XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

TALISSA TRUCCOLO REATO

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Talissa Truccolo Reato.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-661-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

O XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriú – SC teve como tema central dos debates "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", de modo que foi marcado pelo reencontro, pelo diálogo e pela troca de experiências, sobretudo após o período de restrições em decorrência da pandemia da COVID-19.

Os artigos apresentados no GT "Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I" foram produtivos e ensejaram a participação de pesquisadores de diversas regiões do país, propiciando um ambiente de debates proveitosos. O GT foi organizado em dois grandes blocos de apresentações e debates.

Em que pese o eixo comum seja Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, os artigos apresentados, abaixo publicados, envolvem proposições diversas. No primeiro bloco foi abordado o Constitucionalismo Digital, que é um conceito em construção, haja vista a necessidade de regulamentação tecnológica para garantir a proteção dos direitos humanos sob a égide constitucional.

Outrossim, sequencialmente se debateu a questão dos grupos vulneráveis e a atuação do Supremo Tribunal Federal, inclusive em decorrência das determinações de planos de enfrentamento das adversidades enfrentadas pelas referidas populações, sobretudo durante da pandemia vivenciada.

No GT também foi referido o tema da dignidade da pessoa humana, na condição de princípio da Constituição Federal do Brasil de 1988, uma vez que esta é uma qualidade de cada ser humano que implica respeito pelo Estado e pela comunidade.

Além destas temáticas, explanou-se a questão da representatividade feminina no Poder Legislativo, assunto de fundamental relevância para a afirmação da equidade de gênero, de modo que foram discutidos dados e como ampliar a participação feminina.

Ademais, houve diálogo acadêmico quanto ao assunto da aporofobia, isto é, repulsa aos pobres, um termo importante quanto se estuda a discriminação estrutural aos pobres no Brasil, que está – infelizmente – enraizada nos costumes e culturas.

Outro tema de fundamental relevância no GT diz respeito aos direitos da natureza, em especial quando se comparam as Constituições do Equador e da Bolívia, que possuem um nítido avanço em relação aos demais no que concerne ao reconhecimento da natureza como sujeito de direitos.

No final do bloco exordial foi aludida a questão da separação de poderes, inclusive na condição de conceito indeterminado, levando em consideração também o sistema de freios e contrapesos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Finda a primeira parte das exposições, iniciou-se o segundo bloco, no qual um dos temas abordados foi a violação indireta à Constituição Federal de 1988, ou seja, reflexa. Além disso, abordou-se a questão da democracia no Brasil e a possibilidade do referido país se tornar um Estado autocrático.

Além disso, trouxe-se ao debate a questão da transdisciplinaridade, de modo que se faz necessário pensar o mundo na diversidade. Também vale destacar a importância do estudo da transnacionalidade e da força normativa da Constituição, tópicos suscitados no GT, com ênfase para a reconfiguração estatal pós-pandemia.

Ainda, a fragilidade democrática foi explicada em versos, de modo muito interessante, unindo poesia e direito, o que é digno de apreço, já que nenhuma área de conhecimento sobrevive isoladamente. Além disso, destacam-se as pesquisas que enfatizam a relevância do diálogo entre as instituições, para fins de fortalecer o constitucionalismo.

Foi retratada a questão do direito à saúde e escassez, envolvendo direitos sociais, perspectiva econômica e a relevância de políticas públicas efetivas (e não restritivas), para fins de diluir a ampla desigualdade social que existe no Brasil, neste caso no que tange ao acesso à saúde.

Também foram promovidos debates finais envolvendo a recepção de normas pré-constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a luta de garantias em face do abuso do poder do Estado (neste caso, retratou-se a exploração de riquezas naturais), a posição de Maquiavel e Spinoza no que diz respeito à liberdade e, por fim, a ampla necessidade de respeitar as instituições (que são as travas).

Isto posto, pode-se dizer que o GT foi deveras profícuo e importante, especialmente por envolver diversos tópicos tão caros e relevantes para refletir sobre Constituição, Teoria Constitucional e para a Democracia. Esperamos que a leitura das publicações seja tão proveitosa quanto foram os debates no Congresso em comento.

Atenciosamente,

Newton Cesar Pilau

Talissa Truccolo Reato

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

DIGITAL CONSTITUTIONALISM, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL JUSTICE

Berto Igor Caballero Cuellar [1]

Resumo

O desenvolvimento de um mundo globalizado e totalmente conectado à internet chacoalhou não só as relações interpessoais, mas a própria noção da organização e do verdadeiro papel do Estado. Com o advento das redes sociais, as famigeradas big techs tornaram-se detentoras de dados e informações de boa parte da população mundial, dando a elas um papel de alto relevo no desenvolvimento da sociedade. Isto é, a expansão da internet e das redes sociais retirou o monopólio do poder estatal, fazendo com que atores privados tivessem a possibilidade de fazer o controle dos direitos fundamentais e da Constituição por meio de suas próprias plataformas. O Direito passou a reagir a essa conjuntura, dando início ao que se convencionou chamar de Constitucionalismo Digital, que visa reestabelecer o equilíbrio das relações jurídicas no mundo digital. Este artigo faz uma revisão da literatura sobre esse constitucionalismo, mostrando as diferenças entre o conceito e a natureza jurídica, e analisando as soluções propostas pela doutrina para melhorar e aperfeiçoar a regulamentação da internet e a preservação da supremacia da constituição.

Palavras-chave: Constitucionalismo digital, Transformações tecnológicas, Direitos fundamentais, Jurisdição constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The development of a globalized world fully connected to the Internet has shaken not only interpersonal relationships, but the very notion of organization and the true role of the State. With the advent of social networks, the infamous big techs have become holders of data and information for a large part of the world's population, giving them a high-profile role in the development of society. That is, the expansion of the internet and social networks removed the monopoly of state power, giving private actors the possibility to control fundamental rights and the Constitution through their own platforms. Law began to react to this situation, initiating what is conventionally called Digital Constitutionalism, which aims to reestablish the balance of legal relations in the digital world. This article reviews the literature on this constitutionalism, showing the differences between the concept and the legal nature, and analyzing the solutions proposed by the doctrine to improve and improve the regulation of the internet and the preservation of the supremacy of the constitution.

---

[1] Doutorando em Direito pelo IDP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Advogado. Professor Efetivo Assistente da Universidade Federal do Piauí

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Digital constitutionalism, Technological transformations, Fundamental rights, Constitucional justice

1. INTRODUÇÃO

A ideia tão bem solidificada de que o Estado é a representação do Poder, pacificando os conflitos por meio de sua força, estremeceu com a eclosão de uma sociedade que pode se relacionar de forma inteiramente virtual.

Em virtude do *boom* da internet, os atores privados ganharam uma importância inexistente anteriormente. Isso ocorre especialmente pelo fato de as grandes empresas que operam na internet serem as detentoras e controladoras dos dados e informações de seus usuários. Com isso, as famigeradas *BIG TECHS* se tornaram também responsáveis por mediar situações de conflito por meio de seus termos de uso de serviço.

Ademais, há que se frisar a influência dessas empresas não apenas na vida privada dos indivíduos, mas também na tomada de decisões coletivas, tendo em vista que as redes sociais se tornaram espaço de discussão de ideias e de debates. São inúmeros os exemplos de manifestações sociais que surgiram na internet e se alastraram para as ruas.

Ainda no aspecto da coletividade, o acesso amplificado à internet, sem dúvida nenhuma, promoveu a inclusão social de vários indivíduos, eliminando o conceito de espaço e tempo, e permitindo que um grupo muito maior de pessoas tomasse conhecimento e participasse dos debates que pautam a sociedade.

É diante deste cenário que o movimento constitucionalista se encontra atualmente: numa conjuntura completamente diferente daquela que se estabeleceu nos séculos XVIII e seguintes. É com esse desafio que o constitucionalismo precisa lidar agora. E é a partir deste ponto que analisaremos quais os reflexos sofridos pela transformação digital no mundo jurídico.

Este *paper* tem o objetivo de jogar luz sobre o que a doutrina convencionou denominar de *Constitucionalismo Digital*, fazendo uma revisão dos principais artigos da atualidade sobre o tema e propondo reflexões para o futuro.

2. DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Em que pese não ser o objetivo deste trabalho esmiuçar a origem e evolução das facetas do constitucionalismo, é necessário estabelecer um conceito basilar como ponto de partida.

Seguindo essa intenção, trazemos ao texto o conceito formulado pelo professor J.J. Canotilho (2007, p. 51), para quem o

> Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...) O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Numa outra acepção – histórico-descritiva- fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo e a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político,* sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Desenvolvendo o conceito do catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, podemos concluir que o constitucionalismo é um movimento que busca limitar o poder do Estado, forçando-o a proteger os direitos fundamentais e regulamentar a relação entre os poderes constituídos.

O Constitucionalismo moderno, como nos mostrou Canotilho, foi um movimento que visava romper com o Constitucionalismo Antigo. Em outros termos: as transformações enfrentadas pela sociedade na época levaram à necessidade da mudança do paradigma do poder Estado. Esse Estado passa de um ente praticamente ilimitado, submetido a poucas regras e à máxima vontade do rei, para um ente com divisão interna de poderes e respeito à uma Lei Maior.

Seguindo a lógica de que o paradigma do Estado vai se amoldando às transformações sociais, chegamos ao ponto central deste ensaio: Tais transformações são suficientes para gerar um "novo" constitucionalismo? De que forma as transformações causadas pelo ciberespaço afetam o paradigma estatal e, consequentemente, o constitucionalismo vigente?

3. Os Impactos das Transformações Digitais

Não há discordância na doutrina atual quanto à existência dos pontos de transformação desencadeados pela utilização da tecnologia: o impacto que a internet vem causando nos direitos fundamentais e o deslocamento dos centros de poder, do Estado para os atores privados. Analisaremos cada um desses fatores.

3.1 Direitos fundamentais

Não há qualquer dúvida de que o uso da internet, principalmente das redes sociais, impactou profundamente no exercício dos direitos fundamentais pelos membros da sociedade.

O primeiro conjunto de direitos fundamentais atingidos certamente foi o referente aos direitos da personalidade. A explicação é simples: i) precisamos compartilhar informações pessoais com as plataformas para exercer regularmente os atos da vida civil;[1] ii) estes dados são utilizados pelas empresas para o desenvolvimento de algoritmos capazes de prever (e até ditar) nossos comportamentos; iii) os algoritmos, contendo nossas informações, são comercializados sem nosso prévio conhecimento e consentimento.

Em uma sociedade totalmente conectada, nos tornamos completamente reféns da internet, dando enorme poder às famigeradas *big techs*. Essa conjuntura desequilibrou todo o arcabouço de proteção da nossa privacidade, intimidade e imagem (para ficar só nestes exemplos). Afinal de contas, como saber exatamente quais são as informações que essas empresas possuem? Além disso, estas empresas estão sujeitas às leis de qual país?[2]

Para além dos direitos da personalidade, uma outra categoria de direitos fundamentais sofre total transformação por conta dos avanços tecnológicos: o das *liberdades públicas*. Estas, no sentido antigo, de origem francesa, são aquelas que possuem o objetivo de determinar as obrigações do Estado fixando garantias para o seu cumprimento. (NETO, 2006, p. 65)

Segundo CRETELLA JUNIOR (1974, P.45), são "faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro de limites traçados pelo poder público".

Estas definições clássicas sofrem distorções com a chegada do mundo digital. Isto se deve ao fato de elas poderem ser exercidas a qualquer tempo, em qualquer lugar, por meio das redes sociais. Nas palavras de DANTAS e CONI JÚNIOR (2017, P.62),

> concebendo-se a liberdade de reunião nas conformações das vias digitais, estaria dissociada de um elemento que a qualifica necessariamente na sua configuração jurídica, que é o caráter temporário. Com efeito, é possível constatar que qualquer manifestação coletiva, quer por blogs, quer por redes

[1] Aqui o leitor pode argumentar que não existe obrigatoriedade para o fornecimento destes dados. Formalmente, de fato, não existe nenhuma lei que nos obrigue a configurar uma conta de e-mail ou nos cadastrar numa rede social. Entretanto, fica difícil imaginar que alguém consiga exercer plenamente as suas atividades mais básicas sem estar conectado. É razoável exigir esse sacrifício do indivíduo?

[2] Aqui, nota-se, temos uma questão que extrapola a própria intimidade e privacidade, atingindo em cheio a problemática da soberania e dos limites da jurisdição, que serão abordados em tópicos seguintes.

> sociais, como Facebook ou Twitter, quer fóruns de discussão, quer por outros canais, que se estabeleça em torno de um objetivo comum, de caráter temporário, no espaço público comum das ágoras digitais, consubstancia expressão da liberdade de reunião digital, não podendo ser obstado ou receber qualquer espécie de censura e, ainda, devendo ser assegurada a participação de qualquer interessado, podendo transcender da sua dimensão virtual para a real, ocupando as praças.

Por fim, mas não menos importante, a internet provocou também diversas mudanças no exercício da cidadania. Para ALBAN (2012, p. 65),

> Constatado que o ciberespaço, como um espaço intermediário capaz de ampliar a prática discursiva, na medida em que oferece a possibilidade, in these, desta se dar de forma mais ampla e livre, não é um espaço desvencilhado da realidade, e sim parte integrante desta, é possível defender que o mesmo possui a capacidade de promover a deliberação pública em prol do exercício político, visto que este, mesmo que se dê tradicionalmente em âmbito offline, encontra no ciberespaço e nas TICs, sejam as mais antigas ou as mais novas (embora o enfoque dado tenha sido nessas últimas e, dentre estas, na Internet), aliados que potencializariam e facilitariam sua constatação ao oferecer o substrato necessário para que a interação discursiva possa ser ampliada.

Um exemplo bastante claro de como as novas tecnologias podem influenciar no exercício da cidadania ocorreu nas eleições americanas de 2016. O *facebook* e a empresa *Cambridge Analytica* foram envolvidos em um escândalo de vazamento de dados de 87 milhões de usuários (Inicialmente, estimava-se em 50 milhões de usuários com informações vazadas, o que logo depois foi retificado para 87 milhões). Os dados foram utilizados para direcionar as campanhas do então candidato *Donald Trump*¸ que venceu a democrata *Hillary Clinton* naquela ocasião.[3]

Nas eleições seguintes, de 2020, apoiadores do então presidente *Trump* invadiram o capitólio, em Washington, em protesto à derrota na corrida presidencial daquele ano. Toda a movimentação dos revoltados teve início a partir das redes sociais do presidente, que afirmavam categoricamente que as eleições haviam sido fraudadas.

Alguns dos manifestantes já foram condenados, e atualmente o ex-presidente *Donald Trump* está sendo investigado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos.[4] O ex-

[3] https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml Acesso em 11 de outubro de 2022

[4] https://www.poder360.com.br/internacional/justica-investiga-trump-por-ataque-ao-capitolio-diz-jornal/ Acesso em 11 de outubro de 2022

presidente teve ainda suas contas do *facebook* suspensas por tempo indeterminado (o que será analisado nos tópicos seguintes).

3.2 A Justiça Constitucional e os atores políticos no mundo digitalizado

A justiça constitucional não esgota a garantia da Constituição, isto é, não é a única responsável por sua aplicação. Trata-se, na verdade, do meio mais usado e eficaz. A garantia das normas constitucionais é assegurada, de forma genérica, pela separação dos poderes, e de forma estrita, pelos limites à revisão constitucional, pela vinculação dos poderes e pelo respeito aos direitos fundamentais. (URBANO, 2013, P.11)

Essa definição clássica, mais uma vez aponta sua mira para o Estado, principal ator e responsável pela preservação da constituição. Entretanto, é possível que as plataformas de tecnologia digam façam a proteção aos direitos constitucionais por meio de seus termos de serviço? Diante de toda a contextualização feita nesse trabalho fica clara que a resposta é extremamente complexa. Isto porque, apesar de serem empresas privadas, dotadas de autonomia para estabelecer suas próprias regras de funcionamento, estão lidando com direitos sensíveis à toda população, acumulando um enorme poder em suas mãos.

Segundo EDOARDO CELESTE (2019, P.13),

> the rising relevance of digital technology in contemporary society has vested an extraordinary amount of power in non-state actors, such as the big multinational corporations and the transnational organisations which own, commercialise or manage this technology, to the detriment of traditional constitutional actors like nation states.
>
> These changes can be globally interpreted as an alteration of the constitutional equilibrium against which, interestingly, the constitutional system is responding through a series of normative counteractions.[5]

Cabe frisar aqui que a discussão não se trata meramente de uma questão de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isto porque, esta teoria, anunciada inicialmente

[5] Em tradução livre: a crescente relevância da tecnologia digital na sociedade contemporânea tem investido um poder extraordinário em atores não estatais, como as grandes corporações multinacionais e as organizações transnacionais que possuem, comercializam ou administram essa tecnologia, em detrimento de atores constitucionais tradicionais como a nação estados. Essas mudanças podem ser globalmente interpretadas como uma alteração do equilíbrio constitucional contra o qual, curiosamente, o sistema constitucional está respondendo por meio de uma série de respostas normativas.

pelo Tribunal Constitucional Alemão no famigerado caso Lüth, não é suficiente para responder às transformações causadas pelas inovações tecnológicas.

Nos dizeres de PÁDUA (2022),

> Em suma, a deficiência da teoria de Canaris está no fato de tratar os partícipes da internet como objeto de políticas e medidas jurídicas estatais, sendo necessária a compreensão de tais agentes como formuladores das políticas, das regras e dos princípios para que as posições jurídicas fundamentais, materiais e formais, sejam concretizadas.

A situação ocorrida nos Estados Unidos ilustra muito bem como as estruturas do poder foram chacoalhadas com o advento da tecnologia. Todo o imbróglio do capitólio foi originado e gerenciado pelas próprias redes sociais. O então presidente *Trump* teve diversas postagens do *twitter* canceladas por serem consideradas *fake News.* Além disso, após o episódio, a Meta, dona do *facebook*, determinou a suspensão por tempo indeterminado de todas as contas de *Trump*.

O episódio levantou diversos questionamentos por parte de toda a sociedade, mas certamente chamou ainda mais atenção da comunidade jurídica.

Analisando este cenário: as empresas coletam, armazenam, produzem dados dos seus usuários, utilizando-os para comercialização. As mesmas informações estão servindo também para o impulsionamento e o direcionamento de campanhas políticas. As plataformas servem como *ágoras digitais*, onde as pessoas organizam movimentos e exprimem suas opiniões.

4. ACEPÇÕES E NATUREZA JURÍDICA DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Os trabalhados revisados para este ensaio entendem que a eclosão da internet fez nascer a necessidade de uma nova forma de enxergar a Constituição. À essa nova forma se convencionou chamar de *Constitucionalismo Digital*.

Apesar de haver consenso sobre a *utilização* do termo supramencionado, a literatura não chegou a um consenso sobre a *natureza jurídica* e nem sobre qual seria de fato o verdadeiro *conceito* desse constitucionalismo. Em virtude disso, tentamos trazer a este trabalho alguns dos conceitos que consideramos mais importantes na literatura atual.

Para EDOARDO CELESTE (2019, P.13), professor da Universidade de Dublin, o constitucionalismo digital é uma nova vertente do movimento constitucional, que compartilha

dos mesmos valores e ideais do constitucionalismo "democrático", mas que se aplica ao contexto específico das tecnologias digitais, conforme se vê:

> Digital constitutionalism is a new strand of contemporary constitutionalism. However, it does denote a new stage of evolution of constitutionalism, which marks a revolutionary change and implies the transition to new values and ideals, like it happened when constitutionalism eventually became 'democratic'. It is rather one of its recent directions. In this expression, 'digital' does not directly qualify the term 'constitutionalism', but it is rather an adverbial conveying the idea that one is referring to the constitutionalism related to the digital environment.
>
> Digital constitutionalism consequently shares the foundational values and the overall aims of contemporary constitutionalism, but focuses on the specific context affected by the advent of digital technology.[6]

Já para GILL, REDEKER e GASSER, (2015) constitucionalismo digital não é necessariamente um movimento constitucionalista, como nos propõe Edoardo Celeste. Para estes três autores, o constitucionalismo digital está mais ligado a uma vertente de ações dentro do parâmetro já existente, como se observa:

> (...)as a common term to connect a constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet. Such documents can be traced back at least twenty five years, with authors that include international political bodies, national governments, technology firms, civil society groups and some of the world's most influential leaders in Internet governance.[7]

Já GREGORIO (2021) aponta o Constitucionalismo digital como o atual estágio da evolução da resposta do Direito às transformações causadas pela tecnologia.

Para o autor, a primeira fase tem início com o liberalismo digital, que se inaugura com o Tratado de Roma, em 1957. Embora o tratado se refira às políticas econômicas entre os Estados Europeus, o autor considera que a matéria econômica é a raiz para o desenvolvimento

[6] Em tradução livre: O constitucionalismo digital é uma nova vertente do constitucionalismo contemporâneo. No entanto, denota um novo estágio de evolução do constitucionalismo, que marca uma mudança revolucionária e implica a transição para novos valores e ideais, como aconteceu quando o constitucionalismo acabou se tornando "democrático". É antes uma de suas direções recentes. Nessa expressão, 'digital' não qualifica diretamente o termo 'constitucionalismo', mas sim um adverbial que transmite a ideia de que se está se referindo ao constitucionalismo relacionado ao ambiente digital. O constitucionalismo digital, consequentemente, compartilha os valores fundamentais e os objetivos gerais do constitucionalismo contemporâneo, mas se concentra no contexto específico afetado pelo advento da tecnologia digital.

[7] Em tradução livre: (...) como um termo comum para conectar uma constelação de iniciativas que buscaram articular um conjunto de direitos políticos, normas de governança e limitações ao exercício do poder na Internet. Tais documentos podem ser rastreados há pelo menos vinte e cinco anos, com autores que incluem órgãos políticos internacionais, governos nacionais, empresas de tecnologia, grupos da sociedade civil e alguns dos líderes mais influentes do mundo na governança da Internet.

das tecnologias digitais. Nesta fase, continua, a internet era considerada fora da área de interferência estatal.

A segunda fase da evolução mencionada é o ativismo judicial. Esse estágio foi alcançado, segundo o estudioso, devido ao fato de que a internet saiu do campo de interesse meramente econômico e passou a fazer parte da contenda dos direitos fundamentais. Isso fez com que se exigisse uma resposta do Estado, que surge primeiramente pela atuação judicial. (GREGORIO, 2021).

A intensificação da utilização da internet, o surgimento de atores privados como peças centrais na regulamentação das plataformas, que acabam afetando direitos fundamentais, conforme já mencionado anteriormente, fez com que um novo estágio fosse alcançado. Nas palavras do autor,

> As the expression. suggests, digital constitutionalism has a dual nature. The first term ("digital") refers to technologies based on the Internet, such as automated technologies to process data or moderate content, whereas the second term ("constitutionalism") refers to the political
>
> ideology formulated in the eighteenth century where, according to the Lockean idea, the power of governments should be legally limited and its legitimacy dependente upon compliance with those limitations.[8]

Concluindo, GREGORIO entende que o constitucionalismo digital não é uma nova forma de constitucionalismo, mas sim um novo campo do direito que estuda a relação entre o surgimento das tecnologias e o direito constitucional:

> Digital constitutionalism refers to a specific timeframe evolving in the wake of the global diffusion of the web in the 1990s. Moreover, from a material perspective, this adjective leads to focusing on how digital technologies and constitutionalism affect one another. Therefore, the merging of the expressions "digital" and "constitutionalism" leads to a new theoretical and practical field based on a dynamic dialectic between how digital technologies affect the evolution of constitutionalism and the reaction of constitutional law

[8] Em tradução livre: Como a expressão. sugere, o constitucionalismo digital tem uma natureza dual. O primeiro termo ("digital") refere-se a tecnologias baseadas na Internet, como tecnologias automatizadas para processar dados ou moderar conteúdo, enquanto o segundo termo ("constitucionalismo") refere-se à política ideologia formulada no século XVIII onde, segundo a ideia de Locke, o poder dos governos deveria ser legalmente limitado e sua legitimidade dependente do cumprimento dessas limitações.

> against the power emerging from digital technologies implemented by public and private actors.[9]

Dentre as acepções mostradas, nos parece que esta última é a mais correta. Especificamente porque as alterações provenientes das transformações digitais não vão gerar um novo constitucionalismo, mas sim um novo campo de estudos, com novas conceitos e problemáticas.

5. PARA ONDE DEVE NAVEGAR O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL?

De toda sorte, entendendo o Constitucionalismo Digital como um movimento constitucionalista ou como um novo campo de estudos, o mais importante é entender como ele vai operar diante das problemáticas trazidas pelas transformações tecnológicas.

Para CELESTE (2019, P.12), o constitucionalismo digital informa valores e princípios que vão permear o processo de constitucionalização do ambiente digital. Esse procedimento se divide em uma dimensão nacional e outra transnacional.

A dimensão nacional se efetiva com as constituições, leis com valor constitucional e decisões da justiça constitucional. Ou seja, são sempre instrumentos baseados na figura do Estado. No tocante à dimensão transnacional, ela pode ser operacionalizada pelo Estado, por meio de tratados e decisões das cortes internacionais, ou por meios privados.

Quanto a estes atores privados, ganha força a figura do ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers),* corporação de benefício público sem fins lucrativos com participantes de todo o mundo dedicados a manter a Internet segura, estável e interoperável. Promove a concorrência e desenvolve uma política sobre os identificadores exclusivos da Internet. Por meio de seu papel de coordenação do sistema de nomenclatura da Internet, ele tem um impacto importante na expansão e evolução da Internet.[10]

---

[9] Tradução livre: O constitucionalismo digital refere-se a um período específico que evolui na esteira da difusão global da web na década de 1990. Além disso, do ponto de vista material, esse adjetivo leva a enfocar como as tecnologias digitais e o constitucionalismo afetam um ao outro. Portanto, a fusão das expressões "digital" e "constitucionalismo" leva a um novo campo teórico e prático baseado em uma dinâmica dialética entre como as tecnologias digitais afetam a evolução do constitucionalismo e a reação do direito constitucional frente ao poder emergente das tecnologias digitais implementadas por atores públicos e privados.

[10] ICANN – **Get Started**. Disponível em Icann.org/get-started. Acesso em 13 de outubro de 2022.

No que tange à proteção dos direitos da privacidade, o Direito tem seguido a linha de centralizar na figura do Estado, seja por meios nacionais ou transnacionais. Temos a reafirmação da proteção dos dados como direitos fundamentais por meio da criação de legislações específicas para o âmbito digital tem sido uma tendencia adotada no mundo.

No contexto europeu, a criação da *General Data Protection Regulation*, GDPR, aponta neste sentido. No Brasil, a recente vigência da Lei Geral de Proteção de Dados segue no mesmo sentido.

Ainda que as regulamentações acima encontrem problemas de conscientização, estruturação e efetividade, denotando que ainda há um longo caminho a percorrer, a direção parece estar acertada.

Já no que diz respeito à regulação dos poderes e exercício dos demais direitos fundamentais na esfera digital, como as liberdades públicas, a direção parece ainda não ter sido definida. (nacional ou transnacional; estatal ou privada)

Em aprofundado estudo sobre o tema, o professor Gilmar Ferreira Mendes, em coautoria com Victor Oliveira Fernandes, discute uma readequação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para os autores,

> Enquanto a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na sua acepção tradicional prioriza o controle da atuação do legislador a partir do reconhecimento da dimensão objetiva desses direitos, o protagonismo de plataformas digitais na adjudicação prévia de posições jurídicas em relações privadas requer que esta teoria seja repensada a partir de uma perspectiva de institucionalização social de proteção da liberdade de expressão, o que deve ser levado em conta no controle de constitucionalidade de normas como o art. 19 do MCI.(MENDES E FERREIRA, 2010)[11]

Ou seja, ainda que propondo uma adequação das teorias constitucionais vigentes, o trabalho reforça a importância do papel da justiça constitucional, que deverá manter sua centralidade, ainda que com as atualizações necessárias.

Vê-se que no Brasil essa tem sido a linha adotada. A justiça constitucional tem tido uma relevância cada vez maior na preservação dos ditames. Um exemplo muito claro disso é a

[11] Marco Civil da Internet: Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

batalha que a justiça brasileira tem travado contra as *fake News*, especialmente no processo eleitoral.

Os últimos presidentes do Tribunal Superior Eleitoral (Ministros Barroso, Fachin e Alexandre de Moraes) tem dado declarações contundentes de que as *fake News* em âmbito digital seriam fortemente combatidas, a fim de se garantir a lisura do pleito eleitoral. Para as eleições de 2022, o TSE soma mais de 20 mil denúncias de *fake News* entre os meses de junho e outubro.[12]

Já GILL, REDEKER e GASSER, (2015, P.20) defendem a importância de uma maior valorização de documentos legais da própria internet, as *bill of rights for the Internet.* Os autores advogam a atuação transnacional dos Estados, com uma participação mais aberta de atores privados e organizações internacionais:[13]

> we offered an overview of the core actors in the field of digital constitutionalism and a brief exploration of the processes by which these initiatives originate. The tendency toward open, participatory, and multistakeholder fora was observed throughout the data set, even in very early efforts. These deliberative processes, the values embedded within them, and how those values connect to policy outcomes are all issues which merit further study. In particular, while we see a trend toward openness and inclusion, there are nevertheless challenges around issues of meaningful representation and democracy in a multistakeholder context

Neste sentido, os autores reforçam o papel da ICANN, já mencionada, e dos demais atores privados.

Um destes atores que merece ser mencionado é o *Overboard Sight*, adotado pelo *facebook.* Trata-se de um comitê de resolução de conflitos que foi montada pela própria empresa com o objetivo de dirimir os conflitos derivados da utilização de suas plataformas.

Para criar esse comitê, o *Facebook* fez uma consulta pública para preenchimento de formulários de forma livre pela população, realizando também 28 *workshops* e mesas-redondas

---

[12] https://www.cnnbrasil.com.br/politica/tse-soma-mais-de-21-mil-denuncias-de-fake-news-em-pouco-mais-de-tres-meses/

[13] tradução livre: oferecemos uma visão geral dos atores centrais no campo do constitucionalismo digital e uma breve exploração dos processos pelos quais essas iniciativas se originam. A tendência para fóruns abertos, participativos e multissetoriais foi observada em todo o conjunto de dados, mesmo nos primeiros esforços. Esses processos deliberativos, os valores embutidos neles e como esses valores se conectam aos resultados das políticas são questões que merecem um estudo mais aprofundado. Em particular, embora vejamos uma tendência de abertura e inclusão, existem desafios em torno de questões de representação significativa e democracia em um contexto multissetorial

em diferentes partes do mundo, com o objetivo de ouvir peritos em atuação em temas como liberdade de expressão, tecnologia e democracia. (MARTINS e COSTA, 2022. P. 101)

Os casos submetidos ao Comitê podem advir de apelações dos usuários, que esgotaram todas as vias de questionamento no âmbito do Facebook, ou por meio de requerimento do próprio Facebook. É importante destacar que a base de análise das decisões do *Oversight Board* são as políticas de conteúdo e os valores do Facebook. O Estatuto do *Oversight Board* também traz como norte para as decisões os precedentes firmados pelo Comitê em casos anteriores e as normas de direitos humanos, eximindo o órgão da obrigação de aplicar leis locais. (MARTINS e COSTA, 2022. P. 103)

6. CONCLUSÕES

Neste artigo demonstramos como a tecnologia tem alterado o equilíbrio constitucional, mobilizando a academia a pensar em novos arranjos teóricos que possam ajudar a lidar com os desafios que surgem. Exemplos disso são algumas noções introdutórias sobre o constitucionalismo digital e sobre o processo de constitucionalização do ambiente digital vistas neste trabalho.

Neste âmbito, destacamos a importantíssima contribuição de Edoardo Celeste, que propôs uma interessante sistematização das medidas tomadas no bojo do constitucionalismo digital, com a qual concordamos integralmente.

Sob essa perspectiva teórica, atores privados, como as plataformas digitais, passam a ter responsabilidades concernentes à proteção de direitos humanos a partir do momento em que se propõem a moderar conteúdo e, dessa forma, intervêm no exercício da liberdade de expressão.

Cruzando os problemas enfrentados com as respostas oferecidas pelo Direito até o presente momento, podemos concluir que o processo de constitucionalização do ambiente digital se encontra em estágio inicial, pelo que ainda não há material empírico suficiente para concluir se o melhor caminho é o que prioriza o Estado ou o que prioriza os entes privados

Isso ficou demonstrado diante dos casos exemplificado, em que a resposta dada foi totalmente oposta. O caso do *oversight board* nos Estados Unidos, por exemplo, foi resolvido por um comitê privado, que se utilizou de valores e princípios constitucionais para tomar sua decisão. Quando se fala da constitucionalização do ambiente digital isso se torna perceptível

nas sugestões cada vez mais recorrentes de que as plataformas digitais estabeleçam parâmetros de devido processo, adotem práticas transparentes e justifiquem suas decisões perante o usuário, mesmo que não sejam atores públicos.

De outro lado, temos no Brasil a batalha da Justiça constitucional contra as "*fake News*". Nesse âmbito, exige-se uma reestruturação da teoria constitucional vigente, especialmente da eficácia horizontal (ou privada) dos direitos fundamentais.

Acreditamos, após esse estudo, que não existe uma resposta pura, apontando somente para a centralização das funções na mão do Estado, como nos ensinam as teorias mais clássicas; ou irradiando totalmente a função de controle para os entes privados, conforme defendido por alguns autores.

Entendemos, neste momento, que a solução deverá surgir de uma espécie de mistura e de balanceamento entre as duas ideias, tendo em vista todas as transformações sociais causadas pelo avanço da tecnologia.

Entretanto, apesar desta posição, acreditamos que somente com o decurso do tempo e, ironicamente, com a coleta de amostras de dados maiores, poderemos indicar qual o caminho mais efetivo para estabelecer um equilíbrio constitucional no mundo digital.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALBAN, Thiago A. **Democracia e esfera pública no ciberespaço**. Salvador. Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, 2012. P.67

BRASIL. Lei nº 12.965/2014. Presidência da República

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: a New Systematic Theorization**. International Review of Law, Computers & Technology, 33:1, 76-99, 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. **Liberdades públicas**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

DANTAS, Miguel Calmon. JÚNIOR, Vicente Coni. **Constitucionalismo digital e a liberdade de reunião virtual: protesto e emancipação na sociedade de informação**. Revista de Direito, Governanças e Novas Tecnologias. e-ISSN: 2526-0049, Brasília, v.3 n.1 p.44 – 65 | Jan/jun. 2017. Acesso em 08 de outubro de 2022.

Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou o valor do facebook e o colocou na mira de autoridades. G1.globo.com Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml >. Acesso em 11 de outubro de 2022

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs, **Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights** (November 9, 2015). Berkman Center Research Publication No. 2015-15, disponível em SSRN: http://ssrn.com/abstract=2687120 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2687120, acesso em 08 de outubro de 2022.

GREGORIO, Giovanni de. **The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union**. International Journal of Constitutional Law, v. 19, n. 1, p. 41-70, 13 abr. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1093/icon/moab001. P. 43-44. Acesso em 11 de outubro de 2022.

ICANN – **Get Started.** Disponível em Icann.org/get-started. Acesso em 13 de outubro de 2022

Justiça Investiga Trump por Ataque ao Capitólio. Poder 360 Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/justica-investiga-trump-por-ataque-ao-capitolio-diz-jornal/.> Acesso em 11 de outubro de 2022

MARGRAF, Priscila de Oliveira; SANTOS, Helian Kosloski dos; MARGRAF, Alencar Frederico. **Democracia virtual (e-democracy): a tecnologia como meio de efetivar a democracia participativa**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.107, n.993, p. 73-100, julho 2018. ISSN 0034-9275. Acesso em 09 de outubro de 2022.

MARTINS, Raíssa Paula. COSTA, Rodrigo Vieira. **A influência do processo de constitucionalização do ambiente digital na decisão do *oversight Board* no Caso Trump.** RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 89-124, 2022.

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, jan.-abr. 2020. Disponível em: [https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103]. Acesso em: 02.10.22

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Direito Constitucional**. 2ª ED. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares. **Uma revisão necessária da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: o Constitucionalismo Digital e a Jurisdição Constitucional**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. Vol. 14/2022. Jan-Mar. 2022. DTR/2022/110. Acesso em 12 de outubro de 2022.

ROCHA, Leonel Severo. MOURA, Ariel Augusto Lira de. **Teoria dos Sistemas e Constitucionalismo Digital.** In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.) **O futuro da Constituição: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner [recurso eletrônico]** / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

SUZOR, Nicolas. 2010. '**Digital Constitutionalism and the Role of the Rule of Law in the Governance of Virtual Communities**'. Phd, Queensland University of echnology. https://eprints.qut.edu.au/37636/. Acesso em 05 de outubro de 2022.

TSE soma mais de 21 mil denúncias de fake News em pouco mais de 3 meses. CNN. Disponível em < https://www.cnnbrasil.com.br/politica/tse-soma-mais-de-21-mil-denuncias-de-fake-news-em-pouco-mais-de-tres-meses/ Acesso em: 13 de outubro de 2022

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional.** Coimbra: Almedina, 2013