



A FRAGILIZAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS VIOLADOS PELAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

THE WEAKENING OF THE NATION-STATE IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS VIOLATED BY INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGY

Elias Jacob de Menezes Neto

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Mestrado e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor efetivo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em Caicó/RN. Coordenador do Laboratório de Governança Pública da UFRN.

Jose Luis Bolzan de Moraes

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina com estágio "sanduíche" na Universidade de Montpellier I - França e Pós-Doutoramento junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do PPGDireito da Universidade de Itaúna e da Escola superior Dom Helder Câmara. Procurador do Estado do Estado do Rio Grande do Sul junto aos Tribunais Superiores (STF/STJ). Professor convidado da pós-graduação - Universita de Firenze, Universita Roma I, Universidad de Sevilla e Universidade de Coimbra.

Resumo

Este artigo resulta da necessidade de situar a proteção dos Direitos Humanos diante da proliferação das tecnologias de informação e comunicação (TICs) e dos fluxos globais de dados, especialmente, levando-se em conta que a desterritorialidade e a fluidez desses fenômenos desafiam os mecanismos de controle jurídico, centrados, exclusivamente no Estado-nação. Tendo como marco teórico e metodológico uma corrente da sociologia canadense denominada *surveillance studies*, o problema deste artigo é analisar como a violação de Direitos Humanos pelas TICs vai muito além da privacidade. A hipótese levantada é a de que o Estado se tornou palco fragilizado para a proteção desses direitos, o que permite considerar a teoria sistêmica como adequadas para proteger direitos violados por corporações transnacionais ligadas à tecnologia da informação. Conclui que a proteção dos Direitos Humanos afetados pelas TICs não pode depender, exclusivamente, dos meios de regulação jurídica associados ao Estado, dada a sua impossibilidade

de lidar com problemas que escapam à esfera da política e ao container territorial, o que torna imprescindível a participação da iniciativa privada.

Palavras-chave: Big data. Direitos Humanos. Tecnologia da informação e comunicação. Vigilância.

Abstract

This paper stems from the need to properly understand protection of human rights in face of new information and communications technologies (ICTs) and global data flows, especially considering that these phenomena are deterritorialized and fluid and, hence, they challenge traditional legal control mechanisms based on the nation-state. Using a Canadian sociology theoretical framework called surveillance studies, this paper aims to address how human rights violations by ICTs go beyond privacy. Its hypothesis is that nation-state became weakened on its role of human rights guardian, especially when violated by ICTs, which is why it proposes that system's theory is more capable to properly understand human rights violations by information technology transnational organizations. The conclusion points to the idea that human rights cannot be protected against ICTs by traditional legal control mechanisms as they are centered around the idea of the nation-state, which makes it impossible to handle issues that surpass its political system and territorial container, thus requiring private players to take part in this discussion.

Key-words: Big data. Human rights. Information and communications technology. Mass surveillance.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O propósito deste trabalho é demonstrar que, diante das novas tecnologias de informação e comunicação (TICs), o Estado se torna palco fragilizado na proteção dos Direitos Humanos, o que se deve, especialmente, aos seus limites de atuação ligados à territorialidade e ao sistema da política. Por essa razão, as tentativas de “subsumir” as novas tecnologias aos catálogos de direitos elaborados por Estados possuem sucesso limitado – ainda que sejam imprescindíveis.

Esse debate é importante porque demonstra que as TICs possuem potencial para violar Direitos Humanos, em especial a igualdade e a privacidade. Diante desse potencial, deve-se questionar qual o papel do Estado na sua proteção. Para tanto, será demonstrado que as abordagens tradicionais, vinculadas ao Estado-nação, embora reconheçam que tais direitos são violados por atores privados, não propõem respostas

adequadas para a solução desses problemas, em razão de essas matrizes teóricas entenderem que os Estados – por meio da sua constituição política – são capazes de resolver esse tipo de problema.

Um dos temas mais interessantes (e menos explorados) dessa discussão é a capacidade que os sistemas de computadores possuem para violar a igualdade. Isso decorre da grande capacidade que técnicas de coleta e análise massiva de dados (*big data*) possuem para categorizar dados em grupos diversos.

No entanto, esses sistemas são alimentados com dados sobre seres humanos reais, e essa classificação acaba por colocar pessoas em grupos diversos – seja de risco, de interesse, de saúde etc. Com a criação dos *data doubles* – dossiês digitais ilimitados sobre as pessoas –, é possível categorizar indivíduos e grupos de modo cada vez mais eficiente e preciso.

Além da igualdade, a privacidade é outro Direito Fundamental que é colocada em risco pelas TICs, fato que é de amplo conhecimento dos meios de comunicação e dos teóricos em geral. No entanto, ao invés de fazer retomadas históricas sobre a privacidade (tarefa melhor realizada por monografias dedicadas ao tema), serão abordados fenômenos recentes que demonstram como outros pontos da privacidade merecem mais atenção. Isso será feito por meio da ideia de que, no mundo habitado pelas “*little sisters*” (empresas privadas, em imagem oposta àquela do *Big Brother* centralizado de George Orwell), a privacidade transformou-se em moeda de troca, servindo para “pagar” serviços que – apenas em aparência – são gratuitos.

Na sequência, será demonstrado que o Estado é um palco fragilizado na proteção dos Direitos Humanos. Isso não ocorre por conta de uma “falha” do modelo estatal atual, mas em virtude da sua limitação, uma vez que ele foi pensado para viabilizar a imposição de limites jurídicos apenas para os poderes políticos.

Assim, será trazida a abordagem de Stefano Rodotà (2008, 2014) para reforçar o argumento de que a Internet é uma dimensão sem precedentes na história da humanidade, o que torna insuficientes as apostas nos tradicionais mecanismos teóricos, ou seja, o retorno à legislação nacional e à constituição política. De modo correto, Rodotà não acredita que a descentralização proporcionada pela tecnologia da informação possa ser considerada um retorno ao medievo. No entanto, como será visto, a tese de Rodotà deve ser adotada com parcimônia, em virtude de não captar, adequadamente, o fenômeno das análises de big data nos diversos contextos onde ocorrem (públicos e privados).

Como resultado dessa análise, concluir-se-á que é necessário retomar a teoria dos sistemas sociais, proposta que parece ser muito mais adequada para compreender os conflitos viabilizados pelas TICs no universo do Direito. Tais teorias possuem vantagem nessa análise, pois deslocam-se das perspectivas tradicionais, que pensam os problemas transnacionais exclusivamente a partir de perspectivas que dependem do Estado Nacional ou da sua aplicação em escala global.

2. O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS VIOLADOS PELAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Os Direitos Humanos, tais como liberdade, privacidade e, especialmente, igualdade, são colocados em risco pelas atuais tecnologias da informação e comunicação, que permitem a coleta, armazenamento, processamento, análise e transmissão de uma quantidade de dados (pessoais ou não) sem precedentes na história.

Por mais virtuais que as TICs possam ser consideradas, as consequências da presença ou ausência de dados em determinados sistemas são sentidas de maneira real na vida das pessoas. Cada uma delas possui um *data double*, uma espécie de *alter ego* digital, com perfis detalhados das suas vidas, elaborados a partir da análise de dados gerados enquanto os indivíduos se movem pelo mundo e efetuam transações típicas do cotidiano.

Por um lado, as TICs oferecem uma dupla e paradoxal transparência. As formas de coleta, os critérios de utilização e as regras utilizadas no processamento desses dados atuam de maneira “transparente”, ou seja, são pouco conhecidas ou completamente ocultas.

Por outro lado, os indivíduos têm suas vidas, cada vez mais “transparentes”, uma vez que as informações sobre eles são, constantemente, produzidas e utilizadas – tanto pelos poderes públicos quanto pelos privados. Essa dupla transparência significa, na realidade, uma relação de (in)visibilidade extremamente desigual, de modo que se conhecem cada vez menos as maneiras como os próprios dados são coletados e quais sentidos são atribuídos àqueles dados.

As quase inexistentes tentativas de abordar o tema (pelo menos no cenário jurídico brasileiro) incorrem no mesmo equívoco: o de atribuir traços puramente panópticos ao que entendem como “mera vigilância”. Com isso, uma situação extremamente fluida é solidificada nos limites das relações de “visibilidade” exigidas

tanto pelo ideal do panóptico, quanto pela produção de sentido da palavra “vigilância”. As análises jurídicas derivadas desse equívoco teórico, como resultado, limitam-se ao problema da violação da privacidade, ou seja, da esfera íntima individual.

Uma perspectiva para além desse lugar-comum teórico, aqui proposta a partir da teoria da corrente sociológica denominada “surveillance studies” (LYON, 2007), permite ressaltar que a informação viabiliza a divisão, muitas vezes, antidemocrática, das pessoas em grupos sociais distintos. Assim, existe uma ambiguidade entre a democracia e a identificação/classificação possibilitada pelas TICs. Se, por um lado, estas tecnologias viabilizam o acesso diferenciado a determinados benefícios jurídicos típicos do Estado Democrático de Direito (basta lembrar, por exemplo, os cadastros dos programas de transferência direta de renda atualmente em vigor no Brasil ou o importante papel das políticas de dados abertos do governo para efetiva governança pública), podem, por outro, servir para criar divisões que violam Direitos Humanos, situação que ocorre quando não há controle democrático dos critérios de classificação e tratamento dos dados.

Tendo em vista que as possibilidades de acesso ou exclusão passaram a ser definidas por sistemas automatizados, são necessárias formas capazes de proteger os Direitos Humanos contra violações realizadas pela tecnologia. No entanto, os modelos de Direito e Estado vigentes demonstram pouca habilidade para lidar com conflitos que envolvem as TICs, intrinsecamente desespecializadas. Logo, vale repetir que não se trata de propor o fim do Estado, mas, pelo contrário, de reconhecer que a coleta e processamento de dados são questões de relevância pública que escapam, em grande parte, ao controle tradicional pelo ente estatal.

As clássicas abordagens dos Direitos Humanos (por todos, veja-se Luigi Ferrajoli (2007)), embora reconheçam que sua violação por atores privados, entendem que os Estados – com a sua constituição política – são capazes de conter as tendências totalizantes de todos os demais sistemas sociais. Contudo, os Direitos Humanos violados com uso das TICs não podem ser adequadamente protegidos pelo Direito centrado no Estado Nacional, o que ficará nítido no decorrer deste artigo.

Os Direitos Fundamentais podem ser compreendidos como formas de controlar o poder e, desde que surgiram nas cartas constitucionais, permitiram que o sistema político controlasse o poder estatal. Isso aconteceu em virtude da delimitação da sua atuação em outros sistemas sociais. Por isso, a concepção dos Direitos Humanos como instrumentos capazes de garantir a diferenciação funcional dos sistemas é

extremamente relevante para os estudos das TICs. O sistema social da tecnologia da informação tende à incessante expansão, que Verschraegen (2011, p. 220) chama de “totalização da sociedade”, o que afeta negativamente outros sistemas sociais.

Na condição de possibilidade teórica adequada às TICs, Gunther Teubner (2011) demonstra como os Direitos Humanos na esfera transnacional podem ser levados a sério sem que, para isso, seja necessário um retorno às teorias centradas somente no Estado e na política, o que é típico da maioria das teorias constitucionais e dos Direitos Fundamentais. Tal fato é extremamente importante, especialmente em virtude das TICs viabilizarem a violação de Direitos Humanos fora dos tradicionais loci do poder do Estado-nação e dos controles da política, ou seja, na esfera privada, por atores transnacionais.

Isso não demonstra uma “falha” do modelo estatal atual, mas sua limitação, uma vez que ele foi pensado para viabilizar a imposição de limites jurídicos apenas para os poderes políticos. Isso impede, por exemplo, o sucesso das propostas que, de uma forma ou de outra, pretendem efetuar uma mudança de escala do modelo estatal para a esfera global.

Nesse estado da arte, Teubner (2011) defende a possibilidade de ocorrência de uma autoconstitucionalização dos sistemas autorreferenciados, como é o caso da Internet. Embora ainda não seja tão desenvolvida quanto a economia (*lex mercatoria*), a *lex digitalis* demonstra ser um caso típico de sistema capaz de criar ele mesmo as suas regras que, com a devida pressão externa, tende a deixar de ser apenas regras constitutivas (ou seja, que organizam seu funcionamento e formação) para se tornarem também limitativas, isto é, regras capazes de controlar a natureza inerentemente incontrolável do poder.

Deve-se, então, propor a seguinte pergunta: como situar corretamente a proteção dos Direitos Humanos diante dos fenômenos da surveillance e dos fluxos globais de dados, especialmente levando-se em conta que a desterritorialidade e a fluidez, características desses fenômenos, desafiam os tradicionais mecanismos de controle jurídico, arraigados na centralidade, exclusividade e territorialidade do Estado-nação? Essa será a temática do restante deste trabalho.

3. AS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

De antemão, deve-se iniciar este segmento do artigo reforçando a tese de que os computadores possuem grande potencial para violação de Direitos Humanos, especialmente em virtude da sua capacidade de classificar coisas e pessoas com base em critérios pré-estabelecidos.

A ideia de que a coleta e análise de dados em grande escala (*big data*) tem, como finalidade, a classificação social foi inicialmente desenvolvida por Oscar Gandy Jr, no ano de 1993, quando escreveu sobre a ideia do *panoptic sort*, ou seja, uma “classificação panóptica”. Posteriormente, essa ideia foi aperfeiçoada por David Lyon (1994, 2001, 2003a, 2003b, 2007, 2014), para quem a classificação social enfatiza o principal objetivo das TICs (LYON, 2003b).

Utilizando mecanismos de *data mining*, *big data* e de análises preditivas, os códigos de computadores classificam dados para os mais variados propósitos: desde a criação de perfis sobre qual a melhor estratégia de marketing a ser adotada com um consumidor específico, até a análise de informações que levam um sistema a categorizar alguém como potencial terrorista. Consequentemente, é possível afirmar que os códigos de computadores

[...] são portas invisíveis que permitem o acesso ou excluem da participação um grande número de eventos, experiências e processos. As classificações resultantes são desenhadas para influenciar e gerenciar populações e pessoas, afetando direta ou indiretamente as chances daqueles a quem se referem os dados. Os portões e barreiras que contêm, canalizam e classificam populações tornaram-se virtuais (LYON, 2003b)¹.

Na mesma linha de raciocínio, Oscar Gandy Jr. (2010) entende que a discriminação é o resultado de um processo tecnologicamente aprimorado de identificação, classificação e avaliação. As análises estatísticas realizadas por algoritmos acabam por multiplicar situações sociais de discriminação, seja na fila de um banco (para concessão de um empréstimo, por exemplo), ou na fila de um aeroporto – para determinar qual passageiro não cumpre com determinados critérios de “segurança”.

Da mesma forma, Luigi Ferrajoli entende que as novas técnicas de classificação de dados pessoais produzem um desenvolvimento exponencial de

¹ No original: “[...] are the invisible doors that permit access to or exclude from participation in a multitude of events, experiences, and processes. The resulting classifications are designed to influence and to manage populations and persons thus directly and indirectly affecting the choices and chances of data subjects. The gates and barriers that contain, channel, and sort populations and persons have become virtual.”

desigualdade, capaz de gerar novas castas sociais e divisões das pessoas em grupos com finalidade discriminatória. Para o referido autor,

a formação, o acesso e a disponibilidade, pela polícia ou pelas empresas, de grandes bancos de dados sobre qualquer indivíduo, incluindo talvez os seus dados genéticos e de saúde, com o seu conjunto de anomalias e de prognósticos ameaçadores, é, na verdade, destinada não somente a operar, no plano econômico e social, como um novo fator de discriminação, colocando em risco vagas de emprego e sistemas de previdência, mas, também, para gerar, no plano cultural e no senso comum, uma nova antropologia da desigualdade (FERRAJOLI, 2007, p. 335)².

Com efeito, demonstrada a importância de se considerar a participação da iniciativa privada nesse fenômeno, fica evidente que tanto práticas estatais, quanto corporativas de coleta e análise de dados são capazes de gerar desigualdades sociais.

No entanto, o senso comum tende a associar o problema à privacidade e, raramente, à liberdade. Obviamente, não se trata de um erro, pois, realmente, existe uma ligação óbvia e forte entre a coleta de dados e a privacidade. Todavia, é uma abordagem restrita, pois

embora essas questões [de privacidade] continuem sendo importantes, está cada vez mais claro, para muitos, que elas não contam a história completa. Porque a *surveillance*, na atualidade, classifica as pessoas em categorias, atribuindo-lhes valor ou risco de uma maneira que possui efeitos reais nas oportunidades das suas vidas. Ocorre uma discriminação profunda, o que transforma a *surveillance* não em um simples problema de privacidade pessoal, mas de justiça social (LYON, 2003a, p. 1).³

Nesse mesmo sentido, Zygmunt Bauman e David Lyon tratam da relação entre o consumo e a criação de divisões sociais. Para eles as análises de *big data*, especialmente quando realizadas por empresas privadas, são fundamentais para incentivar o consumo no mundo contemporâneo. A Internet possibilita que essa relação entre TICs e consumo se dê de maneira ainda mais forte e invisível, uma vez que a crescente virtualização do comércio implica também a criação de um comércio de outro tipo, muitas vezes, oculto: o de metadados. No mundo digital, cada transação gera uma

² No original: "La formazione, o l'accesso e la disponibilità, da parte della polizia o delle imprese, di grandi banche dati su ciascun individuo, inclusi magari i suoi dati genetici e sanitari con il loro corredo di anomalie e di prognosi infauste, è infatti destinata non soltanto ad operare, sul piano economico e sociale, come un nuovo fattore di discriminazioni, mettendo a rischio posti di lavoro e sistemi di previdenza, ma anche a generare, sul piano culturale e nel senso comune, una nuova antropologia della disuguaglianza."

³ No original: "While these issues are still significant, it is becoming increasingly clear to many that they do not tell the whole story. For surveillance today sorts people into categories, assigning worth or risk, in ways that have real effects on their life-chances. Deep discrimination occurs, thus making surveillance not merely a matter of personal privacy but of social justice."

informação sobre ela mesma, de modo que, além de obter o lucro na venda de produtos, as grandes empresas de varejo na Internet ganham a habilidade de criar perfis diversos sobre cada indivíduo e grupo (BAUMAN e LYON, 2013) (BAUMAN, 2001).

Ao se libertar do panopticismo, a análise das TICs pode compreender como elas se desvincularam do Estado-nação e passaram a ser um elemento central da vida contemporânea. Longe de um “*Big Brother*” onisciente, uma infinidade de “*little sisters*” coletam, armazenam, processam e compartilham informações diversas para diversos objetivos centrados no planejamento, previsão e prevenção de condutas a partir de elaboração de perfis de riscos. Por isso, a ideia de

‘classificação social’ enfatiza o viés classificador da [surveillance] contemporânea. Também neutraliza alguns dos supostos aspectos mais sinistros dos processos da [surveillance] (não se trata de uma conspiração com intenções malignas ou de um processo incansável e inexorável)” (LYON, 2003b, p. 13)⁴.

A sistemática coleta e processamento dos fluxos de informação possibilita a classificação pouco (ou nada) democrática das pessoas em categorias sociais diversas. Com base na análise das informações de uma troca de e-mails, por exemplo, é possível (sem sequer ter acesso ao conteúdo da mensagem) classificar indivíduos em grupos específicos, classificações estas que possuem consequências significativas para suas vidas.

A categorização dos seres humanos tem, como finalidade, a sua inclusão ou exclusão em determinados grupos. E os critérios para a obtenção e uso dessas informações, reitere-se, não se submetem aos tradicionais controles e limites democrático-territoriais, sendo geridos, tratados e utilizados a partir da ideia de segredo: seja de Estado, seja comercial, visto que tais informações e as análises que delas derivam são consideradas propriedade da empresa que as obtêm e oferece o serviço.

Obviamente, a vida humana seria impensável sem a possibilidade de categorizar pessoas e grupos sociais. Isso é feito instintivamente. Contudo, as novas TICs possibilitam que esse processo ocorra de maneira automática, a partir de algoritmos de computadores cuja função é classificar todas as informações com base

⁴ No original: “‘Social sorting’ highlights the classifying drive of contemporary surveillance. It also defuses some of the more supposedly sinister aspects of surveillance processes (it’s not a conspiracy of evil intentions or a relentless and inexorable process).”

em critérios predeterminados pelos seus criadores. Dessarte, é possível entender que tais algoritmos são “portas virtuais” que possibilitam, por meio de vários critérios desconhecidos, quem “entra” e quem “não entra” (em “lugares” físicos ou naqueles, não menos importantes, virtuais, que determinam a elegibilidade para diversos benefícios da vida).

De igual maneira, vale lembrar que a coleta de dados sobre grupos sociais também não é nenhuma novidade. Trata-se de um processo inescapável da vida humana em sociedade e que teve um maior crescimento a partir da modernidade. Naquele período, porém, os dados coletados eram arquivados e geralmente esquecidos, ou seja, possuíam baixa capacidade de gerar consequências discriminatórias.

Com o surgimento dos *data doubles*, as informações são transformadas em códigos binários extremamente fluidos. Os sistemas de computadores passam, portanto, a ter enorme importância nesses processos, uma vez que os resultados das análises das pessoas dependem dos critérios estabelecidos nos seus algoritmos⁵. Em outras palavras, a decisão final é o resultado da concatenação lógica de um sistema automatizado a partir de critérios previamente estabelecidos, sem nenhuma preocupação democrática.

A ideia de que as TICs sejam utilizadas como instrumento gerador de desigualdades sociais é sintetizada de forma percuciente por David Lyon, para quem

o fato de que as formas como as nossas vidas são moldadas [...] depende fortemente de quais os tipos de dados que estão disponíveis sobre nós significa que a política da informação é uma área cada vez mais importante para o debate [...] a categorização social afeta as escolhas e as oportunidades das pessoas comuns (LYON, 2007, p. 8).⁶

Por isso, a simples presença do nome em determinada lista eletrônica pode limitar as ações dos seres humanos e, até mesmo, tolher sua liberdade de ir e vir. Os fundamentos para elaboração dessas categorias permanecem opacos, de modo que,

⁵ O crescimento do uso das TICs para criar categorias sociais não se deve somente às novas tecnologias disponíveis, mas o contrário, pois estas somente são desenvolvidas em virtude das necessidades sociais. Uma dessas necessidades se dá em virtude da crise do welfare state, cujo desmantelamento teve, como efeito, a individualização dos riscos. Uma vez que o conceito de Estado de bem-estar envolve o compartilhamento social dos riscos, o inverso ocorre quando esse Estado de bem-estar declina (LYON, 2007, p. 20). Esse fenômeno alavanca uma busca, cada vez maior, por mecanismos automatizados de classificação social e previsão de riscos.

⁶ No original: “the fact that the way in which our lives are shaped [...] depends heavily on the kinds of data available about us means that the politics of information is an increasingly important arena for debate. [...] social categorization affects ordinary people’s choices and chances.”

na ausência de mecanismos de proteção, critérios prejudiciais e discriminatórios podem ser facilmente inseridos dentro dos “códigos”, reproduzindo e multiplicando desigualdades.

Além da igualdade, a privacidade é extremamente violada pelas TICs. Essa violação é a mais conhecida, seja nos trabalhos científicos, seja nos meios de comunicação, de modo que, para aprofundamento, se remete o leitor às obras que tratam exaustivamente sobre o tema⁷. Todavia, alguns fenômenos recentes envolvendo a privacidade merecem atenção neste espaço.

Isso acontece porque, sob a perspectiva das *little sisters* (empresas privadas, em imagem oposta àquela do Big Brother centralizado de Orwell), acaba ocorrendo um desvio daquilo que se entende como privacidade, que deixa de ser considerada um Direito Fundamental para se transformar uma moeda de troca virtual. Nesse sentido, “[...] os invólucros digitais exemplificam uma mudança na conceituação de privacidade como uma *commodity* a ser trocada por outros bens e serviços [...]” (WHITSON, 2010, p. 234)⁸.

Tal fato é facilmente percebido com a proliferação de diversas empresas gratuitas de busca, redes sociais, e-mails etc., em que os serviços são pagos por meio da exploração das informações privadas dos usuários. No mesmo sentido é da empresa *23andme*, capitaneada pelo Google e que oferece testes de sequenciamento genético de baixo custo. Ora, a diferença entre o preço pago pelo usuário e o verdadeiro custo do teste é compensada pela coleta daquilo que talvez seja a mais privada das informações: o DNA, bloco com todas as “instruções” sobre a composição do indivíduo.

Além disso, as noções de privacidades tendem a vê-la como um direito do indivíduo contra a invasão de um terceiro. Por essa razão, é interessante a visão de Valerie Steeves, para quem a privacidade é uma construção de atores sociais com o uso da comunicação intersubjetiva (STEEVES, 2006), o que permite analisar, com melhor nitidez, as situações em que o indivíduo participa voluntariamente de atividades violadoras da privacidade.

Por conseguinte, compreender a privacidade como limite da identidade construído intersubjetivamente possibilita entender a sua violação não apenas como

⁸ No original: “[...] digital enclosures exemplify a shift from conceptualizing privacy as a right to conceptualizing privacy as a commodity to be exchanged for other goods and services [...]”.

um problema de coleta de dados (com ou sem consentimento), mas como a abertura do mundo interior dos indivíduos aos olhos dos grandes detentores de poder, que monetizam essa informação. Essa compreensão impede que a privacidade seja “domesticada”, ou seja, inviabiliza que organizações, sob o manto de “boas práticas” de privacidade (de caráter eminentemente técnico) continuem a praticar a coleta desleal de dados pessoais (LYON, 2015, p. 2565). Dessa forma,

esse tipo de publicidade levanta sérios questionamentos sobre a natureza da comunicação que é despojada de intersubjetividade. Ela constitui uma invasão da privacidade porque a corporação penetra no espaço privado da criança e extrai dados para finalidades instrumentais por meio da manipulação da criança. Essa interação, por definição, não é recíproca, já que as palavras da criança são capturadas pelo observador sem o filtro da interpretação intersubjetiva. A criança não é mais colocada como consumidora interagindo com um vendedor, mas como um amigo conversando com outro, de modo que ocorre o colapso da fronteira entre os papéis – amigo, consumidor, membro da sociedade civil (STEEVES, 2006, p. 186-187)⁹.

Embora se refira às experiências das crianças, essa análise é facilmente expansível, por exemplo, para os adultos que utilizam serviços de redes sociais. Embora não exista pesquisa sobre o tema, parece justo conjecturar que usuários do *Facebook*, por exemplo, não entendem que a sua relação com aquela empresa é de consumo, mas veem a empresa como uma espécie de confidente, já que são incentivados a fornecer cada vez mais informações sobre como estão se sentindo.

As políticas tradicionais de uso da informação privada não podem proteger esse tipo de violação da privacidade, pois não questionam a respeito da validade social das finalidades dessas coletas de dados. Por outro lado, essa proposta de privacidade, entendida como comunicação intersubjetiva, conecta as práticas de coleta com as consequências sociais, uma vez que reconhece que a privacidade está vinculada à formação da identidade do indivíduo, ou seja, que não é apenas um “espaço” que merece ser “deixado em paz”. Por isso, Steeves acredita que somente o consentimento não é suficiente para validar as práticas violadoras da privacidade no meio virtual. Isso requer a criação de mecanismos que tornem claro que se está coletando dados com finalidade publicitária, de modo similar ao que já existe hoje em relação à

⁹ No original: “This kind of marketing raises serious questions about the nature of communication that is stripped of inter-subjectivity. It constitutes an invasion of privacy because the corporation penetrates the child’s private spaces and extracts data for instrumental purposes by manipulating the child communicatively. The interaction is, by definition, non-reciprocal; the child’s words are captured by the watcher without the filter of inter-subjective interpretation. The child is no longer situated as a consumer interacting with a salesperson, but as a friend talking to a friend, and the boundary between roles – friend, consumer, anonymous member of civil society – collapses.”

obrigatoriedade de identificar uma peça publicitária como tal¹⁰.

Um último ponto na análise sobre a privacidade diz respeito àqueles que enfatizam um potencial fim da privacidade no século XXI. Não se pode concordar com esta argumentação, pois, na realidade, a privacidade não acabou. Muito pelo contrário, em virtude das mudanças na sua natureza, especialmente como resultado do uso dos metadados, é possível afirmar que se está presenciando uma mudança assimétrica de privacidade. Sob esse enfoque,

a privacidade, muito longe de estar morta, também é o fundamento do valor de toda informação detalhada sobre consumidores e cidadãos. Empresas lucram milhões de dólares ao coletarem informações detalhadas sobre consumidores e alegam que elas são sua propriedade privada. Ao fazer isso, elas impedem que os membros do público tenham acesso à informação que foi coletada sobre eles, invocando o seu próprio direito à privacidade. [...] o retorno da privacidade como uma vingança: descobrimos que é quase impossível aprender o que é feito com toda a informação que coletam sobre nós graças ao escudo da privacidade, alegado pelas empresas, e o do segredo e da segurança nacional, invocados pelos Estados (ANDREJEVIC, 2007, p. 6-7)¹¹.

Como resultado, ao invés de se falar sobre o fim da privacidade, deve-se questionar como a iniciativa privada utiliza o argumento da privacidade e da propriedade, ou seja, da proteção daquilo que é privado (no caso, seus algoritmos e bancos de dados) com a finalidade de esconder o seu modo de funcionamento.

Nesse diapasão, qualquer debate sobre privacidade deve levar em consideração a elaboração de legislação de acesso à informação que inclua o setor privado, uma vez que sua ausência gera graves consequências para os Direitos Humanos. Logo, ainda que diversas críticas possam ser feitas ao anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016 – Câmara dos Deputados), ele é um avanço, pois viabiliza uma maior visibilidade dos dados que a iniciativa privada guarda sobre os indivíduos. Contudo, deve-se sempre ter em mente que a proteção dos Direitos Humanos violados por esse tipo de tecnologia vai muito além do Estado, como será visto a seguir.

¹⁰ Art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.”

¹¹ No original: “Privacy itself is not only far from dead, it also forms the very basis for the value of detailed information about consumers and citizens. Companies make billions of dollars by gathering detailed information about consumers and claiming it as their private property. In so doing, they prevent members of the public from accessing information that has been gathered about them by invoking their own right to privacy. [...] is the return of privacy with a vengeance: we find it next to impossible to learn what is being done with all of information about us, thanks to the shield of privacy claimed by commercial organizations and that of secrecy and national security invoked by the state.”

4. O ESTADO COMO PALCO FRAGILIZADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Uma teoria dos Direitos Humanos adequada às TICs não pode depender exclusivamente dos mecanismos e categorias jurídicas tradicionais. Para Steffano Rodotà “não estamos diante de uma questão de ordem pública, mas de uma nova forma de distribuição do poder” (2014, p. 541)¹².

Isso porque, “[...] logo percebemos a inadequação das tradicionais definições jurídico-institucionais diante dos novos problemas impostos pela realidade dos sistemas informativos atuais” (RODOTÀ, 2008, p. 25). Essas novas relações de poder, para o autor, são desnudadas pela própria rede, como é o caso do *Google*, que o italiano não considera somente uma empresa multinacional, mas um poder em si mesmo.

O Google é mais poderoso que uma infinidade de Estados nacionais, além de ser um “[...] interlocutor cotidiano de centenas de milhões de pessoas para quem oferece a possibilidade de entrar e mover-se dentro do universo digital. Governa corpos, consciências e relações sociais” (RODOTÀ, 2014, pos. 695)¹³. No entanto, esse poder carece de legitimidade democrática, porque privado. Isso significa que os poderes privados, no contexto das TICs, podem ser facilmente categorizados como “poderes selvagens”, na terminologia de Luigi Ferrajoli (2011a).

As soluções para essa situação, no entanto, não são as mesmas propostas por Ferrajoli, que aposta sempre na positivação (pelo Estado) dos Direitos Fundamentais como resultado do fortalecimento das constituições ou declarações de direitos. Isso porque “[...] no momento em que se entra em uma dimensão completamente diversa, como a da Internet, mesmo essas aberturas revelam-se totalmente insuficientes” (RODOTÀ, 2014, p. 718)¹⁴.

Rodotà defende a necessidade de que diversos players dessa rede de poderes (ainda que em níveis diversos) possam dialogar e desenvolver regras comuns de acordo com um modelo *multistakeholder* e multinível, como é o caso das propostas de Gunther Teubner (2011b). Porém, para Rodotà (2014, p. 761), a tese de Teubner

¹² No original: “Non siamo di fronte a questioni d’ordine pubblico, ma a nuove forme di distribuzione del potere.”

¹³ No original: “È interlocutore quotidiano di centinaia di milioni di persone alle quali offre la possibilità di entrare e muoversi nell’universo digitale.”

¹⁴ No original: “Ma nel momento in cui si entra in una dimensione completamente diversa, come quella di Internet, anche queste aperture si rivelano del tutto insufficienti.”

acaba por fragilizar os Direitos Humanos ao entender que, na atualidade, predominam as constituições “setoriais”, ou seja, múltiplas constituições civis relacionadas às dinâmicas sociais e econômicas. Segundo o italiano, esse modelo de constitucionalismo societário somente reconhece os Direitos Humanos compatíveis com a lógica econômica, o que ele entende inaceitável para aqueles preocupados com os poderes selvagens privados.

Nessa linha de pensamento, embora Rodotà defenda a necessidade de uma *Bill of Rights* para a Internet, afirma que esta não deve ser imaginada como uma transposição, para a o mundo virtual, das lógicas tradicionais das convenções internacionais e da posituação constitucional dos Direitos Humanos. Isso ocorre porque,

[...] em virtude da natureza da rede, o reconhecimento dos princípios e direitos não pode ocorrer de cima para baixo. Deve ser o resultado de um processo, de uma grande participação de uma multiplicidade de sujeitos que possam intervir de modo ativo, graças, sobretudo, a uma tecnologia que torna todos capazes de formular um projeto, compará-los, modificá-los, enfim, submetê-los ao controle e à elaboração comum, transferindo para o setor da regulação jurídica as formas e procedimentos típicos do “método wiki”, com o progressivo ajuste e configuração do texto proposto (RODOTÀ, 2014, p. 734)¹⁵.

Sob tal aspecto, ainda que se concorde com Rodotà em relação à necessidade de participação, o autor italiano acaba por cair em uma armadilha muito comum nas leituras que são feitas sobre tecnologias: a de que a solução para os problemas criados por elas é a implementação de mais tecnologias. É paradoxal que Rodotà, ao mesmo tempo em que reconhece o problema do exercício de poder pela tecnologia e a sua natureza de propriedade privada, aposta na mesma tecnologia ou nas estruturas físicas para a sua utilização (ambas propriedades de alguém) como solução para o problema de falta de democracia criado pelas TICs.

Essa “aposta” do autor na Internet como instrumento emancipatório fica clara quando ele defende uma dualidade entre as TICs (supostamente dotadas da capacidade de reconstruir um novo modelo de democracia) e as técnicas de coleta e análise de dados em larga escala, capazes de viabilizar o controle total dos indivíduos.

¹⁵ No original: “[...] conformemente alla natura della rete, il riconoscimento di principi e diritti non può essere calato dall’alto. Deve essere il risultato di un processo, di una partecipazione larga di una molteplicità di soggetti che possono intervenire in modo attivo, grazie soprattutto a una tecnologia che mette tutti e ciascuno in grado di formulare progetti, di metterli a confronti, di modificarli, in definitiva di sottoporli a un controllo e a una elaborazione comuni, di trasferire nel settore della regolazione giuridica forme e procedure tipiche del ‘metodo wiki’, dunque con progressive aggiustamenti e messe a punto dei testi proposti.”

Nas palavras do autor italiano,

“Orwell in Athens” era o feliz título de um livro que buscava colher a tensão permanente entre todos os sistemas democráticos de difusão do poder e os controles sobre os cidadãos, que a dimensão identificada das inovações tecnológicas desvela e enfatiza de maneira particularmente evidente. [...] Isto é, às tecnologias da informação e da comunicação é confiada a tarefa de construir uma nova democracia dos cidadãos; às técnicas de vigilância é confiada a tarefa de construir o controle capilar sobre os cidadãos. Precisamente a passagem da Web 1.0 para a Web 2.0, das redes sociais, criaram uma nova dimensão da relação entre a democracia e o direito. Foram enriquecidas as possibilidades de ação organizada, não apenas e não somente em termos de quantidade, mas também em relação à qualidade dos indivíduos que agora são capazes de articular as relações sociais de uma nova maneira e, juntos, criar formas variadas de ação política (RODOTÀ, 2014, pos. 97)¹⁶.

Não obstante, deve ter ficado claro até o momento que a Internet não é, exclusivamente, um instrumento emancipatório. Muito pelo contrário: a apropriação técnica pela iniciativa privada e a proteção dos algoritmos de classificação como propriedade privada tendem a diminuir os traços democratizantes da tecnologia da informação. Considerando que as interações sociais ocorrem dentro de uma estrutura privada (como é o caso do *Facebook* e do *WhatsApp*, por exemplo), cujo objetivo é a coleta e a monetização das informações dos seus usuários, as capacidades democráticas da Internet devem ser vistas com certo ceticismo.

Ainda sobre o fragmento citado acima, é possível perceber que Rodotà, inadvertidamente, contrapõe a tecnologia – “essencialmente” boa – com as técnicas de coleta e análise de big data – que seriam “essencialmente” más. Além de ser impossível separá-las, essas tecnologias não são “naturalmente” positivas ou negativas. Sistemas de coleta e análise de dados, inclusive de criação de perfis, são utilizados, cotidianamente, para melhorar a qualidade de serviços prestados tanto pela iniciativa pública quanto pela privada. Assim, as análises de *big data* também servem para otimizar o uso de recursos, sendo descabido associá-la como algo inerentemente negativo. Além disso, veja-se o uso dos mesmos mecanismos para prevenção de doenças ou até mesmo as interessantes e relevantes sugestões de livros fornecidas

¹⁶ No original: “Orwell in Athens era il felice titolo di un libro che voleva cogliere una tensione permanente in tutti i sistemi democratici tra diffusione del potere e controlli sui cittadini, che la dimensione individuata dalle innovazioni tecnologiche disvela ed enfatizza in maniera particolarmente evidente. [...] Vale a dire, alle tecnologie dell’informazione e della comunicazione viene affidato il compito di costruire dal basso una nuova democrazia dei cittadini; alle tecniche della sorveglianza viene affidato il compito di costruire dal basso il controllo capillare sui cittadini. Proprio il passaggio dal Web 1.0 al Web 2.0, quello delle reti sociali, ha attribuito una dimensione nuova al rapporto tra democrazia e diritti. Si sono arricchite le possibilità di azione organizzata, non solo e non tanto dal punto di vista quantitativo, quanto piuttosto per la qualità dei soggetti che sono ormai in grado di articolare in modo nuovo le relazioni sociali e, insieme, di dar vita a forme variegata di azione politica.”

por empresas como a Amazon. Embora seu objetivo seja aumentar o lucro da empresa, certamente, há ganho para o usuário quando ele recebe sugestões de leitura que irá apreciar.

Para além desse maniqueísmo tecnológico, a tese de Rodotà parece depender em uma inclusão digital generalizada, o que dificilmente pode ser considerado verdade, especialmente se for avaliado que apenas 57.6% dos brasileiros possuíam acesso à Internet no ano de 2015 (INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, 2016). Mesmo que esse número já seja maior, deve-se questionar se uma população carente dos mais básicos Direitos Humanos (como a brasileira) seria capaz de gerir um tipo de construção democrática no formato *wiki*, como ocorreu na Islândia.

Por outro lado, o autor italiano percebe, corretamente, que os questionamentos jurídicos tradicionais (ou seja, “quem é o legislador?” e “que tribunal irá aplicar os direitos proclamados na era digital?”) são incompatíveis com os mecanismos criadores dos direitos vinculados às TICs e, por isso, ultrapassam os tradicionais limites estatais de controle.

A partir dessa ideia, é possível estabelecer um paralelo entre o posicionamento de Rodotà sobre o papel das instituições existentes na construção do “novo” cenário jurídico-democrático no contexto da rede de poderes e a proposta de Saskia Sassen (2006) sobre a reconstrução das capacidades das instituições existentes. Afinal, para o autor italiano, esse novo mundo sem fronteiras (protagonizado pela Internet) “[...] acontece em um contexto no qual as instituições tradicionais não são expurgadas, mas contribuem para um compromisso de renovação que, simultaneamente, pode modificar e reforçar o seu papel” (RODOTÀ, 2014, p. 749)¹⁷.

O autor italiano toca no ponto fulcral da problemática da criação de Direito no Estado em rede quando questiona sobre a possibilidade de, em uma sociedade caracterizada por essa topologia sem centro definido, ainda se fazer referência a uma formação institucional (como é o caso do Estado), que não apenas necessita da criação de regras comuns a todos os seus membros, mas também centraliza a produção normativa e decisória.

Como resultado, Rodotà compreende que se está diante de novos fenômenos, cujos efeitos nocivos para a democracia e os Direitos Humanos não possuem uma

¹⁷ No original: “[...] accade in un contesto in cui le istituzioni tradizionali non vengono tagliate fuori, ma contribuiscono a una impresa di rinnovamento che, al tempo stesso, può mutare e rafforzare il loro ruolo.”

resposta adequada nos mecanismos jurídicos tradicionais. Isso decorra do fato de que, no mundo habitado pelas TICs, a centralização da produção jurídica no Estado não é mais uma forma efetiva de proteção da democracia e dos Direitos Humanos.

Ainda que as novas tecnologias tendam a gerar um movimento centrípeto, é possível ocorrer a predominância de determinados nós na topologia da rede, o que ocorre sempre de modo precário (CASTELLS, 2010b). Essa maior importância (chamada de “centralização” por Rodotà) não é incompatível com a ideia de uma rede. Afinal,

[...] as novas tecnologias da informação e da comunicação não produzem somente efeitos de policentrismo, de dispersão “dos poderes soberanos entre diferentes atores, entre eles não hierarquizados e que não insistem sobre o mesmo território”, mas também uma possibilidade sem precedentes de centralização, como demonstra a experiência de diversos países, sobretudo no que diz respeito à criação de sistemas totais de vigilância (RODOTÀ, 2014, p. 772)¹⁸.

Por esse motivo, Rodotà entende que se está adentrando em um tempo cujas características não podem ser descritas pelos mecanismos forjados na modernidade, especialmente aqueles derivados do Estado Nacional e da democracia representativa. Essas mudanças, no entanto, não garantem que o cenário a ser posto será o de uma “pós-democracia”, até mesmo porque essa terminologia não resolve os problemas oriundos das relações entre TICs e democracia. Como resultado, ele questiona se não seria o caso de nos perguntarmos se não estamos correndo o risco de uma espécie de regressão em direção à pré-modernidade (RODOTÀ, 2014, p. 780).

Do mesmo modo que Saskia Sassen (2006), Rodotà não acredita que a inserção das TICs no cotidiano humano tenha como resultado um retorno ao medieval. Na realidade, ele critica com veemência aqueles que associam a descentralização do poder na sociedade em rede com uma espécie de situação neomedieval. Esse tipo de conclusão, afirma, é consequência de uma “[...] fraqueza do pensamento político e jurídico que, diante da crise da soberania nacional e do nascimento de uma complexa organização supranacional, é incapaz de elaborar categorias interpretativas

¹⁸ No original: “[...] le nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione non producono soltanto effetti di policentrismo, di dispersione “dei poteri sovrani fra attori diversi tra loro non gerarchizzati e che non insistono sul medesimo territorio”, ma anche possibilità senza precedenti di centralizzazione, come dimostra l’esperienza di diversi paesi soprattutto per quanto riguarda la creazione di sistemi di sorveglianza totale.”

adequadas, refugiando-se naquelas do passado” (RODOTÀ, 2014, pos. 790)¹⁹.

Concorda-se com Rodotà quando ele afirma que o Direito não pode fingir que nada está acontecendo na relação entre Estado, Direito e tecnologia; afinal, o Direito não pode ser indiferente às inovações trazidas pelas TICs. Como resultado, a ciência jurídica não pode se valer de “[...] critérios hermenêuticos pré-tecnológicos, acreditando que a inovação pode ser conhecida e assume relevância somente quando adentra no universo jurídico” (RODOTÀ, 2014, p. 806)²⁰. Por essa razão, o referido autor entende que perde sentido a distinção entre “novo” e “velho”, uma vez que os Direitos e Liberdades Fundamentais só podem ser protegidos, no contexto das TICs, por meio de uma completa releitura do catálogo de Direitos Fundamentais elaborados pelo constitucionalismo moderno.

Em razão disso, as tentativas de “subsumir” as novas tecnologias aos direitos elaborados pelos Estados possuem sucesso limitado, ainda que sejam imprescindíveis. Um exemplo recente disso é o caso da Justiça brasileira e o aplicativo *WhatsApp*, de propriedade do *Facebook*.

Em 1º de março de 2016, o vice-presidente do *Facebook* na América Latina foi preso pela Polícia Federal em São Paulo (FAGUNDEZ; SERRA, 2016). A prisão ocorreu em virtude de a empresa ter se negado a cumprir as determinações do Judiciário do estado de Sergipe, que solicitava a quebra de sigilo das mensagens trocadas pelo aplicativo *WhatsApp* por investigados de participação no crime organizado. A empresa alegou, em síntese, que, por não armazenar em seus servidores as mensagens trocadas pelos usuários, não seria possível quebrar o sigilo das comunicações, como queria a Justiça. O Poder Judiciário, no entanto, negou-se a aceitar as justificativas da empresa e passou a aplicar pesadas multas, incluindo o bloqueio de valores das contas do *Facebook* no Brasil²¹.

Embora as TICs modifiquem completamente o papel do direito estatal na proteção da democracia e dos Direitos Humanos, as situações que se apresentam, embora inéditas, não são desconhecidas, afinal, estão acontecendo a todo instante,

¹⁹ No original: “[...] debolezza del pensiero politico e giuridico che, di fronte alla crisi della sovranità nazionale e alla complessa nascita di una organizzazione sovranazionale, non è capace di elaborare categorie interpretative adeguate e si rifugia in quelle del passato.”

²⁰ No original: “[...] criteri ermeneutici pretecnologici e ritenendo che l’innovazione possa essere conosciuta, e assumere rilevanza, solo quando s’incarna in apposite e diverse situazioni giuridiche.”

²¹ Talvez como resposta à Justiça brasileira, em 05 de abril de 2016, o *WhatsApp* passou a utilizar criptografia ponto a ponto, de modo que, ainda que eventual comunicação seja interceptada pelas autoridades, ela só poderá ser decodificada pelos aparelhos celulares dos participantes da conversa (COSTA, 2016).

modificando-se com incrível velocidade. Tais processos devem ser, antes de tudo, compreendidos, o que não pode ser feito com os mecanismos existentes justamente em virtude do seu ineditismo.

Assim, é imprescindível aceitar que o Estado, nos moldes em que é conhecido, é insuficiente para a proteção dos Direitos Humanos violados com o uso das TICs. Deve-se pensar, portanto, em modalidades democráticas de elaboração de controles capazes de “domar” os poderes selvagens associados à tecnologia da informação. Por óbvio, não se pode importar a solução dada por Luigi Ferrajoli no sentido de que a democracia e os Direitos Fundamentais só podem ser protegidos por meio de simples reforço das garantias constitucionais e legislativas adequadas” (FERRAJOLI, 2011a, p. 107).

Isso se deve ao fato de que, embora seja possível afirmar que as análises de *big data* também se encaixem no conceito de poderes selvagens, o problema que Ferrajoli buscava solucionar (a fragilização da democracia constitucional em virtude do “berlusconismo”) ocorria dentro das estruturas tradicionais do Estado. Os problemas da crise da democracia e das violações de Direitos Humanos derivadas das TICs, por outro lado, são externos às estruturas estatais, sendo impossível solucioná-los a partir do interior das instituições públicas.

Da mesma forma, as respostas dadas por Rodotà para esse problema parecem ser insuficientes. O autor aposta na possibilidade de proteção dos Direitos Humanos por uma “comunidade global de tribunais” (RODOTÀ, 2014, p. 825), capazes de agregar a sociedade civil organizada e elaborar garantias concretas aos Direitos Humanos, tendo como referência aos documentos internacionais. Além disso, o autor italiano defende que alguns valores básicos da Internet devem ser preservados – embora não indique como isto possa ser realizado.

Com efeito, Rodotà também propõe a proteção da Internet contra o exercício do poder privado. Para ele, a lógica da propriedade da Internet (das suas estruturas físicas e lógicas) não pode ser utilizada para diminuir seu aspecto democrático. Nesse sentido específico, as propostas do autor são similares àquelas de Luigi Ferrajoli, que identifica o problema na tendência que os sistemas jurídicos atuais têm em conjugar liberdade e propriedade como se ambos fizessem parte do mesmo grupo de direitos.

Ambos os autores concordam que a polissemia da expressão “direito de propriedade” pode induzir ao erro de considerar, como se fossem a mesma coisa, “[...] o direito de se tornar proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade [...] [e

também o] concreto direito de propriedade sobre aquele ou este bem [...]” (FERRAJOLI, 2011b, p. 19). A confusão entre Direitos Fundamentais e direitos patrimoniais, afirma Luigi Ferrajoli, é um grande equívoco teórico que trouxe resultados políticos negativos tanto para o pensamento liberal, com a valorização da propriedade a ponto de torná-la equivalente à liberdade, quanto para a teoria marxista, que, pela mesma equiparação, desvalorizou o direito de liberdade como de “origem burguesa”

Embora as propostas de Ferrajoli e Rodotà possibilitem a diferenciação entre propriedade dos meios físicos e digitais (*hardware* e *software*) e os Direitos Humanos atingidos pelas TICs, é impossível negar que o poder econômico exerce forte pressão na dinâmica da Internet. Isso porque, como visto anteriormente, é justamente esse poder econômico que melhor explora as capacidades dessas tecnologias com a finalidade de maximizar os lucros, sendo impossível ignorar tal realidade.

Diante desse cenário, devem ser analisadas perspectivas teóricas alternativas, como é o caso das propostas de constitucionalismo societário e os impactos dos Direitos Humanos no espaço transnacional, de Gunther Teubner (2011). O aparato teórico proposto por Teubner parece ser mais adequado para compreender os imbróglios ocasionados pelas análises de *big data* no universo do Direito. Isso porque tal proposta se desloca das perspectivas tradicionais, que pensam os problemas transnacionais, exclusivamente, a partir de perspectivas que dependem do Estado Nacional – ou da sua aplicação em escala global.

A manutenção de estruturas que possibilitam a assimetria nas relações de visibilidade fragiliza o regime democrático e coloca em risco os Direitos Humanos. Por isso, torna-se necessária a construção de mecanismos adequados para lidar com as perplexidades das novas tecnologias, utilizadas pelos poderes tanto públicos quanto privados. Ainda que, a princípio, isso demonstre o fortalecimento de alguns Estados (em virtude, especialmente, do controle da tecnologia da informação), resta claro que, como resultado da multiplicidade dos atores envolvidos, há a fragilização das tradicionais estruturas de proteção dos Direitos Humanos e da democracia.

Não é nenhuma novidade que a democracia ainda não encontrou – se é que encontrará – lugar dentro das empresas privadas, nem mesmo na sua forma mais básica, ou seja, como procedimento (BOBBIO, 1997). Além disso, o atual processo de apropriação privada da internet (SASSEN, 2006) estimula a formação de espaços virtuais que possuem cada vez mais importância na vida das pessoas, mas cujas regras não estão submetidas ao controle democrático.

Em um mundo globalizado e sempre mais digital, demonstra-se extremamente difícil submeter essas empresas aos diversos interesses nacionais. Como resultado, cada vez mais espaços da vida humana estão confinados aos limites privados das empresas²², onde a democracia é irrelevante.

É de extrema importância reiterar que, ao contrário do que alguns mais otimistas acreditam, a Internet não é um “lugar” público e democrático. Isso em razão de ser dominada pela iniciativa privada, seja sob uma perspectiva das estruturas físicas (servidores, cabos de fibra ótica, satélites etc.); seja em relação ao *software* (*websites*, sistemas operacionais, navegadores, protocolos de comunicação).

Até mesmo do ponto de vista da esfera pública, é retirada a possibilidade de controle democrático do uso das tecnologias da informação por parte daqueles que a ela estão sujeitos. Essa situação ficou clara nos eventos divulgados por Edward Snowden, uma vez que, por maior que fosse possibilitada a participação dos cidadãos estadunidenses nos eventos divulgados, indivíduos de todos os lugares do mundo são afetados pelos sistemas de coleta de dados desenvolvidos pelo governo dos EUA. Pessoas que vivem fora das fronteiras dos EUA não podem participar democraticamente da gestão dos sistemas *PRISM*, *Fairview*, *Upstream*, *XKeyscore* etc. Os senadores daquele país, como é óbvio, não foram eleitos, por exemplo, pelos brasileiros, mas, ainda assim, estima-se, estes tiveram cerca de 2,3 bilhões²³ de telefonemas e mensagens interceptadas pela NSA.

Para monitorar o fluxo de dados de residentes ou empresas instaladas nos Estados Unidos, a NSA precisa de autorização da Foreign Intelligence Surveillance Court. A situação fica ainda pior para aqueles que não são cidadãos ou que estão fora das fronteiras dos EUA, pois o monitoramento passa a ser feito sem necessidade de ordem judicial. Não obstante, o sistema utilizado em ambas as situações é o mesmo, situação que demonstra a facilidade que a tecnologia da informação tem para ignorar fronteiras jurídicas e políticas.

²² Para um exemplo de como a estrutura da Internet é privada, vide a batalha entre *Comcast* e *Netflix* em virtude de aquela cobrar um ‘pedágio’ para que os usuários desta pudessem utilizar o serviço sem restrições. Essa situação, contudo, não poderia acontecer caso as empresas estivessem no Brasil, visto que o art. 9º do Marco Civil da Internet estabelece que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. Sobre a discussão nos EUA, ver a matéria de Victor Luckerson (2014) para a revista *Time*.

²³ Este número foi obtido com a análise, feita por jornalistas, dos documentos vazados por Snowden. Para acesso aos documentos, ver a matéria Glenn Greenwald, Roberto Kaz e José Casado (2013) para o jornal *O Globo*.

Tudo isso culmina com um dos mais problemáticos pontos na relação entre as TICs e democracia: o papel fundamental do poder privado no desenvolvimento e utilização de mecanismos de tratamento de dados²⁴. Isso demonstra a imprescindibilidade do questionamento democrático das TICs e da busca, por parte do Direito, de instrumentos capazes de lidar com essas perplexidades da democracia no mundo líquido da tecnologia da informação.

Por estarem fundamentadas na centralidade e territorialidade do Estado-nação, as respostas tradicionais demonstram-se incapazes para, sozinhas, exercerem sua função no contexto da transformação do poder na era do bit. Na sociedade em rede, o poder adquire grande fluidez e passa a atuar de modo descentralizado e desespacializado na tentativa de definir, controlar e limitar o ser humano e o mundo.

Essas circunstâncias exigem a superação da fórmula dogmatizada do Estado, construindo estruturas jurídicas cuja porosidade seja compatível com a liquidez do mundo, mas “[...] sem perder de vista as consequências de tais possibilidades, assim como o papel fundamental das estruturas públicas estatais no contexto das sociedades periféricas o enfrentamento das desigualdades [...]” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 35). Nesse sentido, o Direito precisa de respostas igualmente descentralizadas, sob pena de tornar-se obsoleto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este artigo, procurou-se demonstrar que as TICs possuem grande potencial de uso na violação dos Direitos Humanos. No entanto, tais violações não possuem como principal ator um Estado Nacional, o que nos permite desvinculá-las do modelo do *Big Brother* orwelliano.

A opacidade nas relações de visibilidade reconfiguradas pelas TICs está relacionada à predominância dos poderes privados detentores de tecnologias – ou, nos poucos casos envolvendo poderes estatais, dos *arcana imperii* a que se referia Norberto Bobbio. Por isso, pode-se afirmar que o problema principal diz respeito, sobretudo, à questão de ausência de visibilidade democrática. Nos espaços privados, retomando Norberto Bobbio, a democracia não chegou sequer como procedimento.

²⁴ Vale ressaltar o fato de que os reais responsáveis pelo desenvolvimento e utilização dos sistemas de associados à NSA são empresas privadas por ela contratada, gigantes da telemática como *Booz Allen Hamilton* e *Dell Corporation*.

Essa colonização pela iniciativa privada decorre, de modo especial, da incapacidade do modelo estatal tradicional para lidar com os fenômenos desterritorializados, como é o caso dos fluxos de dados. Cria-se, assim, um vácuo normativo, que passa a ser preenchido pelos poderes privados que se desenvolvem no mundo virtual sem restrições, ou seja, de modo selvagem, para utilizar a expressão de Luigi Ferrajoli.

Dessarte, os critérios para coleta e tratamento de dados permanecem fora do debate democrático, pois elaborados por indivíduos que não foram eleitos. Para tornar a situação ainda mais grave, não existe, nesses sistemas, um equivalente à teoria de separação dos poderes. Em outras palavras: criadores e executores da “lei” – neste caso, os códigos de computador – são os mesmos. A incerteza gerada por um algoritmo cujo modo de funcionamento é desconhecido e que possui auto-executividade, sem a mínima possibilidade de resistência, é kafkiana, o que a torna inaceitável do ponto de vista da democracia.

Por tal razão, falham, novamente, as abordagens tradicionais, uma vez que o Estado – salvo raras exceções – não participa do desenho desse novo sistema legal, composto de algoritmos computacionais. Essa nova “lei” não encontra precedentes históricos e, como resultado, não é percebida como tal pela teoria do Direito, que está habituada a lidar com leis derivadas do Estado Nacional.

Forma-se, assim, um segundo vácuo, desta vez da teoria do Direito e da constituição, que se veem incapazes de proteger os Direitos Humanos das violações desse novo tipo de instrumento com características de lei. Por essa razão, é possível, parafraseando Paulo Bonavides, afirmar que ontem vigoravam os códigos, hoje, as constituições e, amanhã, novamente, os códigos – agora, claro, digitais e elaborados segundo critérios ignorados pelos seus destinatários.

Sem as restrições típicas do constitucionalismo na elaboração desses códigos, fica fácil perceber como a tecnologia da informação ganha a capacidade de violar Direitos Humanos, o que reforça a ideia defendida de que o Estado é um palco fragilizado para a sua proteção. Disso não se deve concluir que se trata de uma “falha” do modelo estatal, possível de ser sanada por meio do seu redesenho. O que ocorre é exatamente o oposto, ou seja, trata-se de um limite intransponível que demonstra a insuficiência desse formato de organização política para, sozinho, proteger os Direitos Humanos na era do *big data*.

Diante do exposto, conclui-se que, para solucionar tal imbróglio, são

necessárias propostas teóricas que reconheçam o poder normativo dos códigos de computadores gestados dentro do segredo da iniciativa privada. Essas teorias devem ser capazes de propor soluções para garantir que aquele primeiro vácuo (relativo à ausência de poder legitimado democraticamente no meio virtual) seja preenchido por normas constitucionais, protetoras dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ANDREJEVIC, M. **iSpy: Surveillance and Power in the Interactive Era**. Lawrence: University Press of Kansas, 2007. 325 p.

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 258 p.

BAUMAN, Z.; LYON, D. **Liquid Surveillance: A Conversation**. Cambridge: Polity, 2013. 152 p.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 171 p.

BOLZAN DE MORAIS, J. L. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 143 p.

CASADO, J.; GREENWALD, G.; KAZ, R. EUA espionaram milhões de e-mails e ligações de brasileiros. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jul 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/eua-espionaram-milhoes-de-mails-ligacoes-de-brasileiros-8940934>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CASTELLS, M. **The rise of the network society: The information age – economy, society and culture**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 1, 2010. 597 p.

COSTA, C. Quatro coisas que mudam com a criptografia no WhatsApp – e por que ela gera polêmica. **BBC Brasil**, Londres, 06 abr. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160406_whatsapp_criptografia_cc>. Acesso em: 13 abr. 2016.

FAGUNDEZ, I; SERRA, R. Executivo do Facebook é libertado em SP. **BBC Brasil**, São Paulo, 02 mar. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160225_prisao_facebook_sp_if>. Acesso em: 13 abr. 2016.

FERRAJOLI, L. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, L. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011a. 109 p.

FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto, *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. 122 p.

FORTES, V. B. **O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil**. 2015. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 01 jun. 2015.

GANDY JR., O. H. Engaging rational discrimination: exploring reasons for placing regulatory constraints on decision support systems. **Ethics and Information Technology**, 12, n. 1, mar. 2010. 29-42. DOI: 10.1007/s10676-009-9198-6.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. **World development report: digital dividends**. Washington: The World Bank, 2016. 330 p. ISBN DOI: 10.1596/978-1-4648-0671-1.

LUCKERSON, V. Netflix Gets a Speed Boost, Courtesy of Comcast. **Time**, New York, 12 maio 2014. Disponível em: < <http://time.com/96831/netflix-comcast-speeds-get-boost/>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

LYON, D. **The Electronic Eye**: The Rise of Surveillance Society. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994. 270 p.

LYON, D. **Surveillance society**: Monitoring everyday life. Buckingham: Open University Press, 2001. 189 p.

LYON, D. Introduction. In: LYON, D. **Surveillance as Social Sorting**: Privacy, risk and digital discrimination. London: Routledge, 2003a. p. 1-9.

LYON, D. Surveillance as social sorting: computer codes and mobile bodies. In: LYON, D. **Surveillance as Social Sorting**: Privacy, risk and digital discrimination. London: Routledge, 2003b. p. 13-30.

LYON, D. **Surveillance Studies**: An Overview. Cambridge: Polity, 2007. 243 p.

LYON, D. Liquid Surveillance: The Contribution of Zygmunt Bauman to Surveillance Studies. **International Political Sociology**, 4, n. 4, 1 dez. 2010. 325-338. DOI: 10.1111/j.1749-5687.2010.00109.x.

LYON, D. Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, consequences, critique. **Big Data & Society**, 1, n. 2, Jul. 2014. 1-13. DOI: 10.1177/2053951714541861.

LYON, D. **Snowden Surveillance after**. Cambridge: Polity Press, 2015. Kindle Edition.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de

Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 382 p.

RODOTÀ, S. **Il mondo nella** rete: Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: Laterza / la Repubblica, 2014. Kindle Edition. 1307 pos.

SASSEN, S. **Territory, authority, rights**. Woodstock: Princeton University Press, 2006. 493 p.

STEEVES, V. It's Not Child's Play: The Online Invasion of Children's Privacy. **University of Ottawa Law & Technology Journal**, 3, n. 1, 2006. 169-188.

TEUBNER, G. Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect? **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, 40, n. 3, 2011. 191-215.

VERSCHRAEGEN, G. Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State: A Response to Gunther Teubner. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, v. 40, n. 3, p. 216-229, 2011. ISSN ISSN: 213-0721.

WHITSON, J. R. Surveillance and democracy in the digital enclosure. In: HAGGERTY, K.; SAMATAS, M. **Surveillance and democracy**. London: Routledge, 2010. p. 231-246.

Recebido em 10/07/2017
Aprovado em 22/01/2018
Received in 10/07/2017
Approved in 22/01/2018