

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL BRASILEIRO

BRAZILIAN DIGITAL CONSTITUTIONALISM

Giovani Agostini Saavedra¹

Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe
(Universität Frankfurt am Main, Frankfurt, Alemanha)

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges²

Doutorando em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana
Mackenzie, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito público; proteção de dados e privacidade.

RESUMO: O presente trabalho almeja discutir o constitucionalismo digital e a legislação brasileira que rege as novas tecnologias, com vistas a responder à indagação acerca de o Brasil estar ou não vivendo um momento de constitucionalismo digital. Para tanto, primeiramente, será feita análise pormenorizada do assunto para, posteriormente, entrar na discussão da legislação brasileira, para que se possa

compreender o momento vivido pelo direito brasileiro e responder à pergunta que se apresenta.

ABSTRACT: *This work aims to discuss digital constitutionalism and Brazilian laws that discipline new technologies, to answer the question if Brazil is living a moment of digital constitutionalism. In order to do so, first of all, the subject shall be strictly analyzed and, after that, we shall discuss Brazilian law, to make it possible to understand the moment lived by Brazilian law and answer to the presented question.*

¹ Professor de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. *E-mail:* giovani.saavedra@saavedra.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5594109824546097>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5269-3844>.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor de Graduação no curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI). *E-mail:* gabrieloab@outlook.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6063394507795585>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9768-0994>.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo digital; direito brasileiro; marco civil da internet; lei geral de proteção de dados.

KEYWORDS: *digital constitutionalism; Brazilian law; Brazilian civil rights framework for internet users; general data protection law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do liberalismo ao constitucionalismo digital; 2 Momento constitucional; 3 Humanismo digital; 4 A experiência brasileira: Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados; 5 Principais princípios a serem protegidos online; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 From liberalism to digital constitutionalism; 2 Constitutional moment; 3 Digital humanism; 4 Brazilian experience: Brazilian Civil Rights Framework for Internet Users and General Data Protection Law; 5 Main principles that should be protected online; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Segundo Manuel Castells, vivemos um contexto de uma nova estrutura social, que se manifesta sob variadas formas devido à diversidade de culturas e instituições pelo mundo afora. Essa estrutura se liga a um modelo novo de desenvolvimento, que ele chama de “informacionalismo”, moldado pela reestruturação do modo de produção capitalista a partir do final do século XX³.

O autor destaca que esse momento histórico diz respeito a uma estrutura econômica na qual capital, trabalho e consumo passam a se basear no manejo de informações com vistas ao desenvolvimento, o que fomenta inovação tecnológica, difusão do conhecimento, aprimoramento das instituições democráticas etc.⁴

Essa é a nova estrutura da Era da Informação, que Castells chama de sociedade em rede, já que é feita de redes de produção, poder e experiência, que constroem uma cultura de virtualidade no planeta, a qual transcende o tempo e o espaço. Nem todas as dimensões e instituições da sociedade seguem a lógica da sociedade em rede, do mesmo jeito que as sociedades industriais incluíram, por muito tempo, formas de existência humana pré-industriais. Mas todas as

³ CASTELLS, M. *Sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 51.

⁴ CASTELLS, M. *Sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 54-55.

sociedades na Era da Informação são penetradas, com intensidades diferentes, pela lógica da sociedade em rede, cuja expansão dinâmica gradualmente absorve as formas sociais preexistentes⁵.

Nesse contexto, pouco a pouco, a relação entre Estado e cidadão toma outra forma. Paulatinamente, a tecnologia vai dando maior voz ao povo, que se vê empoderado por um “canal horizontal” de comunicação proporcionado pela internet⁶.

Nessa toada, Yochai Benkler destaca que a internet aumenta o capital social associado à coletividade, fortalecendo laços de cooperação entre os membros dessa coletividade. Mesmo no plano individual, o autor aponta melhora nas capacidades práticas dos sujeitos, em três dimensões: autonomia (fazer mais e por si só), fortalecimento de laços comunitários e aumento da importância de organizações formais que operam fora do mercado⁷.

Interessante destacar, nesse contexto, que esse novo ambiente de emancipação da pessoa gera o que Benkler chama de “esferas públicas conectadas”⁸. Já não somos apenas consumidores ou espectadores passivos. Podemos nos tornar criadores dos principais temas. Ou seja, a internet se transforma em um *locus* de democratização. Pierre Lévy faz importantes construções sobre a ciberdemocracia.

Uma de suas premissas iniciais é a de que o virtual não se opõe diretamente ao real, mas ao atual. Portanto, a escrita, a fotografia, a pintura etc. são formas de virtualização⁹, razão pela qual “democracia virtual” é uma democracia em potência, ou algo a ser realizado em uma época futura¹⁰.

⁵ CASTELLS, M. *Information age: information, culture, economy – End of millenium*. Oxford: Blackwell, v. 3, 1998. p. 370.

⁶ CASTELLS, M. *La galáxia internet*. Tradução: Raúl Quintana. Barcelona: Aretè, 2001. p. 180.

⁷ BENKLER, Y. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Heaven: Yale University Press, 2006. p. 8.

⁸ BENKLER, Y. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Heaven: Yale University Press, 2006. p. 214. Importante destacar a multiplicidade de esferas públicas, o que amplia o debate político qualitativa e quantitativamente. Cf. MAGRANI, E. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59.

⁹ LÉVY, P. *O que é o virtual*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 5.

¹⁰ LONGHI, J. V. R. *Processo legislativo interativo*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 84.

O autor também destaca que a tecnologia não desempenha papel autônomo frente à sociedade e à cultura. As novas técnicas que constituem o funcionamento da internet e fazem parte do tecido social são apenas parte de fenômenos humanos, imprescindindo, pois, de pessoas vivas e pensantes. A internet é, pois, uma rede de pessoas¹¹. Nesse sentido, a riqueza das redes da qual Benkler fala depende da qualidade das relações humanas ali travadas¹².

O presente texto almeja a discutir a questão da regulação dessas redes no fenômeno conhecido como “constitucionalismo digital”, especialmente sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o *leitmotiv* do trabalho passa pela resposta à seguinte pergunta: é possível falar que o Brasil vive um constitucionalismo digital?

1 DO LIBERALISMO AO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Citando Lawrence Lessig, Paul Schiff Berman coloca as forças regulatórias em quatro categorias: direito, normas, mercado e arquitetura. Todas essas quatro “modalidades” regulam a ação humana¹³.

O autor¹⁴ exemplifica a força do direito com a liberdade de expressão que aparece na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que, em seu exemplo, protege o direito das pessoas defenderem a descriminalização das drogas. Contudo, essa proteção legal não é a única força que opera no comportamento das pessoas. Uma rede de normas sociais também rege a sociedade, e a pessoa que defende as drogas poderia se ver julgada pelas pessoas próximas por defender uma visão impopular. Se a pessoa se importar com sua posição social na comunidade, esse julgamento das pessoas vai influenciar fortemente na decisão de expressar ou não essa opinião.

Na mesma linha, o mercado constrange a possibilidade de se defender a própria posição. Emissoras de TV, por exemplo, podem se recusar a emitir anúncios defendendo opiniões impopulares por medo de perder espectadores.

¹¹ LÉVY, P. *Cibercultura*. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 21-22.

¹² LONGHI, J. V. R. *Processo legislativo interativo*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 84.

¹³ BERMAN, P. S. Cyberspace and the state action debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. *University of Colorado Law Review*, Denver, v. 71, p. 1272.

¹⁴ BERMAN, P. S. Cyberspace and the state action debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. *University of Colorado Law Review*, Denver, v. 71, p. 1272.

Por fim, a arquitetura do nosso espaço social exerce uma força regulatória, já que a organização urbanística é capaz de influenciar no alcance do discurso sociopolítico.

Quando aprofundamos um pouco o estudo da ação humana, notamos que a doutrina majoritária rejeita a ideia de que se deve distinguir a ação pública da privada. Tal crítica vem desde 1927, quando Morris Cohen publicou trabalho clássico, intitulado *Property and sovereignty*¹⁵. Aqueles que criticam essa distinção na discussão constitucional argumentam que o Estado sempre desempenha um papel principal, seja de maneira implícita ou explícita, em qualquer relação jurídica¹⁶.

Primeiramente, eles observam que toda ação privada ocorre com um plano de fundo formado por leis. Essas leis encorpam as decisões estatais, seja para permitir, seja para proibir comportamentos. Em segundo lugar, escolhas individuais são fortemente influenciadas pelo contexto de uma lei criada pelo Estado. Em terceiro lugar, o Estado desempenha um papel na definição até mesmo do que conta como um dano. Em quarto lugar, até mesmo a definição do que constitui uma pessoa depende da lei¹⁷. Por fim, acadêmicos apontam para a ideia de que a própria esfera pública é uma construção cultural, e o que um sujeito vê como “público” nada mais é do que uma projeção de seus próprios valores¹⁸.

Trazendo a discussão para a temática do trabalho, a princípio, o que se via era um liberalismo total envolvendo a internet. Os autoproclamados ciberlibertários argumentam que o ciberespaço é irregular por soberanias baseadas em território e que, como um problema normativo, essa falha deve ser comemorada, já que vai gerar uma regulação feita por atores não estatais¹⁹. Nessa visão de *laissez-faire*, entidades privadas ficarão livres para criar sua

¹⁵ COHEN, M. R. *Property and sovereignty*. 13 *Cornell Law Review*, 8 (1927). Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol13/iss1/3/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

¹⁶ KAY, R. The state action doctrine, the public-private distinction, and the independence of constitutional law. *Faculty Articles and Papers*, [s.l.], v. 10 (1993). Disponível em: https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=law_papers. Acesso em: 29 nov. 2020.

¹⁷ BERMAN, P. S. Cyberspace and the state action debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. *University of Colorado Law Review*, Denver, v. 71, p. 1279-1280.

¹⁸ SHKLAR, J. N. *The faces of injustice*. New Haven: Yale University Press, 1990.

¹⁹ POST, D. G. Of black holes and decentralized law-making in cyberspace. In: SPINELLO, R. *Cyberethics: morality and law in cyberspace*. 3. ed. Burlington: Jones & Bartlett Learning, 2006.

própria lei – os termos de uso do sítio eletrônico, por exemplo. Essa lei privada vai criar um livre mercado no direito. As pessoas vão votar com seus *browsers*, utilizando apenas serviços cuja lei elas achem aceitável²⁰.

Daniel G. Post descreve um “federalismo eletrônico”, no qual provedores de acesso à rede individuais se tornam as unidades essenciais de governança no lugar de Estados baseados em territórios. Com efeito, os usuários delegam a esses provedores a tarefa de criação de regras, entregando-lhes uma parte de sua soberania, e escolhendo entre eles conforme suas próprias visões de sociedade. A “lei da internet”, portanto, emerge não de decisão de uma autoridade maior, mas como a junção das escolhas feitas por operadores de sistemas sobre quais regras impor e por usuários particulares sobre a quais comunidades *online* pretendem se associar²¹.

O pensador liberal Friedrich Hayek afirma que se deve evitar leis coercitivas criadas por governos e encorajar normas consuetudinárias e a regulação das relações sociais por meio de contratos no modelo *laissez-faire*²². De maneira similar, os cyberlibertários criticam toda intervenção estatal²³.

Nesse diapasão, a maneira como as plataformas são governadas tem especial relevância. As plataformas medeiam a maneira como as pessoas se comunicam e as decisões que elas fazem têm forte impacto na cultura pública e na vida sociopolítica de seus usuários²⁴. Juridicamente, termos de uso de provedores de aplicação têm a natureza de contratos que configuram uma transação consumerista simples: em troca do acesso à plataforma, os usuários concordam em ser regidos pelos termos e condições dados pela plataforma.

²⁰ POST, D. G. The “unsettled paradox”: the internet, the State, and the consent of the governed. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, Vol. 5, No. 2, p. 521, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=943453>. Acesso em: 29 nov. 2020.

²¹ POST, D. G. The “unsettled paradox”: the internet, the State, and the consent of the governed. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, Vol. 5, No. 2, p. 521, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=943453>. Acesso em: 29 nov. 2020.

²² HAYEK, F. A. von. *Law, legislation and liberty*. Abingdon: Routledge, 2012.

²³ BERMAN, P. S. Cyberspace and the state action debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. *University of Colorado Law Review*, Denver, v. 7, p. 1282.

²⁴ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Em termos jurídicos, não faz sentido falar em termos de governança nessas transações consumeristas²⁵.

De maneira geral, os termos de serviço estruturam o espaço social *online* que habitamos e dão muito poder aos operadores. Principalmente no caso das plataformas grandes, esses documentos costumam ser escritos de uma maneira que proteja os interesses comerciais dos provedores. Em termos jurídicos, a descrição do dono da plataforma é praticamente absoluta. A relação jurídica de provedores e usuários é entre fornecedor e consumidor, mas não entre Estado e cidadão. Em países de *common law*, isso tem especial relevância, já que direitos fundamentais praticamente não se aplicam a relações privadas²⁶.

Como resultado, os usuários possuem poucas possibilidades de reclamação sobre como as plataformas são governadas, sendo vistos apenas como consumidores que aceitaram voluntariamente os termos para participar em redes privadas, estando, teoricamente, presos a eles. A resposta jurídica para qualquer reclamação que um consumidor tenha acerca da governança dessas plataformas seria no sentido de “se você não gosta das normas da plataforma, deixe-a”²⁷.

Ademais, as plataformas, enquanto autoras dos termos de uso, afastam de si qualquer responsabilidade por conteúdos inseridos por terceiros, apresentando-se como intermediários neutros, meros carregadores de conteúdo e facilitadores de discussões, fugindo de qualquer responsabilidade por como seus usuários se comportam²⁸. Contudo, as plataformas não são neutras. Sua arquitetura e seus algoritmos moldam como as pessoas se comunicam e quais

²⁵ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

²⁶ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020. Em países de *civil law*, em razão da chamada *Drittwirkung*, essa afirmação não é tão verdadeira, como será descrito abaixo.

²⁷ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

²⁸ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

informações são apresentadas aos participantes. Suas políticas e termos de uso são expressos de maneira a indicar neutralidade, mas os poderes que eles lhes dão são criados e aplicados de maneira cuidadosa. Seus processos de governança são moldados por estruturas técnicas, sociais e econômicas complexas²⁹.

Contudo, as plataformas têm sido muito pressionadas para exercer maior controle sobre seus usuários. Ora, é mais fácil um grande provedor remover conteúdo ilícito do que procurar e responsabilizar o indivíduo que colocou tal conteúdo na plataforma. Frequentemente, a única maneira efetiva e possível para se regular os comportamentos das pessoas na internet é por meio do próprio provedor de aplicação³⁰. Mais e mais, os governos requisitam que os intermediários de serviços *online* forneçam informação sobre seus usuários e bloqueiem acesso a conteúdo ilegal. Nesse contexto, alguns governos evitaram as restrições impostas pelo direito constitucional a qualquer forma de censura ou vigilância, delegando às plataformas privadas esse trabalho, em uma técnica que veio a ser chamada de “aperto de mão invisível”³¹. Via de consequência, grupos da sociedade civil e a indústria de telecomunicações começaram a contestar incisivamente o papel das plataformas nos projetos de regulação pública³².

A partir daí é que se entra na temática do constitucionalismo digital, cujo papel é repensar como o exercício do poder deve ser limitado (e legitimado) na era digital³³. A tarefa de identificar e desenvolver abordagens sociais, técnicas

²⁹ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁰ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em 29 nov. 2020.

³¹ BIRNHACK, M. D.; ELKIN-KOREN, N. The invisible handshake: the reemergence of the State in the digital environment. *Virginia Journal of Law and Technology*, [s.l.], 2003. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vjolt8&div=9&id=&page=>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³² SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em 29 nov. 2020.

³³ FITZGERALD, B. F. Software as disclosure: the power of intellectual property in digital architecture. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, New York, a. 18, v. 337, 2000. Disponível em: <https://>

e jurídicas que podem aprimorar a legitimidade da governança *online* é um problema cada vez maior. A razão para estender princípios de boa governança e direitos humanos para plataformas privadas está no reconhecimento cada vez mais amplo do importante papel desempenhado pelas plataformas na mediação da comunicação. As regras dos espaços sociais *online* e a maneira que elas são aplicadas impactam nos direitos humanos dos usuários, conforme foi notado pelo Conselho da Europa³⁴. O reconhecimento desse impacto resultou no aumento da cobrança por um novo jeito de pensar a governança por parte das plataformas e um entendimento mais significativo sobre direitos constitucionais em governança *online*³⁵.

2 MOMENTO CONSTITUCIONAL

O constante desenvolvimento da tecnologia digital e seu impacto disruptivo na sociedade contemporânea estão gerando um novo momento constitucional³⁶. Ao longo das últimas décadas, a tecnologia digital afetou o equilíbrio relativo do ecossistema constitucional. Consequentemente, várias medidas surgiram para encarar os desafios da tecnologia digital e restaurar esse equilíbrio³⁷. Equilíbrio constitucional, na definição de Nicolas Suzor, é a condição ideal produzida pela aplicação das normas de direito constitucional em determinado ordenamento jurídico³⁸. Tal condição envolve essencialmente

heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/caelj18&div=15&id=&page=. Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services*. Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1929453&Site=CM&direct=true>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁵ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁶ RODOTÀ, S. Una costituzione per internet? *Politica del Diritto*, [s.l.], a. XLI, n. 3, set. 2010. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1437/32850>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁷ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁸ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

dois aspectos: proteção de direitos fundamentais e equilíbrio de poderes³⁹. O advento da tecnologia digital gera as seguintes alterações no ecossistema constitucional:

- a) amplia as possibilidades de as pessoas exercerem seus direitos fundamentais, eis que, expandindo a possibilidade de transmissão de informações, direitos como liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de assembleia e livre iniciativa ganham força;
- b) aumentam, contudo, as ameaças a direitos fundamentais. Difamação, discurso de ódio, *cyberbullying*, pornografia infantil são alguns exemplos de como a liberdade de expressão pode ser usada de maneira ilegal por meio de instrumentos digitais;
- c) afeta-se o equilíbrio constitucional, eis que o fato de empresas privadas estarem produzindo, vendendo e gerenciando produtos de tecnologia digital e serviços ao redor do mundo faz elas ascenderem no cenário constitucional como novo ator dominante, com o poder de regulamentar o uso dos instrumentos de tecnologia digital pelas pessoas, influenciando o exercício de direitos fundamentais dos usuários⁴⁰.

Essas alterações no equilíbrio relativo do ecossistema constitucional geraram uma série de reações normativas. Destacam-se três:

- a) normas que almejam aumentar as possibilidades de exercício de um direito fundamental já existente;
- b) normas que almejam limitar violações a direitos fundamentais;
- c) normas que almejam restaurar um equilíbrio entre os poderes existentes.

2.1 O PAPEL DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

O aparecimento das supracitadas reações normativas gera duas questões principais: como e por que elas pretendem enfrentar as alterações produzidas pelo advento da tecnologia digital. Com relação à segunda pergunta, poder-se-ia argumentar que o constitucionalismo moderno sempre visa a garantir a

³⁹ PETERS, A. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, Vol. 19, p. 579-610, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1564125>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴⁰ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

proteção de direitos fundamentais e equilibrar o poder em um ordenamento jurídico por meio do direito constitucional⁴¹. Por consequência, sempre que há uma alteração no ecossistema constitucional, deve-se, necessariamente, haver uma tentativa de restaurar um estado de equilíbrio⁴². Quanto à primeira questão, poder-se-ia dizer novamente que é o constitucionalismo moderno, entendido como ideologia, que provê os principais ideais, valores e princípios com vistas a restaurar um estado de equilíbrio constitucional. Portanto, o constitucionalismo digital, enquanto declinação do constitucionalismo moderno, impõe a necessidade de se gerar respostas normativas às alterações do equilíbrio constitucional produzidas pelo advento da tecnologia digital e, ao mesmo tempo, provê os ideais, valores e princípios que guiam tais respostas⁴³.

2.2 CONSTITUCIONALISMO OU CONSTITUCIONALIZAÇÃO?

Nesse diapasão, Nicolas Suzor⁴⁴ propõe a adoção da expressão “constitucionalização do ambiente digital” para identificar o processo de produção de normas que almejam garantir a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio dos poderes nesse contexto. O autor argumenta que, no momento histórico em que vivemos, tal processo pretende produzir uma série de reações normativas para as alterações do ecossistema constitucional geradas pelo advento da tecnologia digital.

Suzor afirma que é necessário entender a relação entre constitucionalização do ambiente digital e constitucionalismo digital. Este representa o conjunto de valores e ideais que permeiam, guiam e dão forma ao processo de constitucionalização do ambiente digital. Afirma, outrossim, que é importante enfatizar que a constitucionalização é um processo composto por diferentes estágios. Essa expressão não é usada exclusivamente para se referir ao estágio

⁴¹ WALDRON, J. Constitutionalism: a skeptical view. *Philip A. Hart Memorial Lecture.*, Georgetown, 2010. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴² SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴³ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴⁴ SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

final desse processo, em que as normas são institucionalizadas ou constitucionalizadas. Suzor entende que a mera elaboração de princípios constitucionais em nível social pode marcar a presença de uma constitucionalização do ambiente digital, mesmo se as normas ainda não tiverem sido positivadas ou institucionalizadas na hierarquia das normas.

Importante destacar, por fim, que o processo de constitucionalização não é unitário. Ainda que, de um ponto de vista conceitual, seja possível identificar valores fundamentais, motivações e objetivos em comum, o processo de constitucionalização não adota uma modalidade única, mas é traduzido em respostas normativas diferentes, as quais, às vezes, são estratificadas, ou mesmo sobrepostas.

3 HUMANISMO DIGITAL

As principais características das informações encontradas nos espaços digitais são a infinita redimensionabilidade, a falta de competitividade e a intangibilidade. Apesar de a tecnologia ter desempenhado papel crucial na evolução dos atores privados no ambiente digital, não se pode negar que os atores públicos também facilitaram o aparecimento dos poderes dessas plataformas. Por exemplo, a opção dos Estados Unidos e da União Europeia por adotar uma abordagem constitucional liberal no que diz respeito à internet é uma das principais causas da mudança das liberdades econômicas para novas formas de poderio privado. Tanto a abordagem liberal quanto as possibilidades advindas das novas tecnologias digitais resultam na entrega de poderes regulatórios sobre a internet para a iniciativa privada⁴⁵.

Por um processo de humanismo digital, esses novos direitos poderiam almejar a aumentar a consciência humana no processo algorítmico. Isso seria importante na medida em que reduziria a ameaça de autoritarismo tecnológico e a possibilidade de a iniciativa privada ficar com a missão de determinar o padrão de proteção dos direitos fundamentais na internet. Giovanni De Gregorio propõe duas alternativas: uma solução mais tradicional e uma que julga mais vanguardista.

⁴⁵ DE GREGORIO, G. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, Florença, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 set. 2020.

3.1 PROVEDORES DE APLICAÇÃO COMO ATORES PÚBLICOS

No entendimento de Giovanni De Gregorio, ainda que os remédios legais sejam instrumentos para que os usuários defendam seus direitos contra os provedores, é necessário focar não apenas em medidas reativas, mas também naquelas mais proativas⁴⁶. Assim, se há riscos para os direitos fundamentais, os atores públicos deveriam agir dentro do escopo de seu papel para mitigá-los. Ao regular atividades privadas, os atores públicos podem requisitar que as plataformas cumpram obrigações de transparência⁴⁷.

A criação de novos direitos aumentaria a confiança dos usuários em uma “tradução humana” do processo algorítmico, de forma que os usuários não precisariam mais confiar apenas em medidas proativas e reativas, mas também na dimensão humana do processo algorítmico. Isso ajudaria a criar a base do desenvolvimento de um humanismo digital sustentável em vez de um tecnoautoritarismo opaco⁴⁸. A outra saída é pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3.2 APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O debate em torno da aplicação das normas de direitos fundamentais em relações jurídicas privadas não é novo, sendo especialmente estudado na Alemanha, sob a roupagem da *Drittwirkung*⁴⁹. Ora, alguns desses direitos, especialmente os que possuem relevância no tráfego jurídico privado, vinculam as relações jurídicas engendradas entre particulares, que devem respeitar os direitos fundamentais dos sujeitos com quem se relacionam. É dizer, embora tenham surgido para proteger o particular contra eventual opressão estatal

⁴⁶ DE GREGORIO, G. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, Florença, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁴⁷ DE GREGORIO, G. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, Florença, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁴⁸ DE GREGORIO, G. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, Florença, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁴⁹ DUQUE, M. S. *Direito privado e Constituição. Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013. p. 36.

(eficácia vertical), os direitos fundamentais também precisam ser observados no bojo das relações privadas (eficácia horizontal)⁵⁰.

Ora, é extremamente necessário que as leis limitem a autonomia privada, no sentido de se evitar o prejuízo a algumas garantias⁵¹. Portanto, é nula qualquer cláusula contratual que venha a abolir direitos fundamentais⁵². Nesse sentido, surgem algumas teorias que almejam a explicar a aplicação desses direitos às relações privadas.

Cita-se, inicialmente, o efeito de irradiação dos direitos fundamentais, pelo qual esses direitos, por expressarem uma classe de valores, irradiam efeitos para todos os âmbitos do direito. Isso foi reconhecido primeiramente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) no caso *Lüth*, no qual se analisaram os efeitos do direito fundamental à liberdade de expressão em âmbito privado, em um contexto de conclamação ao boicote de uma obra cinematográfica. O BVerfG entendeu que a eficácia dos direitos fundamentais irradia para as relações privadas⁵³.

O resultado dessa “irradiação” – que nada mais é do que a geração de efeitos para fora da esfera pública – dos direitos fundamentais é a obrigatoriedade de que os negócios jurídicos se adequem ao conteúdo desses direitos e garantias. O grande mérito da teoria é a demonstração de que, no direito, nada foge à incidência dos direitos fundamentais.

Outra teoria é a do efeito recíproco dos direitos fundamentais, que consiste na necessidade de constatação de uma relação de reciprocidade entre um direito restringido e qualquer medida restritiva desse direito. Ambos devem exercer um controle mútuo um sobre o outro, evitando-se toda forma de excesso. É uma teoria que encontra supedâneo no preceito da proporcionalidade. Assim,

⁵⁰ DUQUE, M. S. *Direito privado e Constituição. Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013. p. 40.

⁵¹ COUTO E SILVA, C. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 23.

⁵² DUQUE, M. S. *Direito privado e Constituição. Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013. p. 43.

⁵³ DUQUE, M. S. *Direito privado e Constituição. Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013. p. 66-69.

deve o magistrado conhecer o que se passa no plano constitucional antes de aplicar a legislação ordinária⁵⁴.

Portanto, os usuários da internet possuem legítimas expectativas de que, se um ator público confiou a um particular a aplicação de uma política pública, é necessário que esses particulares sejam responsabilizados por violação de direitos fundamentais dos usuários. Essa abordagem daria aos usuários o direito de ajuizar reclamações relacionadas à violação, por exemplo, da liberdade de expressão, ou da imagem, ou da honra, diretamente contra as plataformas digitais. Esse mecanismo habilitaria uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais contra ações e omissões desses atores quando fugissem de suas responsabilidades, sob uma narrativa embasada apenas em liberdades, sem qualquer responsabilidade⁵⁵.

4 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: MARCO CIVIL DA INTERNET E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

No Brasil, o Marco Civil da Internet (MCI) mudou o equilíbrio de poder entre a esfera pública e a iniciativa privada, criando proteções contra violações à privacidade e às comunicações dos usuários tanto por autoridades quanto por provedores de acesso à internet, bem como a obrigação do provedor de guardar alguns tipos de dados que possibilitam a identificação de usuários que praticam atividades ilegais. Ao adotar regras específicas de responsabilização, o MCI também estabelece princípios e diretrizes e expressamente afirma a proteção da liberdade de expressão e da privacidade na esfera digital, tanto contra atores públicos quanto privados. Estes e outros traços do MCI, como o alto nível de mobilização social em sua escrita e promulgação, levou alguns observadores a discutir tal lei como uma “Constituição para a Internet” ou como uma “Carta de Direitos Digital”⁵⁶.

⁵⁴ DUQUE, M. S. *Direito privado e Constituição. Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013. p. 74-81.

⁵⁵ DE GREGORIO, G. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, Florença, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁶ ARGUELHES, D. W.; MONCAU, L. F. M. The Marco Civil da Internet and digital constitutionalism. In: FROSIO, G. (ed.). *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press, 2020.

Antes do MCI, o Judiciário brasileiro se viu abarrotado de casos sobre a responsabilidade das plataformas sobre atos ilícitos perpetrados por seus usuários por meio delas. Um dos motivos do MCI foi justamente trazer segurança jurídica tanto para o usuário quanto para o provedor de aplicação, que deixa de assumir a integralidade dos riscos da atividade. Conforme esses casos foram aparecendo nos tribunais brasileiros, a comunidade jurídica passou a cobrar do Legislativo uma norma para regulamentar as atividades dos intermediadores na internet. Dentre muitos esforços do legislativo, um que recebeu bastante atenção pública foi um projeto de lei do cibercrime, proposto pelo então Senador Eduardo Azeredo⁵⁷.

O projeto era inspirado na Convenção de Budapeste⁵⁸, do Conselho da Europa, de 2001, ratificada pelo Brasil em 2020, e levantou sérias preocupações sobre privacidade e vigilância. As reações ao projeto de Azeredo eventualmente convergiram para uma proposta alternativa para regulamentar a internet – em vez de estabelecer tipos penais e penas para o mau uso, a ideia era afirmar princípios, direitos, deveres e responsabilidades no que diz respeito ao uso da internet.

A proposta, apresentada como um Marco Civil, foi recebida com entusiasmo pelo governo. Em 2009, o Ministério da Justiça se aliou à Fundação Getúlio Vargas (FGV) para desenhar um processo de consulta pública como parte do esboço da nova lei. Pode-se dizer que o processo legislativo que culminou com a promulgação do MCI foi um processo legislativo interativo, eis que contou com extensa participação popular⁵⁹.

De toda forma, com o tempo, a economia mundial foi se tornando mais e mais voltada a dados, o que levou à necessidade de uma nova legislação, que protegesse os dados pessoais de maneira mais ampla que o MCI. Grandes *players* econômicos, bem como os próprios governos, têm criado o chamado espelho de uma só via⁶⁰: tais agentes sabem muito – se não tudo – sobre as

⁵⁷ ARGUELHES, D. W.; MONCAU, L. F. M. The Marco Civil da Internet and digital constitutionalism. In: FROSIO, G. (ed.). *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press, 2020.

⁵⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Convention of Budapest*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁵⁹ LONGHI, J. V. R. *Processo legislativo interativo*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 183-230.

⁶⁰ Tradução nossa para “*one-way mirror*”.

pessoas, mas estas não sabem nada sobre aqueles. O que possibilita a criação desse espelho é a constante vigilância e monitoramento da vida das pessoas⁶¹.

O mais grave é que essa vigilância pode ser feita a partir de dados aparentemente irrelevantes, como buscas feitas em serviços *online*, tempo gasto em determinadas redes sociais, “curtidas”, locais visitados etc. A conversão desses dados em informações leva a inteligência artificial a saber sobre o cidadão muito mais do que ele imagina⁶². O risco da prática está no fato de que se extraem mais dados do que o necessário para o aprimoramento dos serviços prestados⁶³, fabricando-se previsões que se transformam em produtos que serão vendidos em novos mercados comportamentais⁶⁴. Ora, conforme lição de Ana Frazão, tanto a interação quanto a interpretação humanas são necessárias para se decidir sobre a utilidade e adequação das correlações encontradas. Isso tudo sem falar que, mesmo se o raciocínio estatístico for correto, há de se convir que está acontecendo uma verdadeira discriminação, julgando-se pessoas a partir de critérios totalmente alheios à individualidade de cada um⁶⁵.

Tudo isso sem falar na implicação política de operações de tratamento de dados, como ocorre no conhecido escândalo da *Cambridge Analytica*, que teria usado dados para influenciar as eleições estadunidenses de 2016⁶⁶. Efeitos menores na trajetória desse mercado de dados podem ter consequências

⁶¹ PASQUALE, F. *The black box society*. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 42 e ss.

⁶² FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019. p. 33.

⁶³ ZUBOFF, S. *The age of surveillance capitalism*. The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019. p. 97.

⁶⁴ FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019. p. 33.

⁶⁵ FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019. p. 34. Na mesma linha, BONNA, A. P. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “profiling”, estigmatização e responsabilidade civil. In: MARTINS, G. M.; ROSENVALD, N. (coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

⁶⁶ O que, na verdade, não foi confirmado.

imensuráveis no futuro⁶⁷. Na jurisprudência brasileira, pelo menos desde a década de 1990, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), principalmente em julgados que diziam respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos cadastros negativos de crédito, já fazia referência ao aparecimento de um novo conceito de privacidade, que merecia tutela diferente daquela tradicionalmente reservada à privacidade enquanto exclusão de terceiros. Em 1995, quando do julgamento do REsp 22.337-8/RS, o Ministro Ruy Rosado mencionou o direito fundamental à autodeterminação informativa, aparecido na Alemanha⁶⁸.

Assim, em 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com vistas a aumentar o protagonismo do titular de dados nessa relação. A legislação almeja “contornar, dentro do possível, os efeitos nefastos de um capitalismo cada vez mais baseado na vigilância e na opacidade”⁶⁹. De toda forma, para que se possa falar em um constitucionalismo digital no Brasil, precisamos falar dos principais princípios e direitos fundamentais que as novas legislações pretendem proteger, o que será feito no tópico 5 *infra*.

5 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS A SEREM PROTEGIDOS ONLINE

Merecem destaque, no âmbito do constitucionalismo digital brasileiro, os princípios da neutralidade da internet e o direito fundamental à autodeterminação informativa. A neutralidade da internet é termo criado por Tim Wu, que afirma se tratar de princípio simples, que sugere que as pessoas possuem o direito de acessar qualquer informação que quiserem, protegendo, assim, a liberdade de comunicação do indivíduo⁷⁰. Dessa maneira, veda-se aos

⁶⁷ FRAZÃO, A. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019. p. 109. A autora afirma que “a ideia inicial vinculada à intimidade se expande para abarcar, em um primeiro momento, a autodeterminação informativa e, em um segundo momento, importantes direitos e garantias fundamentais, incluindo a dignidade e a cidadania”.

⁶⁸ CUEVA, R. V. B. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019. p. 88-89.

⁶⁹ CUEVA, R. V. B. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019. p. 127.

⁷⁰ WU, T. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, [s.l.], v. 2, 2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Acesso em: 1º dez. 2020.

provedores de aplicações e serviços o tratamento discriminatório dos dados que trafegam em suas estruturas, independentemente de conteúdo, origem ou destino. Impede-se, assim, a criação de um poder central que arrisque a autonomia do usuário na escolha do que acessar, ou, ainda, ameace a oferta de produtos, serviços e aplicativos em paridade de condições⁷¹.

Coíbem-se, assim, além de práticas antidemocráticas como influência indevida em resultados eleitorais por meio do enviesamento algorítmico, comportamentos como o *geopricing* – alteração do preço do produto e/ou serviço oferecido *online* conforme a localização do consumidor – e o *geoblocking* – não fornecimento do produto e/ou serviço conforme a localização do consumidor –⁷², ou, ainda, o *profiling* – criação de um perfil digital do usuário da internet, classificando-o conforme seus desejos, preferências e hábitos, para personalizar produtos e serviços⁷³.

No que tange à autodeterminação informativa, mais uma vez, nos socorremos da jurisprudência germânica. Ora, desde 1977, a Alemanha possui uma lei federal de proteção de dados pessoais, a *Bundesdatenschutzgesetz*⁷⁴. Em 1983, a República Federal da Alemanha realizou um censo, mas seus trabalhos geraram desconfiança em parte da sociedade, devido ao método de coleta das informações, bem como à destinação destas. O caso gerou importante precedente no BVerfG.

Na ocasião, a lei de proteção de dados então em vigor não se mostrou suficiente para dar uma resposta às controvérsias causadas pela legislação que instituiu o censo, sem falar no fato de que uma decisão administrativa de 1978 estabelecera que leis de coleta de dados para fins estatísticos prevaleceriam sobre a legislação de proteção de dados. O BVerfG, contudo, suspendeu o

⁷¹ MARTINS, G. M. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 173.

⁷² Nesse sentido, MARTINS, G. M. O *geopricing* e o *geoblocking* e seus efeitos nas relações de consumo. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (coord.) *Inteligência artificial e direito*. Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: RT, 2019. p. 633-650.

⁷³ BONNA, A. P. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “*profiling*”, estigmatização e responsabilidade civil. In: MARTINS, G. M.; ROSENVALD, N. (coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

⁷⁴ DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 165.

censo e declarou a inconstitucionalidade da lei que o instituíra, com base na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade⁷⁵.

O acórdão utilizou a expressão “autodeterminação informativa”, que já existia na doutrina estadunidense, para se referir ao direito que as pessoas possuem de decidir quando e em quais limites seus dados pessoais poderão ser usados⁷⁶. O julgamento foi paradigmático, pois esse direito ainda hoje orienta a postura alemã frente à proteção de dados pessoais e influencia, de maneira intensa, todos os países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil. Assim, a LGPD, em seu art. 2º, II, consagra a autodeterminação informativa como fundamento da disciplina brasileira de proteção de dados.

CONCLUSÃO

Com base em tudo o que foi até aqui exposto, é possível, desde o início, concluir que sim, que o Brasil vive uma fase de constitucionalismo digital. Ora, sendo o constitucionalismo digital a limitação jurídica do exercício de faculdades proporcionadas pelas novas tecnologias, de forma a legitimá-lo, é elementar que o País tem se voltado para essa ideologia.

Uma primeira pista dessa resposta é o fato de que legislações relativas à internet têm sido fruto de amplo debate entre diversos setores da sociedade, e o MCI o evidencia. Tem-se, na história do próprio MCI, notável participação popular. Nota-se que o Estado possibilitou aos cidadãos participarem de maneira ativa na atividade normogenética, o que, até então, nunca acontecera.

Uma segunda pista é a crescente preocupação com valores já consagrados na constituição, como intimidade e privacidade. Por fim, temos a proteção de valores fundamentais como a neutralidade da rede e a autodeterminação informativa. Assim, nota-se uma guinada de nosso momento histórico rumo a um constitucionalismo digital.

Não se está a dizer que o MCI e a LGPD, por si só, seriam suficientes para a concretização dessa constitucionalização do ambiente digital, e ainda

⁷⁵ DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 166.

⁷⁶ DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 168. Ver, a esse respeito também: SARLET, I. W.; SAAVEDRA, G. A. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 93, p. 33-57, maio/jun. 2020.

há muito a ser feito, por exemplo, em matéria de direito eleitoral, de direito concorrencial e até mesmo de direito do consumidor.

Contudo, o País parece, sim, estar no caminho do constitucionalismo digital. É uma tendência comum e esperada, considerando o momento que se vive.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, D. W.; MONCAU, L. F. M. The Marco Civil da Internet and digital constitutionalism. In: FROSIO, G. (ed.). *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

BENKLER, Y. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Heaven: Yale University Press, 2006.

BERMAN, P. S. Cyberspace and the state action debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation. *University of Colorado Law Review*, Denver, v. 71, p. 1263-1310.

BIRNHACK, M. D.; ELKIN-KOREN, N. The invisible handshake: the reemergence of the State in the digital environment. *Virginia Journal of Law and Technology*, [s.l.], 2003. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vjolt&div=9&id=&page=>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BONNA, A. P. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “profiling”, estigmatização e responsabilidade civil. In: MARTINS, G. M.; ROSENVALD, N. (coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

CASTELLS, M. *Information age: information, culture, economy – End of millenium*. Oxford: Blackwell, v. 3, 1998.

CASTELLS, M. *La galaxia internet*. Trad. Raúl Quintana. Barcelona: Aretè, 2001.

CASTELLS, M. *Sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CELESTE, E. Digital constitutionalism: mapping the constitutional response to digital technology’s challenges (July 25, 2018). *HIIG Discussion Paper*, Series No. 2018-02. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3219905>. Acesso em: 29 set. 2020.

COHEN, M. R. Property and sovereignty. 13 *Cornell Law Review*, 8 (1927). Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol13/iss1/3/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention of Budapest*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>. Acesso em: 30 nov. 2020.

COUNCIL OF EUROPE. *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services*. Disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1929453&Site=CM&direct=true>. Acesso em: 30 nov. 2020.

COUTO E SILVA, C. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CUEVA, R. V. B. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019.

DE GREGORIO, G. Democratising online content moderation: a constitutional framework (2019). *Computer Law and Security Review*, [s.l.], 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3469443>.

DE GREGORIO, G. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, Florença, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 set. 2020.

DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

DUQUE, M. S. *Direito privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: RT, 2013.

FITZGERALD, B. F. Software as disclosure: the power of intellectual property in digital architecture. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, New York, a. 18, v. 337, 2000. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/caelj18&div=15&id=&page=>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019.

FRAZÃO, A. Objetivos e alcance da lei geral de proteção de dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2019.

KAY, R. The State Action Doctrine, the Public-Private Distinction, and the Independence of Constitutional Law. *Faculty Articles and Papers*, [s.l.], v. 10 (1993). Disponível em: https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=law_papers. Acesso em: 29 nov. 2020.

LÉVY, P. *Cibercultura*. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

- LÉVY, P. *O que é o virtual*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.
- LONGHI, J. V. R. *Processo legislativo interativo*. Interatividade e participação por meio das tecnologias da informação e comunicação. Curitiba: Juruá, 2017.
- MAGRANI, E. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MARTINS, G. M. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINS, G. M. O *geopricing* e o *geoblocking* e seus efeitos nas relações de consumo. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (coord.) *Inteligência artificial e direito*. Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: RT, 2019.
- PASQUALE, F. *The black box society*. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- PETERS, A. Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, Vol. 19, p. 579-610, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1564125>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- POST, D. G. Of black holes and decentralized law-making in cyberspace. In: SPINELLO, R. *Cyberethics: morality and law in cyberspace*. 3. ed. Burlington: Jones & Bartlett Learning, 2006.
- POST, D. G. The “unsettled paradox”: the internet, the State, and the consent of the governed. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, Vol. 5, No. 2, p. 521, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=943453>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- RODOTÀ, S. Una costituzione per internet? *Politica del diritto*, [s.l.], a. XLI, n. 3, set./2010. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1437/32850>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- SARLET, I. W.; SAAVEDRA, G. A. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 93, pp. 33-57, maio/jun. 2020.
- SHKLAR, J. N. *The faces of injustice*. New Haven: Yale University Press, 1990.
- SRNICEK, N. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2018.
- SUZOR, N. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms (September 2016). *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em: 29 nov. 2020.

WALDRON, J. Constitutionalism: a skeptical view (2010). *Philip A. Hart Memorial Lecture.*, Georgetown. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>. Acesso em: 30 nov. 2020.

WU, T. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, [s.l.], v. 2, 2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Acesso em: 1º dez. 2020.

ZUBOFF, S. *The age of surveillance capitalism*. The fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

Submissão em: 22.08.2021

Avaliado em: 11.09.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.03.2022 (Avaliador I)

Avaliado em: 05.04.2022 (Avaliador J)

Aceito em: 13.09.2022