todos, exceto aos altos sacerdotes de seus domínios: os matemáticos e cientistas da computação”³¹.

O direito subjetivo à autodeterminação informativa está, portanto, ligado a ausência da liberdade de escolha de que informação se quer consumir. E, esse direito também está intimamente ligado ao direito de se ter uma saída.

Nessa seara, breve registro deve ser feito a tutela constitucional da proteção de dados e o alcance da proteção constitucional aos dados pessoais e, por consequência, a personalidade dos indivíduos, após a promulgação do art. 5º, LXXIX, incluído ao art. 5º por meio da Emenda Constitucional 115, de 2022 que prevê, como mais novo direito e garantia fundamental, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive, nos meios digitais³².

É inequívoco que a previsão constitucional da proteção de dados fortaleceu o papel da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) que se configura como um marco normativo e “inaugura um modelo *ex-ante* de proteção de dados fundados na ideia de que não existem mais dados irrelevantes em face do processamento automatizado e ubíquo de dados na sociedade da informação”³³.

E essa necessidade exsurge “em virtude do moderno desenvolvimento tecnológico que possibilitou o processamento ilimitado, a armazenagem e a transmissão de dados pessoais em proporções até então desconhecidas”³⁴.

Laura Schertel Ferreira Mendes, ao tratar do tema, aduz que “a proteção de dados pessoais é essencial para assegurar a autodeterminação do cidadão em relação ao seu fluxo de dados”³⁵, mas também entende que “nem sempre a lei será suficiente para proteger a

²⁹ HAN, Byung Chul. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 66.

³⁰ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p.8.

³¹ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 8.

³² Art.5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive, nos meios digitais.

³³ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, nº 39, p. 185-216, jul/dez, 2018.

³⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, nº 39, p. 185-216, jul/dez, 2018.

³⁵ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, nº 39, p. 185-216, jul/dez, 2018.

personalidade em face das violações perpetradas pelo legislador”³⁶. Isso porque outras leis violadoras de direitos de privacidade, que possam processar dados de modo abusivo, produzir discriminações ou outras práticas de danos à privacidade e à intimidade tem o condão de gerar danos à personalidade dos indivíduos.

E, controlando o uso e o abuso da manipulação dos dados se pode reforçar, em boa medida, a autodeterminação informativa.

3.8.2.2 – Liberdade de desconectar-se na era digital: direito a ter uma saída – direito à desconexão – direito à lentidão

O mundo tecnológico – invisível, ávido e opaco – nos circunda, nos embrenha, nos envolve e nos imobiliza. Em todas as atividades e para todos os lados, as tecnologias nos invadem e a todo momento nossas informações são captadas, nossa geolocalização é medida centenas de vezes por dia, nossas opiniões, nossas falas e nossas imagens são capturas.

Para quê? Para quem?

Em todos os lugares temos leitores faciais de íris e de digitais. Para todos os lados há câmeras filmadoras, relógios que medem a frequência cardíaca, a pressão arterial, a qualidade do sono. Os compromissos são todos agendados por meios eletrônicos, o trabalho é exercido, na grande maioria das vezes, por meio de computadores ligados a rede mundial de computadores. Os pagamentos são feitos por aplicativos instalados em aparelhos telefônicos e cada dia se vê menos o dinheiro físico. A comunicação é feita de modo eletrônico (e-mail, whatsapp e redes sociais). A vida digital passa por um telefone celular e a superestrada da informação nada mais é do que o movimento global de bits sem peso à velocidade da luz.³⁷

Nicholas Negroponte, antes da virada do milênio, já alertava para a alteração do modo de viver em sociedade quando da transição de uma vida fundada em átomos passasse a ser regida por bits. Dizia ele:

O e-mail é um estilo de vida que causa grande impacto na maneira como trabalhamos e pensamos. Uma consequência bastante específica disso é a mudança no ritmo de trabalho e do lazer. Trabalhar das nove às cinco, cinco dias por semana, e ter duas semanas de férias por ano é um esquema que, como ritmo dominante do mundo de negócios, começa a desaparecer. As mensagens

³⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, nº 39, p. 185-216, jul/dez, 2018.

³⁷ NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 18.

profissionais começam a misturar-se as pessoais e o domingo já não difere tanto da segunda-feira³⁸.

Para além da perspectiva interna, a internet das coisas dominada pela inteligência artificial é cada dia mais incorporada ao ambiente doméstico, aos meios de comunicação, de transporte, de lazer e da própria vida. As automatizações das residências, a utilização das tecnologias para o desempenho de tarefas domésticas, a compra de “robôs” como a “Alexa”, a automatização dos automóveis, tudo quanto nos circunda passa não só a captar todos os dados pessoais de cada um, como passam a ser o meio pelo qual tudo se ouve, tudo se descobre, tudo se sabe. Trata-se do superávit comportamental.

A internet é mais necessária que qualquer outro bem de consumo. Por ela, todos os dados são transmitidos. Todos os comportamentos são captados. Por ela, grande parte da informação e da comunicação é hoje feita.

A partir desse cenário cada vez mais tecnológico, erige o direito subjetivo à desconexão, a se ter uma saída, a se ter direito à lentidão. Esse direito subjetivo está intimamente ligado a liberdade de escolha, de ser quem você quer ser no seu tempo, do seu jeito, sem vigilância, sem indução de comportamentos.

É fato que o imperativo de extração de informações já tomou dimensões muito superiores a análises de créditos. Shoshana Zuboff escreveu que:

[o]s depósitos de superávit comportamental do Google agora abarcam tudo que faz parte do meio on-line: buscas, e-mails, textos, fotos, canções, mensagens, vídeos, localizações, padrões de comunicação, atitudes, preferências, interesses, rostos, emoções, doenças, redes sociais, compras e assim por diante. Um novo continente de superávit comportamental é confeccionado a cada instante a partir de muitos fios virtuais da nossa vida cotidiana quando eles colidem com o Google, Facebook e, de forma mais geral, com qualquer aspecto da arquitetura mediada por um computador com acesso à internet. De fato, sob a direção do capitalismo de vigilância, o alcance global da mediação pelo computador é redefinido como “arquitetura de extração³⁹”.

Desse modo, é de se concluir que o ser humano está aprisionado ao regime de acumulação e de desposseção digital, cujo modelo de negócio imposto pelas *big techs* é

³⁸ NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 184.

³⁹ ZUBOFF, Shoshana **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 154.

incompatível com o exercício pleno da liberdade, da privacidade e da autodeterminação dos seres humanos. Shoshana Zuboff expressa que:

[o]s atos de despossessão digital dos capitalistas de vigilância impõem um novo tipo de controle sobre indivíduos, populações e sociedades inteiras. A privacidade individual é uma vítima desse controle, e sua defesa requer uma reformulação do discurso, legislação e raciocínio jurídico acerca da privacidade. A “invasão de privacidade” é agora uma dimensão previsível da desigualdade social, mas não age de forma independente. Ela é o resultado sistemático de uma “patológica” divisão de aprendizagem na sociedade, na qual **o capitalismo de vigilância conhece, decide e decide quem decide. Exigir privacidade dos capitalistas de vigilância ou pressionar pelo fim da vigilância comercial na internet é como pedir a Henry Ford que faça cada Modelo T a mão ou pedir a uma girafa que encurte o pescoço” (g.n)⁴⁰.**

Assim, a conectividade, a informação instantânea e a vigilância permanente são a marca dessa nova era digital formada por essa teia informacional que circunda o globo terrestre, onde cerca de 4 bilhões de seres humanos já estão conectados com tudo e entre todos.

Shoshana Zuboff aduz também que “[a] vigilância é o caminho para os lucros que se sobrepõe a “nós, as pessoas”, obtendo sem permissão nossos direitos de escolha, até mesmo quando nossa resposta é não”⁴¹.

Desse modo, é de ver que a conformação do novo mundo digital tem por base a utilização de algoritmos inteligentes e opacos e de classificações em todas as áreas, seja pelos Estados, seja pela iniciativa privada, colocando a humanidade em uma teia de informações, onde não há, hoje, alternativa a não ser a ela se submeter, não tendo, por outro lado, qualquer transparência ou informação de como esses algoritmos são ensinados e quais são os fundamentos reais da tomada de decisões sobre os seres humanos pelas máquinas.

Diagnosticado tal panorama, o encapsulamento de cada ser humano em pontuações e tabelas, com previsões de eventuais comportamentos, inclusive, criminais geram um inequívoco risco à liberdade e à dignidade da pessoa humana. O direito a ter uma saída, a não ser enlaçado nesse novo mundo digital, a não ser classificado sem sequer conhecer os motivos e as formas de ordenação, de não ter todas as suas ações vigiadas e lincadas a escores de classificações, é um direito que surge nessa nova era digital e está extremamente ligado à

⁴⁰ ZUBOFF, Shoshana **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 224.

⁴¹ ZUBOFF, Shoshana **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 111.

liberdade de poder optar, entender, escolher, decidir ser ou não ser classificado por algoritmos, ter ou não ter opção de se enfrontar nesse novo mundo digital, opaco e, aparentemente, sem saída.

3.8.2.3 Liberdade para esquecer – Direito ao esquecimento

Há uma clara colisão entre o direito a ser esquecido e o direito a saber.

Mas, o que é o direito a ser esquecido?

Segundo o acórdão do Recurso Extraordinário STF - 1010606/RJ, o direito ao esquecimento pode ser entendido como a pretensão apta a impedir a divulgação, quer seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos, lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante⁴².

As informações e os fatos públicos, regra geral, obtidos lícitamente, com tratamento de dados adequado e sem violação aos princípios da intimidade, privacidade, imagem, honra e vida privada podem ser acessados por qualquer pessoa, independentemente do meio pelo qual estão sendo divulgados. “Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito”⁴³.

Oriundo das expressões *droit l’oubli* ou *right to be let alone*, o direito ao esquecimento sempre foi tratado de modo mais contido, justamente em razão da importância da liberdade de expressão nas sociedades liberais democráticas. A princípio, a reação inicial de todos que se deparam com esse direito é a de que o direito ao esquecimento não estaria amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão da previsão constitucional expressa da liberdade de expressão.

O entendimento majoritário foi no sentido de que “é incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento”, com enfoque no direito à indenização cível, assim entendendo:

[a] previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nelas inseridos, precisa estar previsto em lei,

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, Ministro Dias Toffli, Publ. em 20/05/2021 – Ata nº 85/2021, DJE nº 6, divulgado em 19/05/2021.

⁴³ ⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, Ministro Dias Toffli, Publ. em 20/05/2021 – Ata nº 85/2021, DJE nº 6, divulgado em 19/05/2021.

de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão” Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial⁴⁴.

Esse foi o posicionamento majoritário adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1010606/RJ, no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, Relator Ministro Dias Toffoli, cuja causa de pedir se relacionava ao caso Aida Curi pela transmissão pelo programa de televisão – Linha Direta – que fez a família reviver, muitos anos mais tarde, dores antigas pelo crime de violência sofrido por sua familiar.

Hodiernamente, o direito ao esquecimento não encontra amparo em nenhuma legislação positivada no ordenamento jurídico brasileiro e, tampouco, encontra acolhimento em julgamentos de casos similares nos Tribunais Superiores.

O primeiro caso julgado sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal se deu nesse Recurso Extraordinário 1010606/RJ que encontrou na maioria do entendimento da Corte Suprema o não acolhimento deste direito e, dado o reconhecimento de sua importância, foi conferido o *status* de Repercussão Geral, ao firmar o Tema 786 do STF “Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”.

A tese que sustentou a compreensão majoritária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal assim foi formulada:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível⁴⁵.

Algumas situações podem explicar o posicionamento majoritário da Corte Suprema brasileira.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, Ministro Dias Toffli, Publ. em 20/05/2021 – Ata nº 85/2021, DJE nº 6, divulgado em 19/05/2021.

⁴⁵ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786> em 14/06/2024.

A primeira situação se refere ao passado recente da nação brasileira. Não é demais lembrar que mesmo após 35 (trinta e cinco) anos da redemocratização brasileira com a promulgação da Constituição Federal de 1988 muitas iniciativas ainda buscam a verdade sobre o que, de fato, ocorreu no tempo da ditadura brasileira, a esteio do que se verifica pela Comissão da Verdade e outras iniciativas da sociedade civil e do Parlamento brasileiro.

E, talvez, essa cicatriz ainda não curada explique o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal ao julgar, em Plenário, o Recurso Extraordinário nº 1010606/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, cuja causa de pedir se relacionava ao direito ao esquecimento.

A segunda situação se refere ao destaque e a importância da liberdade de expressão para a proteção da dignidade da pessoa humana e da democracia, daí, a grande dificuldade de se positivizar um direito subjetivo ao esquecimento, quando há um peso diferenciado em favor da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro.

Feitos tais esclarecimentos, sem esquecer do passado recente, é fundamental também preparar o ordenamento jurídico brasileiro para o futuro digital.

É verdade que o direito ao esquecimento não ficará restrito a programas televisivos e jornais impressos como no mundo da vida analógico a sociedade brasileira estava acostumada, mas alcançará a todos os meios de divulgação de informações possíveis que a nova era digital, imbuída da tecnologia da informação, puder proporcionar.

Há pouco mais de 20(vinte) anos, surgia o Google que é, por essência, um site de buscas de informações. Por sua natureza, ele armazena e indexa todo o tipo de informação que seja capaz de alcançar, deixando livre para consulta, à disposição do buscador, tudo quanto detenha sobre determinado tema de pesquisa, em uma situação bastante diferente da que se vivia no mundo analógico, onde o recebimento de informações se dava por meio de jornais televisivos ou impressos, controlados por não mais que meia dúzia de pessoas.

Com a internet, os aparelhos eletrônicos e as mídias digitais, a situação mudou bruscamente. Os conteúdos não são feitos tão somente para um coletivo de pessoas, mas as informações são praticamente individualizadas e alcançam somente o grupo de pessoas que tenham perfil para recebê-la (*filter bubbles*). A criação de conteúdo é livre, na medida em que qualquer pessoa que tenha um celular, internet e uma rede social pode divulgar o quanto queira de informação (falsa ou verdadeira).

Os *influencers* passam a ter um papel importante na formação de opinião pública que deixa de ser centralizada em um número muito pequeno de empresas físicas para serem

divulgadas por um número muito grande de indivíduos, ligados, entretanto, a um número menor ainda de empresas, as quais chamamos de plataformas digitais.

A dinâmica da comunicação foi alterada significativamente na era digital e é nesse contexto que o direito ao esquecimento deve ganhar uma atenção especial.

O que acontece quando o que se deseja é esquecer um determinado fato e evitar a sua divulgação? Nesse novo mundo digital, há direito ao esquecimento? O direito à informação é um direito absoluto? Teria algum desdobramento sobre o princípio da dignidade da pessoa humana? Como positivizar o direito ao esquecimento tendo como fundamento constitucional o direito à liberdade de expressão?

Essas e muitas outras questões demandam reflexões mais aprofundadas quando o paradigma da tecnologia da informação promove não só rupturas no modo de se viver em sociedade, mas verdadeiras metamorfoses no mundo global e digital.

As reflexões sobre a liberdade de expressão têm grande relevo quando se trata do princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito e, frequentemente, é levado ao Poder Judiciário para que possa avaliar os interesses em conflito com base no princípio da proporcionalidade, sopesando a liberdade de expressão ou a proteção aos direitos da personalidade.

E, embora tal voto tenha tido o posicionamento majoritário da Corte Superior no sentido de não reconhecer o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, importante destaque deve ser dado ao voto do Ministro Nunes Marques que inaugurou a divergência, tendo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes o acompanhado, para votar pelo parcial provimento do Recurso Extraordinário, na medida em que os direitos à intimidade e à vida privada, a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome das pessoas é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social.

Não obstante o posicionamento mais enfático do Supremo Tribunal Federal no sentido de não reconhecer o direito ao esquecimento, um posicionamento mais suave e contemporâneo, do ponto de vista do direito civil e penal e, também, mais condignos com o princípio da dignidade da pessoa humana lavrados no Superior Tribunal de Justiça antes do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, seja no âmbito criminal (HC 256.210/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz), seja no âmbito cível (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ, relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão).

À título de registro histórico, ressalta-se que à época assim pontuou o Ministro Luis Felipe Salomão no REsp 1.334.097-RJ (2012/0144910-7) ao julgar um conflito entre direito de informação e expressão *versus* direitos da personalidade sobre a Chacina da Candelária:

A dinâmica das transformações sociais, culturais e tecnológicas confere à vida em sociedade novas feições que o direito legislado tem dificuldades de acompanhar, originando conflitos entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, todos de estatura constitucional. 2. O conflito entre os direitos da personalidade e o direito de informar e de expressão por meio de publicações jornalísticas singulariza-se num contexto em que falta aos fatos o elemento "contemporaneidade", capaz de trazer à tona dramas já administrados e de reacender o juízo social sobre os sujeitos envolvidos.

Segundo relatou o Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento feito pelo STJ (REsp 1.334.097/RJ), o Supremo Tribunal Federal, na primeira parte e na segunda parte da tese, reconheceu que:

a ilegitimidade da invocação do direito ao esquecimento, autonomamente, com o objetivo de obstar a divulgação de fatos que, embora lamentavelmente constituam uma tragédia, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios de violência na sociedade brasileira e foram licitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo o decurso do tempo, por si só, tornado ilícita ou abusiva sua (re)divulgação, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa⁴⁶.

indispensável resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes, inclusive dos seus familiares, sobretudo, no que tange aos crimes bárbaros: “todos esses julgamentos têm algo em comum, além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana, intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita de informações⁴⁷.”

O Ministro Luis Felipe Salomão faz considerações especialíssimas a respeito do direito ao esquecimento ao relacionar a “memória” com a “esperança”. Segundo sua compreensão, “a memória é a conexão do presente com o passado e a esperança é o vínculo do futuro com o presente”, assim ensinando sobre a adoção do direito ao esquecimento para casos cíveis e penais:

⁴⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.334.097/RJ (2012/0144910-7), Ministro Luis Felipe Salomão, Publ. em 01/02/2022.

⁴⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.334.097/RJ (2012/0144910-7), Ministro Luis Felipe Salomão, Publ. em 01/02/2022.

além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Tal entendimento também foi adotado anteriormente conforme se verifica pelo acórdão prolatado no Habeas Corpus 256.210-SP (2012/0211150-00), da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, publ. 13/12/2013⁴⁸.

No entanto, após o julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a julgar conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal como se verifica do Recurso Especial n 1.961.581/MS (2021/0092938-4), relatora Ministra Nancy Andrigui⁴⁹.

Importante destaque, no entanto, deve ser feito no sentido de que todos esses julgados, inclusive o do Supremo Tribunal Federal, analisaram casos cíveis e penais do mundo da vida analógico e, em nenhum deles, o direito ao esquecimento foi analisado do ponto de vista da era digital, onde todos os comportamentos humanos são vigiados, capturados, armazenados, indexados, precificados e alienados para alimentar um mercado futuro de previsões comportamentais.

3.8.2.4 Liberdade para conhecer – Direito a uma explicação

O direito a uma explicação surge numa era em que “a principal fonte de riqueza é o conhecimento”⁵⁰ e conhecimento é poder⁵¹. A própria tecnologia da informação é o produto do processo produtivo⁵² e o regime da informação se garante sem uma coação disciplinar, já que as pessoas não são impostas em uma visibilidade panóptica⁵³ e onde “o capitalismo de

⁴⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 256210/SP (2012/0211150-0), Ministro Rogério Schietti Cruz, Publ. em 13/12/2013.

⁴⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.961.581/MS (2021/0092938-4), Ministra Nancy Andrigui, Publ. em 13/12/2021.

⁵⁰HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução: Paulo Geiger. 20. reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2016, p. 25.

⁵¹ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 3.

⁵² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução: Roneide Venancio Majer, vol. I, 4.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.87.

⁵³ HAN, Byung Chu. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p.13.

vigilância reivindica o material da natureza humana para a feitura de uma mercadoria nova”⁵⁴. A vida digital é construída sob o DNA da informação e urge a tomada de providências para uma revisão judicial eficaz⁵⁵.

É nesse contexto, nesse admirável mundo novo que emerge o direito subjetivo a uma explicação, ligado a liberdade de conhecer e conhecimento também significa proteção.

O regime disciplinar dá lugar ao regime de informação, invertendo a lógica da visibilidade. Enquanto no regime disciplinar aqueles que detinham riqueza e poder precisavam ser reconhecidos e percebidos por toda a comunidade, invisível aos olhos do rei, no regime da informação, a lógica se inverte e aqueles que detêm riqueza e poder são invisíveis aos olhos da população que se desnuda e se torna cada vez mais visível, quanto mais informações dispuser na rede mundial de computadores.

A necessidade de captura dessa informação explica o entrelaçamento entre comunicação e vigilância e “[a] dominação se faz no momento em que a liberdade e vigilância coincidem.” (grifos do autor)⁵⁶.

Por outro lado, além da invisibilidade daqueles que utilizam as informações dos seres humanos para fins dos outros, há uma outra característica que marca a necessidade de estabelecimento de um direito subjetivo a uma explicação: a opacidade dos algoritmos inteligências e a “impossibilidade” de se descobrir, por si só, o modo como os algoritmos são criados (*input e output*) e como captam nossas informações, para onde direcionam e alienam nosso comportamento, quanto ganham com a alienação dessas informações, como aprisionam a liberdade *de e do* ser humano num embaraçamento digital que parece nunca ter fim.

Frank Pasquale anuncia que “desconstruir as caixas pretas no Big Data não é fácil”⁵⁷ e revela três estratégias críticas utilizadas pelas grandes plataformas digitais para manter as caixas pretas fechadas. São elas: segredo real, segredo legal e ofuscação⁵⁸.

⁵⁴ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115.

⁵⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital. Desafios para o Direito**. Tradução: Italo Fuhrmann. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 138.

⁵⁶ HAN, Byung Chu. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia**. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 13.

⁵⁷ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6. Tradução livre: Deconstructing the black boxes of Big Data isn't easy.”

⁵⁸ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6. Tradução livre: “real secrecy, legal secrecy and obfuscation”

Sobre o segredo real, Pasquale revela que “o sigilo real estabelece uma barreira entre o conteúdo oculto e o acesso não autorizado a ele. Mantemos verdadeiro sigilo diariamente quando trancamos nossas portas ou protegemos nosso e-mail com senhas”⁵⁹.

Relativamente ao segredo legal, Pasquale leciona que o “sigilo legal obriga aqueles que têm conhecimento de certas informações a mantê-las secretas; um funcionário do banco é obrigado tanto por autoridade legal quanto por termos de emprego a não revelar a clientes, saldos a seus amigos”⁶⁰.

Por fim, sobre a ofuscação, Pasquale assevera que

envolve tentativas deliberadas de ocultação quando o sigilo foi comprometido. Por exemplo, uma empresa pode responder a um pedido de informação entregando 30 milhões de páginas de documentos, forçando o seu investigador a perder tempo à procura de uma agulha num palheiro⁶¹.

Se, por um lado, as plataformas digitais se aproveitaram, por muitos anos, do discurso de que a internet não poderia ser regulamentada, nesse período, aproveitaram para encantar a humanidade com o poder da tecnologia da informação e fazer com que a própria sociedade digital passasse a se comportar de modo diferente, por outro lado, a despeito do discurso de neutralidade se utilizam de teorias, principalmente do direito civil, como “consentimento/privacidade” ou da própria ausência de noção relativa do que seja a liberdade de expressão como resultado da liberdade paradoxal para gerar o convencimento de que nada há de errado nesse comportamento das plataformas digitais. E é por isso que Frank Pasquale diz que” [o] que acontece, acontece fora da nossa vista”⁶².

E, por fim, Frank Pasquale narra a real situação da ameaça as liberdades humanas por parte do estado de vigilância constante, ao narrar que: “um estado de vigilância inexplicável

⁵⁹PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information.** Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6. Tradução livre: Real secrecy establishes a barrier between hidden content and unauthorized access to it. We are real secrecy daily when we lock our doors or protect our e-mail with passwords.

⁶⁰ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information.** Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6. Tradução livre: Legal secrecy obliges those privy to certain information to keep it secret; a bank employee is obliged both by statutory authority and by terms of employment not to reveal customers, balances to his buddies.

⁶¹ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information.** Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6. Tradução livre: Obfuscation involves deliberate attempts at concealment when secrecy has been compromised. For example, a firm might respond to a request for information by delivering 30 million pages of documents, forcing its investigator to waste time looking for a needle in a haystack.

⁶² PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information.** Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 6. Tradução livre: What happens, happens out of our sight.

pode representar uma ameaça maior à liberdade do que qualquer ameaça terrorista específica. “Não se trata de um perigo espetacular, mas sim de uma erosão de uma série de liberdades”⁶³.

Desse modo, considerando que a digitalização da vida humana segue firme sem que haja medidas, de fato, eficazes para controlar o abuso das plataformas digitais que, a par das previsões constitucionais, seguem firmes em violar a privacidade e a intimidade humanas e desfazer, pouco a pouco, as liberdades tão caras a humanidade, algumas sugestões já existentes no plano das ideias já poderiam ser implementadas se fossem recepcionadas por grande parte das nações, na mesma medida da globalização da internet.

Wolfgang Hoffmann-Riem apresenta possíveis desafios da digitalização e faz abordagens para possíveis soluções, divididas em três partes:

- (A) Conclusão provisória: Necessidade de revisão do Direito tradicional;
- (B) Abordagens para possíveis soluções: (i) redefinição do conceito de dados pessoais; (ii) melhorar a proteção do direito de consentimento para o processamento de dados; (iii) aplicabilidade e nova concepção dos princípios de proteção de dados em relação aos Big Data; (iv) proteção do sistema; (v) proteção do sistema; (vi) extensão da proteção judicial; (vii) ampliação da transparência no que se refere ao design técnico utilizado e aos algoritmos; (viii) fortalecimento da fiscalização pública; (ix) limitação das disparidades na distribuição do poder; (x) avaliações de impacto; (xi) precauções para a melhoria da segurança cibernética; (xii) autorregulação e correção; (xiii) Best Practices, benchmarking, entre outros; e (xv) proteção
- (C) Interligação com outras leis regulatórias e desenvolvimento de estruturas de governança adequadas⁶⁴.

⁶³ PASQUALE, Frank. **The black box Society: the secret algorithms that control Money and Information**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 52. Tradução livre: An uncountable surveillance state may pose a greater threat to liberty than any particular terror threat. It is not a spectacular danger, but rather as erosion of a range of freedoms.

⁶⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital. Desafios para o Direito**. Tradução: Italo Fuhrmann. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp.127/152.

Desse modo, o direito à explicação fulcrado na liberdade de conhecer já começa a encontrar possíveis caminhos para contenção do abuso das plataformas digitais em detrimento das liberdades humanas. No entanto, não basta que uma só nação as adote.

Dada a globalização da informação, também será necessário que as nações se unam e assumam compromissos comuns, não com a criação de uma constituição global, mas com a globalização das constituições internas e com a adoção internamente de uma série de princípios informativos que devem reger os direitos fundamentais digitais, a esteio com o que ocorreu, por meio do direito internacional público e privado, com a adoção de uma série de princípios e direitos relativos à proteção do ser humano.

3.8.2.5 Liberdade de expressão e de informação: os limites da tolerância na visão do Supremo Tribunal Federal

Os limites da tolerância da liberdade de expressão ganham ainda maior relevo na era digital com a difusão dos meios de comunicação e com a possibilidade de cada indivíduo criar o seu próprio conteúdo, aumentando-se as possibilidades do exercício desse direito e dessa garantia constitucional, como também se intensificando as oportunidades de violação de outros direitos igualmente assegurados na Constituição Federal de 1988.

A junção das características da era digital marcadas pela comunicação ininterrupta e pela superinformação aliadas a utilização da inteligência artificial em praticamente todas as atividades humanas com a invisibilidade e opacidade dos modelos de negócios das plataformas digitais aliadas, ainda, ao desconhecimento do funcionamento dos algoritmos inteligentes e suas *black boxes* fazem com que o fenômeno das Fake News atrepele a democracia, viole a dignidade humana e invada a liberdade *do* e *de* ser humano.

Não obstante ainda não se saiba ao certo qual é o grau de intrusão das tecnologias da informação no comportamento humano, ainda pendendo certa dúvida em a partir de qual estágio está esse comprometimento, é fato que algumas situações históricas como já mencionado em outro capítulo, o *Brexit* e a *Cambridge Analytica*, já comprovam que há um poder de manipular comportamentos, pensamentos e sentimentos humanos.

Em razão de todas essas constatações, muitos julgamentos têm sido levados a Corte Suprema para análise da constitucionalidade de algumas leis, de modo que esse último item demonstra como o Supremo Tribunal Federal vem entendendo o direito da liberdade na era digital.

Inicialmente, registra-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, é rica na previsão detalhada da liberdade de comunicação. Inicialmente, o direito à comunicação está previsto no inciso IX⁶⁵; a liberdade de pensamento e expressão estão previstos no inciso IV⁶⁶; o direito à privacidade e intimidade estão consagrados nos incisos X⁶⁷ e XII⁶⁸ e, todos, fundam-se no §2º do mesmo artigo que, por sua vez, incorporaram ao direito nacional as diretrizes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) por meio dos artigos do Decreto nº 678, de 06/11/1992 e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Para a liberdade de pensamento e expressão, o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica⁶⁹ protege a liberdade de pensamento e de expressão, traduzindo-se na compreensão da liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, verbalmente ou escrita, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. Já no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o art. 17⁷⁰ está expressamente previsto

⁶⁵ Art. 5º, IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁶⁶ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁶⁷ Art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁶⁸ Art. 5º, XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁶⁹ Pacto de São José da Costa Rica. Art. 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:
 - a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

⁷⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 17.

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

que ninguém pode ser objeto de ingerências privadas na sua vida ou de sua família, recebendo proteção legal contra essas ingerências.

No que se refere ao direito à privacidade e à intimidade, o Pacto de São José da Costa Rica, o art. 11⁷¹ estabelece que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, não podendo haver ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada e na de sua família, domicílio, correspondências, ofensas ilegais à sua honra ou reputação, enquanto o art. 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷² consagra que ninguém poderá ser molestado por suas opiniões e tem direito a liberdade de expressão, em todas as vertentes nele estabelecidas.

Em sequência, também é importante salientar que a Constituição brasileira diferencia liberdade de informação e liberdade de expressão e ambas encontram no direito à privacidade e à intimidade, os limites de sua licitude. A liberdade de informação se relaciona com o direito de ser informado, de autodeterminar o conteúdo informativo que deseja consumir (internamente), enquanto a liberdade de expressão já se reveste do direito de expressar opiniões, fazer juízos de valor, manifestar ideias sem que haja qualquer censura (externamente).

CONCLUSÃO

Pensar o direito da liberdade na era digital não é tarefa fácil e escolher esse tema foi desafiador e instigante e necessitou de um recorte metodológico bastante preciso para que as premissas desse estudo pudessem ter início, meio e fim.

Optou-se por dividir a presente tese de doutorado em três capítulos.

⁷¹ Pacto de São José da Costa Rica. Art.11. Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

⁷² Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 19.

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O primeiro, tratou da metamorfose da identidade da estrutura das sociedades por meio da tecnologia da informação, de como a informação se tornou o produto do processo produtivo e de como a vigilância constante e ininterrupta dos comportamentos humanos se tornou o meio pelo qual os dados de cada ser humano são captados, armazenados, indexados, precificados e alienados em um mercado futuro de predição comportamental.

A coleção desses dados deu origem ao *big data* e a partir dessa arquitetura digital todas as estruturas sociais a qual o mundo estava acostumado, baseados em uma vida analógica, fundada em uma lógica de átomos, foram sendo alterados paulatinamente, passando a dar lugar a uma vida digital, onde os bits irão predominar. A liberdade *de* e *do* ser humano foram atingidas, na medida em que o mecanismo de governança das plataformas digitais utilizam da violação da intimidade e da privacidade, de modo invisível e opaco, para desconstruir a proteção e a eficácia como direito fundamental a liberdade. Erige-se na era digital a liberdade paradoxal, instaurando-se uma crise no constitucionalismo.

Nesse primeiro capítulo, optou-se por dividir a tese em três partes: (i) o subsistema da sociedade e a metamorfose do mundo; (ii) o subsistema da economia, dando-se grande enfoque ao conceito de capitalismo de vigilância e as suas externalidades negativas, a qual gerou uma crise na liberdade; (iii) o subsistema do direito, onde se analisa a metamorfose do direito global em razão da necessária adaptação que deve ser feita a esse admirável mundo novo. O enfoque foi para a função ativa e transformadora do direito, para a crise do constitucionalismo e para as novas fronteiras do direito constitucional, sendo necessário se pensar em um transconstitucionalismo ou um constitucionalismo global que possa não criar uma constituição global, mas instituir mecanismos de globalização das constituições de cada nação, a fim de estabelecer os direitos fundamentais digitais que devem reger o mundo global da nova era da tecnologia da informação.

A fim de chegar ao objetivo pretendido, o segundo capítulo trata do direito a liberdade no direito constitucional analógico. Inicialmente, trata-se da liberdade como ser, como identidade, como transcendência. Descrevê-la é uma tarefa difícil, já que segundo Jean-Paul Sartre, a liberdade antecede ao ato, ela não é essência, é existência e não está submetida a qualquer necessidade lógica. A liberdade é de ser comparada com o *Dasein* porque nela a existência precede e comanda a essência. Após, segue-se para um breve registro histórico de sua compreensão em fases diferenciadas ao longo dos tempos.

Após essa primeira e importante justificação, adentra-se no estudo de como as liberdades foram conformadas no direito constitucional analógico, descrevendo os seus tipos. Ressoa a liberdade negativa, a liberdade reflexiva ou positiva e a liberdade social. Os núcleos das liberdades consubstanciados nos verbos “agir”, “pensar” e “manifestar-se” e, na sequência, trata-se de como tais liberdades foram erigidas a condição de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, descrevendo-as.

O terceiro capítulo trata do redimensionamento do direito à liberdade na era digital. Inicialmente, tratou-se dos aspectos positivos e negativos da tecnologia da informação e dos novos perigos às liberdades humanas impostos pela nova arquitetura digital e suas as neurotecnologias, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana e para a democracia. As preocupações com o futuro da liberdade ou com a liberdade do futuro também tiveram destaque, abordando a transparência do ser humano e a invisibilidade das plataformas digitais ou dos reais detentores desse poder.

Seguiu-se para tratar a liberdade de ser como uma nova agenda de pesquisa, fazendo-se a pergunta “o que é ser humano na era digital?” E, para responder a esse questionamento, tratou-se do direito à liberdade na sociedade da informação e os perigos que sofrem as Repúblicas Digitais. E, dado que a era da tecnologia da informação interconectou o mundo no mesmo tempo e espaço e que esse evento provocou uma verdadeira metamorfose no mundo, os primeiros passos de um constitucionalismo digital começam a ser dados, em busca de se formular uma resposta da ciência do Direito eficaz e o mais célere quanto possível.

Como proposição, a presente tese de doutoramento pretendeu contribuir com uma pequeníssima parte, ao lado de tantos pensadores, filósofos, sociólogos e juristas de todo o mundo, sugerindo um novo núcleo de liberdade, ao lado dos núcleos “agir”, “pensar” e “manifestar-se”, a liberdade de ser. E, para isso, propôs a necessidade de positivação e de efetivação de quatro novos direitos subjetivos como espécies de liberdades de ser na era digital: (i) Liberdade de autodeterminação na era digital que foi dividida em dois direitos subjetivos: (a) Direito à autodeterminação do próprio futuro; (b) Direito à autodeterminação informativa; (ii) Liberdade de desconectar-se e o direito a se ter uma saída, à desconexão e à lentidão; (iii) Liberdade para conhecer ligado ao direito subjetivo a uma explicação; (iv) Liberdade para esquecer ligada ao direito subjetivo ao esquecimento.

Tais direitos subjetivos não esgotam a quantidade de perigos e de violações que a era digital traz para a humanidade. Há muito mais a que se pensar e refletir, muito estudo há pela

frente, muitos caminhos precisam ainda ser reconstruídos e trilhados. Para efeito dessa tese de doutorado, essa é a proposição que se apresenta. Nessa quadra da história, há muito mais incertezas que certezas, muito mais questionamentos que respostas, muito mais “não gostos” do que “gostos”, o que faz com que essa pesquisa acadêmica seja apenas o ponto de partida de uma longa jornada.

O constitucionalismo digital é, nesse momento, a força e a esperança para frear a tecnologia da informação, colocando limites na proteção e na eficácia das liberdades. O futuro das liberdades depende do esforço dos pesquisadores do presente, depende do esforço coletivo de uma multidisciplinariedade de ciências, depende de um trabalho transnacional para que as nações possam globalizar suas constituições e, juntas, terem capacidade e poder para resguardar a liberdade *de e do* ser humano. Afinal, a liberdade é ser, é existência, é *Dasein*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges e CAMPOS, Ricardo. Caminhos do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica. *In*: ABBOUD, Georges [et.al]. **Constitucionalismo global**. São Paulo/SP: Editora Contracorrente, 2022, pp.11/62.

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas**. Brasília: Letraviva, 2000.

ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**. Tradução e apresentação: Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BALKIN, Jack. **The Path of Robotics Law**. California Law review Circuit. vol. 6. June, 2015.

_____. Digital Speech and Democratic Culture: a theory of freedom of expression. For the information Society. **New York University Law Review**, Vol. 79, Nº 1, 2004. Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 63, 55 pages, Posted 3 Dec 2003.

BARFIELD, Woodrow. **The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

BARROSO, Luis Roberto. A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, 2010, pp. 19-63.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

_____. **Sociedade do risco: risco a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CALAHORRO, Augusto Aguilar. Valores Constitucionales y Sociedad digital. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 49, n. 152, Junho, 2022.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al derecho constitucional**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2022.

_____. **La constitución del algoritmo.** Colección Estudios 9, Série: Universid. Volumen 1. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022.

_____. **A projeção da Constituição sobre o ordenamento jurídico.** Tradução: Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Gabriela Ribeiro de; MESQUIDA, Peri; KIRA, Luci Frare. O lugar do conceito de mundo da vida de Edmund Husserl na pedagogia libertadora de Paulo Freire. **Educ. Pesqui.**, São Paulo, v. 48, e245421, 2022.

CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do Direito Global:** sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2023.

CAMUS, Albert. **O mito de sísifo.** Tradução: Ari Roitman e Paulina Watch. 9.ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 31, n. 1, p. 69–75, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/17>. Acesso em: 6 mar. 2023.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **El principio de igualdad em el derecho constitucional europeo.** Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2017.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **R. Inf. Legisl.** Brasília a. 23, nº 91, jul/set, 1986, pp. 135/140. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf> . Acesso em 17 mai. 2024.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** – (A era da informação: economia, sociedade e cultura). v.1 São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: the role of internet bills of rights.** New York: Routledge, 2023.

_____. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez.2021.

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

CIANCONI, Regina de Barros; LOTT, Yuri Monnerat. Do panopticon ao panspectron: uma reflexão sobre as mediações de poder e a materialidade da informação. **LIINC em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, p.243-257, novembro de 2016. Disponível em [http:// www.ibict.br/liinc](http://www.ibict.br/liinc) e <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v12i2.903>.

CÍCERO, Marcus Tullius. **The republic and the laws**, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 49.

DE GREGORIO, Giovanni. **Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2022.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução: Peter Pál Pelbart. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2021.

DESCARTES, René. **Princípios da Filosofia**. Lisboa: Guimaraes Editores, 1989.

_____. **Discurso do Método**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2023.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thompson Reuters, 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42.ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

FREITAS, Riva Sobrado de; MEZZARROBA, Orides; ZILIO, Daniela. A autonomia decisória e o direito à autodeterminação corporal em decisões pessoais: uma necessária discussão. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis/SC, v. 24, n. 9, p. 168-182, St. Dez, 2019.

GABRIEL, Markus. **O sentido do pensar: a filosofia desafia a inteligência artificial**. Tradução: Lucas Machado. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021.

GREGÓRIO, Giovanni de. **Digital Constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic Society**. Cambridge: University Printing House, 2022.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O conceito de mundo da vida. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-150, abr./set.2012.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Estudio introductorio: Diego Valadés. Traducción e índices. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 47, 2003.

_____. **Pluralismo e Constituição: Estudos de Teoria Constitucional da Sociedade Aberta**. [Obra no Prelo].

_____. **A dignidade da pessoa humana e a democracia pluralista – seu nexos interno.** *In:* Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações.** [Org.] SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa.** Tradução e apresentação: Luiz Sérgio Repa. vol. 2. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

_____. **O discurso filosófico da modernidade: Doze lições.** Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução e apresentação: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia.** Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021.

_____. **Capitalismo e impulso de morte: ensaios e entrevistas.** Tradução: Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021.

_____. **Digitalização e a crise da democracia.** Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021.

HANNAH, Arendt. **Liberdade para ser livre.** Tradução e apresentação Pedro Duarte. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21.** Tradução: Paulo Geiger. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** Tradução: Paulo Geiger. 20ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da Filosofia do Direito.** Tradução: Paulo Meneses [et al.]. São Leopoldo/RS: Ed. UNISINOS, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** 10.ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito.** Tradução: Italo Fuhrmann. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2015.

HUSSERL, Edmund. **La crisis de las ciencias europeas y la fenomenologia transcendental.** Traducción y estudio preliminar: Julia V. Iribarne. Argentina: Prometeo Libros, 2008.

_____. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida/SP: Ideias & Letras, 2006.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia.** 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

KAFKA, Franz. **A metamorfose.** Tradução de Modesto Carone. 42ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KHANNA, Ro. **Dignity in a Digital Age: making tech work for all of us.** New York: Simon & Schuster, 2022.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do capitalismo.** Tradução de Leonora Corsini. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0.** New York: Basic Books, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria dos sistemas.** México: Universidade Iberoamericana A.C. 1ª reimpressão, 2002.

_____. LUHMANN, Niklas. “Globalization or World Societ: How to Cnceive of Moderny Society? **International Review of Sociology**, vol. 7, nº 1, 1997.

MARTIN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico.** Madrid, Editorial Trotta, S.A, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 16, n. 1, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, nº 39, p. 185-216, jul/dez, 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. – (Vozes de Bolso).

MISSAGGIA, Juliana. A noção husserliana de mundo da vida (Lebenswelt): em defesa de sua unidade e coerência. **Scielo**. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-31732018000100009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/trans/a/ZLBjCYrtmvxmSSbv9wfRyXD/>. Acesso em 01 out. 2023.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução: Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

_____. **Direito constitucional às margens do Estado**. Neves, Marcelo e Santana, Carolina R. [Orgs.]. Porto Alegre/RS: Zouk, 2021.

NOBL FILHO, Ilton Norberto. **Responsabilidade, tecnologia e constituição na era digital: notas e reflexões preliminares**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidadecivil/348397/responsabilidade-tecnologia-e-constituicao-na-era-digital>. Acesso em 02 jan. 2022.

_____. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/>. Acesso em 07 jun.2024.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Santo André/SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

PASQUALE, Frank. **The black box society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. **New Laws of Robotics: defending human expertise in the age of AI.** Cambridge: Harvard University Press, 2020.

PENTLAND, A. **The death of individuality: What real governs your actions?** *New Scientist*, vol. 222, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 13, n. 4, 2022, pp. 2648-2689.

PLATÃO. **As grandes obras.** Tradução: Carlos Alberto Nunes, Maria Lacerda de Souza, A.M. Santos. Mimética, 2019 (*e-book*).

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos.** Primeiro Volume: O Sortilégio de Platão. Tradução: Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2021.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno.** Tradução de Gilda G. Azevedo. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

RUDDER, Christian. **Dataclisma quem somos: quando achamos que ninguém está vendo.** Tradução: Patrícia Azeredo. Rio de Janeiro: BestSeller, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologias.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARTRE, GERD Bornheim. **Metafísica e existencialismo.** São Paulo: Perspectiva, 2011.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser o e Nada: Ensaio de Ontologia Fenomenológica.** Tradução: Paulo Perdigão. 24. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015.

SEN, Amartya: **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. [orgs] **A sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais.** CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. São Paulo: Hedra, 2018.

SUMPTER, David. **Dominados pelos números: do Facebook e Google às fake News: os algoritmos que controlam nossa vida.** Tradução: Anna Maria Sotero e Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrand, 2019.

SUSSKIND, Jamie. **The Digital Republic: on freedom and democracy in the 21st Century.** New York: Pegasus Book, 2022.

_____. **Future Politics: living together in a world transformed by tech.** Oxford: Oxford University Press, 2018.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THORNHILL, Chris. **Crise democrática e direito constitucional global.** Tradução: Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico.** Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2015.

VÉREZ, Carissa. **Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle dos seus dados.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

WALLARABENSETEIN, Astrid. Estado Social e Direitos Fundamentais Sociais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão *in* **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 159-170, jan/jun, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder.** Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 jun. 2024.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR nº 95/1988, art. 6º. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-tecnica-legislativa/-/TecnicaLegislativa/termo/preambulo#:~:text=Identifica%20o%20%C3%B3rg%C3%A3o%20a%20institui%C3%A7%C3%A3o,a%20promulga%C3%A7%C3%A3o%20do%20text%20constitucional>. Acesso em 17 mai. 2024.

BRASIL. DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm . Acesso em 16 jun. 2024.

BRASIL. DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Promulga Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 16 jun 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ**, Ministro Dias Toffli, Publ. em 20/05/2021 – Ata nº 85/2021, DJE nº 6, divulgado em 19/05/2021. Recorrente: Nelson Curi e Outros; Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em 16 jun. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. **Recurso Especial 1.334.097/RJ** (2012/0144910-7), Ministro Luis Felipe Salomão, Publ. em 01/02/2022. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A; Recorrido: Jurandir Gomes de França. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 16 jun. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma. Habeas Corpus 256210/SP (2012/0211150-0), Ministro Rogério Schietti Cruz, Publ. em 13/12/2013. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Paciente: Mário de Assis Gomes. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202111500&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 16 jun. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. REsp 1.961.581/MS (2021/0092938-4), Ministra Nancy Andrigui, Publ. em 13/12/2021. Recorrente: Editora Globo S/A; Recorrido: Rodrigo Marques Miranda. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100929384&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 16 jun. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. ONU NEWS. Perspectivas Globais: Reportagens Humanas. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2023/12/1825432#:~:text=Globalmente%2C%2078%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20com,ter%20celular%2C%20segundo%20a%20Uni%C3%A3o.> Acesso em: 12 mai. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 06 jun. 2024.

PORTUGAL. [CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIGITAIS]. Lei n. 27/2021, Diário da República nº 95/2021, Série I, de 2021-05-17. Disponível em [/https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244](https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2021-164870244). Acesso em 06 jun. 2024.

ESPAÑA. [CARTA DE DIREITOS DIGITAIS DA ESPANHA]. Disponível em https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. Acesso em 06 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. [DECLARAÇÃO EUROPEIA SOBRE OS DIREITOS E PRINCÍPIOS DIGITAIS PARA A DÉCADA DIGITAL]. Disponível em https://direito.up.pt/digeucit/wp-content/uploads/sites/968/2022/12/Declaracao-Europeia-sobre-os-direitos-e-principios-para-a-decada-digital_PT.pdf. Acesso em 06 jun. 2024.

CHILE. [CARTA MAGNA PARA OS DIREITOS DIGITAIS PARA O CHILE]. Disponível em <https://flacsolab.cl/carta-magna-digital/>. Acesso em 07/06/2024.

PERU. [CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PERU]. Disponível em [\https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3454811/Derechos%20Digitales.pdf?v=1658950464. Acesso em 06 jun. 2024.

SOCIEDADE CIVIL. ASSOCIAÇÃO PARA O PROGRESSO DAS COMUNICAÇÕES (APC, 2008). Disponível em https://www.apc.org/sites/default/files/APC_charter_ES_2.pdf em 06/06/2024 publicado por la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC), Diciembre, 2006, www.apc.org info@apc.org. Acesso em 06 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. [DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS DIGITAIS DA UNIÃO EUROPEIA, (2022)].

Disponível em <https://br.boell.org/pt-br/2018/07/25/carta-dos-direitos-fundamentais-digitais-da-uniao-europeia>. Acesso em 06 jun. 2024.

UNESCO. [ÉTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL]. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por?posInSet=1&queryId=b233ae1-d7e1-43e6-9fd7-7b713252fb97. Acesso em 06 jun. 2024.