

Constituição em rede

André Ramos Tavares

Professor Titular e Coordenador do Núcleo de Pesquisas “Direito Econômico e Novas Tecnologias Digitais” da Faculdade de Direito da USP, Coordenador dos Programas de Doutorado e Mestrado “Constituição em Rede” da FADISP/SP, Professor da PUC/SP e Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. *E-mail*: artavares@usp.br.

Resumo: O texto apresenta um ensaio crítico sobre o que costuma ser apresentado como constitucionalismo digital. Propõe-se a ideia-força de uma *Constituição em rede* para reestruturar a própria moldura original de Constituição, de maneira a compreendê-la, doravante, sobretudo como um *instrumento do agir em rede*, capturando os novos poderes (das plataformas), os riscos digitais (caso especial da inteligência artificial) e as relações já estabelecidas na sociedade atual (em rede), para gerar uma reformulação paradigmática das premissas de um efetivo agir constitucional na atualidade.

Palavras-chave: Constituição em rede. Novas tecnologias digitais. Constitucionalismo digital. Constitucionalização da rede. Plataformas digitais.

Sumário: **1** As novas tecnologias digitais em rede: uma chave de leitura disruptiva – **2** A posição de poder das grandes plataformas digitais – **3** A vigência da Constituição atual – **4** Novos direitos e o necessário reposicionamento das Constituições – **5** A Constituição em rede – Referências

1 As novas tecnologias digitais em rede: uma chave de leitura disruptiva

O uso massivo de novas tecnologias disruptivas,¹ especialmente com o advento e repentino crescimento exponencial das chamadas plataformas digitais, permite afirmar, como assinalei, que “já nos encontramos experimentando uma remodelagem da própria vida em sociedade”.²

As novas tecnologias que operam em *rede* digital de conexões apresentam impacto superlativo em absolutamente todos os setores, tendo pressionado e transformado fortemente o modelo (tradicional) em que ocorriam as relações políticas, socioeconômicas, comerciais, profissionais e familiares.³

¹ A ideia de um momento disruptivo perpassa a maioria dos autores, como se pode observar em: James Galbraith, *The end of normal*, p. 39 e ss. e, de uma perspectiva monetária, em Viktor Mayer-Schönberger, *Reinventing capitalism*. As atuais tecnologias prometem ser disruptivas em relação até mesmo a todo o atual sistema digital.

² TAVARES, André Ramos. O risco democrático na Era digital. In: BRANCO, Paulo Gonet et. al. *Eleições e Democracia na Era digital*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 427.

³ Como veremos, Direito e Capitalismo, como os conhecemos e praticamos, estão sob ataque.

É esse contexto de uma sociedade digital ou em rede, de uma nova Economia, que tem exigido uma reafirmação do Direito e mesmo uma reformulação do paradigma jurídico vigente. Nesse sentido, o fenômeno da vida em “rede” tem ensejado a busca por um novo constitucionalismo, sendo corrente a expressão “constitucionalismo digital”. Independentemente dos rótulos que se utilizem, entendo que é preciso analisar o poder que essas tecnologias (em seus usos específicos) exercem sobre a sociedade e sobre as instituições políticas,⁴ e o impacto estrutural no Direito.

A ideia de “rede” é adotada, aqui, como essencial para compreender desafios e propostas alinhados a seguir. Para fins deste ensaio, podemos considerar como “rede” o ambiente que se forma pela conexão digital do cidadão e das empresas, a partir do uso amplo dos meios tecnológicos digitais recentes de relacionamento. A formação de redes foi sendo incrementada desde o surgimento da internet e essas redes são responsáveis, hoje, por gerar uma forte tensão com muitas das mais tradicionais concepções e institutos jurídicos em vigor. Utilizarei, conceitualmente falando, como referencial, a ideia de sociedade em rede, embora possamos falar em diversas redes digitais distintas na prática empresarial.

Uma das conclusões alardeada com cada vez mais frequência nos últimos tempos é a de que paradigmas atuais do Direito têm pouca capacidade de oferecer um instrumental adequado para identificar e regular o fenômeno decorrente das grandes plataformas digitais, com todas as suas potencialidades e funcionalidades.⁵

É que as novas tecnologias têm conseguindo obter um feito global inédito: o *progressivo encolhimento das fronteiras do Direito*. Com isso quero sublinhar não apenas menos regulamentação, mas, sobretudo, menos normatividade democrática e menor controle de padrões e valores socialmente relevantes e pactuados em documentos solenes, fundamentais e construídos democraticamente, de maneira pluralista e com respeito às minorias. É o acanhamento do Estado de Direito, que só havia ocorrido, na História recente, em ocorrências pontuais, geralmente atreladas a regimes ditatoriais.

Esse feito (dano) digital está fortemente baseado em uma “cultura” da libertação, supostamente advinda das novas tecnologias. Mais do que isso, na Era Digital, a tecnologia parece ser enaltecida como se pudesse ser um objetivo em si mesma, autonomizando-se em relação às necessidades e valores do ser humano

⁴ Nesse sentido, de que a transformação da tecnologia logo se reflete no sistema político, cf. Milton Cummings e David Wise, *Democracy under pressure*, 2005, p. 27.

⁵ Um exemplo disso ocorre com as regras tradicionais sobre concorrência, mercado relevante, posição de domínio e concentração empresarial. Essas regras ignoram a função atual dessas empresas na captura de dados.

e também em relação aos limites que a sociedade havia traçado para si mesma, como resultado de um longo processo de construção civilizatória.

Mais ainda, a tecnologia mais avançada parece ser reverenciada, em alguns espaços de discussão, como um evento inevitável e incensurável, matematicamente vocacionada a promover o bem geral.

Há, portanto, uma tese romantizada, implícita a esse movimento tão veloz quanto surpreendente, que é a da virtude dos que estão ao lado da tecnologia, no sentido de que avanços tecnológicos só podem resultar em benefícios gerais e exponenciais.

Consequência disso tem sido privilegiar a independência e supremacia da decisão tecnológica, sob a ilusão de que é neutra⁶ ou de que advém de uma inteligência artificial superior e peremptória.

Todo esse cenário, contudo, contrasta com a realidade dos usos mais correntes das novas tecnologias. Estou me referindo, novamente, às grandes plataformas digitais, que estimulam a vida em rede digital, especialmente com redes de relacionamento ou de comércio e, sobretudo, de propaganda dirigida.

Traçado esse cenário, devemos identificar os principais pontos que têm gerado as maiores preocupações e têm colocado em dúvida a capacidade que as Constituições atuais têm para dominar ou enfrentar esse cenário disruptivo. Vou adotar um recorte desses desafios em três grandes categorias. Todas elas estão relacionadas à referida redução ou acanhamento das fronteiras do Direito.

Assim, temos os seguintes questionamentos: i) sob as vestes de um inevitável progresso tecnológico, a exacerbação do poder econômico e social das plataformas digitais; ii) alcance reduzido do antigo Direito: a incidência de direitos tradicionais em novas formas de relacionamentos (comerciais, pessoais, consumeristas etc.) parece produzir, em muitos casos, distorções significativas e, em outros, a não incidência parece ter se tornado um padrão; iii) possível premência de novos direitos fundamentais, sobretudo para enfrentar o desafio disruptivo das novas tecnologias, o que nos obriga a admitir um estágio atual que seria de anomia ou, ao menos, de fraqueza do Direito existente. Pretendo analisar separadamente cada um desses questionamentos nos itens abaixo, para, a seguir, apresentar conclusões preliminares sobre a Constituição em rede.

Essa ideia de uma “Constituição em rede” pode ser utilizada exatamente para abordar a crescente necessidade de mais Constituição na “rede” e, ainda, propugnar mais perspectiva de rede na construção desse novo constitucionalismo,

⁶ Isso não equivale a negar os benefícios da tecnologia, que são, aliás, inegáveis como já ressaltai (cf. TAVARES, André Ramos. Um amanhecer disruptivo, *In*: TAVARES, André Ramos. *Vestígios do Futuro*: 100 anos de Isaac Asimov. São Paulo: Etheria, 2020. p. 281).

como início de uma viragem paradigmática que justifique falar-se em constitucionalismo digital como um novo marco. É preciso fazer das Constituições documentos normativos com plena capacidade adaptativa à vida em rede.⁷

Adotarei como proposta de debate, com necessário desenvolvimento posterior, a tese de uma “constitucionalização” da rede, no sentido de ter-se uma Constituição ou um constitucionalismo que atue em uma perspectiva realmente consentânea com os desafios da rede digital. Isso requer, pois, um constitucionalismo que apresente respostas para os três setores críticos acima indicados, que passo a analisar em cada uma de suas particularidades atuais.

Também admito a ideia de uma Constituição em rede⁸ como resultante de uma circulação de institutos, práticas e instrumentos constitucionais pelo Mundo. É possível afirmar que, cada vez mais, se aproximam as realidades constitucionais dos diversos países. E o elemento tecnológico entra também aqui, nesse cenário, pois tem contribuído decisivamente para essa aproximação, circulação de ideias, troca de experiências, auxílio célere entre instituições e atores relevantes. Trata-se de um dos efeitos positivos das novas tecnologias: encurtar distâncias e superar dificuldades comunicacionais, permitindo que haja possibilidade de apoio recíproco entre órgãos constitucionais pelo Mundo e entre autoridades, inclusive acadêmicas, pelo bem do progresso e da Ciência. Mas as tecnologias também têm provocado o efeito perverso, de serem elas próprias responsáveis por colapsar instituições e institutos constitucionais tradicionais, inclusive, com a circulação de notícias falsas e mentiras alarmantes. E é nessa última perspectiva, da tecnologia como um desafio para a sociedade, que se pretende, aqui, concentrar a análise que se segue.

⁷ Apresento, aqui, um ensaio a respeito desse tema, sem a pretensão de oferecer soluções definitivas e muito menos perfeitamente desenvolvidas e detalhadas. A pretensão é a de contribuir com uma crítica mais profunda nesse debate absolutamente decisivo para o futuro da sociedade, do Estado, da Democracia e das liberdades. A assimilação de uma Constituição em rede, tal como proposta aqui, implica uma metamorfose significativa do que conhecemos como estrutura de fontes e funcionamento do Direito bem como de seus paradigmas. E muitas outras discussões e mudanças menos significativas deverão ocorrer anteriormente. Os caminhos que se abrem dentro da tese aqui apresentada são muitos, e bem por isso talvez seja especialmente relevante nos fixarmos nesse estágio preliminar, em que se discute se é realmente necessária e mesmo se será útil uma mudança tão profunda. Para os mais descrentes e assustados, registro que a pesquisa também procura comprovar como uma mudança profunda já se instalou, embora silenciosamente e operada não na direção de um novo constitucionalismo, mas sim de um novo cercamento privado e redução do alcance do Direito e da Constituição, operado pelas plataformas digitais de atuação global.

⁸ Como já adotei em: TAVARES, André Ramos. *O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica*. São Paulo: Expressa, 2022.

2 A posição de poder das grandes plataformas digitais

A afirmação de que quem domina a tecnologia acaba por assumir grande poder (social e econômico) é mais atual do que nunca, especialmente quando estamos a falar dessa, que pode ser considerada uma nova fase da Humanidade, para muitos uma nova Era, a Era (da plataforma) Digital.

Essas “poderosas plataformas”, como são chamadas por Richard Dobbs, James Manyika e Jonathan Woetzel,⁹ guiadas por tecnologia e inovação no seu modelo de negócios, alteram de maneira significativa o comportamento das Democracias, o conceito de trabalho de muitas pessoas e, acima de tudo, o valor atribuído a determinados bens imateriais. Com isso, temos que esse campo digital repercutiu no próprio modelo de produção capitalista, aprisionando sua essência dentro do domínio absoluto que as plataformas têm sobre o fluxo dos códigos binários. Mesmo as indústrias tradicionais, das quais todos são dependentes, hoje se encontram amplamente dependentes das plataformas digitais em escala mundial, em uma relação por muitos já considerada de dominação.

Considerando que o Direito como o conhecemos foi concebido no contexto do capitalismo, não é surpresa que haja uma crise do Direito, já que o capitalismo e seus pilares, como a livre competição e a autonomia, também estão sob forte pressão das plataformas digitais que operam em escala global.

Como já afirmei em estudo anterior, “estamos testemunhando um evento único, cuja promessa não é a eterna disrupção, mas sim a disrupção seguida de uma captura e dominação”.¹⁰

Os referidos efeitos tecnológicos disruptivos servem exatamente para reforço da posição e poder de algumas das *Big Techs*. As decisões tecnológicas deixam de ser decisões vocacionadas à inovação, como por vezes se quer assumir de maneira apriorística e generalizante.

Ademais, os avanços tecnológicos, no *atual* momento digital, são resultantes de enormes investimentos de capital privado em busca de maiores retornos

⁹ DOBBS, Richard; MANYIKA, James; WOETZEL, Jonathan. *No Ordinary Disruption: The four global forces breaking all the trends*. New York: Public Affairs, 2015. p. 155. Os autores acreditam que essa revolução “oferece a promessa de progresso econômico para bilhões de pessoas nas economias emergentes em uma velocidade que seria inimaginável sem a internet móvel” (*Op. cit.*, p. 6). E no mesmo sentido é a proposta de Klaus Schwab (*Shaping the future of the fourth industrial revolution*. With Nicholas Davis. New York: Currency, 2018. p. 8 e 11). Porém, considerados os elementos disponíveis e o contexto atual, tudo indica que haverá mais concentração empresarial, mais concentração de renda e, assim, maior desigualdade, além de restritíssimo acesso a esse material de altíssimo valor que são os dados.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. O risco democrático na Era digital. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et. al. *Eleições e Democracia na Era digital*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 432.

financeiros para seus ativos após a crise de 2008.¹¹ As novidades tecnológicas não foram aleatoriamente obtidas, nem resultaram de uma busca inocente pelo bem estar geral. Embora tenha havido avanços tecnológicos com inequívocos e relevantíssimos benefícios sociais, em áreas sensíveis, como a saúde, não é possível nem generalizar nem equiparar grandes empresas de tecnologia, em seus deveres sociais, ao Estado.

Falar da decisão tecnológica como decisão de poder, como a política das grandes plataformas digitais significa alertar que esse tipo de decisão “afeta o poder, a estrutura social e a posição de cada um de nós na sociedade”.¹² Falando mais concretamente ainda, decisões *sobre tecnologia digital* e decisões *da tecnologia digital* (*decisões advindas de algoritmos*), hoje, quando adotadas pelos grandes complexos corporativos tecnológicos, especialmente quando relacionadas à infraestrutura digital, “determinam as regras que dirigem o fluxo de dados, impactam o acesso à internet (...) e contribuem para fenômenos como o da divisão digital”.¹³ As decisões sobre tecnologia e as decisões da tecnologia são decisões políticas, nesse exato sentido de expressarem, inevitavelmente, um poder sobre a sociedade.

As normas jurídicas em vigor ignoram todos esses efeitos disruptivos produzidos pelas novas tecnologias que, atualmente, encontram-se consolidadas. E operadores do Direito seguem procurando capturar o fenômeno digital com instrumentos e categorias jurídicas que foram, em grande medida, pensados e criados nos séculos XIX e XX, incapazes, na prática, de oferecer respostas satisfatórias à sociedade e aos seus constantes desafios.¹⁴

¹¹ No sentido apontado por DOBBS, Richard *et al.* *No Ordinary Disruption*. New York: Public Affairs, 2015, capítulo 7. Conferir, ainda: SRNICEK, Nick. *Plataform Capitalism*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016.

¹² Schwab avança nesse ponto específico, para observar, ainda, que o precário resultado social das revoluções anteriores deveria ter servido de alerta sobre o problema da decisão tecnológica (p. 32). Uma ilustração sobre os efeitos sociais pode ser feita a partir da Segunda Revolução industrial e a disponibilidade de eletricidade nos domicílios. Isso permitiu o desenvolvimento de máquinas de lavar, fornos elétricos, aspiradores de pó e outros utensílios. O uso desses, por sua vez, não significou apenas mais tempo livre para mulheres. As máquinas reduziram a necessidade de realizar serviços domésticos e com isso alteraram a estrutura das famílias e o perfil do trabalhador nas economias avançadas (cf. SCHWAB, Klaus. *Shaping the future of the fourth industrial revolution*. With Nicholas Davis. New York: Currency, 2018. p. 50-1).

¹³ Para SCHWAB, “implicitamente se baseia no uso de tecnologias e seu impacto social e econômico” (p. 43).

¹⁴ Podemos utilizar o exemplo da plataforma digital de tecnologia UBER. Apesar de se considerar um intermediário das reais forças (diria mesmo tradicionais forças) de mercado (consumidores e motoristas), essa plataforma tecnológica foi capaz de criar um novo mercado e o formatar inteiramente dentro de suas regras (que são regras privadas do mundo corporativo, com a particularidade de que algumas regras são criadas de maneira dinâmica, no dia a dia, por algoritmos protegidos pelo segredo de negócio). Essa é, aliás, uma das vantagens significativas utilizadas pelas novas e mais avançadas tecnologias digitais: o controle das “regras do jogo”, com elevado grau de alienação quanto às normas do Direito em vigor, sem que isso signifique, necessariamente, falar em ilegalidade ou ilicitude.

O enaltecimento dos feitos tecnológicos é utilizado, comumente, para privilegiar as posições de poder das plataformas digitais em escala global e grandes empresas de tecnologia globais, confirmando-as como instrumentos ocultos de dominação social plena,¹⁵ acobertando-se a origem opaca de seus processos decisórios internos e de seus instrumentos de controle dos fluxos e algoritmos.¹⁶

Essas leituras enviesadas são carregadas de elementos negativos. Elas parecem ter grande desprezo pela decisão coletiva, pela transparência e pela revisão periódica das instâncias que detêm o poder de decisão sobre a sociedade. Para não deixar de explorar tudo o que representam na prática, há até mesmo uma repulsa por qualquer parceria ou aliança voluntária com os aparelhos de Estado responsáveis por concretizar a Constituição e defender a Democracia, incluindo o Poder Judiciário. Deve-se adicionar os constantes ataques à Democracia e às instituições propiciadas por uma rede digital sem capacidade ou interesse na moderação de conteúdo transparente¹⁷ e democrática e na promoção de uma cultura igualmente democrática.

Ainda assim, prevalece o enaltecimento da tecnologia, já que grande parcela da população é amplamente dependente, em sua vida pessoal e profissional, de plataformas digitais supostamente utilizadas de maneira gratuita.

Esse contexto fez com que o Direito perdesse peso gravitacional na condução da sociedade. O Direito e as instâncias democraticamente eleitas deixam de ser, nessas propostas, o palco e o centro de acompanhamento das principais discussões e decisões da sociedade.¹⁸ O espaço público tradicional tornou-se um espaço controlado por poucos agentes econômicos privados, manipulado diretamente pelas grandes plataformas digitais, ainda que seja apenas para impedir o ingresso do Direito nesse ambiente.¹⁹

Assim é que as grandes plataformas digitais em rede foram se tornando uma ameaça tão significativa quanto o Estado, ou até mesmo mais ameaçadora do que

¹⁵ Que enseja a tese de um capitalismo de vigilância.

¹⁶ Como práticas de SHADOWBAN e outras.

¹⁷ Tatiana Stroppa bem observou, a propósito, que “o Estado deve influenciar esse processo de modo eficaz e não marginal” (STROPPA, Tatiana. *Plataformas digitais e moderação de conteúdos*: por uma regulação democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2021).

¹⁸ Certamente que na base desse fenômeno encontra-se o *gap* educacional de muitos países, o que não deixa de ser paradoxal se comparado com o avanço exponencial das tecnologias mais avançadas. A educação continua sendo o grande desafio das nações, inclusive e especialmente para tutelar a Democracia.

¹⁹ Apesar de o Direito dar sustentação a esse ambiente. Como sabemos, o Direito é essencial ao capitalismo, não sendo uma mera nota à margem desse, algo secundário ou uma perfumaria que possa ser alternada facilmente, sem maiores impactos. Nas valiosas lições de Hermes Lima: “o principal núcleo de normas de qualquer sistema jurídico é a proteção dos sistemas econômicos” (LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos ed., 1996. p. 34). Se o sistema econômico sofreu uma radical mudança, na Era digital, era inevitável que o Direito, que dá sustentação aos modelos econômicos em vigor, igualmente entre em profunda crise.

esse. Adverte Gilmar Mendes que hoje “essas empresas acumulam poderes no que diz respeito à comunicação e ao poder financeiro que muitos Estados não dispõem”.²⁰ Há uma pressão enorme sobre o tradicional postulado republicano de balanceamento entre os poderes. Como adverte Jamie Susskind, assistimos atualmente a um “desequilíbrio no poder que emerge onde a tecnologia está presente”.²¹ Essa afirmação parece forte o suficiente para requerer, desde logo, uma reação mais intensa do Direito.

Considerando que foi o Estado, como entidade dotada de grande poder, que deu origem aos direitos fundamentais, já se propõe uma releitura da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É assim que Gilmar Ferreira Mendes e Victor O. Fernandes falam da necessidade de “reestabelecer o equilíbrio constitucional nos espaços digitais”.²²

Ademais, como tenho enfatizado, é preciso equiparar certas redes digitais, especialmente as chamadas redes sociais de alcance global, a infraestruturas de interesse público,²³ pré-condição da (nova) Economia e não apenas agentes da Economia.

Em certa medida, o Estado acaba por fomentar o reforço de poder das plataformas, autorizando e até exigindo que haja, por exemplo, a moderação de conteúdo por meio de critérios e decisões internos, não transparentes, muitas vezes delegados a um algoritmo, uma verdadeira extravagância para os postulados tradicionais do Direito, mesmo que se considerassem as plataformas digitais como realmente meras plataformas neutras de intermediação na sociedade.

Uma decorrência inevitável desse cenário disruptivo será a criação de tribunais próprios, pelas plataformas digitais, para dirimir os grandes desacordos e situações ocorridas em seus limites territoriais digitais.

É assim que se compreende o Facebook ter criado um Conselho que, como bem observa Jamie Susskind, “foi criado para funcionar como um Judiciário privado”, mas com alguns problemas adicionais: só existe por vontade da plataforma digital e essa continua tendo alguma influência na medida em que indica seus componentes.²⁴

²⁰ Palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, em 27 de maio de 2022.

²¹ SUSSKIND, Jamie. *The Digital Republic: On freedom and Democracy in the 21st Century*. London: Bloomsbury Publishing, 2022. p. 302, tradução livre.

²² MENDES, Gilmar Ferreira, FERNANDES, Victor O. Constitucionalismo Digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 18, n. 3, p. 7, set./dez. 2022.

²³ No mesmo sentido: PICCIRILLO, Francesco. Social Network (verbete). In: ZICCARDI, Giovanni (coord.). *Dizionario Legal tech*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 888.

²⁴ SUSSKIND, Jamie. *The Digital Republic: On freedom and Democracy in the 21st Century*. London: Bloomsbury Publishing, 2022.

3 A vigência da Constituição atual

A reafirmação da vigência das Constituições tem se tornado um tema surpreendentemente necessário, em face das ideias em voga de que o Direito “antigo” tem alcance reduzido no novo universo digital. Como antecipei acima, as mudanças, que foram significativas e profundas das relações sociais, forjaram uma premissa de questionamento das antigas fórmulas jurídicas, geralmente para considerá-las não aptas a guiarem o novo marco tecnológico da sociedade. Como decorrência, passou a formar-se uma contracultura jurídica ou uma cultura da anomia.

De um lado, em virtude da força das plataformas digitais (com as necessidades muito próprias de seu modelo de negócios), direitos de privacidade, imagem, honra, direitos autorais e direito aos dados foram amplamente ignorados no cotidiano digital. Isso permitiu que todo tema ligado ao *Big Data* fosse tratado como um capítulo independente do Direito vigente, longe, pois, das redes tradicionais de proteção do constitucionalismo.

Forjou-se, na prática cotidiana digital das plataformas gratuitas (leia-se: na prática empresarial), um modelo de uso comercial dos dados, com controle e captura do fluxo pessoal de dados nas redes digitais e de uso desmedido desses dados, geralmente com invocação da mais ampla liberdade de atuar, pela falta de regramento específico contrário.

De outro lado, em aparente paradoxo, alguns direitos fundamentais tradicionais acabaram por ser reforçados em sua incidência nas redes digitais, pelas próprias plataformas digitais. Com isso, receberam uma amplificação exponencial de seu âmbito de incidência material, como foi o caso mais conhecido, da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão.

Essa invocação de direitos forjados no constitucionalismo pré-rede só foi possível porque atendia aos interesses comerciais das grandes plataformas comerciais e, assim, é totalmente compreensível sua ênfase, ao contrário dos demais direitos acima mencionados. Trata-se, portanto, de uma nova forma de cumprimento seletivo da Constituição.

Assim, o paradoxo é, em realidade, uma decorrência do domínio digital das grandes plataformas digitais. Direitos fundamentais recebem a necessária ressignificação exclusivamente se isso significar aumento de poder das plataformas digitais que dão sustentação às redes digitais. De outra parte, outros direitos fundamentais são recusados quando vão de encontro ao modelo de negócios dessas plataformas, que requer o uso sem condicionantes dos dados.

Esse caso pode ser bem ilustrado com empresas de tecnologia, como os chamados motores de busca da internet, que não realizam atividades de jornalismo, invocando direitos típicos da imprensa para manterem seus propósitos comerciais.

A incidência de direitos tradicionais em novas formas de relacionamentos (comerciais, pessoais, consumeristas etc.) não é uma novidade nem é necessariamente um erro. Pelo contrário, o Direito constitucional mantém-se em suas fórmulas escritas por meio de uma permanente adaptação.

O Direito constitucional sempre foi estruturado a partir de normas abertas capazes de capturarem as mudanças e a dinâmica da sociedade, o que lhe permitiu assegurar um de seus elementos mais evidentes, que é oferecer uma estabilidade diferenciada, quer dizer, uma perenidade mínima.

Com o advento da sociedade em rede e a presença superlativa de redes digitais na vida cotidiana, produziram-se distorções significativas, com a ampliação desmedida do núcleo de certos direitos e a não incidência parece como padrão absoluto, em outros casos.

Por meio de uma interpretação geralmente conhecida como evolutiva, direitos constitucionais tradicionais, como vida privada e intimidade, dentre outros tantos, estiveram, ao longo dos tempos, em constante processo de ressignificação, muitas vezes desencadeado por novas tecnologias (e também por novas dinâmicas sociais). O avanço de instrumentos óticos, fotográficos e de filmagem já determinaram, no passado, a reafirmação da proteção da vida privada, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo e escopo em face desses avanços tecnológicos, que certamente não haviam sido pensados quando da elaboração original dessas normas jurídicas em muitos ordenamentos jurídicos.

Mas isso sempre se fez respeitando a ideia de um processo de mudança adaptativo, e não um processo integralmente inovador, de criação ou recriação livre do intérprete.

Esse tipo de adaptação mantém os fundamentos da norma, sua motivação. É o caso da incidência da liberdade de expressão para assegurar as manifestações veiculadas em plataformas digitais, até porque essa liberdade não pode depender do instrumento em que é veiculada (desde que legítimo). Mas não é o caso da aplicação de elementos típicos da liberdade de imprensa para empresas que não são parte da imprensa, nem exercem essas atividades.²⁵ Não estamos lidando

²⁵ Sobre o tema, cf. POLLICINO, Oreste. *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Oxford: Hart Pub., 2021. p. 165 e ss.

com meros rótulos equivocados; seria preciso haver razões públicas capazes de justificar, tecnicamente, esse tipo de salto.²⁶

A resignificação dos direitos fundamentais, como adaptação à nova realidade digital, especialmente a vida em rede, portanto, é não apenas possível, mas necessária e se impõe ao intérprete e ao Poder Judiciário, geralmente o primeiro dos Poderes a ser convocado a se manifestar sobre novas realidades.

Apesar disso, a resignificação, em face de um fenômeno disruptivo, não é suficiente, a longo prazo e de maneira cabal, como mecanismo apto a solucionar os desafios postos.

4 Novos direitos e o necessário reposicionamento das Constituições

Em face de uma nítida incapacidade de o Direito tradicional responder às preocupações sociais originadas na disrupção digital, muito se tem falado sobre a necessidade de positivação de novos direitos. Esse tipo de observação decorre, sobretudo, de dois posicionamentos distintos.

De uma parte, existe um sentimento de que a falta de normas constitucionais e leis especificamente voltadas para o digital gera uma anomia e um espaço no qual teria preponderado a “liberdade unilateral” das grandes plataformas tecnológicas. Como vimos acima, essa premissa não é plenamente correta, quer dizer, ao menos não o é como premissa geral, já que boa parte das relações socioeconômicas continuaram a ser disciplinadas pelo Direito, ainda que tenham migrado para o mundo digital. Certamente que, como sempre ocorreu na História, novidades e mudanças na dinâmica social influenciam e pressionam a normatividade oficial a constantes adaptações e revisões de sua disciplina jurídica. A interpretação evolutiva, a resignificação de institutos e direitos, é medida legítima e relevantíssima no momento atual.

De outra parte, e este parece ser o ponto mais crítico, existe realmente uma mudança profunda da vida em sociedade, caracterizada pelo desafio disruptivo das novas tecnologias. Ao se falar de tecnologia disruptiva, o que se pretende é identificar exatamente a quebra dos parâmetros até agora conhecidos, o que inclui o Direito, seus paradigmas e, assim, suas fontes, suas funcionalidades e sua estrutura tradicional.

²⁶ Isso no campo da resignificação. Atualmente, trata-se de puro desvio. Já no campo político é sempre possível criar novos direitos ou novos beneficiários (âmbito subjetivo) por decisão que insira a mudança na Constituição, formalmente falando.

Certo descompasso e anacronismo de parte do Direito, defasado em face das novas tecnologias, é inegável e se renova diariamente.²⁷ Essa situação parece sugerir, com muita ênfase, a premência de novos direitos fundamentais para enfrentar o momento transicional no qual se encontra a sociedade. Identificam-se, já, Declarações de Direitos na Internet,²⁸ com novos direitos. É o caso, por exemplo, de um direito que teria se tornado básico, o de acesso à rede.

Entendo, porém, que a capacidade disruptiva das novas tecnologias aponta para um horizonte normativo muito mais complexo do que o da mera adaptação (ressignificação) ou criação tópica de novos direitos. Aliás, basta observar o próprio direito de acesso à rede. Não se trata de especificar mais um direito fundamental, o que não seria novidade no atual histórico nacional, bastando lembrar direitos como celeridade e moradia, incorporados formalmente por emendas constitucionais posteriores a 1988.

É que o direito de acesso à rede é um consectário da estruturação da atual Economia digital, da qual restam excluídos aqueles que não possuam acesso aos instrumentos digitais das novas tecnologias. O acesso, aqui, não é apenas uma forma de inclusão social, de igualdade de acesso a certos benefícios ou bens relevantes ao indivíduo, mas condição de existência na nova Economia.

É chegado o momento de repensar a própria estrutura do Direito,²⁹ em termos de capacitá-lo para um fenômeno tecnológico que traz em si o desafio de uma nova revolução industrial e novos atores globais com poder, capacidade e influência (dominação) jamais conhecidos da Humanidade. Mas, como observa Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de “um desafio do Direito como um todo, da teoria do Direito, e não apenas do Direito digital (...) das engenharias que se estão fazendo (...) como o novo ramo dogmático, o do constitucionalismo digital”.³⁰

Efetivamente, as constatações apontam para uma mudança estrutural do modelo tradicional de criação e, sobretudo, de realização do Direito, especialmente do Direito Constitucional. Para que se efetive algum controle sobre essa mudança paradigmática, é imprescindível uma preliminar conscientização social sobre um dos efeitos disruptivos produzidos pelas novas tecnologias digitais, que é o poder

²⁷ Gilmar Mendes refere-se, inclusive, a um período romântico no TSE, quando se aplicava o direito de resposta, o que muito bem ilustra a disrupção provocada pela Era digital. Uma das soluções indicadas é o trabalho de prevenção (Palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, em 27 de maio de 2022, transcrição própria).

²⁸ Inclusive com uma *Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet*, elaborada justamente por uma rede internacional e aberta de pessoas e organizações, no Fórum de Governança da Internet das Nações Unidas.

²⁹ Esse repensar deve envolver um redesenho do Estado e uma mudança estrutural do Direito, como já assinalai em outros estudos (cf. TAVARES, André Ramos. O risco democrático na Era digital. In: BRANCO, Paulo Gonet *et. al.* Eleições e Democracia na Era digital. São Paulo: Almedina, 2022. p. 427).

³⁰ Palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, em 27 de maio de 2022, transcrição própria.

extraordinário dos agentes econômicos privados, que atualmente guiam as transformações mais radicais já ocorridas nos setores. Embora comumente conhecidos como plataformas digitais em escala global, trata-se de verdadeiro pseudônimo tecnológico de pseudoneutralidade, que rebatiza, nominalmente falando, o grande capital internacional em ação.

A recolocação das Constituições, em face desse cenário, há de ser estrutural. Não é suficiente promover-se a mera “modernização” normativa, embora essa seja a única alternativa a curto prazo. Assim, a atualização do Direito será solução temporária e pontual, incapaz de enfrentar a longo prazo os desafios disruptivos, que permanecerão infirmo as bases do funcionamento da engrenagem constitucional tradicional.

Para uma resposta mais efetiva do constitucionalismo, o lugar tradicional de compreender, criar e praticar o Direito Constitucional deve deslocar-se para formas digitais do Direito. Nesse sentido, é questionável, por exemplo, uma das ideias mais recentes, que seria a de reterritorializar a internet, se isso significar um esforço de reafirmação de velhos paradigmas.

Uma nova estrutura ou paradigma de Constituição deve adaptar-se a esse novo lugar de dominação. A centralidade conceitual dessa nova estrutura é o que eu denomino como *Constituição em rede*, quer dizer, uma forma de compreender, criar e praticar a Constituição que lhe propicie a capacidade, integral e imediata, de atuar em todo os setores essenciais da novas relações sociais digitais em constante disrupção. Para tanto, é preciso haver, preliminarmente, como disse, uma conscientização social dos fenômenos disruptivos mencionados e desse novo agir e se compreender do constitucionalismo.

O estabelecimento de uma estrutura dessas também requer o reposicionamento de autoridades e dos agentes de controle da constitucionalidade,³¹ bem como seu redimensionamento, além da conscientização de que o grande poder econômico digital difere do grande poder econômico de outros agentes privados velhos conhecidos do Direito (embora nem sempre devidamente inseridos em seus deveres pelo Estado de Direito).

³¹ Sobre o tema, lembram Gilmar Mendes e Victor O. Fernandes que “a incapacidade de antecipação legislativa dos problemas relacionados ao uso das novas tecnologias têm se traduzido em questionamentos sobre a constitucionalidade dos dispositivos do MCI perante os órgãos judiciários” (MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor O. Constitucionalismo Digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 18, n. 3, p. 1, set./dez. 2022), o que é uma situação com potencial de se reproduzir indefinidamente. Daí a necessidade de reprogramar o Direito.

5 A Constituição em rede

A tese de uma *Constituição em rede* deve contemplar todas as diferentes dimensões expostas acima e, muito especialmente, é apresentada, aqui, como uma proposta de reestruturação da própria ideia original de Constituição, de maneira a compreendê-la, doravante, sobretudo como um *instrumento do agir em rede*, capturando os novos poderes (das plataformas), o risco digital (caso especial da inteligência artificial) e as relações já estabelecidas na sociedade atual (em rede), para gerar uma reformulação de sua premissa.

Embora em sua conhecida obra acerca do Direito em rede, Van de Kerchove e François Ost falem do Direito em rede, utilizem o paradigma da complexidade e adotem uma aproximação realista na compreensão do fenômeno jurídico,³² essa não é a concepção utilizada aqui, nem sua ideia de hierarquia enredada, justamente porque essa pode acabar por fortalecer, na Era Digital, a capacidade normativa contraconstitucional das grandes plataformas digitais.³³

Também não se adota a perspectiva a de uma “mera” Constituição dominante de todos os setores, desde sua posição formal de supremacia absoluta garantida. Uma constitucionalização da rede (ou das redes) deve assumir uma perspectiva muito própria e, ela mesma, disruptiva, mas sem a subserviência à disrupção controlada pelas grandes plataformas digitais.

Proposta para uma mudança do significado consolidado de “Constituição”, e a ideia de pautas “pré” ou “protoconstitucionais”³⁴ bem anunciam as dificuldades teóricas para manejar o assunto com o instrumental jurídico clássico.

A “Constituição em rede” é, assim, também uma *ideia-força*, para nos guiar por esse processo de profunda mudança, de *reprogramação do Direito*, que será extremamente perturbador e complexo para cultura jurídica atual. Alguns autores abordam o tema também por essa perspectiva, como Jamie Susskind e sua proposta de construção de uma República digital, por ele detalhada em inúmeros elementos.

Assim, é preciso um esforço coletivo para construir um novo referencial teórico que re programe a Constituição para ser uma realidade adaptativa, capacitada,³⁵

³² E, inclusive, lembrando que esse ponto de mutação corresponderia “com o nascimento da cibernética” (KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1988. p. 105).

³³ Cf. KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1988. p. 104-8.

³⁴ Caso de autores como GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. *Research Publication*, v. 764, p. 3, 2015.

³⁵ Sendo, por exemplo, veloz, justa, barata e fácil de usar, elementos ressaltados por Susskind para o que ele denomina como *Tech Tribunals* (SUSSKIND, Jamie. *The Digital Republic: On freedom and Democracy in the 21st Century*. London: Bloomsbury Publishing, 2022. p. 176 e ss).

conceitualmente, para toda e qualquer situação digital da sociedade em rede, com reposicionamento e confirmação de valores básicos da sociedade para essa nova realidade, juntamente com a reprogramação paradigmática.

É preciso insistir em um ponto: não há como evitar a disrupção constitucional. Os pilares tradicionais do capitalismo encontram-se, nos dias de hoje, em franco processo de profunda (mas silenciosa) negação pelas grandes plataformas digitais, com seu amplo poder econômico e social conquistado nos últimos tempos. Negar ou ignorar a necessidade de um reposicionamento da Constituição será apenas mais um ingrediente de reafirmação desse movimento de incremento do poder das plataformas digitais em escala planetária, que vem reposicionando e dilapidando, silenciosamente, a Constituição, o Estado e os direitos fundamentais.

A mudança para um ambiente digital requer, pois, essa mudança jurídica que não será apenas terminológica e poderá ser, inclusive, tecnológica. O certo é que jamais poderia ficar reduzida à (também necessária) concessão de maior alcance ao Direito atual (e às Constituições).

A transformação digital gerou uma nova realidade, inevitavelmente impactante para a própria estrutura original das Constituições, que são robustas em direitos fundamentais, perenes em suas proclamações, supremas em seus comandos, mas atualmente menores do que a dinâmica social digital já instalada no cotidiano de todos nós, tornando-se frágeis e fragilizando a própria sociedade.

A plena fidúcia que as Constituições exaravam, na tradição do constitucionalismo, está amplamente ausente nos vastos domínios (artificialmente) construídos pelas empresas digitais que atuam em escala planetária.³⁶ Essa fidúcia só será recuperada, de imediato, com uma grande e perene adaptação e ressignificação das normas constitucionais, com o reforço do constitucionalismo atual, para superar-se o momento de domínio digital sobre o constitucionalismo.

Mas, a longo prazo, recomposto o equilíbrio mínimo necessário, será preciso lidar com um Mundo em eterna disrupção. É possível que a Constituição tenha de incorporar como medida de sua normatividade uma estrutura tecnológica que lhe permita a presença digital adaptativa. Hoje, o único instrumental capaz de oferecer essa nova presença adaptada e imediata em rede e nas novas disrupções, é a jurisdição constitucional.³⁷ Será necessário avançar na reflexão sobre a incorporação

³⁶ O complexo emaranhado de acesso, captura, refinamento, uso e reuso dos dados é apenas uma das facetas mais salientes desse fenômeno.

³⁷ Pollicino observa como o Tribunal Constitucional alemão tem sido constantemente chamado a atualizar suas razões em linha com a evolução tecnológica (*op. cit.*, p. 165).

do elemento tecnológico, já iniciada, sobretudo, pelo Poder Judiciário,³⁸ a ser eventualmente acoplado a alguma parte da normatividade tradicional.

Talvez possam ser resgatadas (e reprogramadas) as promessas iniciais de uma WebDemocracia, no sentido de desenvolver novas tecnologias em rede digital para um uso público, em um modelo plebiscitário atento às disrupções, a reduzir a distância entre autoridade e povo, empoderando o cidadão, o que, em boa medida, já seria capaz de reformular totalmente a tradicional ideia de Constituição viva.

A Constituição em rede, no limite, há de possuir, portanto, um modelo jurídico reprogramado em sua essência, habilitado a enfrentar as constantes disrupções das novas tecnologias, impedindo uma iminente degradação pelo domínio digital.

O risco de um aprisionamento aos paradigmas jurídicos do passado, especialmente a um formalismo jurídico que se faz, ainda, muito presente, a ignorar a realidade, poderá significar a total ruína do espaço público de discussão livre e decisão democrática.

O Direito econômico, concebido como método (de compreensão, crítica e aplicação do Direito) a partir do reconhecimento do poder econômico e das posições de dominação social, poderá servir, uma vez mais, para guiar esse processo de reformulação do Direito.

Network Constitution

Abstract: This paper presents a critical essay on what is usually indicated as digital constitutionalism. The main idea of a network Constitution is to propose to restructure the original idea of a Constitution itself, in order to understand it, from now on, as an instrument of acting in a network digital space, capturing new powers (of platforms), digital risks (specially the artificial intelligence) and the relationships already established in today's society (a network society), to generate a reformulation of the premises of a effective constitutional action nowadays.

Keywords: Network Constitution. New digital technologies. Digital constitutionalism. Network constitutionalization. Digital platforms.

Referências

- DAVARA RODRIGUES, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- DOBBS, Richard; MANYIKA, James; WOETZEL, Jonathan. *No Ordinary Disruption: The four global forces breaking all the trends*. New York: Public Affairs, 2015.

³⁸ Cf. sobre o tema: TAVARES, André Ramos. *O Juiz Digital: Da atuação em rede à Justiça algorítmica*. São Paulo: Expressa, 2022.

- GALBRAITH, James K. *The end of normal: the great crises and the future of growth*. New York: Simon & Schuster, 2014.
- GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. *Research Publication*, v. 764, 28p, 2015.
- GUIBOURG, Ricardo A. Sobre la técnica en el derecho. In: *Informática Jurídica Decisória*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1993.
- KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1988.
- LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos ed., 1996.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor O. Constitucionalismo Digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 18, n. 3, p. 7, set./dez. 2022.
- MOORE, Martin. *Democracy hacked*. How technology is destabilising global politics. London: One World, 2019.
- MOROZOV, Evgeny. *Capitalismo big tech. Welfare o neofeudalismo digital?* Madrid: Enclave de libros, 2017.
- PICCIRILLO, Francesco. Social Network (verbete). In: ZICCARDI, Giovanni (coord.). *Dizionario Legal tech*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. p. 888.
- POLLICINO, Oreste. *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Oxford: Hart Pub., 2021.
- SCHWAB, Klaus. *Shaping the future of the fourth industrial revolution*. With Nicholas Davis. New York: Currency, 2018.
- SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity Press, 2016.
- STROPPIA, Tatiana. *Plataformas digitais e moderação de conteúdos: por uma regulação democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SUSSKIND, Jamie. *The Digital Republic: On freedom and Democracy in the 21st Century*. London: Bloomsbury Publishing, 2022.
- TAVARES, André Ramos. *O Juiz Digital: Da Atuação em Rede à Justiça Algorítmica*. São Paulo: Expressa, 2022.
- TAVARES, André Ramos. O risco democrático na Era digital. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et. al. *Eleições e Democracia na Era digital*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 427-38.
- TAVARES, André Ramos. Um amanhecer disruptivo. In: TAVARES, André Ramos. *Vestígios do Futuro: 100 anos de Isaac Asimov*. São Paulo: Etheria, 2020.
- TAVARES, André Ramos. Aula Inagural: “Direito 4.0? A funcionalidade jurídica na nova economia”, XXI SEREC – Semana de Recepção de Calouros da Universidade de São Paulo, em 15.02.2019.
- TAVARES, André Ramos. APPs e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Econômico*, Goiânia, Unialfa, v. 1, n. 1, p. 13-44, 2019.
- ZICCARDI, Giovanni (coord.). *Dizionario Legal tech*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2018.

São Paulo, 1º de novembro de 2022.

Recebido em: 04.11.2022

Aprovado em: 25.11.2022

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TAVARES, André Ramos. Constituição em rede. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 16, n. 50, p. 53-70, jul./dez. 2022.
