

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 19 • v. 9 • n. 1-4 • 2024

- 14 **Adriano Marteleto Godinho**
Transhumanismo e pós-humanismo: o colapso da humanidade?
- 36 **Carlos Eduardo Ferreira dos Santos**
A favelização no Rio de Janeiro e propostas de melhorias
- 88 **Douglas Jurek**
Jurisdição constitucional na era digital: repensar teórico, protagonismo regulatório e desafios interpretativos
- 171 **Gabriel Passarini**
Patente e inventividade: a patenteabilidade à luz da atividade inventiva
- 211 **Maria Gabriela Lopes de Macedo**
A fiscalização de constitucionalidade de decisões judiciais pelo Tribunal Constitucional português
- 276 **Maria Leticia Nogueira Lima**
A crise financeira, a insegurança econômica e o voto populista
- 342 **Pedro Henrique Custódio Maia Ribeiro e Silva**
Entre os vestígios históricos do Direito Internacional Público e a urgência contemporânea na proteção dos povos indígenas
- 417 **Renan Melo**
Método comparativo e direito comparado: diferenças e usos
- 451 **Jordano Paiva Rogério**
Direito da saúde de exceção: o regime excepcional de contratação pública covidiana e a repercussão para a aplicação imediata da tutela à saúde
- 514 **Samara Machado Sucar**
Perspectivas de desenvolvimento de regulação transnacional do sistema financeiro
- 544 **Talita de Pedro Rossini**
Tratados internacionais de direitos humanos: a interpretação evolutiva no sistema europeu e americano
- 586 **Luis Fernando de França Romã**
A alternativa semipresidencialista proposta pelo Professor Doutor Honoris Causa Manoel Gonçalves Ferreira Filho

JUS SCRIPTUMS
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2024
a. 19 v.9 n. 1-4

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 19 • Volume 9 • Número 1-4 • Janeiro-Dezembro 2024

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

Joice Bernardo do Carmo, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Patrícia Ferreira de Almeida, Diretora Científica do NELB

Nathalia Schmidt, Diretora Científica do NELB

Maria Mariana Moura, Observadora Externa

Bruno Bueno Assalin

Caio Guimarães Fernandes

Carolina Cerqueira Cruz

Fabício Quirino

Fernando Antônio Turchetto Filho

Gustavo Martins Bains

Jordano Paiva

Leonardo Castro De Bone

Leonardo Dias da Cunha

Leonardo Pache de Faria Cupello

Maiara Motta

Márcio Roberto Silva

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Pedro Rocha Amorim

Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira

Samara Machado Sucar

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Rezek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Pedro Romano Martines, *In memoriam*

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro De Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DIGITAL: REPENSAR TEÓRICO, PROTAGONISMO REGULATÓRIO E DESAFIOS INTERPRETATIVOS*

Constitutional adjudication in the digital era: theoretical rethinking, regulatory protagonism and interpretative challenges

Douglas Jurek*

O estudo trata de desafios centrais para a jurisdição constitucional na era digital: a reconfiguração das bases teóricas do constitucionalismo; o protagonismo da jurisdição constitucional em face do poder legislativo; as exigências interpretativas impostas pelo universo tecnológico. Argumenta-se que apenas uma das correntes do chamado constitucionalismo digital é compatível com os pilares que caracterizam a jurisdição constitucional no âmbito do constitucionalismo moderno. Após, sustenta-se que as dificuldades de instâncias legislativas para tratar dos problemas relacionados à evolução tecnológica têm deslocado à jurisdição (constitucional) o protagonismo na construção de respostas para os conflitos do meio digital. Por fim, demonstra-se como as alterações prático-pragmáticas trazidas pelas novas tecnologias impactam o exercício interpretativo dos tribunais. O estudo tem natureza teórica e utiliza o método lógico-dedutivo, com análise da literatura, decisões judiciais e legislação.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Era digital. Constitucionalismo digital. Regulação. Interpretação constitucional.

* Relatório Acadêmico apresentado na disciplina de Justiça Constitucional, no ano letivo 2022/2023, no Mestrado Científico em Direito e Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Rui Tavares Lanceiro.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa com foco na interação Direito Constitucional x transformação digital. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado da União (AGU). Coordenador Regional de Saúde Pública e membro dos Comitês Executivos de Saúde do CNJ nos estados da Região Sul. Previamente, Coordenador-Regional de Gestão Estratégica, Coordenador-Regional da Força-Tarefa Auxílio Emergencial, Procurador-Sectional da União em Uruguai/RS e membro das coordenações de recuperação de ativos e de defesa da probidade.

The study deals with central challenges for constitutional adjudication in the digital age: the reconfiguration of the theoretical foundations of constitutionalism; the leading role of constitutional adjudication in the face of legislative power; the interpretative demands imposed by the technological universe. It is argued that only one of the currents of so-called digital constitutionalism is compatible with the pillars that characterize constitutional adjudication in the context of modern constitutionalism. It then argues that the difficulties faced by legislative bodies in dealing with problems related to technological evolution have shifted the leading role in the construction of responses to conflicts in the digital environment to the constitutional adjudication. Finally, it demonstrates how the practical-pragmatic changes brought about by new technologies have an impact on the courts' interpretative exercise. The study is theoretical in nature and uses the logical-deductive method, analyzing literature, court decisions and legislation.

Keywords: Constitutional adjudication. Digital age. Digital Constitutionalism. Regulation. Constitutional interpretation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Constitucionalismo e jurisdição constitucional na era digital; 2.1. As bases do constitucionalismo moderno e a jurisdição constitucional; 2.2. A era digital e o constitucionalismo: continuidade ou ruptura?; 2.2.1. O constitucionalismo digital; 2.2.2. Impasses teóricos na base do constitucionalismo digital; 2.3. As bases do constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional; 3. Três lógicas: a tecnológica, a legislativa e a jurisdicional; 3.1. O avanço tecnológico exponencial e disruptivo; 3.2. A necessidade de (cor)regulação pública sobre as novas tecnologias; 3.3. Da inércia às limitações do legislativo e o protagonismo da jurisdição; 3.3.1. O exemplo da União Europeia; 3.3.2. O exemplo do Brasil; 4. Os desafios interpretativos de uma nova realidade; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Em fevereiro de 2023, durante as arguições orais do caso Gonzalez contra Google LLC na Suprema Corte dos EUA, tido como o julgamento que poderia revolucionar o futuro da internet no mundo,

a *Justice* Elena Kagan causou risos e apreensão¹² ao declarar “*nós somos uma corte. Nós realmente não sabemos sobre essas coisas. Estes não são os nove maiores especialistas da Internet*”³. A situação serve para ilustrar os desafios enfrentados por tribunais, especialmente os que exercem jurisdição constitucional, para compreender a nova realidade digital e interpretá-la de modo a preservar direitos fundamentais, valores democráticos e o estado de direito.

Desde o final do século passado, as tecnologias digitais propiciaram – e assim continuam a fazer – o desenvolvimento de novas ferramentas de comunicação bem como de produtos e serviços que impactam positivamente a vida humana. As oportunidades para o exercício de liberdades econômicas e direitos fundamentais – como a liberdade de expressão – foram sobremaneira estendidas. A internet fomentou a possibilidade do compartilhamento de opiniões e de interação com outras ideias.

¹ Adam Liptak. “Supreme Court Seems Wary of Limiting Protections for Social Media Platforms”, *The New York Times*. 21.02.2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2023/02/21/us/google-supreme-court-youtube.html>. Acesso em: 05.07.2023.

² Ariane de Vogue, “What is the future of the internet? Don’t ask the Supreme Court”, *CNN Politics*. 21.02.2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/02/21/politics/future-of-internet-supreme-court-analysis/index.html>. Acesso em: 05.07.2023.

³ Caso *Gonzalez v. Google LLC*. Decidido em: 18.05.2023. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/21-1333.html>. Acesso em: 05.07.2023. No original: “we’re a court. We really don’t know about these things. You know, these are not like the nine greatest experts on the Internet”.

Direitos civis e políticos foram, afinal, robustecidos⁴. Por outro lado, sob a ótica de riscos e malefícios, o avanço das transformações tecnológicas, principalmente a consolidação de plataformas privadas na vanguarda do desenvolvimento digital, também se revelou desafiador à proteção de direitos fundamentais – como a dignidade, a privacidade, a proteção de dados e a própria liberdade de expressão – e de valores estruturantes das democracias constitucionais⁵.

Embora as grandes preocupações éticas e jurídicas sobre o uso da internet já fossem debatidas desde o final dos anos oitenta, apenas mais recentemente elas ganharam relevo na opinião pública, marcadamente a partir do lançamento do Facebook e da abertura do Google à capitalização pública em 2004⁶. Neste processo, gradualmente, tem-se percebido que o advento era digital está a transformar todas as dimensões da experiência humana⁷, inclusive o próprio direito⁸. Apesar disso, ramos da ciência jurídica como o direito constitucional apenas recentemente passaram a ter centralidade nos debates acerca da normatividade do ambiente

⁴ Giovanni de Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society* (Cambridge University Press, 2022), 8.

⁵ Gregorio, *Digital*, 57-58.

⁶ Luciano Floridi, “The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry”, *Philosophy & Technology* 34 (2021): 619.

⁷ Luciano Floridi, ed., *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era* (Springer, 2015), 2.

⁸ Ricardo Campos, *Metamorfoses do Direito Global: Sobre a Interação Entre Direito, Tempo e Tecnologia* (Contracorrente, 2022).

digital, atraso que se deve, em larga medida, à influência do “otimismo tecnológico”, de base liberal ou anárquica, que caracterizou os anos iniciais da internet e a tinha como promessa de emancipação da esfera pública e da democracia em relação a qualquer controle estatal, através de descentralização e anonimato⁹.

Especificamente quanto à posição da jurisdição constitucional na nova realidade tecnológica, também se verifica uma série de questões pendentes de desenvolvimento em nível científico. Mesmo vertentes do que se vem chamando de constitucionalismo digital têm dado pouca atenção ao papel dos tribunais e de cortes constitucionais na conformação dos conflitos emergidos da era da hiperconexão¹⁰.

Neste contexto, a presente investigação examinará um conjunto de desafios assumidos como centrais para o exercício da jurisdição constitucional na era digital: a reconfiguração das bases teóricas do constitucionalismo; o protagonismo da jurisdição constitucional em face do poder legislativo para solucionar os conflitos do mundo digital; as exigências interpretativas decorrentes dos novos contextos produzidos pelo universo tecnológico.

⁹ Gregorio, *Digital*, 11.

¹⁰ Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes, “Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”, *Justiça do Direito* 34, nº 2 (2020): 16.

Em relação ao primeiro desafio, o estudo argumenta que apenas uma das correntes do chamado constitucionalismo digital é inteiramente compatível com os pilares gerais que caracterizam a jurisdição constitucional, aquela que se limita a adicionar uma nova temática (os desafios da era digital) à agenda do constitucionalismo moderno. Quanto ao segundo desafio, sustenta-se que a inércia e as dificuldades de instâncias legislativas em tratar dos problemas relacionados à evolução tecnológica têm deslocado à jurisdição, marcadamente à jurisdição constitucional, o protagonismo na construção de respostas para os conflitos novos ou que, antigos, surgem reconfigurados nos meios digitais. Concernente ao terceiro desafio, destaca-se como as alterações contextuais (prático-pragmáticas) trazidas pelas novas tecnologias impactam o exercício interpretativo dos tribunais e afirma-se que a concentração do conhecimento nas mãos de corporações privadas pode prejudicar a atuação eficiente da jurisdição constitucional.

Em termos de estrutura, a investigação divide-se em três capítulos, cada qual abordando um dos desafios referidos. Assim, o primeiro discute a relação entre constitucionalismo e jurisdição constitucional, tendo em conta especialmente o advento do constitucionalismo digital. O segundo capítulo explora as interações entre as lógicas tecnológica, legislativa e jurisdicional na construção da normatividade do ambiente virtual. O terceiro e último capítulo

aborda a atividade interpretativa realizada pelos tribunais nos novos contextos tecnológicos.

2. Constitucionalismo e jurisdição constitucional na era digital

2.1. As bases do constitucionalismo moderno e a jurisdição constitucional

Analisar o papel da jurisdição constitucional na contemporaneidade e os desafios a ela impostos pela chamada era digital não prescinde de uma compreensão dos principais elementos que forjam o seu desenvolvimento no âmbito do próprio constitucionalismo. Estabelecer, ainda que em breves linhas, como e por que a jurisdição constitucional – em seus variados modelos – tornou-se aparato estruturante das democracias que se ergueram na modernidade é de fundamental importância para se perceber, na atualidade, a dimensão do impacto que a transformação digital lhe impinge.

A ideia de constituição tal como conhecida atualmente não estava presente no nascedouro do estado moderno. Este surge absolutista e é precisamente esta característica que, num processo dialético, acaba por gerar as condições necessárias para o florescimento de formas de controle do poder soberano. É o que vem a ocorrer nos três movimentos revolucionários que se encontram na origem do constitucionalismo em sentido moderno e que virão a conformar, em larga medida, os contornos dos modelos de jurisdição constitucional: a revolução inglesa do século XVII e as revoluções norte-americana e francesa no final do século XVIII¹¹.

¹¹ Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional*, 7ª ed. (Forense, 2023), 15.

Esse movimento constitucionalizador que vai se corporificando por diferentes canais evidencia, à partida, que o significado de uma constituição transborda a noção de meros documentos escritos ou declarações expressadas. Além disso, tal pluralidade de vias construtivas, cada qual com suas especificidades históricas, permite falar-se em diferentes movimentos constitucionais, que posteriormente acabam por engendrar derivações nos diversos estados nacionais¹²¹³. Em comum, o que deles se extrai é a concepção do constitucionalismo como uma teoria que se estrutura no entorno de uma lei fundamental, a constituição, por considerá-la um instrumento apto ao controle do poder político e à instituição de direitos¹⁴.

O surgimento da constituição moderna a partir das revoluções liberais não é acidental, segundo Dieter Grimm. Diferentemente de outros movimentos e revoltas na história, tais revoluções não se contentaram em simplesmente substituir um governante por outro. Foram além ao buscar estabelecer um novo sistema político que se diferenciasse dos até então existentes, considerados injustos e opressivos. Para legitimar um direito emanado do processo político e, ao mesmo tempo, legitimar este mesmo processo, reaproveitou-se a noção de hierarquia de normas – já existente em outras concepções do direito, como a divina –, desta feita sob uma lógica positivista. Dividiu-se, então, o direito positivo em dois corpos diferentes de normas, em que o primeiro se pressupõe superior ao segundo: um

¹² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 7ª ed. (Almedina, 2003), 51.

¹³ Dieter Grimm, “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, em *The Twilight of Constitutionalism?*, coord. Petra Dobner e Martin Loughlin. (Oxford University Press, 2010), 3.

¹⁴ Streck, *Jurisdição*, 15.

emanado ou atribuível ao povo e que vincula o governante (constituição); outro emanado do governante e que vincula o povo (direito ordinário).¹⁵

É interessante notar, ainda junto com Dieter Grimm, que a ideia de uma constituição reguladora das estruturas e do exercício do poder público – ou político – só se apresentou possível quando, com o surgimento do estado moderno, a concepção de poder público se tornou clara e, inclusive, idêntica à noção de poder estatal. Para o autor, corolário da concentração de poderes públicos nas mãos do estado foi a privatização da sociedade, com a sobreposição desta sobre aquele. Liberdades individuais assumiram primazia enquanto a tarefa do estado passou a ser a de protegê-las. Para tanto, continuou a reivindicar todo o poder público e o monopólio do uso da força, mas que, agora, só poderiam ser exercidos para propósitos e sob condições limitadas. Esta fronteira, então, entre público e privado é uma condição para a existência de uma constituição. Onde o estado gozasse da mesma liberdade que os particulares, prossegue o autor, ou onde os particulares pudessem exercer o poder público, não haveria uma constituição. Se os particulares passassem a exercer poder público, a constituição só poderia manter sua pretensão de regular o exercício de tal poder de forma abrangente se também os particulares se submetessem às regras

¹⁵ Grimm, “The Achievement of Constitutionalism”, 5-9.

constitucionais, hipótese em que perderiam sua condição de membros livres da sociedade¹⁶.

Assim, do constitucionalismo moderno surge a constituição moderna, fortemente atrelada à ideia de um texto escrito e formalizado¹⁷. A constituição moderna, em termos teóricos e como regra, apresenta-se como ordenação da comunidade política de forma sistemática e racional, mediante um documento escrito em que sejam fixados os limites do poder político e declarados as liberdades e os direitos dos indivíduos. Deste conceito, formulado por José Joaquim Gomes Canotilho, podem ser retirados três elementos fundamentais, segundo o mesmo autor: (i) o uso de um documento escrito para a ordenação jurídico-política; (ii) neste documento escrito, a declaração de um conjunto de direitos fundamentais e dos seus respectivos modos de garantia; e (iii) a organização do poder político segundo formas que tendam a torná-lo limitado e moderado.¹⁸

Feitas essas considerações, é preciso conectar o constitucionalismo e a constituição modernos com a temática da garantia constitucional, especialmente da jurisdição (ou justiça) constitucional. Como ponto de partida, não se pode deixar de referenciar o movimento revolucionário dos EUA, que levou à independência do país em 1776 e à declaração da constituição em 1787, posteriormente emendada pelo *Bill of Rights* (1791). Berço das constituições rígidas, também é ali que nasce o controle jurisdicional de constitucionalidade (*judicial review*), cujo marco inicial se atribui ao célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Embora tal mecanismo de controle não esteja explícito na constituição, a prática judiciária o conformou

¹⁶ Grimm, “The Achievement of Constitutionalism”, 11-12.

¹⁷ Christoph B. Graber, ‘Bottom-up Constitutionalism: The Case of Net Neutrality’, *i-call Working Paper*, n.º 01. (2017): 536.

¹⁸ Canotilho, *Direito*, 52.

gradualmente. O sentimento pós-revolucionário desconfiado das virtudes do legislador soberano e onipotente o alimentou. Preferiu-se confiar direitos e liberdades à constituição, assumindo-a como norma rigidamente superior ao próprio parlamento. Essa opção implicou, contudo, reconhecer a alguém a supremacia para interpretar e aplicar o que prevê a constituição. Veio a ser o poder judiciário, que não era destinatário da desconfiança dos revolucionários e já aplicava, de longa data, *comonn law* nas agora ex-colônias.¹⁹

O modelo dos EUA, de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade (*judicial review*), acabou espreado-se por diversos países durante os séculos XIX e XX. Junto a ele, desenvolveram-se dois outros grandes modelos de garantia/controlado de constitucionalidade: o político (associado aos dogmas do constitucionalismo francês) e o de fiscalização jurisdicional concentrada em tribunal constitucional, também denominado modelo austríaco, em alusão à constituição austríaca de 1920²⁰. Registra-se que foge aos propósitos desta investigação adentrar às particularidades de cada modelo ou às possíveis combinações e adaptações que as experiências concretas de cada sistema constitucional a eles impingiram. Vale esclarecer, tão somente, que as considerações aqui tecidas voltam-se indistintamente aos modelos de fiscalização jurisdicional difusa e concentrada, exceto onde se aponte expressamente em sentido diverso.

Em termos conceituais abrangentes e seguindo a orientação de José Joaquim Gomes Canotilho, é possível definir a justiça (ou jurisdição) constitucional como um conjunto de atividades jurídicas exercidas por um ou mais órgãos jurisdicionais,

¹⁹ Streck, *Jurisdição*, 54-58. Canotilho, *Direito*, 58-60.

²⁰ Jorge Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade*, 2ª ed. rev. atua. (Almedina, 2022), 125.

com o objetivo de fiscalizar a observância e o cumprimento de regras e princípios constitucionais vigentes²¹. Os pressupostos de atuação da justiça constitucional são a força e a supremacia da constituição, uma vez que se lhe reconhece valor normativo hierarquicamente superior ao dos outros atos estatais (“superlegalidade material”) e dela decorre o modo como devem ser produzidas outras normas (“superlegalidade formal”), além de ela mesma sujeitar-se a um regime tendencialmente mais rígido de reforma ou revisão²².

Por sua vez, Jorge Miranda enfatiza a existência de uma constituição em sentido formal como o primeiro grande pressuposto para que possa haver um sistema de fiscalização/garantia de constitucionalidade de leis e de outros atos jurídicos-públicos²³. Embora necessário, não é suficiente, já que também se tem por imprescindível que a supremacia da constituição se revele um princípio jurídico operativo. À constituição formal se soma, como segundo pressuposto essencial, a consciência da necessidade de preservação dos princípios e regras de tal constituição, seguida da instituição de meios adequados a tanto²⁴.

O papel desenvolvido historicamente pela jurisdição constitucional tem forte – senão necessária – conexão com a ideia de constituição²⁵. Assim, também,

²¹ Além do *judicial review* dos EUA, já mencionado neste trabalho, o autor também menciona, como elementos importantes na formação da concepção de justiça constitucional, (i) a garantia contenciosa contra atos da administração, presente na justiça administrativa; (ii) a “justiça do Estado”, desenvolvida pela doutrina alemã; (iii) a tradição de “justiça política”, radicada na antiga ideia anglo-saxônica do *impeachment*; (iv) a ideia de regularidade de formação de órgãos constitucionais (e.g. fiscalização de atos eleitorais); (v) a ideia de “amparo”, para a defesa de direitos fundamentais de forma autônoma perante tribunais constitucionais.

²² Canotilho, *Direito*, 890-892.

²³ Segundo o autor, ainda que inconstitucionalidade possa haver diante de uma constituição material – como a britânica –, não se trata de violação jurídica autônoma e não se verificam condições aptas para a organização de um sistema de fiscalização.

²⁴ Miranda, *Fiscalização*, 119.

²⁵ Canotilho, *Direito*, 892.

o desenvolvimento das bases do constitucionalismo condicionou e condiciona diretamente os contornos teóricos e práticos da justiça constitucional. Para a sequência da investigação, é importante deixar sublinhado alguns elementos centrais que marcam essa relação: (i) a ideia do constitucionalismo moderno como teoria ou ideologia voltada ao controle do poder político soberano, identificado com o estado; (ii) a estruturação do constitucionalismo moderno em torno de um documento escrito, a constituição; (iii) a separação entre esferas privada e pública, com a concentração do poder público no estado e sua respectiva limitação; (iv) o estabelecimento de mecanismos de garantia e controle da constituição, como a jurisdição constitucional, que colhe fundamento da noção de supremacia da constituição.

2.2. A era digital e o constitucionalismo: continuidade ou ruptura?

O advento da era digital impacta diversas faces da teoria e da prática jurídicas, incluídas as atinentes ao constitucionalismo e ao direito constitucional. A investigação, neste ponto, não se lança a uma análise abrangente do estágio atual de desenvolvimento dos referidos campos de estudo. O foco recai sobre o movimento que se vem denominando de constitucionalismo digital, especialmente sobre as suas bases teóricas, tendo em vista que delas podem decorrer implicações importantes para a compreensão e exercício da jurisdição constitucional.

2.2.1. O constitucionalismo digital

O constitucionalismo digital, como expressão e conceito, não se revela como um fenômeno novo. É o que aponta Edoardo Celeste, ao explicar que a denominação tem sido usada em diferentes contextos e com diferentes significados

nas últimas décadas, embora, recentemente, tenha ganhado mais proeminência para se referir ao surgimento de cartas de direitos destinadas ao mundo virtual²⁶. A seguir, são exploradas algumas dessas abordagens.

Em importante estudo datado de 2015, Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser propõe, em caráter provisório, o uso da expressão comum “constitucionalismo digital” para referenciar um complexo de iniciativas que pretendem articular um conjunto de direitos políticos, normas de governança e limitações ao exercício do poder na internet. Cada uma a sua maneira, essas iniciativas poderiam ser compreendidas como parte de um amplo discurso proto-constitucional. Na análise dos pesquisadores, os documentos decorrentes de tais movimentos remontam aos anos noventa e contam com autores que incluem governos nacionais, órgãos políticos internacionais, empresas de tecnologia, grupos da sociedade civil e importantes líderes mundiais na área de governança da Internet²⁷.

Segundo os mesmos autores, as bases substantivas do constitucionalismo digital vêm se formando, dentre outros elementos, a partir de debates sobre os limites do poder estatal na internet, aqui incluídas questões de participação, estado de direito, democracia, representatividade e responsabilidade política. De modo mais analítico, de acordo com o estudo em referência, os direitos do ambiente digital poderiam ser classificados nas seguintes categorias temáticas: direitos e liberdades básicas ou fundamentais; limites gerais ao poder estatal; governança da

²⁶ Edoardo Celeste, “Constitucionalismo Digital: Mapeando a Resposta Constitucional aos Desafios da Tecnologia Digital”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 15, n. 45 (2021): 69.

²⁷ Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser, “Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights.” *Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication* 15 (2015): 2.

internet e participação civil; privacidade e vigilância; acesso e educação; abertura e estabilidade da rede; e direitos e responsabilidades econômicas²⁸.

Por sua vez, Edoardo Celeste argumenta que a sociedade contemporânea está a viver um novo momento constitucional, que tem como principal catalisador o impacto disruptivo da tecnologia digital. O autor, então, apresenta o constitucionalismo digital como uma declinação do constitucionalismo moderno, que compartilha dos valores fundamentais e dos objetivos gerais deste, mas tem como foco o contexto específico gerado pelo advento das tecnologias da era digital. Seria o constitucionalismo digital, então, uma ideologia destinada a criar e assegurar a existência de um marco normativo para a preservação de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no espaço digital.²⁹

Da literatura brasileira, destaca-se o estudo de Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes, que expressamente se alinha à abordagem teórica de Edoardo Celeste. Os autores avaliam que a expressão “constitucionalismo digital” foi utilizada, inicialmente, para designar um movimento constitucional que se preocupava com a limitação do poder privado na internet. Recentemente, contudo, passou a servir como guarda-chuva para iniciativas políticas e jurídicas, estatais e não-estatais, relacionadas à proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital, em face de agentes públicos e privados. Na concepção dos pesquisadores, o constitucionalismo digital corresponde, em termos abstratos, a uma corrente teórica do direito constitucional contemporâneo, organizada a partir de normas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço.³⁰

²⁸ Gill, Redeker e Gasser, "Towards", 4-10.

²⁹ Celeste, "Constitucionalismo", 63-64/79.

³⁰ Mendes e Fernandes, "Constitucionalismo", 9-10.

Em monografia focada na realidade constitucional da Europa, Giovanni de Gregorio introduz a noção de constitucionalismo digital como uma abordagem teórica centrada no momento temporal pós advento da internet no final no século passado e que apresenta duas almas. A primeira (o “digital”) refere-se às tecnologias baseadas na Internet, como as tecnologias automatizadas para moderar conteúdos e processar dados. A segunda (o “constitucionalismo”) coincide com a ideologia política surgida com as revoluções liberais, sumariamente apresentada no tópico precedente. Segundo o autor, o constitucionalismo digital não leva à revolução das bases do constitucionalismo moderno, mas busca entender como interpretar o papel do direito constitucional – que ainda estaria escondido – na sociedade da era digital³¹.

Há, também, uma série de escritos e autores que não utilizam a expressão constitucionalismo digital, mas que se inserem, segundo as mais diversas premissas teóricas, nas teorizações centrais acerca da aplicação do direito constitucional.

Importante nome do constitucionalismo de matriz societal, Gunther Teubner questiona como a teoria constitucional responderá ao desafio oriundo de grandes tendências atuais - digitalização, privatização e globalização –, especificamente quanto ao problema de exclusão/inclusão de grande parcela da população nos processos de comunicação global. O autor argumenta que, em contraste com as constituições dos séculos e XVIII e XIX, que focavam na política democrática e no controle do poder político, o desafio atual é libertar e disciplinar dinâmicas sociais muito diferentes, frequentemente estruturadas fora da política

³¹ Gregorio, *Digital*, 4.

institucionalizada, o que impõe à teoria constitucional o desafio de generalizar sua tradição de estado-nação para os tempos atuais e reespecificá-la³².

Na linha societal de Gunther Teubner, Ariel Moura preleciona que o constitucionalismo digital busca atender tanto a uma perspectiva sócio-jurídica quanto a uma técnico-jurídica e se apresenta como “a formação dos direitos fundamentais digitais e o controle de processos de poder fragmentados por todo o âmbito social mediado pela internet e partir do acoplamento do direito constitucional e a autoconstituição do âmbito digital”. De acordo com o autor, a nova realidade decorrente da escalada tecnológica no ambiente globalizado exige um repensar sobre conceitos-chave do constitucionalismo. Isso se dá, inicialmente, porque este novo cenário revela a transferência de processos políticos e jurídicos dos Estados para outros tipos de organizações, como empresas e a sociedade civil organizada. Além disso, boa parte dos problemas da nova ordem desconsidera a existência de limites territoriais (vide as discussões envolvendo vazamentos de dados e liberdade de expressão), o que dificulta a aplicação de conceitos correntes do constitucionalismo, como o de soberania estatal, diretamente relacionado ao exercício do poder num território delimitado³³.

Ao examinar a literatura que trata do constitucionalismo digital, Jane Reis Gonçalves Pereira e Clara Iglesias Keller identificam três grupos de abordagem³⁴: (i) o primeiro centra-se no conteúdo de normas regulatórias, a fim de identificar a

³² Gunther Teubner, “Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution”, *The Italian Law Journal* 03, n° 01 (2017): 203.

³³ Ariel Moura, “Constitucionalismo Digital”, Anais do IX Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos, *Sociedades Pós –Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã* (2018): 928/937.

³⁴ Jane Reis Gonçalves Pereira e Clara Iglesias Keller, “Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso”, *Revista Direito e Práxis* 13, n° 4 (2022): 2668-2672.

presença de uma gramática tipicamente constitucional, independentemente de tais normas serem formalmente constitucionais ou mesmo estatais. Para as autoras, um exemplo deste grupo é a abordagem de Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser, já explanada neste trabalho³⁵. (ii) O segundo mantém-se alinhado às bases do constitucionalismo moderno e se limita a adicionar uma nova temática (os desafios da era digital) à agenda deste, de modo não diferente do ocorrido em outras fases históricas do constitucionalismo – liberal, social, econômico, ambiental. A abordagem de Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes seria exemplo deste grupo³⁶. (iii) Por fim, o terceiro grupo foca no uso do constitucionalismo digital como uma base teórica para os possíveis meios de aplicação do direito em tecnologias digitais, especialmente em plataformas digitais. Trata-se, assim, da transposição de valores do constitucionalismo liberal para as relações jurídicas estabelecidas em meios digitais associada à difusão de metáforas constitucionais em torno de regras, procedimentos e estruturas que não tem relação com o estado (e.g. termos e condições de plataformas associadas à noção de constituição, moderadores de conteúdo associados à ideia de Poder Judiciário, etc.). A monografia de Giovanni de Gregorio seria exemplo deste grupo³⁷.

2.2.2. Impasses teóricos na base do constitucionalismo digital

Das abordagens em torno da noção de constitucionalismo digital, emergem inúmeras questões críticas: a incerteza quanto à compatibilidade do movimento com as bases que estruturam o constitucionalismo moderno; a desordem conceitual

³⁵ Gill, Redeker e Gasser, "Towards".

³⁶ Mendes e Fernandes, "Constitucionalismo".

³⁷ Gregorio, *Digital*.

e as contradições que rondam a noção de constitucionalismo digital; a necessidade de se resguardar o papel do constitucionalismo e da constituição em sentido moderno, como mecanismos eficientes de mitigação de assimetrias de poder mesmo na era digital³⁸. Uma dessas questões interessa de maneira mais imediata à investigação, porquanto pode vir a impactar na compreensão do papel da jurisdição constitucional na era digital. Trata-se da discussão acerca dos paradigmas teóricos que permeiam a construção do constitucionalismo digital.

É possível identificar a presença destacada de, ao menos, três linhas teóricas na base das diversas abordagens sobre o constitucionalismo digital. A primeira é condizente com a visão tradicional do constitucionalismo: positivista e centrada na figura do estado-nação. A segunda refuta a centralidade da figura do estado-nação e se alinha à matriz teórica do constitucionalismo societal ou do pluralismo jurídico. A terceira, que se relaciona à possibilidade de constitucionalização do direito internacional, também rejeita a centralidade da figura do estado-nação, mas, diferentemente da segunda, mantém-se alinhada à matriz formal/positivista³⁹.

Das três linhas teóricas mencionadas, sublinha-se ter se tornado comum considerar o constitucionalismo digital como uma forma de manifestação do constitucionalismo societal⁴⁰. Autores vem usando a estrutura teórica deste último para identificar o surgimento de novas formas de normatividade – pública, privada ou híbrida – nos espaços regulatórios criados pelas novas tecnologias. Como aponta

³⁸ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”.

³⁹ Graber, “Bottom-up”, 6-7.

⁴⁰ Angelo Golia Jr., “Redefining Digital Constitutionalism as Critique and Ideology: The Perspective of Societal Constitutionalism”, *The Digital Constitutionalist: The Future of Constitutionalism*. Disponível em <https://digi-con.org/redefining-digital-constitutionalism-as-critique-and-ideology-the-perspective-of-societal-constitutionalism/>. Acesso em 19 de junho de 2024

Angelo Golia Jr., embora haja situações em que a referida relação (digital/societal) não esteja manifestada de forma direta, inúmeros elementos do constitucionalismo societal são referidos com frequência pelos proponentes do constitucionalismo digital, especialmente no tocante a questões de pluralismo jurídico transnacional e solução de disputas decorrentes das relações no espaço virtual⁴¹.

O constitucionalismo societal, vale pontuar, é uma corrente teórica abrangente que vem se refinando há mais de uma década. Em importante artigo de 2004, Gunther Teubner propõe referida abordagem como alternativa ao constitucionalismo tradicional de matriz estadocêntrica e sustenta que, na sociedade global, emergem inúmeras constituições civis fora da política institucionalizada do estado e das organizações internacionais⁴². Mais recentemente, em conjunto, Angelo Golia Jr. e Gunther Teubner, enfatizam a visão do constitucionalismo societal como teoria que rejeita a exclusividade das ordens políticas estatais na criação de processos constitucionais. Segundo eles, estes processos também emergem de sistemas normativos não estatais, quer sejam privados ou híbridos, de modo que o constitucionalismo societal se caracteriza como teoria do pluralismo legal e constitucional. Embora tal corrente teórica possa ser aplicada no contexto dos estados-nação, os autores apontam que é nos contextos transnacionais, marcadamente no espaço digital, que o constitucionalismo societal revela todo o seu potencial analítico e normativo⁴³.

⁴¹ Golia Jr., “Redefining”.

⁴² Gunther Teubner, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?” em *Constitutionalism and Transnational Governance*, coord. Christian Joerges, Inge-Johanne Sand, Gunther Teubner (Oxford Press, 2004), 4-15.

⁴³ Angelo Golia Jr. e Gunther Teubner, “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper Series N° 2021-08 (2021): 1.

Algumas abordagens mencionadas neste trabalho valem-se da estrutura teórica do constitucionalismo societal⁴⁴. Por sua vez, a monografia de Giovanni de Gregorio contém elementos que se conectam às três linhas teóricas antes identificadas. O autor associa o constitucionalismo digital ao constitucionalismo moderno e sustenta que aquele não leva à ruptura das bases deste (visão positivista tradicional). Por outro lado, também considera que o constitucionalismo societal ou, de maneira mais ampla, os pluralismos legal e constitucional têm se consolidado, com a perda de exclusividade das constituições estatais como fonte última normativa, o que se dá em decorrência da normatividade resultante da atuação de organizações internacionais, corporações transnacionais e entidades de padronização e normatização (visão societal). Por fim, a obra também apresenta elementos que se conectam à terceira linha teórica (constitucionalização do direito internacional), principalmente ao delinear a ascensão do constitucionalismo digital europeu como movimento supranacional, em que se enfatiza (i) a atuação ativista do Tribunal de Justiça da União Europeia após a adoção do Tratado de Lisboa (ii) e o florescimento do que o autor denomina de fase democrática do referido movimento, marcado pela adoção sistemática de instrumentos legais que têm limitado os poderes privados na internet (e.g. Regulamento dos Serviços Digitais⁴⁵)⁴⁶.

⁴⁴ Gill, Redeker e Gasser, "Towards"; Celeste, "Constitucionalismo".

⁴⁵ "Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais)", Jornal Oficial da União Europeia, L 277, 27 de outubro de 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065>. Acesso em: 18.06.2024.

⁴⁶ Gregorio, *Digital*, 4-6/38-79.

As estruturas teóricas que embasam o constitucionalismo digital, ou a combinação delas, são objeto de diversas abordagens Críticas. Interessa, aqui, concentrar-se em uma delas, proveniente da matriz teórica do constitucionalismo tradicional ou moderno⁴⁷. Trata-se de um conjunto de argumentos contrapostos às abordagens do constitucionalismo global/transnacional/internacional e do constitucionalismo societal e que acabam por se aplicar à concepção de um constitucionalismo digital, na medida em que este se estrutura sobre os demais⁴⁸.

Ao examinar a ideia de “constitucionalização” além do estado – ou seja, a ideia de um processo de construção de uma constituição em âmbito internacional/global e inclusive envolvendo atores privados – Dieter Grimm sustenta que tal abordagem negligencia um dos elementos centrais que caracteriza a noção de constituição. Segundo o autor, os instrumentos normativos internacionais não são expressão da autodeterminação de uma sociedade quanto à forma e à substância da sua união política. Carecem, assim, da legitimidade democrática que subjaz a uma constituição. Chamar instrumentos normativos internacionais ou privados de “constituição”, prossegue o autor, esvaziam a noção e refletem uma ideia estreita do constitucionalismo, além de promover uma espécie de retorno à realidade em que os fenômenos de constitucionalização e legalização do poder público ainda não eram diferenciados⁴⁹.

⁴⁷ Além da linha crítica aqui exposta, vale mencionar outras duas: (i) a primeira provém do próprio constitucionalismo societal e se dirige às abordagens que utilizam a matriz societal de forma equivocada ou limitada na estruturação do constitucionalismo digital. Ver, para tanto, Golia (2022); (ii) a segunda, desenvolvida por Campos (2022), tem espectro mais abrangente e critica premissas tanto do constitucionalismo de matriz estatal/tradicional, como dos constitucionalismos de matriz internacional e societal.

⁴⁸ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”, 2679.

⁴⁹ Grimm, “The Achievement”, 16-19.

Na sequência, o autor Grimm afirma que seus argumentos se aplicam com ainda mais força em relação ao constitucionalismo societal. Ele defende que, para merecer o nome “constituição”, o direito societal precisa demonstrar alguns dos elementos estruturais das constituições estatais, entre eles: as constituições societais devem funcionar como direito hierarquicamente superior que regula a produção de normas ordinárias; este direito superior deve limitar a atuação de atores privados globais, da mesma maneira que os direitos fundamentais conformam a atuação estatal; devem ser previstos mecanismos de controle similares à jurisdição constitucional que garantam o respeito, pelos atores privados globais, ao direito hierarquicamente superior. Prossegue o autor ressaltando que, na ausência de um legislador global, as limitações decorrentes das constituições societais serão, sempre, autolimitações baseadas nos próprios interesses dos atores envolvidos. Esses interesses dificilmente serão harmonizáveis, sem a intervenção de uma autoridade pública, com os interesses de outros afetados pelas regras estatuídas e com os interesses da sociedade em geral⁵⁰.

Dieter Grimm sumariza as características do constitucionalismo moderno, com o que busca demonstrar que este não é idêntico ao processo de legalização do poder público, mas, sim, um processo especial e particularmente ambicioso de legalização: (i) a constituição moderna é um conjunto de normas legais que emanam de uma decisão política; (ii) o objetivo dessas normas constitucionais é regular a estrutura e o exercício do poder público; (iii) a regulação é abrangente no sentido de que não se reconhecem titulares do poder público ou meios de exercer esse poder que não estejam estabelecidos na constituição; (iv) o povo, como única fonte legítima de poder, é o que dá origem ao direito constitucional; (v) o direito

⁵⁰ Grimm, “The Achievement”, 19-20.

constitucional é direito superior e tem primazia sobre outras leis e atos públicos, de modo que leis e atos incompatíveis com a constituição devem ser invalidados. Segundo a análise de Dieter Grimm, as cinco características referidas não estão presentes simultaneamente nos modelos de constitucionalismo transnacional/internacional e societal⁵¹, o que também é apontado por Jane Reis Gonçalves Pereira e Clara Iglesias Keller⁵².

No mesmo sentido que Dieter Grimm, Carlos Blanco de Moraes critica as abordagens propostas pelos aderentes de versões do constitucionalismo além dos estados-nações ou constitucionalismo transnacional. As referidas concepções do constitucionalismo não são compatíveis com a natureza jurídica de uma constituição, uma vez que constituições democráticas são fenômenos inerentes aos estados-nações e nascem de um poder constituinte vinculado à vontade popular, o que não se verifica no direito transnacional. Normas fragmentárias transnacionais, públicas e privadas, não são compatíveis com elementos mínimos de uma constituição democrática estatal, que funciona como norma organizatória e limitadora do poder político, prevendo a escolha de titulares do poder político pelo povo, a separação dos poderes e um rol de direitos fundamentais passíveis de serem assegurados judicialmente. Ao reconhecer que o poder fático de agentes públicos e privados transnacionais está submetido deficitariamente ao direito, o autor sustenta que constitucionalizá-los nos moldes propostos pelas abordagens dos constitucionalismos transnacional/global serviria apenas para fortalecer tais poderes e não, limitá-los. O caminho, então, consiste em reforçar o

⁵¹ Grimm, “The Achievement”, 9.

⁵² Pereira e Keller, “Constitucionalismo”, 2679-2680.

constitucionalismo tradicional, devolver o poder aos estados-nações e regular fortemente o poder dos referidos agentes⁵³.

Em sua análise, Jane Reis Gonçalves Pereira e Clara Iglesias Keller tratam especificamente do constitucionalismo digital. Consideram-no como termo prejudicado epistemologicamente, o que decorre da diversidade de aplicações e do seu potencial de legitimar a concentração de poderes privados. Identifica-se um caráter excessivamente dilatado no conceito de “constitucionalismo digital”, que designa fenômenos muitos diversos entre si e, inclusive, contraditórios, o que torna questionável seu valor como teoria explicativa e de legitimação. Mais do que divergências meramente semânticas, o buslís está nas mudanças filosóficas e ideológicas subjacentes aos termos empregados, como ocorre no caso da ideia de “constituição”. Ao tentar reduzir a concentração de poderes privados nos meios digitais os usos que o constitucionalismo digital faz do termo acabam funcionando em sentido inverso, conferindo legitimação a relações assimétricas de poder⁵⁴.

A título de conclusão, as autoras argumentam que os desgastes causados pelas transformações tecnológicas às constituições não conduzem à necessidade de estender e esvaziar o conceito do constitucionalismo moderno. Pelo contrário, tornam imprescindível que se mantenha a sua definição como estrutura de deliberação e composição democrática. Nesse contexto, muitas das abordagens identificadas com o constitucionalismo digital, de acordo com as pesquisadoras, acabam por contribuir para os referidos desgastes, além de reforçar a concentração de poderes que pretendem mitigar⁵⁵.

⁵³ Carlos Blanco de Moraes, *O Sistema Político: no Contexto da Erosão da Democracia Representativa* (Almedina, 2020), 109-113.

⁵⁴ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”, 2679-2680.

⁵⁵ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”, 2681.

2.3. As bases do constitucionalismo digital e a jurisdição constitucional

Afirmou-se que o papel desenvolvido historicamente pela jurisdição constitucional tem forte – senão necessária – conexão com a ideia de constituição⁵⁶ bem como que o desenvolvimento das bases do constitucionalismo moderno condicionou e condiciona diretamente os contornos teóricos e práticos da justiça constitucional. Diante disso, é relevante questionar como o desenvolvimento das concepções de constitucionalismo digital impacta a função desempenhada pela jurisdição constitucional.

O exercício da jurisdição constitucional, como mecanismo de garantia e controle da constituição, fundamenta-se na noção de supremacia constitucional, que decorre, por sua vez, do reconhecimento de que a decisão política subjacente ao momento constituinte gera um processo especial e ambicioso de conformação do poder público à lei, que não se confunde com o processo ordinário de produção legislativa⁵⁷. Desta noção, é pertinente enfatizar alguns elementos: (i) a ideia do constitucionalismo moderno como teoria ou ideologia voltada ao controle do poder político soberano, identificado com o estado⁵⁸; (ii) a estruturação do constitucionalismo moderno em torno de um documento escrito, a constituição, com valor jurídico superior⁵⁹; (iii) a separação entre esferas privada e pública, com a concentração do poder público no estado e sua respectiva limitação⁶⁰.

Analizadas em conjunto, as abordagens do constitucionalismo digital apresentam características que as tornam de difícil compatibilização com os

⁵⁶ Canotilho, *Direito*, 892.

⁵⁷ Grimm, “The Achievement”, 9.

⁵⁸ Streck, *Jurisdição*, 15.

⁵⁹ Canotilho, *Direito*, 892.

⁶⁰ Grimm, “The Achievement”, 11-12.

aludidos pressupostos que marcam a jurisdição constitucional na tradição do constitucionalismo moderno. A elevação de normas estatais infraconstitucionais, instrumentos regulatórios nacionais e internacionais, e normas privadas ao *status* de constituição não se coaduna com pilares centrais que configuram o papel da jurisdição constitucional.

Primeiramente, esvazia-se a diferenciação fundamental existente na hierarquia normativa entre normas emanadas do povo (constituição: vinculativa ao governante) e normas emanadas do governante (direito ordinário: vinculativo ao povo)⁶¹, diferenciação esta que legitima e viabiliza o exercício da jurisdição constitucional sobre atos oriundos de um corpo democraticamente eleito. Em outros termos, ao reconhecer valor constitucional a uma pluralidade de documentos, retira a exclusividade da constituição estatal como corpo normativo superior que regula a produção das demais normas. Via de consequência, a própria noção de jurisdição constitucional tende a enfraquecer-se, uma vez que seu exercício passa a confundir-se com aquele exercido pela jurisdição ordinária.

Além disso, mostra problemático ao exercício da jurisdição constitucional o reconhecimento de agentes privados (e.g. plataformas digitais como a Meta/Facebook e a Alphabet/Google), e suas respectivas normas privadas (e.g. “termos e condições”), como poderes que se assimilam, de alguma forma, aos poderes públicos constitucionalmente instituídos. A concentração do poder público e do monopólio do uso da força no estado, promovido pelo constitucionalismo moderno, traz como contraponto a submissão desse mesmo poder a um rígido conjunto de regras, que, inclusive, não lhe concede mesma liberdade usufruída pelos particulares. Como afirma Dieter Grimm, no caso de particulares passarem a

⁶¹ Grimm, “The Achievement”, 9.

exercer poder público, “a constituição não pode mais cumprir sua pretensão de regular o estabelecimento e o exercício do poder público de forma abrangente, a menos que os atores privados se submetam a regras constitucionais pelas quais perderiam seu status de membros livres da sociedade”⁶².

Assim, em um extremo, mesmo que se suponha admissível, dentro das bases do constitucionalismo moderno, a existência de poderes privados atuando em equivalência ao poder público, a resposta tendencial aponta para a necessidade de submissão de tais poderes privados aos mesmos limites e controles previstos na constituição estatal para os poderes públicos, o que inclui, via de consequência, a sujeição dos seus atos ao crivo da jurisdição constitucional. Em outro extremo, no caso de se admitir a legitimidade de constituições fora ou além do estado – rompendo-se com o constitucionalismo moderno –, estas precisariam ser providas, como aponta Dieter Grimm, de mecanismos de controle similares à jurisdição constitucional, que garantam o respeito, pelos atores privados globais, ao direito hierarquicamente superior, especialmente aos direitos fundamentais. Não há garantias, contudo, de que referida exigência possa ser atendida no âmbito das aludidas propostas teóricas, como aponta o mesmo autor⁶³.

Neste ponto, é relevante enfatizar o modo como algumas teorias do constitucionalismo digital equiparam ou não distinguem as faces descritiva e normativa de suas abordagens⁶⁴, o que dificulta, também, a análise de suas implicações sobre a jurisdição constitucional. Giovanni de Gregorio, por exemplo,

⁶² Grimm, “The Achievement”, 61. No original: “[If private persons gain a share in public power], the constitution can no longer fulfil its claim to regulate the establishment and exercise of public power comprehensively unless the private actors submit to constitutional rules whereby they would lose their status as free members of society”.

⁶³ Grimm, “The Achievement”, 20.

⁶⁴ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”, 2681.

reconhece o poder adquirido por plataformas privadas na era digital, que muitas vezes mimetizam poderes públicos, e os problemas daí advindos para a preservação de valores democráticos e direitos fundamentais⁶⁵. Este quadro descritivo afigura-se correto e encontra amparo, inclusive, em teorias críticas⁶⁶.

Contudo, admitir a existência desses novos poderes privados, à margem do estado, não leva (ou não deveria levar), automaticamente, a reconhecê-los como poderes equivalentes ao estado nem à necessidade de legitimá-los com teorias que identificam ordens constitucionais fora ou além do estado-nação. Reconhecido o acerto da análise descritiva (que retrata uma realidade constitucional deturpada) defende-se, aqui, que a subsequente face normativa do exame aponta para a necessidade de correção de tal realidade, mediante a submissão de referidos poderes privados à constituição estatal e ao poder público, sem a necessidade de romper-se com as bases do constitucionalismo moderno⁶⁷ e, via de consequência, com os pressupostos que têm viabilizado o desenvolvimento da jurisdição constitucional nos últimos duzentos anos.

Feitos esses apontamentos, tem-se por necessário afirmar que, das diversas abordagens reunidas sob o epíteto “constitucionalismo digital”, o segmento que se apresenta inteiramente compatível com os pilares gerais que caracterizam a jurisdição constitucional é aquele que se limita a adicionar uma nova temática (os desafios da era digital) à agenda do constitucionalismo moderno⁶⁸. As demandas decorrentes da era digital representam, nesta abordagem, uma nova fase do constitucionalismo tradicional, sem com ele romper, de modo similar ao verificado

⁶⁵ Gregorio, *Digital*, 80-122.

⁶⁶ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”.

⁶⁷ Moraes, “*O Sistema*”, 109-113.

⁶⁸ Pereira e Keller, “Constitucionalismo”, 2672. Mendes e Fernandes, “Constitucionalismo”, 16-17.

em outros momentos históricos do constitucionalismo – liberal, social, econômico, ambiental.

Nestes limites, o constitucionalismo digital tem aptidão para contribuir de maneira positiva para o exercício da jurisdição constitucional, a começar pelo fornecimento de elementos que subsidiem a interpretação constitucional de direitos exercidos no âmbito digital. Também assume relevância nas reflexões acerca da aplicação da teoria da eficácia horizontal de direitos fundamentais ao ambiente *online*, que não constitui questão estranha ao constitucionalismo moderno e ao exercício da jurisdição constitucional, mas ganha especial relevo na era digital⁶⁹. De maneira indireta, também pode contribuir para o exercício da jurisdição constitucional ao orientar a regulação pública de domínios relacionados ao universo digital (e.g. redes sociais, mecanismos de buscas, emprego de inteligência artificial, etc.) e, por fim, os próprios processos formais de constitucionalização de direitos afetos aos meios tecnológicos.

3. Três lógicas: a tecnológica, a legislativa e a jurisdicional

As discussões acerca das teorias e ideologias que estruturam o constitucionalismo na era digital, exploradas no capítulo 1, são de fundamental importância para se compreender como o direito, especialmente o direito constitucional, deve se orientar para fornecer soluções aos problemas que emergem

⁶⁹ Domingos Soares Farinho, “Delimitação do Espectro Regulatório de Redes Sociais”, em *Fake News e Regulação*, org. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 3ª ed. (Thomson Reuters Brasil, 2022), 2.5 (e-book). Oreste Pollicino e Giovanni De Gregorio, “Constitutional Law in the Algorithmic Society”, em *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, eds. Hans-W Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni de Gregorio (Cambridge University Press, 2022), 16-20. Mendes e Fernandes, “Constitucionalismo”, 16-17.

desta nova realidade. Sem descurar-se destas discussões estruturantes, a investigação avança para examinar como a lógica e o vertiginoso ritmo das evoluções tecnológicas têm sido de difícil assimilação pelas instâncias legislativas estatais e, como consequência, têm deslocado à jurisdição, marcadamente à jurisdição constitucional, o desafio de construir respostas para conflitos novos ou que, antigos, surgem reconfigurados nos meios digitais.

3.1. O avanço tecnológico exponencial e disruptivo

Nesta quadra do séc. XXI, afirmar que o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação avança a uma velocidade impetuosa e promove transformações profundas nada tem de surpreendente. São incontáveis os modelos e exemplos trazidos pela literatura especializada para ilustrar como o domínio tecnológico apresenta uma lógica de funcionamento própria e acelerada, quando comparada ao que ocorre no mundo físico e, inclusive, nas instâncias estatais.

A análise e os exemplos fornecidos por Richard Susskind são um bom ponto de referência. O autor sugere que os avanços tecnológicos podem ser compreendidos a partir de quatro tendências⁷⁰. A primeira consiste, justamente, no fato de que a tecnologia está avançando a taxas exponenciais. Para ilustrar este ponto, o autor recorre à chamada “lei de Moore”, uma alusão à predição feita em 1965 por um dos fundadores da companhia Intel, Gordon Moore, segundo a qual o poder de processamento dos computadores iria dobrar a cada dois anos. Contrariando o ceticismo dos críticos, ocorreram até aqui mais de trinta das

⁷⁰ Richard Susskind, *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford University Press, 2019), 36-41.

referidas duplicações e especialistas da área apontam que o incremento da capacidade computacional deve continuar crescendo.

A segunda tendência apresentada decorre da primeira e se refere ao fato de que as tecnologias estão se tornando cada vez mais “capazes”. Diariamente, disponibiliza-se alguma forma de inovação, funcionalidades e aplicativos, viabilizados pela capacidade computacional crescente. Sistemas estão hábeis a fazer mais e mais. As tecnologias de realidade virtual, por exemplo, são capazes de criar ambientes em que se pode socializar, realizar negócios, jogar, entre outras possibilidades.

A terceira tendência apontada abarca o crescente aspecto invasivo, penetrante, da tecnologia. Isso decorre não apenas do uso constante de celulares e dispositivos similares, como, de maneira mais avançada, de tecnologias como a “internet das coisas”, termo usado para referenciar a presença de *chips* nos mais variados objetos do cotidiano, que possibilitam o controle direto ou remoto por humanos bem como permitem a interação entre diferentes dispositivos.

A quarta e última tendência identificada é relacionada à crescente conexão entre seres humanos valendo-se de ferramentas tecnológicas. Bilhões de pessoas comunicam-se online (e.g. via WhatsApp), pesquisam, socializam (e.g. via Facebook/Intagram), compartilham conteúdos (e.g. vídeos via Youtube), constroem comunidades públicas ou privadas (e.g. via LinkedIn), cooperam (e.g. na Wikipedia), trabalham em *crowdsourcing*, realizam negócios (e.g. via Amazon) e competem.

A percepção do tempo em relação às evoluções tecnológicas também pode sofrer influência do tipo de impacto que cada tecnologia é capaz de gerar. Na classificação apresentada por Richard Susskind, as ferramentas tecnológicas podem, por um lado, ser empregadas para otimizar, melhorar, agilizar e refinar

formas tradicionais de execução de tarefas e trabalhos. Elas são imaginadas como formas de trazer novas eficiências para tarefas e atividades repetitivas e rotineiras já desempenhadas. É o que o autor denomina de “digitalização”.

Por outro lado, novas tecnologias também podem revolucionar métodos consolidados de execução de tarefas e trabalhos, e trazer mudanças radicais, com a realização de atividades novas em vez de atividades antigas realizadas de maneiras novas. Trata-se do uso de tecnologias para executar tarefas que nunca antes foram possíveis ou sequer concebíveis. A isso o autor se refere como “transformação”. Enquanto a transformação implica “disrupção” de formas tradicionais de execução de atividades e tarefas, a “automação” as sustenta. Na atualidade, prossegue o autor, a tendência geral dominante no universo tecnológico é clara em sentido à “transformação” – e.g. veículos sem motoristas, robôs com as mais variadas funções, sistemas financeiros baseados em algoritmos, profissões substituídas ou amparadas por inteligência artificial, atuação do poder público orientada por modelos baseados em *big data*, etc.⁷¹

Avanço de capacidade computacional a taxas exponenciais, diversificação constante de funcionalidades, penetração crescente em todos os espaços da experiência humana, conexões multifuncionais e a busca por soluções disruptivas, todas são tendências que evidenciam não apenas como as novas tecnologias de comunicação e informação estão a impactar fortemente o comportamento de indivíduos, comunidades, instituições públicas e privadas, como o fazem num ritmo vertiginoso.

⁷¹ Susskind, *Online*, 34. Richard Susskind, *Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future*, 2^a ed. (Oxford University Press, 2017), 43.

3.2. A necessidade de (cor)regulação pública sobre as novas tecnologias

É o caso de reconhecer que, analisados em termos valorativos, os impactos promovidos pelas novas tecnologias de comunicação e informação se desdobram em aspectos positivos e negativos, com vantagens e desvantagens, riscos e desafios, benefícios e malefícios⁷². Se e como o direito deve abordar os aspectos negativos, especificamente os conflitos que emergem do desenvolvimento e aplicação de referidas ferramentas, não são questões triviais e têm gerado importantes discussões nas últimas três décadas⁷³. Destas discussões, têm especial destaque as que debatem o papel do estado na regulação das novas tecnologias e, se o caso, os modelos regulatórios mais adequados para tanto⁷⁴.

Nesta investigação, como já antecipado, acompanha-se o entendimento de que das transformações promovidas pelas novas tecnologias, a par de incomensuráveis benefícios, também decorre uma gama de problemas que não podem permanecer fora do direito democraticamente produzido⁷⁵, marcadamente do direito constitucional.

A partir do final do século XX, as tecnologias digitais propiciaram – e assim continuam a fazer – o desenvolvimento de novas ferramentas de comunicação bem como de produtos e serviços que impactam positivamente a vida diária. As oportunidades para o exercício de liberdades econômicas e direitos

⁷² Vasco Pereira da Silva, “The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law”, em *Automatisierte Systeme*, org. Petra Buck-Heeb e Bernd H. Oppermann (C.H. Beck, 2022), 426.

⁷³ Pollicino e Gregorio, “Constitutional Law”. Laura Denardis, “The Emerging Field of Internet Governance”, *Yale Information Society Project Working Paper Series. Cyberspace Law eJournal* (2010). Kate Klonick, “The New Governors: the People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, *Harvard Law Review* 131, n. 6 (Abril, 2018).

⁷⁴ Farinho, “Delimitação”. Gregorio, *Digital*.

⁷⁵ Silva, “The New World”, 426.

fundamentais – como a liberdade de expressão – foram sobremaneira estendidas. A internet fomentou a possibilidade do compartilhamento de opiniões e de interação com outras ideias. Direitos civis e políticos foram, afinal, robustecidos. As inegáveis virtudes democráticas decorrentes deste cenário alimentaram o “otimismo tecnológico” predominante naquele momento inicial e que considerava o ambiente digital não como risco, mas como oportunidade de empoderamento de liberdades e de limitação do poder estatal⁷⁶.

Entretanto, o otimismo tecnológico e a influência de narrativas neoliberais acerca da governança da internet têm contribuído para a consolidação de novos e incomensuráveis poderes privados transnacionais, à margem de supervisão pública e muitas vezes sub-rogados em funções estatais. Este cenário é crítico para a proteção de direitos fundamentais – e.g. a dignidade, a privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão –, da democracia e do próprio estado de direito⁷⁷. Na linha do que argumentam Giovanni de Gregorio e Oreste Pollicino ao discorrerem sobre as tecnologias algorítmicas desenvolvidas por corporações privadas, o papel da regulação e da política não pode mais ser ignorado, sob pena de a sociedade se encaminhar para um tecnodeterminismo em que os atores públicos, marginalizados, perderão seu papel de assegurar a proteção de direitos fundamentais e dos valores democráticos⁷⁸.

Já nos anos noventa, o reconhecimento de que a própria arquitetura do ciberespaço (o “código”) constitui, por si, uma forma de regulação e controle do discurso *online* minava, na origem, o ideal tecnolibertário de um espaço sem

⁷⁶ Gregorio, *Digital*, 2-8.

⁷⁷ Gregorio, *Digital*, 65.

⁷⁸ Pollicino e Gregorio, “Constitutional Law”, 5.

qualquer ingerência pública ou privada⁷⁹. O passar dos anos só fez confirmar que, no lugar de uma rede descentralizada e democratizada, estabeleceu-se um oligopólio de entidades privadas controlando o fluxo de informações e moldando a esfera pública *online*⁸⁰. O escândalo Facebook-Cambridge Analítica e as consequências nefastas da desinformação *online* são exemplos de como a aposta em estratégias de autorregulação (regulação privada) para o ambiente digital revelou-se ineficaz. A indústria digital tem se mostrado relutante e incapaz de lidar com os dilemas éticos da nova era e a intervenção pública no ciberespaço tornou-se medida necessária à garantia da saúde das democracias constitucionais⁸¹.

3.3. Da inércia às limitações do legislativo e o protagonismo da jurisdição

O reconhecimento da insuficiência da regulação privada e da necessidade de supervisão pública sobre as tecnologias de informação e comunicação faz com que os holofotes sejam direcionados ao modo como os estados e, centralmente, os poderes legislativos têm abordado os problemas emergidos na era digital. Desta macro questão, um aspecto que se mostra de especial importância para a investigação em curso é analisar como a atuação de instâncias legislativas tem causado o efeito de deslocar à jurisdição, marcadamente à jurisdição constitucional, o protagonismo no equacionamento de conflitos gerados pelo universo tecnológico.

A ocorrência (ou não) do efeito referido deve ser aferida à luz de cada sistema normativo concreto e pode ser condicionada por uma série de fatores, como

⁷⁹ Lawrence Lessig, “The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net”, *Berkeley Technology Law Journal* 14 (1999), 762.

⁸⁰ Gregorio, *Digital*, 81.

⁸¹ Floridi, “The End of an Era”, 621-622.

o tipo de sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade adotado (concentrado, difuso, híbrido) e a tradição de cada tribunal (mais ou menos ativista, mais ou menos liberal). Dois exemplos de onde o efeito parece não ocorrer provêm da Itália e da França. Ao examinar a atuação da Corte Constitucional da Itália e do Conselho Constitucional da França em relação à aplicação de direitos fundamentais no âmbito da internet, Paolo Passaglia aponta que as circunstâncias de ambos os países terem sistemas concentrados de controle de constitucionalidade e de os órgãos referidos julgarem precipuamente atos legislativos faz com que suas jurisprudências sejam fortemente determinadas pela atuação dos poderes legislativos dos dois países. Na França, onde o legislador adotou mais leis afetas ao domínio da internet do que na Itália, o número de julgamentos e a relevância da atuação do Conselho Constitucional é proporcionalmente mais destacada do que a do Tribunal Constitucional italiano⁸².

Feita esta ressalva, é possível prosseguir. O reconhecimento de que a atuação de instâncias legislativas – especialmente a sua inércia – tem causado o efeito de deslocar à jurisdição, marcadamente à jurisdição constitucional, o protagonismo no equacionamento de conflitos gerados pelo universo tecnológico aparece com frequência nos estudos relacionados ao universo digital. Giovanni de Gregorio, por exemplo, afirma que “*as democracias constitucionais são cada vez mais marginalizadas na sociedade algorítmica. O poder dos legisladores foi reduzido e não é surpresa que os tribunais tenham assumido a liderança para*

⁸² Paolo Passaglia, “Protection of fundamental rights and the internet: a comparison between Italian and French systems of constitutional adjudication”, em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, eds. Oreste Pollicino e Graziella Romeo (Routledge, 2016), 160-163.

superar a inércia legislativa na era digital.”⁸³ Em sentido similar, Oreste Pollicino e Graziella Romeo pontuam que o papel central dos tribunais resulta das peculiaridades da relação entre a internet e o direito, especialmente da “consciência de que as reformas legais tendem a ficar para trás dos avanços tecnológicos. O ônus de compensar a inércia legislativa recai pesadamente sobre os ombros dos tribunais”.⁸⁴

Deste efeito que transfere das decisões dos legisladores às decisões dos tribunais a preponderância em lidar com a conflituosidade da era digital, serão, a seguir, destacados dois aspectos que interessam de maneira mais imediata à investigação. O primeiro se refere à visão liberal e ao “ciberotimismo” que marcaram o início da era digital e que, atualmente, ainda exercem forte influência mesmo fora dos EUA, inclusive para impedir a aprovação de atos legislativos que regulem os domínios da tecnologia. O segundo se relaciona às dificuldades que o progresso tecnológico, por suas próprias características substanciais, impõe à atuação legislativa. Em conjunto, como se verá, os dois aspectos não apenas explicam por que muitos tribunais assumiram tal protagonismo como indicam a tendência de continuidade deste cenário no futuro próximo.

O primeiro aspecto já foi tangenciado no tópico anterior, mas cabe aqui reforçá-lo. Em 1999, Lawrence Lessig, expoente pesquisador da Universidade de

⁸³ Gregorio, *Digital*, 8-9. No original: “constitutional democracies are increasingly marginalised in the algorithmic society. The power of lawmakers has been scaled back, and it is not a surprise that courts have taken the lead to overcome legislative inertia in the digital age”.

⁸⁴ Oreste Pollicino e Graziella Romeo. “Concluding remarks: Internet law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication”, em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, eds. Oreste Pollicino e Graziella Romeo (Routledge, 2016), 235. No original: “awareness that legal reforms tend to lag behind technological advances. The burden of making up for the legislative inertia falls heavily on the shoulders of the courts”.

Harvard sobre a relação entre direito e tecnologia, comentava sobre como o debate acerca da regulação do ciberespaço vinha mudando. Segundo o autor, até três anos antes – 1996, portanto –, o mundo era “tecnolibertário”, a significar que o ciberespaço era visto como um lugar onde a regulação não funcionaria e, via de consequência, onde as pessoas poderiam ser livres. “Livres” significava a ausência de qualquer regulação e, especialmente, ausência de regulação emanada do poder público. A promessa dos libertários era de uma vida não regulada e não regulável no ciberespaço. Lessig, então, afirma que essa primeira geração de pensamentos deu lugar ao reconhecimento de que a própria arquitetura do ciberespaço funciona, na prática, como um regulador. “Código diferente, regulação diferente, mundos diferentes”⁸⁵, afirmou o autor. O ciberespaço sempre foi e continuaria sendo regulado, por agentes públicos ou privados. Inclusive, Lessig previu que o poder público viria a ter papel nesta regulação⁸⁶. A total ausência de controle sobre as trocas de informações no ambiente *online* revelou-se, tão somente, um sonho libertário⁸⁷.

Regulação haveria. E desde os anos noventa começaram a surgir documentos na esfera privada com o objetivo de prever direitos e ordenar as relações do ambiente digital⁸⁸. A autorregulação privada tornou-se a estratégia padrão para lidar com os problemas do domínio tecnológico⁸⁹, pavimentada pela ideologia neoliberal que rejeitava a intervenção no mercado digital⁹⁰. As grandes

⁸⁵ No original: “Different code, different regulation, different worlds”.

⁸⁶ Lessig, “The Limits”, 760-763.

⁸⁷ Gregorio, *Digital*, 184.

⁸⁸ Gill, Redeker e Gasser, “Towards”.

⁸⁹ Floridi, “The End”, 619.

⁹⁰ Gregorio, *Digital*, 112-113.

corporações da área de tecnologia, por sua vez, assumiram papel central na difusão da ideia de que a regulação pública não seria necessária nem pertinente, como demonstra Shoshana Zuboff. Utilizando o Google como exemplo, a autora aponta os esforços dos executivos da companhia para afirmar que empresas de tecnologia avançam com mais velocidade do que a capacidade do estado de acompanhá-las e compreendê-las, razão pela qual qualquer tentativa de intervenção pública estaria fadada a ser mal concebida e qualquer regulação seria necessariamente uma força negativa que impede a inovação e o progresso. Qualquer problema oriundo da tecnologia, portanto, seria resolvido pela própria tecnologia⁹¹.

Assim, embora a ideia de um mundo *online* sem regulação tivesse desmoronado, a regulação pública, pelo menos, foi mantida longe do ciberespaço – como regra – até recentemente, quando a insuficiência da autorregulação e os dilemas éticos na atuação das grandes plataformas digitais tornaram-se grandes demais para serem ignorados pelas instâncias democráticas. Até se chegar a este ponto, contudo, a rápida expansão das tecnologias digitais associada à escolha das democracias constitucionais de adotar uma abordagem liberal para o universo digital agiram para promover o surgimento de plataformas *online* como poderes privados transnacionais, com atuação crítica à preservação de direitos fundamentais e de valores democráticos⁹².

E aqui aparece o papel da jurisdição, especialmente da jurisdição constitucional. A rápida expansão tecnológica, marcada por tendências como as analisadas anteriormente (e.g. alta conectividade, caráter invasivo, alto poder

⁹¹ Shoshana Zuboff, *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*, traduzido por George Schlesinger (Editora Intrínseca, 2021), 126.

⁹² Gregorio, *Digital*, 112-113.

computacional) não poderia deixar de gerar uma infinidade de problemas jurídicos. Em especial, pelas próprias características da realidade digital, conflitos relacionados à dignidade, liberdade de expressão, privacidade, proteção de dados, autodeterminação informativa, entre outros, tornaram-se constantes. Na ausência (ou insuficiência) de regulação pública legislativa (ou mesmo administrativa), tem cabido aos tribunais, em muitos casos, tomar a frente no fornecimento de soluções para os problemas emergidos e garantir a preservação de direitos fundamentais⁹³.

A intervenção judicial tem se mostrado cada vez mais inevitável em inúmeras situações, diante da ausência de regulamentação legislativa. Como apontam Oreste Pollicino e Graziella Romeo, a efemeridade que marca os acontecimentos da internet traz problemas que incitam os tribunais a preencher lacunas e que, não fosse assim, poderiam persistir sem nenhum tipo de regulamentação, legislativa ou judicial. Neste contexto, os autores afirmam o pioneirismo de tribunais nacionais e supranacionais no tratamento de questões relacionadas à internet e a predisposição de tribunais constitucionais e congêneres de não mais aguardar que os legisladores colmatem as lacunas jurídicas criadas pelo desenvolvimento tecnológico. Adicionalmente, os autores pontuam a tendência dos tribunais de não mais esperar que a própria tecnologia – ou os agentes privados que delas são proprietários - desenvolvam mecanismos mais sofisticados para evitar lesões a direitos⁹⁴.

Este fenômeno deve ser examinado em conjunto com o segundo aspecto antes referido, relacionado às dificuldades que o progresso tecnológico, por suas

⁹³ Gregorio, *Digital*, 8-9.

⁹⁴ Pollicino e Romeo, “Concluding remarks”, 235/250.

próprias características substanciais, impõe à atuação legislativa, que acaba por reforçar o papel dos tribunais em buscar soluções para os conflitos do ciberespaço.

Para explicar este segundo aspecto, é relevante iniciar referenciando a abordagem filosófica desenvolvida por Luciano Floridi e outros sobre o impacto das novas tecnologias na condição humana. Os autores identificam quatro transformações em curso, inerentes à era da hiperconexão. A primeira é a indefinição da distinção entre realidade e virtualidade; a segunda é a indefinição da distinção entre humano, máquina e natureza; a terceira condiz com a reversão da escassez de informação para a abundância de informação; e a última abrange a mudança da primazia de coisas autônomas, propriedades e relações binárias para a primazia das interações, processos e redes.

Os autores enfatizam que a compreensão e a percepção das realidades que cercam os seres humanos são obrigatoriamente mediadas por conceitos, que funcionam como interfaces a viabilizar que se experimente, se interaja e se semantize (dar sentido e significado) o mundo. Dado que a realidade é aprendida mediante conceitos, quando ela se altera muito rápido e de modo disruptivo, como está a acontecer por força das transformações tecnológicas, tornamo-nos conceitualmente desorientados. Segundo os autores, a estrutura conceitual de que se dispõe atualmente não é mais adequada para lidar com os novos desafios gerados pelo ambiente tecnológico. Além de um problema, isso é também um risco, uma vez que a falta de compreensão conceitual clara do tempo presente pode conduzir a projeções negativas acerca do futuro⁹⁵.

Estas transformações e a desorientação conceitual que elas provocam impactam a condição humana como um todo. Também impactam o direito, a

⁹⁵ Floridi (ed.), *The Onlife*, 2-3.

atuação de operadores jurídicos, de tribunais e de instituições do estado⁹⁶. Mas impactam, de maneira particularmente intensa, a produção de normas legislativas. Classicamente, a lei estatal estrutura-se em noções como generalidade e abstração, volta-se ao futuro, pretende-se aplicável a um número indeterminado de situações e num horizonte temporal também indefinido. Como consequência, numa era em que o desenvolvimento tecnológico é exponencial e disruptivo, a capacidade legislativa de semantizar esta lógica de mudanças abruptas constantes e transformá-las em comandos conceitualmente operacionais e minimamente estáveis no tempo torna-se comprometida.

Sobre pressupostos teóricos diversos, mas com análise que vem ao encontro das considerações aqui tecidas, Ricardo Campos busca demonstrar a relação do direito com sua própria dimensão temporal, em especial o modo pelo qual esta relação é impactada a partir das novas realidades digitais. O autor explica como o direito, nas sociedades modernas, passou a ter a função de estabilizar expectativas em relação ao futuro, distanciando-se, assim, da função que tivera em sociedades antigas, orientadas por experiências passadas (tradição). Esta passagem da primazia da experiência para a primazia da expectativa, como forma de orientação da ação presente, é fruto de uma sociedade estruturada cada vez mais sobre bases provisórias e artificiais, típicas da própria modernidade, segundo o autor. Assim, entre um futuro crescentemente mais incerto e um passado incapaz de fornecer orientação, o desafio do direito da era moderna é (era) atuar como fonte de mediação e buscar construir ou, ao menos, estimular indiretamente uma ordem que seja minimamente estável, sem remontar à experiência passada.

⁹⁶ Silva, “The New World”, 426.

Entretanto, ocorre que, com o advento da era digital, nem a experiência (a orientação pelo passado), nem a expectativa (a orientação pelo futuro), na condição de categorias temporais, tem a aptidão de funcionar como critério para a estruturação e estabilização das instituições e para a orientação dos indivíduos que nelas atuam. “O aumento do envolvimento de mecanismos cognitivos de rápida adaptação e aprendizagem como elementos típicos das novas tecnologias para a vida cotidiana da sociedade se apresenta como um grande desafio ao direito clássico do Estado-nação em suas formas típicas europeias”⁹⁷.

A abordagem elaborada por Ricardo Campos reforça o argumento aqui desenvolvido de que o direito, mas, marcadamente, o direito legislado, encontra na era digital um momento de desorientação. Esta decorre da dificuldade de se compreender o fenômeno tecnológico, estruturá-lo numa semântica própria e organizá-lo em conjuntos de comandos que forneçam orientações minimamente estáveis para o futuro e, ao mesmo tempo, eficazes em acompanhar uma realidade em constante transformação. Há, como indicam Ricardo Campos e Georges Abboud, uma crucial diferença nas gramáticas do mundo digital e do mundo analógico, que desafiam a intervenção do estado no universo digital. O estado e especialmente o legislador, como destacam os autores, não detém o conhecimento que lhes permita compreender e intervir de modo eficiente em ambientes digitais, marcados pela dinamicidade e constituídos frequentemente por efeitos de redes e interações com inteligência artificial⁹⁸.

⁹⁷ Campos, *Metamorfoses*, 115-119/258-263.

⁹⁸ Ricardo Campos e Georges Abboud, “A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado”, em *Fake News e Regulação*, org. Georges Abboud, Ricardo Campos e Nelson Nery Jr., 3ª ed. (Thomson Reuters Brasil, 2022), 4.2 (e-book).

A dificuldade em comento, naturalmente, não se apresenta apenas a instâncias legislativas, mas também a órgãos jurisdicionais. Contudo, a própria natureza da atividade jurisdicional, de ocupar-se precipuamente de conflitos concretos e presentes, mais do que se preocupar em fornecer padrões gerais de conduta futura, faz com que a dificuldade em comento não lhe atinja da mesma maneira que faz em relação aos legisladores. O poder judiciário, em geral, não pode omitir-se ao ser provocado⁹⁹. Inclusive, mesmo Ricardo Campos, que enfatiza o papel de formas de resolução de conflitos e de auto-organização paralelas ao estado, reafirma à jurisdição estatal a função de fiscalizar a formação de normas em sistemas de tomada de decisão utilizadas por plataformas digitais. Isso se faz necessário, segundo o autor, para que não haja o perigo de uma “*completa emancipação da ‘rule of code’ das normas consolidadas do ‘rule of law’*”¹⁰⁰.

Por fim, antes de avançar para exemplos concretos do protagonismo assumido pela jurisdição constitucional na era digital, mostra-se relevante ressaltar que o exame aqui desenvolvido tem caráter descritivo e explicativo de um fenômeno em curso e que apresenta tendências de continuidade futura. A análise não busca justificá-lo e foge ao escopo da investigação explorar aspectos críticos da realidade descrita, que envolvem, apenas para citar um exemplo, o risco de a predominância de soluções judiciais conduzir à fragmentação do tratamento das questões do universo digital e, no limite, representar ofensa a princípios importantes, como o da separação dos poderes e o do próprio estado de direito¹⁰¹.

⁹⁹ Farinho, “Delimitação”, 2.10 (e-book).

¹⁰⁰ Campos, *Metamorfozes*, 328-329.

¹⁰¹ Gregorio, *Digital*, 199.

3.3.1. O exemplo da União Europeia

O tratamento normativo conferido pela União Europeia aos problemas trazidos pela era digital pode ser compreendido como um processo de três momentos, segundo Giovanni de Gregorio. O primeiro é identificado como a fase liberal da abordagem do ambiente digital. Alinhava-se à visão norte-americana da internet como um ambiente autorregulado e, segundo o autor, resultou no empoderamento e consolidação de corporações transnacionais - especialmente plataformas digitais - até o ponto de operarem funções quase públicas. O segundo momento relaciona-se à postura protagonista (ou “ativista”, como utilizado pelo autor) assumida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) após a adoção do Tratado de Lisboa e o reconhecimento da Carta de Direitos Fundamentais como direito primário da UE. O terceiro momento mencionado pelo autor congrega o abandono do liberalismo digital pela UE e o florescimento da fase democrática da abordagem europeia. Tal é expressado pela codificação de entendimentos do TJUE e pela adoção de instrumentos normativos que têm limitado os poderes privados na internet, como o Regulamento dos Serviços Digitais¹⁰².

O segundo momento é o que interessa de maneira imediata à investigação. De acordo com Giovanni de Gregorio, a mudança de atuação do TJUE é identificada como a ponte que permitiu a transição da abordagem liberal para a perspectiva de proteção dos direitos fundamentais contra os riscos produzidos pelas tecnologias digitais. O autor enfatiza a abordagem teleológica assumida pelo TJUE para garantir a proteção de direitos e liberdades constitucionais, valendo-se da Carta para suprir a falta de revisão legislativa das então vigentes Diretiva do Comércio

¹⁰² Gregorio, *Digital*, 38-40.

Eletrônico e Diretiva de Proteção de Dados. Os casos *Scarlet*¹⁰³ e *Netlog*¹⁰⁴ são indicados como inaugurais da interpretação constitucionalizada adotada pelo TJUE, em que o tribunal buscou estabelecer um equilíbrio entre os direitos fundamentais instanciados na discussão sobre a responsabilidade de intermediários de serviços *online*. Já os casos *Digital Rights Ireland*¹⁰⁵, *Schrems*¹⁰⁶ e *Google Spain*¹⁰⁷ aparecem como representativos da virada interpretativa do TJUE – do foco econômico para o constitucional – no campo dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados. O caso *Google Spain*, especificamente, é considerado paradigmático porque, além da extensiva interpretação constitucional desenvolvida pelo Tribunal, representou uma primeira tentativa judicial de lidar com o poder das plataformas digitais¹⁰⁸. Sua importância como ponto de inflexão na compreensão do futuro da democracia transcende, inclusive, o debate estritamente jurídico¹⁰⁹.

¹⁰³ “Caso C-70/10, Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et  diteurs SCRL (SABAM) ECR I11959”. Decidido em: 24.11.2011. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-70/10>. Acesso em: 18.06.2024.

¹⁰⁴ “Caso C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV”. Decidido em: 16.02.2012. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=en>. Acesso em: 18.06.2024.

¹⁰⁵ “Casos C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and K rntner Landesregierung and Others”. Decidido em: 08.04.2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-293/12>. Acesso em: 18.06.2024.

¹⁰⁶ “Caso C-362/14, Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner”. Decidido em: 06.10.2015. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>. Acesso em: 18.06.2024.

¹⁰⁷ “Caso C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Espa ola de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González”. Decidido em: 13.05.2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>. Acesso em: 18.06.2024.

¹⁰⁸ Gregorio, *Digital*, 53-64.

¹⁰⁹ Zuboff, *A era do capitalismo*, 76.

O proeminente papel assumido pelo TJUE nas questões do universo digital, marcadamente em face da falta ou inadequação do tratamento legislativo no ponto, é apontado com frequência pela literatura especializada. Joan Barata Mir e Marco Bassini ressaltam a atuação da Corte como um tribunal quase-constitucional, que passou a proferir decisões marcantes sobre as relações na internet após a adoção da Carta de Direitos Fundamentais da UE, como no já referido caso *Google Spain*¹¹⁰. Este caso, em conjunto com o também mencionado caso *Schrems*, aparecem igualmente na análise empreendida por Domingos Farinho, que sublinha a performance do TJUE no desenho regulatório das redes sociais na UE. O autor identifica e apresenta aspectos críticos na progressiva tarefa judicante do aludido Tribunal – assim como do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – e afirma que a Europa vivencia um “modelo de crescente autorregulação regulada, de forte pendor jurisprudencial” ou “autorregulação regulada judicialmente”¹¹¹.

No exemplo europeu, é importante registrar ter sido aprovado o Regulamento dos Serviços Digitais, que entrou totalmente em vigor em fevereiro de 2024 e alterará fortemente o desenho regulatório europeu para o ambiente *online*. O impacto da regulação pública trazida pelo Regulamento (legislativa e administrativa) ainda está por ser mensurado e, dentre as expectativas criadas em torno do novo momento normativo, insere-se a referente ao papel que os tribunais constitucionais e quase-constitucionais – como o TJUE – assumirão diante do novo cenário.

¹¹⁰ Joan Barata Mir e Marco Bassini, “Freedom of Expression in the Internet: Main Trends of the Case Law of the European Court of Human Rights”, em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, eds. Oreste Pollicino e Graziella Romeo (Routledge, 2016), 77.

¹¹¹ Farinho, “Delimitação”, 2.6-2.10 (e-book).

3.3.2. O exemplo do Brasil

O exemplo selecionado para ilustrar o protagonismo da jurisdição constitucional brasileira em questões relacionadas às novas tecnologias, especialmente na sua correlação com a atuação do Poder Legislativo, diz respeito ao regime de responsabilidade civil dos intermediários de serviços *online*. No Brasil, vigora a Lei n. 12.965/2014¹¹², conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres referentes ao uso da Internet no país. No que aqui interessa mais diretamente, o art. 19 da Lei exclui a responsabilidade civil dos intermediários qualificados como “provedores de aplicações de internet” pelos conteúdos gerados por terceiros (“*safe harbour*”). A norma assemelha-se à previsão contida na Seção 230 do *Communication Act*¹¹³ dos EUA assim como na então vigente Diretiva do Comércio Eletrônico e no recém aprovado Regulamento dos Serviços Digitais da União Europeia¹¹⁴. Contudo, de acordo com o mesmo art. 19, o intermediário torna-se responsável 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”.

Apesar da importância do art. 19, não se pode afirmar que o Marco Civil da Internet introduziu um regime regulatório abrangente para as relações estabelecidas no ciberespaço. Essa pretensão só ganhou corpo quando, em 2020,

¹¹² “Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014”, Diário Oficial da União, p. 1, col. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 05.07.2023.

¹¹³ “Communications Act of 1934”. Public Law 99-508, Public Law 104-104, Public Law 105-277. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title47/html/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230.htm>. Acesso em: 18.06.2024.

¹¹⁴ Gregorio, *Digital*, 44-48.

passou a tramitar no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) n. 2.630/2020¹¹⁵, conhecido popularmente como “PL das *Fake News*”, assim chamado porque um dos seus motes é combater a desinformação no ambiente *online*. Em termos gerais, assim como o Regulamento dos Serviços Digitais na União Europeia, o PL n.º 2.630/2020 busca regulamentar a atuação das empresas de tecnologia, com ênfase nas plataformas digitais. Embora apresente diferenças importantes em relação ao seu equivalente europeu, a proposta brasileira coaduna-se ao RSD no concernente ao estabelecimento de regras transparentes para a responsabilização das plataformas digitais e para a proteção dos direitos dos usuários¹¹⁶.

Paralelamente às atravancadas discussões legislativas, as atenções voltam-se também ao Supremo Tribunal Federal, que está por analisar a constitucionalidade do regime de responsabilidade civil dos intermediários de serviços *online*, previsto no referido art. 19 do Marco Civil da Internet¹¹⁷. Discute-se, especificamente, se a exigência de ordem judicial para a retirada ou a indisponibilização de conteúdo ilícito e a responsabilização do provedor, prevista no art. 19, é compatível com disposições da Constituição brasileira que asseguram os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. No caso que chegou ao STF, a decisão judicial recorrida declarou a inconstitucionalidade do art. 19 e condenou a Meta/Facebook ao pagamento de indenização por danos

¹¹⁵ “Projeto de Lei n. 2.630, de 03 de julho de 2020”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>. Acesso em: 05.07.2023.

¹¹⁶ Ricardo Campos, Juliano Maranhão, Carolina Xavier Santos, Jéssica Santos Guedes, Maria Gabriela Grings, Marina Giovanetti Lili Lucena e Samuel Rodrigues de Oliveira, “Análise comparativa: PL 2630/2020 e Digital Services Act (DSA)”, *Legal Grounds Institute* (2023), 5.

¹¹⁷ “Recurso Extraordinário n.º 1.037.396 (Tema 987)”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 05.07.2023.

morais, em razão de a empresa não ter atendido a pedido, formulado extrajudicialmente pela autora da ação, de exclusão de um perfil falso que fora criado em seu nome.

É relevante sublinhar que o PL n.º 2.630/2020 tramita há três anos e, em 2023, as discussões a seu respeito intensificaram-se nas esferas política¹¹⁸ e jurídica¹¹⁹, especialmente depois dos ataques às sedes dos três poderes da República¹²⁰ e de recentes atos violentos em escolas¹²¹. Não obstante, apesar de a votação do Projeto ter sido pautada na Câmara dos Deputados em maio de 2023, foi posteriormente retirada de pauta, sem a designação de uma nova data para votação¹²². Por outro lado, na face judicial das discussões, o caso mencionado no parágrafo anterior, que ascendeu à Suprema Corte em 2017, chegou a ter o seu julgamento pautado para maio de 2023, assim como a votação do PL n. 2.630/2020, mas foi posteriormente retirado de pauta, sem a designação de nova data para o julgamento.

Em seu texto atual, o PL 2.630/2020 não revoga a regra do art. 19 do Marco Civil da Internet que prevê a exclusão de responsabilidade dos provedores pelos conteúdos produzidos por terceiros (“*safe harbour*”) e a necessidade de que, para haver a responsabilização, o provedor deixe de agir diante do recebimento de ordem

¹¹⁸ Mariana Schreiber, “5 Pontos Polêmicos do PL das Fake News”, BBC News Brasil, 02.05.2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cyeyxje7r9go>. Acesso em: 11.06.2023.

¹¹⁹ Campos et al., “Análise comparativa”.

¹²⁰ “Ataque aos Três Poderes”, CNN, Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tudo-sobre/ataque-aos-tres-poderes/>. Acesso em: 05.07.2023.

¹²¹ Letícia Mori e Vinícius Lemos, “Ataques a Escolas: os Boatos no WhatsApp que Criam Pânico Entre Pais e Alunos”, BBC News Brasil, 11.04.2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/ck7z92v4898o>. Acesso em: 11.06.2023.

¹²² “Lira adia votação do Projeto das Fake News”, Agência Câmara de Notícias”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/957823-LIRA-ADIA-VOTACAO-DO-PROJETO-DAS-FAKE-NEWS>. Acesso em: 24.06.2023.

judicial específica. O Projeto de lei, contudo, cria novas exceções ao regime geral de exclusão de responsabilidade e cria novas obrigações às plataformas digitais, como o “dever de cuidado”¹²³. Já o julgamento no Supremo Tribunal Federal, caso se mantenha a decisão judicial que deu origem ao recurso ora pendente de análise, poderá levar ao fim da necessidade de decisão judicial para a caracterização da responsabilidade dos provedores de serviços intermediários.

Neste cenário, resta saber se a Corte aguardará o eventual avanço do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados ou se prosseguirá no julgamento da questão. O prosseguimento, a depender do resultado do julgamento, poderá acarretar um impacto significativo nos pilares centrais que estão guiando a elaboração do PL 2.630/2020 e ser considerado como uma problemática interferência jurisdicional no debate democrático em curso no Poder Legislativo. Por outro lado, o prolongamento da inércia do Parlamento brasileiro, associado à conflituosidade crescente envolvendo plataformas digitais e insuficiências na proteção de direitos fundamentais e de processos democráticos, poderá não deixar outra opção ao Supremo Tribunal senão compensar judicialmente a falta ou a insuficiência da atuação do Poder Legislativo.

4. Os desafios interpretativos de uma nova realidade

Como os textos jurídicos e, especialmente, os textos constitucionais devem ser interpretados é questão de que a literatura jurídica se ocupa desde longa data e que se renova constantemente. O campo de estudo alberga grande variedade de

¹²³ Art. 11. Os provedores devem atuar diligentemente para prevenir e mitigar práticas ilícitas no âmbito de seus serviços, envidando esforços para aprimorar o combate à disseminação de conteúdos ilegais gerados por terceiros [...]

abordagens teóricas e filosóficas, que se desdobram num vasto aparato de conceitos (e.g. interpretação, aplicação, concretização), métodos interpretativos (e.g. jurídico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo estruturante), princípios de interpretação constitucional (e.g. unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, justiça, concordância prática, força normativa da constituição), dentre outros elementos¹²⁴.

Para além da ciência jurídica, é importante registrar que, nas últimas décadas, têm ganhado relevo os estudos sobre a atividade de interpretação jurídica, em especial sobre o processo de tomada de decisão, estruturados sob perspectivas que extrapolam os domínios do direito e alcançam outros ramos do conhecimento, como a psicologia experimental e a economia comportamental, com ênfase em estudos empíricos. Estes estudos buscam investigar, por exemplo, como os processos interpretativos que sustentam decisões judiciais são influenciados por variáveis extrajurídicas (e.g. questões pessoais, disponibilidade de tempo, vieses cognitivos, heurísticas e estereótipos inconscientes)¹²⁵. Propostas aproximativas entre teorias interpretativas mais tradicionais no universo jurídico e teorias que bebem das fontes de ciências extrajurídicas também têm sido desenvolvidas¹²⁶.

Nos estreitos limites da presente investigação, não há espaço para discutir o amplo campo das teorias interpretativas, compará-las ou mesmo explorar alguma com profundidade. O que se pretende é tecer breves considerações sobre o impacto

¹²⁴ Canotilho, *Direito*, 1191-1242.

¹²⁵ Ricardo Lins Horta e Alexandre Araújo Costa, “Desafios da Agenda de Pesquisa Empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial no Brasil”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 7, n. 3 (2020).

¹²⁶ Streck, *Jurisdição*, 606. Ziel Ferreira Lopes, “Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais” (tese de doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2020), 178-196.

da era digital na interpretação de textos constitucionais, ou seja, apontar como novos contextos fáticos gerados pelas novas tecnologias influenciam na atividade interpretativa. O referencial teórico, nesta análise, são os escritos de Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin, autores alinhados ao paradigma da hermenêutica filosófica, embora o exame sobre a importância da dimensão fática/contextual possa servir igualmente a outras abordagens teóricas.

4.1. A dimensão contextual na interpretação constitucional

No século XX, o denominado “giro ontológico-linguístico” promove uma transformação na filosofia ao afirmar que a linguagem se revela como condição de possibilidade de qualquer tipo de compreensão do mundo e não como um simples caminho entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível¹²⁷. Além de propor que as questões filosóficas têm natureza linguística, a filosofia da linguagem tem como característica central a recepção do universo prático nas discussões filosóficas. Como explica Lenio Luiz Streck, a partir do giro ontológico-linguístico, as abordagens teóricas que se estruturam nesse paradigma filosófico, inclusive no direito, sustentam que o processo interpretativo reclama uma análise prático-pragmática em complemento à dimensão lógico-analítica, típica das abordagens positivistas¹²⁸.

Nesta perspectiva, o contexto é crucial para a interpretação. Em termos hermenêuticos, o contexto apresenta-se como faticidade e historicidade, a revelar que a atribuição de sentidos promovida pela interpretação sempre ocorre num

¹²⁷ António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais* (Coimbra Editora, 2013), 89-90.

¹²⁸ Streck, *Jurisdição*, 425.

determinado lugar e momento da história, o que vale para tudo, inclusive para a interpretação de textos jurídicos, como os constitucionais¹²⁹. Assim, hermeneuticamente compreendida, a interpretação sempre produz sentidos a partir de um texto, nunca os reproduz¹³⁰. Novas interpretações produzem novos sentidos (normas) a partir das condições fático-históricas, ainda que cheguem às mesmas conclusões de interpretações anteriores¹³¹. Como afirma Streck, mesmo onde um juiz pretenda aplicar literalmente a lei, haverá interpretação, “*uma vez que, primeiro, estará em pleno exercício da jurisdição constitucional, porque, ao assim aplicar a lei, o faz entendendo que esta passou pelo filtro da Constituição; segundo, porque em face do texto legal há sempre um contexto*”¹³².

Tal como aqui concebida, a interpretação não se diferencia da inteligência ou da aplicação dos textos jurídicos, não se divide em fases nem se orienta pelos métodos anteriormente mencionados. Como aponta Streck, interpretar já implica compreender e aplicar o direito. “*O intérprete não se depara com o texto da Constituição separado da realidade social e dos textos normativos infraconstitucionais*”. Invocando as lições de Castanheira Neves, então, Streck reforça a impossibilidade de separação entre questões de fato e questões de direito. Uma questão de fato é sempre uma questão de direito e uma questão de direito é sempre uma questão de fato¹³³.

Alinhada ao giro ontológico-linguístico e inserida no paradigma da filosofia da linguagem, está a teoria da interpretação de Ronald Dworkin, o que se

¹²⁹ Streck, *Jurisdição*, 425.

¹³⁰ Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, 2. ed. rev. atual. (Livraria do Advogado, 2014), 52.

¹³¹ Streck, *Jurisdição*, 322.

¹³² Streck, *Jurisdição*, 409.

¹³³ Streck, *Jurisdição*, 405.

revela a partir de um conjunto de características de sua produção teórica, marcadamente a compreensão do direito como uma prática interpretativa e a assunção de que os conceitos jurídicos (e.g. os previstos em textos legais e constitucionais) adquirem sentido em conformidade com as condições históricas e factuais em que sejam empregados¹³⁴.

O *interpretativismo* desenvolvido por Dworkin¹³⁵ – que posteriormente veio a ser sistematizado com outros argumentos e deu forma à teoria do direito como integridade¹³⁶ – considera o direito como uma prática social complexa e argumentativa. Daí decorre que somente *na* prática e *pela* prática é que se pode identificar o que o direito ordena ou autoriza. Rejeita-se, portanto, a possibilidade de processos interpretativos exclusivamente lógico-analíticos (ou semânticos), ou seja, que ignorem a prática em que os conceitos aparecem e se limitem a buscar uma essência (objetiva), um fundamento último que permita identificar o significado do objeto interpretado (e.g. o texto constitucional).

A propósito da teoria da interpretação de Dworkin – e que vale igualmente para outras abordagens alinhadas ao paradigma hermenêutico –, uma das melhores ilustrações para compreendê-la é o famoso exercício do “romance em cadeia” proposto pelo autor. Nele, um conjunto de escritores (romancistas) se propõe a elaborar um romance em série. Cada escritor, após interpretar os capítulos precedentes, elaborados pelos outros autores, deverá redigir o seu próprio capítulo e adicioná-lo à obra. Cada capítulo, portanto, deverá representar a melhor

¹³⁴ Ronaldo Porto Macedo Júnior, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (Saraiva, 2013). Lenio Luiz Streck, *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito* (Casa do Direito, 2017).

¹³⁵ Ronald Dworkin, *O império do direito*, 3. ed., traduzido por Jeferson Luiz Camargo (Martins Fontes, 2014).

¹³⁶ Macedo Júnior, *Do xadrez à cortesia*.

continuação possível da obra coletiva. O que se busca é criação de um único romance, coerente e íntegro, em que cada capítulo dialogue com os capítulos anteriores, sem descuidar que outros serão redigidos posteriormente.

Dworkin complementa seu exercício literário sustentando que os romancistas devem observar as dimensões que o jusfilósofo denomina de “adequação” (*fit*) e “valor” (*value*). Segundo a dimensão da adequação, as interpretações dos escritores devem buscar fornecer uma explicação geral do texto, sem romper com a cadeia já desenvolvida e sem olvidar aspectos centrais e estruturantes da trama. Por sua vez, a dimensão do valor exige dos romancistas que busquem identificar qual interpretação, caso haja mais de uma, promove a melhor continuação possível da cadeia, observadas as limitações impostas pela dimensão da adequação¹³⁷. Como explica Francisco José Borges, enquanto a dimensão da adequação preocupa-se com a coerência formal entre os capítulos, a dimensão do valor compreende um exame substantivo (valorativo) sobre a maneira mais adequada de dar prosseguimento à obra¹³⁸.

O exercício literário do romance em cadeia, de acordo com Dworkin, assemelha-se à interpretação de natureza jurídica. Assim como os romancistas elaboram os capítulos, os juízes devem decidir os casos que se lhes apresentarem mediante a adoção de decisões que, tanto quanto possível, sejam compatíveis com o conjunto da prática jurídica (e.g. regras, princípios, precedentes) estabelecida até então. Ao mesmo tempo, devem configurar e melhor continuidade possível da obra coletiva em que consiste o direito.

¹³⁷ Dworkin, *O império do direito*, 275-279.

¹³⁸ Francisco José Borges Motta, *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*, 2ª ed. rev. ampl. e atual (Editora Juspodivm, 2018), 136-139.

Os pressupostos aqui sumarizados são representativos de uma abordagem teórica da interpretação, perfilhada nesta investigação, em que a dimensão contextual (historicidade e facticidade) é tomada como imprescindível para a compreensão de como o direito e, especialmente, os textos constitucionais devem regular os casos concretos. Com o advento da era digital, como visto, a realidade tem se transformado de maneira disruptiva e em velocidade exponencial, o que levanta importantes questões acerca de como devem ser interpretados os textos jurídicos para que acompanhem as mudanças em curso. Direitos consagrados significam no contexto digital o mesmo que significam no contexto analógico? É possível manter a coerência do romance em cadeia jurídico quando as próprias estruturas fáticas se transformam significativamente no decorrer da redação de cada capítulo?

4.2. O impacto dos contextos tecnológicos na interpretação de normas constitucionais

O avanço tecnológico disruptivo e exponencial promove as mais diversas alterações nos contextos que conformam a experiência humana. Está-se diante, como identifica Luciano Floridi, de um conjunto de forças ambientais que, crescentemente, estão a afetar nossa autoconcepção, nossas interações mútuas, nossa concepção da realidade e nossas interações com a realidade. Destacadamente, conforme mencionado pelos autores e já referido nesta investigação, uma das transformações subjacentes a esta nova realidade consiste na reversão da escassez de informação para a abundância de informação¹³⁹.

¹³⁹ Floridi (ed.), *The Onlife Manifesto*, 2.

O impacto deste cenário de constantes alterações contextuais na atividade de interpretação jurídica pode ser exemplificado de diversas maneiras. Nesta oportunidade, sem perder de vista a abordagem hermenêutica estabelecida no tópico precedente, tem-se por relevante trazer a exame a interessante linha de análise que investiga como as novas tecnologias de comunicação e informação reconfiguraram as concepções de tempo e espaço e, com isso, acabam por impactar na interpretação de direitos há muito consagrados nas democracias constitucionais.

Em interessante artigo, Panayiota Tsatsou aborda o papel das tecnologias de comunicação no modo como a temporalidade, a espacialidade e a mobilidade são experimentados. A autora argumenta que tais tecnologias têm alterado nossas concepções de tempo e espaço, principalmente porque, nelas, “*tempo e espaço existem através da mediação, remediação, reestruturação e negociação*”¹⁴⁰. Como resultado, as noções de tempo e espaço, do modo como são entendidas no mundo físico, passam a ser reestruturadas no ambiente virtual, promovendo o surgimento de diferentes percepções de duração, distância e mobilidade nos mais variados contextos¹⁴¹.

O descompasso entre a relação tempo/espaço do universo físico e a relação tempo/espaço do ambiente virtual é explorado por Domingos Farinho e Rui Lanceiro. Na linha de Tsatsou, os autores sustentam ocorrer uma mutação do tempo e do espaço no ambiente da Internet, comparando-se com o que ocorre no mundo físico. Isso acaba por afetar o modo como as informações são expressadas nesse meio. Na internet, o espaço é aumentado e subjetivado, porquanto os volumes

¹⁴⁰ No original: “time and space exist through mediation, re-mediation, restructuring and negotiation in electronic communications”.

¹⁴¹ Panayiota Tsatsou, “Reconceptualising ‘Time’ and ‘Space’ in the Era of Electronic Media and Communications”, *PLATFORM: Journal of Media and Communication* 1 (Julho, 2009): 12-19.

virtuais, ao serem representados na forma de informação, são sempre menores do que os seus equivalentes no mundo físico – o espaço aumentado –, além de poderem ser reproduzidos por tantos sujeitos quantos possam acessá-los – o espaço subjetivado.

Adicionalmente, na internet, o tempo é instantâneo e permanente. É assim porque, prosseguem os autores, o objetivo das ações no ambiente *online* é alcançado praticamente de maneira concomitante ao momento em que elas são executadas (veja-se o exemplo dos aplicativos de mensagens instantâneas). Já os efeitos das ações *online* têm o condão de prolongarem-se no tempo de maneira indefinida, dado que, uma vez lançados conteúdos na Internet, dificilmente se poderá controlar ou cessar sua disponibilidade. Para os autores, em razão de a internet apresentar estas características, acaba por gerar um efeito de exponenciação de conteúdos e de destinatários das informações. Tem-se, afinal, uma reconfiguração do tempo, que é sempre potencialmente mais duradouro do que o experimentado no mundo *offline*, bem como do espaço, que é sempre potencialmente mais abrangente do que o espaço físico¹⁴².

Como enfatizado em outra sede por Farinho, ao tratar das redes sociais, mesmo que as posições jurídicas assumidas na internet não sejam novas em relação às posições do mundo físico, o meio virtual acaba por modificar o seu conteúdo e exercício. Como consequência, convoca-se a necessidade de novas ponderações ou, para destacar as bases hermenêuticas aqui utilizadas, exsurtem novas interpretações com a atribuição de novos sentidos, por exigência de alterações

¹⁴² Domingos Soares Farinho e Rui Tavares Lanceiro, “Liberdade de Expressão na Internet”, em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, vol. I (Universidade Católica Editora, 2019), 1711-1715.

prático-pragmáticas produzidas pelo ambiente virtual¹⁴³. Um interessante exemplo a este propósito é identificado pela literatura especializada ao analisar a jurisprudência de cortes nacionais e internacionais sobre liberdade de expressão na internet.

Por um lado, nos EUA, conforme análise de Molly K. Land, os efeitos da internet têm sido interpretados de modo a conferir uma relevância ainda maior à já ampla proteção concedida à liberdade de expressão – decorrente da interpretação historicamente privilegiada garantida a tal direito¹⁴⁴. Por outro, no ambiente Europeu, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem demonstrado uma preocupação maior com os riscos potenciais trazidos pela internet para a proteção de direitos, o que tem levado o Tribunal a adotar uma postura mais restritiva em relação à amplitude da liberdade de expressão neste ambiente¹⁴⁵.

Em seu exame, embora identifiquem na jurisprudência do TEDH o reconhecimento da internet – devido à exponenciação de conteúdos – como fundamental na amplificação dos efeitos da liberdade de expressão, Domingos Farinho e Rui Lanceiro também apontam que o Tribunal tem reconhecido o potencial danoso da exponenciação de conteúdos da liberdade de expressão¹⁴⁶. Por exemplo, no caso *Delfi AS contra Estónia*, finalizado em 2015, a 1ª Seção do TEDH pontuou que “*a expansão da Internet e a possibilidade - ou, para alguns efeitos, o perigo - de a informação, uma vez tornada pública, permanecer pública e circular*

¹⁴³ Farinho, “Delimitação”, 2.8 (e-book).

¹⁴⁴ Molly K. Land, “A human rights perspective on US constitutional protection of the Internet”, em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, eds. Oreste Pollicino e Graziella Romeo (Routledge, 2016), 57-70.

¹⁴⁵ Pollicino e Romeo, “Concluding remarks”, 240. Mir e Bassini, “Freedom of Expression”, 88.

¹⁴⁶ Farinho e Lanceiro, “Liberdade de Expressão”, 1713-1716.

para sempre, exigem prudência”¹⁴⁷. O entendimento se alinha ao exarado anteriormente, no caso *Węgrzynowski e Smolczewski contra Polónia*, de 2013, em que assim se consignou:

58. A Corte considerou que a Internet é uma ferramenta de informação e comunicação particularmente distinta da mídia impressa, especialmente no que diz respeito à capacidade de armazenar e transmitir informações. A rede eletrônica, que atende a bilhões de usuários em todo o mundo, não está e nunca estará sujeita às mesmas regulamentações e controles. O risco de prejuízo dos conteúdos e comunicações na Internet para o exercício e gozo dos direitos e liberdades humanos, em particular o direito ao respeito pela vida privada, é certamente superior ao da imprensa. Portanto, as políticas que regem a reprodução de material da mídia impressa e da Internet podem diferir. Estas últimas, inegavelmente, devem ser ajustadas de acordo com as especificidades da tecnologia, a fim de garantir a proteção e promoção dos direitos e liberdades em questão.¹⁴⁸

Conquanto não se pretenda, aqui, analisar a adequação das interpretações dos referidos Tribunais acerca da liberdade de expressão exercida *online*, os elementos acima identificados são relevantes na medida em que revelam como as alterações contextuais (prático-pragmáticas) trazidas pelas novas tecnologias – e,

¹⁴⁷ “Caso of Delfi As V. Estonia” (1ª Seção). Decidido em: 10.10.2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126635>. Acesso em: 19.06.2024. No original: “[...] the spread of the Internet and the possibility – or for some purposes the danger – that information once made public will remain public and circulate forever, calls for caution”. O caso foi definitivamente julgado pela Grande Câmara do TEDH em 16.06.2015. Decisão disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105>.

¹⁴⁸ “Caso *Węgrzynowski e Smolczewski v. Poland (GC)*”. Decidido em: 16.10.2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122365>. Acesso em: 05.07.2023. No original: “58. The Court has held that the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology’s specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned”.

aqui, especialmente a internet – desafiam a jurisdição a encontrar interpretações que preservem o significado histórico de direitos como a liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, representem a melhor continuidade possível de tal significância, adequado ao novo contexto e compatibilizada com outros direitos. A abordagem quanto à reconfiguração das concepções de tempo e espaço, assim, não apenas evidencia o referido desafio posto à jurisdição, como coaduna-se com a visão hermenêutica que considera o exercício interpretativo uma constante reconstrução histórica de sentidos, a partir de elementos lógico-analíticos e prático-pragmáticos.

4.3. Interpretação, privatização do conhecimento e complexidade tecnológica

O exercício interpretativo, olhado pela ótica da hermenêutica filosófica, assenta-se num encontro entre teoria e prática e, uma vez que dependente da linguagem, desenvolve-se de maneira intersubjetiva na história. Quer isto dizer que a atribuição de sentido que se realiza pela interpretação depende de um conhecimento *a priori* compartilhado, que a corrente hermenêutica denomina de tradição¹⁴⁹. O sentido de um determinado dispositivo constitucional, legal ou de um precedente, por exemplo, não pode ser atribuído de maneira arbitrária pelo intérprete, fora da história, a ignorar o conhecimento intersubjetivo trazido pela tradição (ou os capítulos anteriores, no romance de Dworkin).

Na era digital, contudo, experimenta-se uma nova realidade em que o conhecimento – o *a priori* compartilhado – distribui-se de maneira cada vez mais desequilibrada entre os atores sociais e concentra-se gradualmente nos domínios de

¹⁴⁹ Maurício Ramires, *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro* (Livraria do Advogado Editora, 2010), 96.

um reduzido número de corporações privadas¹⁵⁰. É o que Shoshana Zuboff refere como o sequestro da divisão da aprendizagem na sociedade. Segundo a autora, as grandes empresas de tecnologia – referidas por ela como capitalistas de vigilância – detêm atualmente conhecimento e poder em nível sem precedentes, que lhes permite determinar como a aprendizagem deve ser dividida na sociedade. Essas corporações controlam, cada vez mais, quem sabe (como se dá a distribuição do conhecimento), quem decide (autoridade para determinar quem está incluído na aprendizagem) e quem decide quem decide (fonte de poder que reforça a autoridade para compartilhar ou reter conhecimento). A divisão da aprendizagem, prossegue a autora, ao mesmo tempo que passou a ser o princípio de organização social numa civilização baseada em informação, também é refém da posição privilegiada das grandes corporações tecnológicas¹⁵¹.

Em seguida, Zuboff enfatiza como o controle da divisão da aprendizagem é determinado pelo domínio da infraestrutura tecnológica e da capacidade intelectual especializada. O grande – e crescente – poder econômico das *big techs* coloca-as numa situação de domínio no recrutamento de profissionais de tecnologia, que lhes permite aniquilar a concorrência de empresas menores, universidades, governos locais, corporações de outros setores e países menos ricos. Aliado à concentração de profissionais – e também como consequência dela –, tem-se o distanciamento contínuo no desenvolvimento tecnológico destas empresas em relação a outros atores públicos e privados, especialmente na capacidade de coletar, analisar e utilizar dados (*big data* mais inteligência artificial). Como aponta a pesquisadora, “*a concentração de conhecimento sem precedentes produz uma*

¹⁵⁰ Campos e Abboud, “A autorregulação regulada”, 4.8 (e-book).

¹⁵¹ Zuboff, *A era do capitalismo de vigilância*, 207-219.

concentração de poder em igual medida sem precedentes: assimetrias que precisam ser compreendidas como a privatização não autorizada da divisão da aprendizagem na sociedade”¹⁵².

Sintomático dessa assimetria de conhecimento entre a esfera privada e o poder público na era digital é a crescente dependência do estado em relação à infraestrutura e às ferramentas tecnológicas desenvolvidas por agentes privados. Governos valem-se, cada vez mais, de plataformas digitais, desenvolvidas e mantidas por agentes privados, para oferecer serviços públicos ou otimizá-los mediante novas soluções automatizadas. Além disso, o *enforcement* de decisões públicas (e.g. judiciais) relativamente ao ambiente virtual depende, frequentemente, da adoção de medidas por parte de intermediários privados. Giovanni de Gregorio sublinha esse fenômeno e alerta para os problemas daí decorrentes: as corporações tecnológicas passam a deter uma vasta quantidade de informação proveniente do setor público, incluindo dados pessoais; e atores públicos tornam-se cada vez mais dependentes tecnologicamente de atores privados, o que empodera as plataformas e lhes permite, por exemplo, impor suas condições ao se relacionar com atores públicos¹⁵³.

Com a crescente substituição – ou estruturação – de funções públicas por serviços privados, inclusive com a prestação de serviços públicos que de outra forma não seriam prestados pelo estado, crescente também é a dependência do setor público e a retenção de poder e conhecimento por corporações tecnológicas. Assim como Zuboff, Gregorio enfatiza o fato de a internet, hoje associada a tecnologias algorítmicas, permitir às grandes corporações privadas o processamento de grandes

¹⁵² Zuboff, *A era do capitalismo de vigilância*, 219-227.

¹⁵³ Gregorio, *Digital*, 95-99.

quantidades de dados (*big data*) para a extração de valor e, via de consequência, ter-lhes colocado em posição de dominância quanto à detenção do conhecimento na sociedade digital. Some-se a essa concentração privada do conhecimento o fato de que as complexas estruturas tecnológicas têm se caracterizado por uma acentuada falta de transparência e *accountability*. A baixa ou inexistente explicabilidade de processos algorítmicos e, de modo geral, a opacidade na coleta e processamento de dados são atributos recorrentemente identificados na atuação das grandes empresas de tecnologia¹⁵⁴.

Diante dessa dinâmica de distribuição do conhecimento e das barreiras ao seu acesso, o escrutínio público sobre as transformações tecnológicas vai gradualmente inviabilizando-se e, com ele, a capacidade pública de identificar, compreender e corrigir ameaças a direitos fundamentais e ao estado democrático de direito¹⁵⁵. Essa marginalização atinge todos os braços do poder público, como já apontado no capítulo anterior, mas se mostra especialmente problemática para o exercício da jurisdição. O poder judiciário e, no que aqui interessa mais diretamente, a jurisdição constitucional não podem prevalecer-se da omissão de decidir, ao contrário do que usualmente ocorre com os poderes legislativo e executivo, como aponta Domingos Farinho ao tratar da regulação de redes sociais. Também de modo diverso aos demais poderes, prossegue o autor, o judiciário não detém poder de iniciativa nem pode negociar com as plataformas o quadro normativo que se deve aplicar a elas. Considere-se também que, em regra, os

¹⁵⁴ Gregorio, *Digital*, 110-114/217.

¹⁵⁵ Gregorio, *Digital*, 117.

tribunais decidem caso a caso e não de forma geral, além de estarem limitados por regras processuais, como a adstrição dos termos do pedido¹⁵⁶.

Em especial, a interpretação dos elementos contextuais (dimensão prático-pragmática) nos conflitos da era digital, que, em conjunto com os elementos normativos (dimensão lógico-analítica), viabilizam o exercício adequado da jurisdição – incluída a constitucional –, ressenete-se do déficit cognitivo ora analisado. A compreensão da diversa e complexa gramática tecnológica é um desafio para a jurisdição, que se revela desde o enquadramento e a resolução de conflitos até o *enforcement* das decisões jurisdicionais. Nesse sentido e tratando do domínio das redes sociais, Farinho ressalta a limitação técnica de jurisdição que enfrentam os tribunais quanto ao que podem julgar e condenar nesta seara, tendo em vista a dificuldade de se identificar quais medidas são e quais não são realmente dotadas de exequibilidade técnica por parte das plataformas¹⁵⁷.

Um exemplo interessante de tal desafio pode ser retirado do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*. No caso, em que se discutiu o dever do Facebook de excluir de sua plataforma ofensas dirigidas à usuária que moveu a ação, o TJUE decidiu pela possibilidade de se impor judicialmente à referida empresa o dever de excluir conteúdos *idênticos* e *semelhantes* a outros que tenham sido objeto de decisões judiciais anteriores. Quanto aos últimos (conteúdo *semelhante*) o tribunal ponderou que, para ser efetiva na cessação da ilegalidade, a medida judicial inibitória deve alcançar “*informações cujo conteúdo, veiculando em substância a mesma mensagem, está formulado de forma ligeiramente*

¹⁵⁶ Farinho, “Delimitação”, 2.10 (e-book).

¹⁵⁷ Farinho, “Delimitação”, 2.10 (e-book).

diferente, devido às palavras empregues ou à sua combinação, em relação à informação cujo conteúdo tenha sido declarado ilegal”. Pontuou, ainda, que essa proteção a ser exercida pela plataforma não se constituiria numa obrigação excessiva e poderia ser executada mediante técnicas e meios de pesquisa automatizadas¹⁵⁸.

O acórdão em referência desperta inúmeras discussões interessantes que não serão analisadas nesta oportunidade. O que desponta relevante é notar como a decisão do TJUE – marcadamente quanto aos conteúdos semelhantes – estruturase na suposição de que a obrigação reconhecida é tecnicamente passível de execução. Domingos Farinho chama a atenção para a pressuposição presente na decisão do TJUE e sustenta que a viabilidade técnica de tal filtro para conteúdos idênticos e semelhantes seria mais bem avaliada por um regulador público em diálogo técnico-jurídico com a plataforma¹⁵⁹. Em outras palavras, não é exagero afirmar que a decisão foi tomada pelo TJUE sem que houvesse clareza quanto à possibilidade de executar operacionalmente a determinação passada pela Corte.

Um outro exemplo que ilustra as limitações da jurisdição para compreender e interpretar os conflitos da era digital provém da recente análise do caso Gonzalez contra Google LLC pela Suprema Corte dos EUA¹⁶⁰. Em discussão, está a responsabilidade do Youtube (empresa pertencente ao Google) por danos alegadamente decorrentes da recomendação de conteúdos promovida pela plataforma. No caso que chegou à Suprema Corte, a família de Nohemi Gonzalez,

¹⁵⁸ “Caso Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited”. Decidido em: 03.10.2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0018>. Acesso em: 05.07.2023.

¹⁵⁹ Farinho, “Delimitação”, 2.10 (e-book).

¹⁶⁰ “Caso Gonzalez v. Google LLC” (2023).

estudante vítima fatal de ataque terrorista executado pelo grupo Estado Islâmico em Paris em 2015, sustenta a responsabilidade da plataforma pela morte, em razão de ter promovido/ampliado, com seus algoritmos, os conteúdos postados pelo grupo terrorista. A decisão proferida pela Suprema Corte, que foi favorável ao Google/YouTube¹⁶¹, não será aqui examinada. Para os fins do presente tópico, o que se pretende destacar é a impressão deixada pela Corte – ou, ao menos, por alguns dos *Justices* – de hesitação quanto à sua própria capacidade de compreender os contornos técnicos (tecnológicos) dos fatos levados à sua apreciação e de encontrar uma solução adequada para a contenda¹⁶², o que se revelou nas arguições orais realizadas no processo¹⁶³.

Após aventar a necessidade de responsabilização da indústria de tecnologia, a *Justice* Elena Kagan então ponderou afirmando “*nós somos uma corte. Nós realmente não sabemos sobre essas coisas. Estes não são os nove maiores especialistas da Internet*”¹⁶⁴. Por sua vez, *Justice* Brett Kavanaugh manifestou que a discussão sobre a responsabilidade das plataformas, com eventual revisão do regime estipulado na Seção 230 do CDA, caberia ao Congresso: “*não estamos equipados para dar conta disso*”¹⁶⁵. Em diversos momentos, os *Justices* disseram estar confusos quanto aos argumentos apresentados no julgamento, como

¹⁶¹ Em decisão datada de 18.05.2023, a Suprema Corte declinou de analisar a responsabilidade da plataforma com base na Seção 230 do *Communications Decency Act* e determinou o retorno do processo à instância judicial inferior para julgamento à luz do precedente formado no julgamento do caso *Twitter, Inc. v. Taamneh*, em que a Suprema Corte entendeu pela ausência de responsabilidade da plataforma em relação à conteúdos promovidos/recomendados. Em termos práticos, pode-se afirmar que a decisão equivale a uma vitória do Youtube/Google no caso.

¹⁶² Liptak, “Supreme Court”. *Vogue*, “What is the future of the internet?”.

¹⁶³ “Caso *Gonzalez v. Google LLC*” (2023).

¹⁶⁴ No original: “we’re a court. We really don’t know about these things. You know, these are not like the nine greatest experts on the Internet”.

¹⁶⁵ No original: “We are not equipped to account for that”.

manifestado pelo *Justice* Samuel Alito Jr diante da afirmação da parte autora de que a recomendação de vídeos pelo Youtube deveria tornar a plataforma responsável pelos danos decorrentes destes conteúdos: “*receio estar completamente confuso com qualquer argumento que você [advogado] esteja a apresentar neste momento*”¹⁶⁶.

Os exemplos colacionados são representativos dos desafios impostos à jurisdição constitucional ao tratar de temas relacionados à internet e, de modo geral, ao universo tecnológico. A disparidade de conhecimento entre agentes privados e agentes públicos se revela especialmente problemático quando envolve o exercício da jurisdição e pode levar os Tribunais a interpretações desajustadas aos elementos prático-pragmáticos da nova era e determinar medidas inadequadas ou, até mesmo, inexequíveis em termos técnicos¹⁶⁷.

A melhor maneira de sanar ou, ao menos, minimizar o déficit cognitivo que se ergue como barreira na era digital não encontra uma resposta simples, como, ademais, costuma ocorrer com as questões emergidas em torno das novas tecnologias de comunicação e informação. Uma abordagem que ganha cada vez mais proeminência é a que sustenta a adequação de modelos corregulatórios sustentados numa lógica (paradigma) de proceduralização do direito, marcadamente a denominada autorregulação regulada, que deita raízes tradição jurídica alemã.

Segundo Ricardo Campos e Georges Abboud, o modelo de proceduralização decorreria da crise dos modelos regulatórios baseados na

¹⁶⁶ No original: “I'm afraid I'm completely confused by whatever argument you're making at the present time”.

¹⁶⁷ Farinho, “Delimitação”, 2.10 (e-book).

centralidade política ou na jurisdição constitucional, crise esta marcada pelo fato de o estado não deter mais o conhecimento para a tomada de decisões em âmbitos complexos, como o das novas tecnologias. Assim, o modelo proceduralizado seria uma forma de gerar conhecimento dentro do direito regulatório estatal, incorporando-se o conhecimento advindo da sociedade. Na abordagem procedural, caracterizada pela reflexividade, ganhariam preponderância a observação e a incorporação de modelos de auto-organização da sociedade. Concretizado sob a forma de autorregulação regulada, prosseguem os autores, o modelo de proceduralização abandonaria a regulação mais direta (típica do modelo de agências reguladoras) e incorporaria a participação do setor privado, para obter o conhecimento tecnológico de que o estado não dispõe. Nas palavras dos autores, *“com isso, o modelo da autorregulação regulada responde ao déficit de conhecimento, gerando procedimentos (proceduralização) e uma abertura temporal do direito para lidar com uma sociedade cada vez mais complexa”*.

Nesta abordagem e especialmente para o domínio das novas tecnologias, prosseguem os autores, as plataformas seriam as primeiras responsáveis por viabilizar mecanismos para proteger os direitos de indivíduos e, junto a isso, ficariam encarregadas de fornecer ao poder público o conhecimento gerado no âmbito de suas operações, mediante a produção constante de relatórios. Já o poder judiciário *“atuaria como um observador de segunda ordem, examinando se os padrões seguidos estão em conformidade com ditames públicos, mas também podendo decidir a qualquer momento”*¹⁶⁸.

O aprofundamento no exame dos modelos regulatórios adequados ao contexto tecnológico, especialmente da autorregulação regulada (como

¹⁶⁸ Campos e Abboud, “A autorregulação regulada”, 4.1-4.10 (e-book).

manifestação do paradigma proceduralizado), fugiria ao escopo desta investigação. Algumas notas a esse respeito, porém, fazem-se pertinentes. Na atual quadra do desenvolvimento tecnológico, torna-se cada vez menos crível que o estado e outros organismos públicos, como a União Europeia, sejam capazes de, unilateralmente, compreender e regular os domínios tecnológicos de maneira compatível com o ritmo de desenvolvimento desses setores e de maneira eficiente no tocante à proteção de direitos fundamentais e valores democráticos. A necessidade de participação efetiva do setor privado, marcadamente das empresas de tecnologia, na construção das respostas técnico-jurídicas exigidas pela era digital se torna, cada vez mais, uma realidade incontornável.

Contudo, há uma série de incertezas que paira sobre a normatização do universo tecnológico, a começar pela dúvida quanto à efetiva predisposição das grandes corporações à participarem de estruturas regulatórias orientadas por interesses públicos e amarras democráticas. Afinal, como já apontado anteriormente, a relutância ou a incapacidade de tais agentes de adequarem-se às exigências éticas e interesse públicos presentes na nova realidade digital tem sido uma constante e levou, inclusive, à declaração de falência dos modelos de autorregulação¹⁶⁹. Mesmo onde desafios judiciais e legislativos se colocaram, o histórico de tais corporações é marcado por operações destinadas a derrubá-los ou, não sendo possível, a contorná-los mediante adaptações superficiais que não impactem seus modelos de negócios¹⁷⁰.

Resta saber, assim, se o conhecimento, qual conhecimento e como o conhecimento produzido por corporações privadas de tecnologia será efetivamente

¹⁶⁹ Floridi, “The End of an Era”, 621.

¹⁷⁰ Zuboff, *A era do capitalismo de vigilância*, 165-184.

compartilhado com autoridades públicas e, no que aqui mais interessa, com autoridades que exercem jurisdição constitucional. Não se afigura exagerado questionar por que se deve acreditar que, na passagem da autorregulação para a autorregulação regulada (proceduralizada), tais agentes passarão a se submeter aos ditames do estado democrático de direito. Mais, é de se perquirir como evoluirá a própria capacidade do estado de avaliar a adequação do conhecimento consigo compartilhado e destinado a orientar a tomada de decisões públicas.

Essas questões são especialmente relevantes para a jurisdição constitucional, já que a adequação dos processos interpretativos às exigências da era digital está umbilicalmente condicionada à capacidade dos tribunais de compreenderem fidedignamente a dimensão prático-pragmática das relações estabelecidas no contexto tecnológico. Prejudicada esta compreensão, o processo interpretativo e as decisões daí decorrentes restam, igualmente, comprometidos. Como consequência, a capacidade mesma da jurisdição constitucional de equacionar direitos fundamentais e garantir a funcionalidade do estado de direito democrático pode acabar erodida.

5. Conclusão

A experiência humana, considerada isoladamente ou em sua conformação social, tem se transformado por força do avanço tecnológico disruptivo e exponencial que marca o século XXI. O direito transforma-se junto e o direito constitucional não é exceção a essa realidade. A jurisdição constitucional, forjada no âmbito do constitucionalismo moderno, depara-se agora com os inúmeros desafios produzidos pela era digital e esforça-se para garantir a preservação de

direitos fundamentais e a funcionalidade das democracias constitucionais, enquanto ela própria sofre suas transformações.

Nesta investigação, foram examinados três desses desafios: a reconfiguração das bases teóricas do constitucionalismo; o protagonismo da jurisdição constitucional em face do poder legislativo para solucionar os conflitos do mundo digital; as exigências interpretativas decorrentes dos novos contextos produzidos pelo universo tecnológico.

Quanto ao primeiro desafio, a análise efetuada lava à compreensão de que o denominado constitucionalismo digital é o resultado de diferentes abordagens teóricas, das quais apenas uma se apresenta inteiramente compatível com os pilares gerais que caracterizam a jurisdição constitucional. Trata-se da proposta que, sem romper com as bases do constitucionalismo moderno, limita-se a adicionar uma nova temática (o universo digital) à agenda do constitucionalismo.

Por outro lado, as versões do constitucionalismo digital que sustentam a existência de um direito constitucional fora ou além da figura do estado-nação são de difícil compatibilização com a ideia moderna de jurisdição constitucional. Em tais propostas, esvazia-se a diferenciação normativa fundamental trazida pelo constitucionalismo moderno, consistente na hierarquia entre normas emanadas do povo (constituição) e normas emanadas do governante (direito ordinário). É esta diferenciação que legitima e viabiliza o exercício da jurisdição constitucional. Adicionalmente, sob a ótica do constitucionalismo moderno, a concentração do poder público e do monopólio do uso da força no estado exige, por outro lado, a submissão desse mesmo poder a um rígido conjunto de regras (a constituição marcadamente) e lhe exclui da possibilidade de usufruir da liberdade de que dispõem os particulares. O reconhecimento de agentes privados e suas respectivas normas privadas como poderes equiparáveis ao poder estatal aponta para a

necessidade de submissão de tais poderes privados aos mesmos limites e controles previstos na constituição estatal para os poderes públicos, o que inclui, via de consequência, a sujeição dos seus atos ao crivo da jurisdição constitucional.

O exame do segundo desafio revela que a inércia e as dificuldades de instâncias legislativas em tratar dos problemas relacionados à evolução tecnológica têm deslocado à jurisdição, precipuamente à jurisdição constitucional, o protagonismo na construção de respostas para os conflitos novos ou que, antigos, surgem reconfigurados nos meios digitais. No cenário de inércia e dificuldades dos legisladores, que se debatem para correr atrás dos avanços tecnológicos, tem recaído sobre os tribunais o ônus de compensar a ausência de regras legislativas gerais e abstratas para o universo digital. Esta ênfase jurisdicional é resultado de um conjunto de fatores e dois deles merecem destaque: (1) a influência liberal e “ciberotimista” que predominou no início da era digital e que, atualmente, ainda exerce forte influência mesmo fora dos EUA, inclusive para impedir a aprovação de atos legislativos que regulem os domínios da tecnologia; (2) o fato de o progresso tecnológico, por suas próprias características substanciais, impor dificuldades à lógica de atuação legislativa até então predominante no mundo analógico.

As transformações tecnológicas e a desorientação conceitual decorrente da era digital impactam o direito como um todo, mas, de maneira particularmente intensa, a produção de normas legislativas. Classicamente, a lei estatal estrutura-se em noções como generalidade e abstração, volta-se ao futuro, pretende-se aplicável a um número indeterminado de situações e num horizonte temporal também indefinido. Logo, numa nova era, em que o desenvolvimento tecnológico é exponencial e disruptivo, a capacidade legislativa de semantizar esta lógica de

mudanças abruptas constantes e transformá-las em comandos conceitualmente operacionais e minimamente estáveis no tempo torna-se comprometida.

Não obstante, a política e a regulação (ou correção) pública não podem mais permanecer à margem (ou subalternizados) da governança do ambiente tecnológico, situação que tem colocado em risco valores democráticos e a proteção de direitos. O avançar da era digital tem confirmado que, no lugar de uma rede descentralizada e democratizada, estabeleceu-se um oligopólio de entidades privadas controlando o fluxo de informações e moldando a esfera pública *online*, para as quais as estratégias de autorregulação (regulação privada) revelou-se insatisfatória. É preciso encontrar modelos normativos que, preservando a inovação e a geração de conhecimento, promovam o controle público e democrático do ambiente tecnológico bem como a proteção de direitos fundamentais em face de poderes públicos e privados.

Naturalmente, as inflexões e incertezas promovidas pela era digital e sofridas pelo modelo de direito legislado também atingem órgãos jurisdicionais. Porém, a própria natureza da atividade jurisdicional, de ocupar-se precipuamente de conflitos concretos e presentes, mais do que se preocupar em fornecer padrões gerais de conduta futura, faz com que a dificuldade em comento não lhe atinja da mesma maneira que faz em relação aos legisladores. Além do mais, o poder judiciário, em geral, não pode furtar-se a decidir ao ser demandado.

Em relação ao terceiro desafio, a investigação demonstra como as transformações contextuais (prático-pragmáticas) geradas pelo ambiente digital impactam o exercício interpretativo realizado pelos tribunais. Indica, também, que a concentração do conhecimento no âmbito privado – e especialmente em um número reduzido de agentes – pode tornar qualitativamente deficitária a atividade interpretativa desempenhada pela jurisdição constitucional.

Sob a perspectiva hermenêutica em que se desenvolveu esta parte do estudo, o exercício interpretativo estrutura-se numa combinação de teoria e prática e, uma vez que dependente da linguagem, desenvolve-se de maneira intersubjetiva na história (facticidade e historicidade). A atribuição de sentido que se realiza pela interpretação depende de um conhecimento *a priori* compartilhado, que a corrente hermenêutica denomina de tradição – ilustrada pelo exercício do romance em cadeia de Dworkin. Assim, a transformação da realidade de forma disruptiva e em velocidade exponencial na era digital desafia a progressão íntegra e coerente dos processos interpretativos, dada a dificuldade de acompanhar as mudanças em curso.

O modo como as novas tecnologias de comunicação e informação reconfiguraram as concepções de tempo e espaço constitui exemplo destacado acerca do impacto da dimensão prático-pragmática na atividade interpretativa da jurisdição constitucional. O tempo no mundo virtual é sempre potencialmente mais duradouro do que o tempo no mundo *offline* e o espaço é sempre potencialmente mais abrangente do que o espaço físico. Com isso, mesmo que as posições jurídicas assumidas no ambiente virtual não sejam novas em relação às posições do mundo físico, exurgem novas interpretações com a atribuição de novos sentidos, por exigência de alterações prático-pragmático produzidas pelo ambiente virtual. É desafio da jurisdição constitucional, nesse cenário, chegar a interpretações que resguardem o significado histórico de direitos consagrados e, paralelamente, propiciem a continuidade íntegra e coerente de tal significância, mas agora adequada ao novo contexto e compatibilizada com outros direitos.

Esse desafio da jurisdição constitucional está longe de ser simples e pode tornar-se ainda mais complexo diante de uma nova realidade em que o conhecimento – o *a priori* compartilhado hermenêutico – distribui-se de maneira cada vez mais desequilibrada entre os atores sociais e concentra-se gradualmente

nos domínios de um reduzido número de corporações privadas. Neste contexto, o escrutínio público sobre as transformações tecnológicas vai gradualmente inviabilizando-se e, com ele, a capacidade pública de identificar, compreender e corrigir ameaças a direitos fundamentais e ao estado democrático de direito. Tal déficit cognitivo prejudica especialmente a jurisdição constitucional, visto que seu exercício a contento depende da interpretação dos elementos contextuais (dimensão prático-pragmática) dos conflitos da era digital. É desafiador para a jurisdição compreender a diversa e complexa gramática tecnológica, o que pode condicionar o adequado enquadramento e a correta resolução de conflitos até o *enforcement* das decisões jurisdicionais, como exemplificado com os casos *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2019, e *Gonzalez contra Google LLC*, apreciado pela Suprema Corte dos EUA em 2023.

Dentre as questões que emergem da investigação e não puderam ser aqui examinadas com profundidade, coloca-se a necessidade de identificar maneiras para se sanar ou, ao menos, minimizar o déficit cognitivo em apreço. A autorregulação regulada - calcada no paradigma da proceduralização – propõe-se como abordagem possivelmente apta para atacar o problema e, se eficiente em seu desiderato, poderá funcionar como resposta, inclusive, aos desafios trazidos nos capítulos 1 e 2 da investigação. Contudo, ainda está por ser demonstrado se o conhecimento, qual conhecimento e como o conhecimento produzido por corporações privadas de tecnologia será efetivamente compartilhado com autoridades públicas e, especialmente, com as que exercem jurisdição constitucional. Igualmente, cabe questionar a própria capacidade do estado de acompanhar a evolução tecnológica, avaliar a adequação do conhecimento consigo compartilhado e tomar, a partir dele, as decisões públicas que lhe competem.

O acerto dos processos interpretativos em face das exigências da era digital depende da capacidade dos tribunais de compreenderem a dimensão prático-pragmática das relações entabuladas no ambiente tecnológico. As insuficiências nesta compreensão afetam o processo interpretativo e, conseqüentemente, as decisões jurisdicionais. A consequência última desta realidade pode ser a perda de capacidade da jurisdição constitucional de equilibrar direitos fundamentais e de preservar o funcionamento das democracias constitucionais.

6. Bibliografia

“Lira adia votação do Projeto das Fake News”. *Agência Câmara de Notícias*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/957823-LIRA-ADIA-VOTACAO-DO-PROJETO-DAS-FAKE-NEWS>. Acesso em: 24.06.2023.

Ataque aos Três Poderes. *CNN*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tudo-sobre/ataque-aos-tres-poderes/>. Acesso em: 05.07.2023.

Brasil. “Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014”, Diário Oficial da União, p. 1, col. 2. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 05.07.2023.

Brasil. Câmara dos Deputados. “Projeto de Lei n.º 2.630, de 03 de julho de 2020”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>. Acesso em: 05.07.2023.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Extraordinário n.º 1.037.396 (Tema 987)”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 05.07.2023.

Campos, Ricardo e Georges Abboud. “A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado”. Em *Fake News e Regulação*, 3ª ed., organizado por Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 4.1-4.10. Thomson Reuters Brasil, 2022 (e-book).

Campos, Ricardo, Juliano Maranhão, Carolina Xavier Santos, Jéssica Santos Guedes, Maria Gabriela Grings, Marina Giovanetti Lili Lucena, Samuel Rodrigues de Oliveira. “Análise comparativa: PL 2630/2020 e Digital Services Act (DSA)”, *Legal Grounds Institute*, 2023.

Campos, Ricardo. *Metamorfoses do Direito Global: Sobre a Interação Entre Direito, Tempo e Tecnologia*. Contracorrente, 2022.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Almedina, 2003.

Castanheira Neves, António. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra Editora, 2013.

- Celeste, Edoardo. “Constitucionalismo Digital: Mapeando a Resposta Constitucional aos Desafios da Tecnologia Digital”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 15, nº 45 (2021): 63-91.
- Conselho Da Europa. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. “Delfi As V. Estonia” (1ª Seção). Decidido em: 10.10.2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-126635>. Acesso em: 19.06.2024.
- Conselho Da Europa. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. “Węgrzynowski e Smolczewski v. Poland” (GC). Decidido em: 16.10.2013. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2233846/07%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-122365%22%5D%7D>}. Acesso em: 05.07.2023.
- Denardis, Laura. “The Emerging Field of Internet Governance”. Yale Information Society Project Working Paper Series. *Cyberspace Law eJournal*. 10.2139/ssrn.1678343. (2010).
- Dworkin, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Martins Fontes, 2014.
- Estados Unidos da América. “Communications Act of 1934”. Public Law 99-508, Public Law 104-104, Public Law 105-277. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title47/html/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230.htm>. Acesso em: 18.06.2024.
- Estados Unidos da América. Suprema Corte. “Gonzalez v. Google LLC”. Decidido em: 18.05.2023. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/21-1333.html>. Acesso em: 05.07.2023.
- Farinho, Domingos Soares e Rui Tavares Lanceiro. “Liberdade de Expressão na Internet”. Em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. 1, organizado por Paulo Pinto de Albuquerque, 1700-1739 Universidade Católica Editora, 2019.
- Farinho, Domingos Soares. “Delimitação do Espectro Regulatório de Redes Sociais”. Em *Fake News e Regulação*, 3ª ed., organizado por Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2.1-2.11. Thomson Reuters Brasil, 2022.
- Floridi, Luciano, ed. *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Springer, 2015.
- Floridi, Luciano. “The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry”. *Philosophy & Technology*, nº 34 (2021): 619-622.
- Gill, Lex, Dennis Redeker e Urs Gasser. “Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights.” *Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication* 15 (2015): 1-22.
- Golia Jr., Angelo e Gunther Teubner. “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper Series n. 2021-08* (2021).
- Golia Jr., Angelo. “Redefining Digital Constitutionalism as Critique and Ideology: The Perspective of Societal Constitutionalism”. *The Digital Constitutionalist: The Future of Constitutionalism* (2022). Disponível em: <https://digi-con.org/redefining-digital->

- constitutionalism-as-critique-and-ideology-the-perspective-of-societal-constitutionalism/. Acesso em: 05.07.2023.
- Graber, Christoph B., ‘Bottom-up Constitutionalism: The Case of Net Neutrality’. *i-call Working Paper*, n. 01 (2017): 524–552.
- Gregorio, Giovanni de. *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge University Press, 2022.
- Grimm, Dieter. “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”. Em *The Twilight of Constitutionalism?*, coordenado por Petra Dobner e Martin Loughlin, 3-22. Oxford University Press, 2010.
- Horta, Ricardo Lins e Alexandre Araújo Costa. “Desafios da Agenda de Pesquisa Empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial no Brasil”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 7, n. 3 (2020): 76-110.
- Klonick, Kate. “The New Governors: the People, Rules, and Processes Governing Online Speech”. *Harvard Law Review* 131, n. 6 (Abril, 2018): 1598-1670.
- Land, Molly K. “A human rights perspective on US constitutional protection of the Internet”. Em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, editado por Oreste Pollicino e Graziella Romeo, 48-70. Routledge, 2016.
- Lessig, Lawrence. “The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net”. *Berkeley Technology Law Journal* 14 (1999): 759-769.
- Liptak, Adam. “Supreme Court Seems Wary of Limiting Protections for Social Media Platforms”. *The New York Times*. 21.02.2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2023/02/21/us/google-supreme-court-youtube.html>. Acesso em: 05.07.2023.
- Lopes, Ziel Ferreira. *Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais*. Tese de doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2020.
- Macedo Júnior, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Saraiva, 2013.
- Mendes, Gilmar Ferreira e Victor Oliveira Fernandes. “Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”. *Justiça do Direito* 34, n. 2 (2020): 06-51.
- Mir, Joan Barata e Marco Bassini. “Freedom of Expression in the Internet: Main Trends of the Case Law of the European Court of Human Rights”. Em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, editado por Oreste Pollicino e Graziella Romeo, 71-93. Routledge, 2016.
- Miranda, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. 2ª ed. rev. atua. Almedina, 2022.
- Morais, Carlos Blanco de. *O Sistema Político: no Contexto da Erosão da Democracia Representativa*. Almedina, 2020.
- Mori, Letícia e Vinícius Lemos. “Ataques a Escolas: os Boatos no WhatsApp que Criam Pânico Entre Pais e Alunos”. *BBC News Brasil*. 11.04.2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/ck7z92v4898o>. Acesso em: 11.06.2023.

- Motta, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Editora Juspodivm, 2018.
- Moura, Ariel. “Constitucionalismo Digital”. Anais do IX Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos. *Sociedades Pós –Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã* (2018): 926-938.
- Passaglia, Paolo. “Protection of fundamental rights and the internet: a comparison between Italian and French systems of constitutional adjudication”. Em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, editado por Oreste Pollicino e Graziella Romeo, 118-165. Routledge, 2016.
- Pereira, Jane Reis Gonçalves e Clara Iglesias Keller. “Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso”. *Revista Direito e Práxis* 13, n. 4 (2022): 2648-2689.
- Pollicino, Oreste e Giovanni de Gregorio. “Constitutional Law in the Algorithmic Society”. Em *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, editado por Hans-W Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni de Gregorio, 3-24. Cambridge University Press, 2022.
- Pollicino, Oreste e Graziella Romeo. “Concluding remarks: Internet law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication”. Em *The Internet and Constitutional Law: the Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, editado por Oreste Pollicino e Graziella Romeo, 234-250. Routledge, 2016.
- Ramires, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Livraria do Advogado Editora, 2010.
- Schreiber, Mariana. “5 Pontos Polêmicos do PL das Fake News”. *BBC News Brasil*. 02.05.2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cyeyxje7r9go>. Acesso em: 11.06.2023.
- Silva, Vasco Pereira da. “The New World of Information and New Technologies in Constitucional and Administrative Law”. Em *Automatisierte Systeme*, editado por Petra Buck-Heeb e Bernd H. Oppermann, 425-435. C.H. Beck, 2022.
- Streck, Lenio Luiz e Georges Abboud. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. atual. Livraria do Advogado, 2014.
- Streck, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Casa do Direito, 2017.
- Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 7ª ed. Forense, 2023.
- Susskind, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press, 2019.
- Susskind, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: an introduction to your future*. 2ª ed. Oxford University Press, 2017.
- Teubner, Gunther. “Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution”. *The Italian Law Journal* 03, n. 01 (2017): 193-205.
- Teubner, Gunther. “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?” Em *Constitutionalism and Transnational Governance*, editado por Christian Joerges, Inge-Johanne Sand e Gunther Teubner, 3-28. Oxford Press, 2004.

Tsatsou, Panayiota. “Reconceptualising ‘Time’ and ‘Space’ in the Era of Electronic Media and Communications”. *PLATFORM: Journal of Media and Communication* 1 (Julho, 2009): 11-32.

União Europeia. “Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais)”, *Jornal Oficial da União Europeia*, L 277, 27 de outubro de 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065>. Acesso em: 18.06.2024.

União Europeia. Tribunal de Justiça. “Caso C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González”. Decidido em: 13.05.2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>. Acesso em: 18.06.2024.

União Europeia. Tribunal de Justiça. “Caso C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited”. Decidido em: 03.10.2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0018>. Acesso em: 05.07.2023.

União Europeia. Tribunal de Justiça. “Caso C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV. Decidido” em: 16.02.2012. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=en>. Acesso em: 18.06.2024.

União Europeia. Tribunal de Justiça. “Caso C-362/14, Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner”. Decidido em: 06.10.2015. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14>. Acesso em: 18.06.2024.

União Europeia. Tribunal de Justiça. “Caso C-70/10, Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) ECR I11959”. Decidido em: 24.11.2011. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-70/10>. Acesso em: 18.06.2024.

União Europeia. Tribunal de Justiça. “Casos C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others”. Decidido em: 08.04.2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-293/12>. Acesso em: 18.06.2024.

Vogue, Ariane de. “What is the future of the internet? Don’t ask the Supreme Court”. *CNN Politics*. 21.02.2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/02/21/politics/future-of-internet-supreme-court-analysis/index.html>. Acesso em: 05.07.2023.

Zuboff, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*, traduzido por George Schlesinger. Editora Intrínseca, 2021.