

Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado

Digital constitutionalism: the (un)expected guest

André Karam Trindade(1); Amanda Antonelo(2)

1 Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (UNIROMA3). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIVEL/PR. Professor Visitante da *Università Degli Studi Roma Tre* (Itália).

E-mail: andrekaramtrindade@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5102-3673>

2 Mestre em Direito, Inovação e Regulações pelo Centro Universitário Univel. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Univel. Integrante do projeto de pesquisa “A normatividade e suas formas de expressão: diferentes linguagens, outros saberes, novas abordagens”. Advogada.

E-mail: amandaantonelo@hotmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9604-608X>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 18, n. 1, e4816, janeiro-abril, 2022 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: março 12, 2023; Accepted/Aceito: maio 9, 2023;

Publicado/Published: maio 29, 2023]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2022.v18i1.4816>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui! / click here!](#)

Resumo

Existe um constitucionalismo digital? Essa é uma questão cuja resposta ainda está em processo de construção na doutrina nacional e estrangeira. O propósito deste texto é discutir, criticamente, as imprecisões em torno da expressão “constitucionalismo digital”, propondo uma reflexão sobre o sentido que o dispositivo “digital” confere à noção de “constitucionalismo”. Teria o adjetivo se tornado mais relevante do que o próprio substantivo? Para enfrentar esse tema, após sua problematização (Seção I), resgatam-se as origens do fenômeno do constitucionalismo e suas formas de manifestação (Seção II). A partir disso, especulam-se a possibilidade de a revolução tecnológica constituir um momento constitucional (Seção III) e, em seguida, os sentidos em torno do constitucionalismo digital (Seção IV). À guisa de conclusão, aponta-se a fragilidade teórica em torno do conceito e sua aplicação, cujos reflexos podem afetar o paradigma do constitucionalismo democrático (Seção V). Ao final, é oferecido um breve epílogo, no qual se recorre à literatura fantástica para, metaforicamente, ilustrar a crítica então formulada ao constitucionalismo digital (Seção VI). O método de abordagem utilizado, para tanto, é o analítico-descritivo, consistente em investigação bibliográfica, de viés exploratório. Este ensaio é o resultado parcial de um desdobramento do projeto de pesquisa intitulado “A normatividade e suas formas de expressão: diferentes linguagens, outros saberes, novas abordagens”, no âmbito do Grupo de Pesquisa Inovações Tecnológicas e Estado Constitucional, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Univel.

Palavras-chave: Constitucionalismos; Revolução Tecnológica; Constitucionalismo Digital; Direitos fundamentais.

Abstract

Is there a digital constitutionalism? This is a question whose answer is it still in a construction process in the national and foreign doctrine. This text purpose is to discuss critically the imprecisions surrounding the expression “digital constitutionalism”, proposing a reflection concerning the sense that the “digital” apparatus gives to the notion of “constitutionalism”. Would the adjective have become more relevant than the substantive itself? To confront this regard, after a problematization (section I), the origins of the constitutionalism phenomenon and its forms of manifestation are retrieved (section II). From that, is speculated the possibility of a technical revolution constitute a constitutional moment (section III) in following the meanings concerning digital constitutionalism (section IV). As a conclusion, always provisional, it points out the theoretical fragility involving the concept and its application, whose reflexes may affect the paradigm of democratic constitutionalism section V). Ending with a resort to fantastic literature to metaphorically illustrate the critic formulated to the digital constitutionalism (section IV). The used methodological approach is analytic-descriptive, exiting in bibliographic investigation in an exploratory bias. This essay is the partial result of a deployment from the research project entitled “The normativity and it’s form of expression: different languages, other knowledges, new approaches”. In the extent of the technological innovations in the constitutional state research group linked to the Univel.

Keywords: Constitutionalisms; Technological Revolution; Digital Constitutionalism; Fundamental Rights.

1 Introdução

A transformação digital exsurge como um fenômeno irreversível que marca a sociedade atual, à medida que a superação do paradigma *analógico* pelo *digital* interfere, radicalmente, nas relações sociais e impulsiona a inovação nos mais diversos campos do conhecimento, inclusive no Direito.

Todo esse progresso científico e tecnológico produziu grandes modificações no âmbito das interatividades sociais, culturais, econômicas, políticas e governamentais, sobretudo diante da disseminação de tecnologias disruptivas e ferramentas de inteligência artificial, como *Machine Learning*, *Deep Learning*, *algoritmos*, *Big Data*, *Analytics*, entre outras.

Vivemos o nascimento de uma nova maneira de *interrelação*, um novo *espaço* e um novo *tempo*, definido como *Era Digital*. A internet permitiu o desenvolvimento de novas tecnologias, que transcendem a simplificação da comunicação entre as pessoas. Possibilitou, na verdade, a criação de um novo universo: o universo digital.

Esse contexto também se caracteriza pelo surgimento de novos problemas e demandas. Os dados pessoais, para ficarmos apenas nesse exemplo, tornaram-se o *novo petróleo* do século XXI, como vislumbrou Clive Humby. Permissivamente, os cidadãos concedem parcela de sua privacidade e intimidade aos grandes *players* de tecnologia em troca de acesso às plataformas de redes sociais e do uso, pretensamente gratuito, de serviços *online*.

Assim, um conjunto de direitos fundamentais vêm sendo reconfigurado no universo digital. A questão agrava-se ainda mais à medida que se observa o protagonismo assumido pelos gigantes de tecnologia como agentes privados e predatórios, revelando um desequilíbrio em relação aos poderes públicos e à soberania dos Estados.

É óbvio que as plataformas digitais exercem grande poder no cotidiano dos usuários. Afinal, ao intermediar, elas possibilitam a comunicação em todo mundo, contemplando desde os segredos mais profundos da vida privada até o cerceamento da autonomia e a manipulação de dados da população. Não é à toa que a desinformação encontra um lugar propício para sua proliferação no universo digital.

As tecnologias também podem ameaçar a proteção de direitos e, inclusive, os valores democráticos, potencializando um contingente de preocupações que envolve práticas de discriminação, censura, hipervigilância e, até mesmo, decisões tendenciosas, promovidas por algoritmos cujo funcionamento escapa à supervisão humana.

E, assim, com base em sequências numéricas que executam as mais diversas operações computacionais destinadas a solucionar problemas, institui-se uma forma particular de controle, de domínio e, de certo modo, de império.

Ocorre que toda essa nova realidade – não apenas paralela – que se instala a partir da sociedade em rede também afetou diretamente o Direito, em especial controvérsias constitucionais, que abrangem desde a proteção de dados e o controle do sistema monetário, passando pela discussão a respeito dos limites da liberdade de expressão frente aos discursos de ódio até o perigo que a propagação de *fake news* representa para o futuro das democracias.

O papel do Estado e suas instituições, a obliquidade dos direitos fundamentais, o redimensionamento da esfera pública, a necessidade de regulação e o próprio sentido da normatividade são algumas das questões – todas interrelacionadas à noção de *constitucionalismo* – que a revolução tecnológica impõe à reflexão por parte da ciência jurídica na atualidade.

Apesar de descortinar um vasto e promissor campo de investigação, ainda se observam poucos estudos voltados à compreensão do denominado *constitucionalismo digital*, especialmente no Brasil, com destaque para as recentes publicações de Miguel Dantas e Vicente Coni Jr. (2017); Gilmar Mendes e Victor Fernandes (2020); Edoardo Celeste (2021); Jessica Fachin (2022); João Paulo Lordelo (2022); Giovani Saavedra e Gabriel Borges (2022); e, em especial, Jane Pereira e Clara Keller (2022).

Esse é, portanto, o propósito que motiva e orienta o presente trabalho. Se a noção de *constitucionalismo digital* passa a ocupar um espaço cada vez mais expressivo no cenário global, então, de fato, exige a atenção e reflexão da ciência jurídica, sobretudo no que diz respeito à função que o predicado *digital* exerce em cada uma das abordagens conceituais que vem sendo desenvolvidas pela doutrina nacional e estrangeira.

2 Constitucionalismos: entre modelos normativos e teorias

O constitucionalismo é, conceitualmente, uma invenção legada da Modernidade – cujas origens não podem ser dissociadas do contexto da formação dos Estados modernos –, ainda que, ao longo dos séculos, possam ser encontradas noções equivalentes desde a Antiguidade (MCILWAIN, 1939; MATTEUCCI, 1998, FIORAVANTI, 2001).

Trata-se de um fenômeno histórico-cultural – e, portanto, político-jurídico – ligado à própria ideia fundacional de *constituição da sociedade* (COVER, 2016). Sua formulação mais conhecida remete à conjugação de dois aspectos: *organização e limitação* do poder, tal qual expresso no célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (MATTEUCCI, 1976).

Em sua gênese, encontram-se as *revoluções liberais* ocorridas na Inglaterra, Estados Unidos e França, a partir das quais surgem três grandes matrizes, o que denota a existência de distintos *movimentos constitucionais* (CANOTILHO, 2003,

p. 51; MIRANDA, 2003, p. 103). A despeito das particularidades que caracterizam cada experiência política, inclusive seus respectivos períodos históricos, todas estão lastreadas na garantia de *direitos de liberdade*, especialmente no final do século XVIII (FIORAVANTI, 2009, p. 5-52).

Sem embargo, com o avanço da industrialização e com a consolidação do capitalismo, emergem inúmeras *revoluções sociais* ao longo do século XIX, o que conduz, sucessivamente, à promulgação da Constituição de Weimar, em 1919, a partir da qual se expande um conjunto de direitos fundamentais destinados a garantir a igualdade material, cuja implementação depende, então, da atuação dos poderes públicos.

Ainda no século XX, em reação aos abusos promovidos pelos regimes totalitários que levaram à Segunda Guerra Mundial, aposta-se no incremento da noção de Constituição – então assumidamente rígida, dotada de força normativa, cujas bases estão fundadas na proteção da dignidade humana, no respeito aos direitos fundamentais e nos ideais democráticos –, entendida como o *estatuto jurídico do político*, sem perder de vista, porém, a importância da autonomia do Direito, em relação à política, à moral e à religião (STRECK, 2020).

Observa-se, com isso, uma verdadeira ruptura paradigmática: se, nos *constitucionalismos liberal e social* (moderno), uma norma jurídica poderia aceitar qualquer conteúdo, tal qual admitido pela teoria kelseniana, isso não se repete no *constitucionalismo democrático* (contemporâneo), a partir do qual a atuação dos poderes públicos vem orientada por um conjunto de limites e vínculos – procedimentais e substanciais – impostos desde o vértice do sistema jurídico, inclusive à própria produção normativa (FERRAJOLI, 2022).

Nesse contexto, também denominado *constitucionalismo do segundo pós-guerra*, instituiu-se uma nova maneira de compreender o propósito do poder estatal, cuja função é atender às mais diversas demandas da sociedade, levando em conta as diretrizes, objetivos e princípios estipulados nos textos constitucionais, notadamente compromissários. Não é à toa, aliás, a previsão de inúmeros mecanismos de jurisdição constitucional destinados à garantia e à concretização dos direitos fundamentais (SARLET, 2022).

Mas os predicados associados ao constitucionalismo não se limitam às matrizes de origem (*inglês, estadunidense, francês*) e tampouco às suas versões, ou dimensões, *liberal, social e democrático* correspondentes, precisamente, à evolução histórica dos conhecidos paradigmas de Estado e seus respectivos modelos normativos.

Existem também adjetivos que remetem a teorias constitucionais e até mesmo a teorias jurídicas propriamente que buscam dar conta das transformações levadas a cabo no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. A título meramente ilustrativo, visto que o propósito deste ensaio não é esgotar a matéria, destacam-se as seguintes: *constitucionalismo dirigente, constitucionalismo discursivo, constitucionalismo fraterno*,

constitucionalismo multinível, constitucionalismo latino-americano, constitucionalismo popular, constitucionalismo garantista, neoconstitucionalismo, transconstitucionalismo, constitucionalismo societal, constitucionalismo planetário, constitucionalismo global, entre outros.

A questão que se coloca, portanto, pode ser formulada do seguinte modo: o *constitucionalismo digital* constitui um novo paradigma normativo ou designa uma nova teoria jurídica apta a responder às demandas ocasionadas pela revolução tecnológica que caracteriza a sociedade do século XXI? Ou, caso negativo, o emprego do adjetivo *digital* atribuído ao *constitucionalismo* indica apenas uma tendência que serve à conotação associada ao impacto que as novas tecnologias exercem no direito atualmente?

3 A revolução tecnológica e os momentos constitucionais

A revolução tecnológica, ocorrida nas primeiras décadas deste milênio, é considerada a *quarta revolução industrial* ou *revolução 4.0*. Ao contrário das anteriores, porém, ela se desenvolve por meio de um ritmo alucinante, produzindo impactos sociais, econômicos, culturais, políticos e, também, jurídicos, como é o caso, por exemplo da transformação estrutural da esfera pública (HABERMAS, 2022).

O processo de digitalização do mundo vem alterando as próprias noções de tempo e espaço (LÉVY, 2011). E, assim, abandonamos o mundo das coisas para ingressar no mundo das não coisas (CHUL HAN, 2021). Eis um novo universo (paralelo e virtual) criado pela inovação tecnológica. Estamos, com efeito, diante de uma grande reviravolta.

No campo do direito, o sistema de justiça atravessa uma transformação, não menos radical, promovida pelas inovações tecnológicas, com implicações em diversos níveis, especialmente na prática jurídica (GARAPON; LASSÈGUE, 2020). Muitos desses desafios, até então desconhecidos, impõem uma série de reflexos que incidem diretamente na teoria do direito e na teoria constitucional (CAMPOS, 2022).

É nessa perspectiva, precisamente, que o debate sobre o constitucionalismo retorna à agenda na atualidade¹, sendo formulado como resposta às novas tendências sociais que envolvem a digitalização, a globalização e a privatização (TEUBNER, 2016).

- 1 Bolzan de Moraes e Lobo (2019, p. 465-498) advertem que, apesar de estarmos diante de uma viragem paradigmática, inclusive no campo do Direito, tal viragem não pode se dar pela adoção ingênua de alternativas que, ao fim e ao cabo, apenas referendam os interesses do capitalismo tecnológico em detrimento das conquistas civilizatórias do constitucionalismo, mesmo que ele também seja pensado a partir de referentes compatíveis com a *Era digital*. Ou seja: “resta em aberto o desafio de buscar a construção de respostas novas para as novas questões trazidas e impostas pelo interregno na relação entre Direito e Tecnologia. Ou seja, sobra razão a Stefano Rodotà quando alerta para esta necessidade, contudo, ao que parece, as opções apresentadas ainda padecem de limites ou déficits que reportam à necessidade de que estas novas proposições não sejam apenas o abandono de conquistas historicamente alcançadas pela luta social, mesmo tendo-se presente a sua falta ou insuficiente realização”.

Eis, portanto, os *fragmentos constitucionais*², que remetem a um constitucionalismo particular, pensado e reconfigurado para ter condições de assimilar e enfrentar as demandas próprias da Era Digital³.

Como devemos regular o exercício do poder de governança privada em comunidades virtuais? Essa é a questão que o constitucionalismo digital veio responder, conforme propõe Suzor (2010). Sua missão é articular uma estrutura normativa dotada de um conjunto de limites – fundados nos ideais do Estado de Direito e destinados ao poder privado – que possam encorajar a inovação e a autonomia, mas, simultaneamente, proteger os direitos e interesses dos membros dessas comunidades. Trata-se, em suma, de um projeto que busca instituir parâmetros capazes de conferir legitimidade à governança no ambiente digital.

E, assim, sucessivamente, o sistema jurídico se vê, cada vez mais, pressionado a enfrentar os desafios e ameaças, de todos os tipos e das mais diversas ordens, todos ligados ao ambiente digital, que envolvem desde a regulação da internet e a responsabilidade das plataformas digitais até a mais sensível proteção de direitos fundamentais.

Afinal, o universo digital não pode se tornar uma anarquia utópica e muito menos distópica. É imprescindível, portanto, o compromisso com alguma normatividade, que possa atuar sobre esse espaço/território cujas fronteiras não são predefinidas. Se, antes, a preocupação remetia ao poder Judiciário como superego da sociedade órfã (MAUS, 2000), o que se observa, agora, é um vasto campo de anomia, em que se satisfazem os interesses privados, sem qualquer clivagem. E, com isso, assume-se o paradoxal risco de um estágio tecnológico, porém, pré-civilizatório, equivalente a uma *nova guerra de todos contra todos*, ou, ainda, a um *estado de natureza digital*.

- 2 *Fragmentos constitucionais* não é uma expressão aleatória empregada por Teubner, mas, sim, o que restou de um conceito cuja unidade vem se desintegrando ao longo das últimas décadas, sobretudo com o avanço da globalização. Ele não ignora os esforços empreendidos em busca da unidade perdida da Constituição. Sua proposta, todavia, aponta em direção diversa: *pensar o constitucionalismo para além do Estado*. Para tanto, transcendendo a formulação luhmanniana de constituição como comunicação entre paradoxos próprios do direito e da política, Teubner apresenta a ideia de uma *Constituição societal*, que pode ser definida como o acoplamento estrutural entre mecanismos reflexivos do Direito e mecanismos reflexivos do respectivo ator social. Com isso, ele amplia as possibilidades de comunicação ao compreender que outros sistemas sociais também proporcionam uma reflexividade que precisa ser equacionada por meio de normas secundárias. É por isso que, no constitucionalismo societal – repita-se, não social! –, o papel da política deve se concentrar em especificar modelos constitucionais para subsistemas sociais que permitam uma atuação cooperativa entre Estado e atores sociais, de forma a manter sob controle as tendências centrífugas de diferenciação funcional.
- 3 Segundo Teubner (2016), atualmente vivemos o tempo da emergência das *constituições setoriais*, das múltiplas *constituições civis*, que se encontram ligadas às dinâmicas sociais e econômicas, em vez do exercício dos poderes políticos-constitucionais. Observa-se, com isso, que o constitucionalismo perde seu valor universal e unificante, correndo o risco de se reduzir às múltiplas novas formas de normatização (*lex mercatoria*, *lex digitalis* etc.), que apenas refletem seus próprios e específicos interesses. Assim, os direitos são produzidos e reconhecidos somente quando compatíveis com essa lógica econômica/digital.

É, nesse contexto, que o constitucionalismo digital aparece – a nosso ver, como uma tendência, ou subcampo, como se explorará nas próximas seções –, apresentando-se como o conjunto de iniciativas que buscam garantir o exercício de direitos, legitimar normas de governança e estabelecer limites aos poderes privados no ambiente digital. Nesse sentido, aliás, a ponderação de Fausto Santos Moraes:

Dentre as definições dessa corrente, tem-se que o constitucionalismo digital corresponde, desse modo, a um termo *guarda-chuva* que corresponde ao esforço do movimento de afirmação de direitos fundamentais na internet, através de uma ideologia constitucional que se estrutura em um quadro normativo de proteção dos direitos fundamentais e de reequilíbrio de poderes na governança do ambiente digital, por meio de princípios e de valores que guiam o processo de produção normativa para a constitucionalização do ambiente digital (MORAIS, 2022, p. 50).

Como se sabe, no ambiente digital, o grande obstáculo na proteção dos direitos fundamentais aponta na direção da governança descentralizada da internet, envolvendo usuários, plataformas, algoritmos, atores privados e públicos, bem como o monopólio da informação por players de tecnologia e a forma com que dispõem os dados e, portanto, a privacidade dos cidadãos (SUZOR, 2018).

Com efeito, as incógnitas atreladas ao ciberespaço aliadas aos massivos conflitos estruturais da internet conduzem à discussão sobre a reconstrução autônoma dos direitos constitucionais dentro do sistema social da internet, que engloba a proteção de direitos individuais dos usuários, mas também a institucionalização de uma esfera pública digital, que deve ser criada dentro do domínio descentralizado da internet (TEUBNER, 2017).

Ora, os direitos fundamentais não são invenções puramente teóricas ou abstratas, mas, sim, respostas construídas em diálogo com o mundo prático, ou seja, conquistas históricas resultantes de abusos, violências e arbitrariedades. É essa sua natureza reativa que explica a conhecida evolução geracional, ou dimensional, articulada pela dogmática constitucional. Isso para não falar do grande denominador comum entre todos eles: a superação da teorização para a efetiva concretização dos direitos (BOBBIO, 1990).

É inegável que a revolução tecnológica ocasiona uma demanda pela ampliação dos direitos fundamentais para contemplar um contingente de novos direitos, de caráter coletivo-institucional, em face das ameaças potencializadas pelo ambiente virtual, seja em face do poder econômico das grandes empresas de tecnologia, seja em razão das próprias relações e operações virtuais.

Mais do que isso. Não seria exagerado afirmar que a revolução tecnológica exige a releitura de parcela significativa do catálogo de direitos fundamentais, uma vez que haveria, atualmente, a sobreposição de:

(a) *direitos clássicos* – por exemplo, direito à honra, integridade moral, sigilo às comunicações ou, até mesmo, direitos políticos –, cujo exercício pode ser facilmente adaptado ao ambiente digital;

(b) *direitos clássicos, porém reformatados* – por exemplo, liberdade de expressão, direito à informação, direitos autorais, acesso à justiça –, que vêm redimensionados em razão de características próprias assumidas no ambiente digital;

(c) *direitos inteiramente novos* – por exemplo, direito à internet, proteção de dados, direito ao esquecimento, direito à decisão ou revisão humana –, que resultam precisamente de ameaças digitais até então desconhecidas.

Esses últimos, também denominados *direitos fundamentais digitais*, vêm sendo reunidos, consolidados e positivados nos planos nacional, internacional e transnacional. Alguns casos são: a Declaração Italiana de Direito da Internet, de 2015; Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia, de 2016; Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente, de 2018; a Carta Portuguesa dos Direitos Humanos da Era Digital, de 2021; o Regulamento dos Serviços Digitais da União Europeia, de 2022; Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais para a Década Digital, de 2022; entre outros.

A questão a saber é se todo esse contexto, em que se destacam os direitos fundamentais digitais, configura, de fato, um novo *momento constitucional*, para usar a conhecida formulação de Bruce Ackerman (1991, 2000, 2014). Ainda que alguns acenem positivamente⁴ – como é o caso, por todos, de Celeste (2021) e Pollicino (2021) –, é preciso levar em conta que o simples surgimento de um novo ambiente, caracterizado por novas demandas e novos direitos, não tem o condão, *per si*, de provocar uma ruptura paradigmática no campo do Direito. Nunca se aventou, por exemplo, um *constitucionalismo industrial*.

Tampouco do ponto de vista teórico, o argumento procede em torno do novo momento constitucional. Isso porque, além de não dialogar com Ackerman, observa-se a total ausência do fio condutor que caracteriza sua proposta: *we the people*, ou seja, soberania popular. Apenas isso já seria suficiente para compreender que a pretensão de equiparar a revolução tecnológica a um novo momento constitucional é falha e, portanto, impertinente.

Em sua trilogia, Ackerman sustenta que o direito constitucional consiste em um diálogo de gerações, de tal maneira que a interpretação da Constituição implica uma prática histórica, resultante das lutas, disputas e tensões que conformam a identidade e o destino da nação. Por meio da política extraordinária, que pressupõe um longo

4 A fim de demonstrar esse “novo momento constitucional”, Celeste (2021, p. 65-68) expõe dois argumentos bastante genéricos: *primeiro*, a alteração do equilíbrio constitucional, a partir da ampliação e das ameaças que a tecnologia gera ao exercício de direitos fundamentais, assim como das relações de poder envolvendo grandes organizações e corporações no cenário global; *segundo*, a emergência de contramedidas normativas, destinadas a restaurar o equilíbrio constitucional.

processo travado entre sociedade civil e os demais poderes, a vontade do povo vem expressa mediante uma ação coordenada com diversas instituições do Estado em busca de determinado compromisso, cuja relevância é capaz de modificar a narrativa constitucional. Na verdade, os momentos constitucionais são, ao fim e ao cabo, momentos únicos de política extraordinária⁵.

É incontroverso que a transformação digital produz impactos na sociedade contemporânea; é, igualmente, inegável que as *tecnologias disruptivas* – assim chamadas em razão da ruptura que representam com os modelos e padrões estabelecidos no mercado – e seus gigantes exigem medidas normativas até então impensadas. Nada disso, entretanto, mostra-se suficiente para conformar um novo momento constitucional, segundo a tradição autêntica do termo proposto por Ackerman. Tampouco estamos diante de um aparato conceitual que possa ser definido como uma teoria jurídica própria. Tudo indica, como veremos a seguir, que o constitucionalismo digital assume sentidos que lhe são próprios. Isso revela não só uma imprecisão terminológica, mas também sua fragilidade do ponto de vista teórico.

4 Constitucionalismo digital e seus sentidos

É sabido que *constitucionalismo* é um termo *proteico*⁶, porque contempla diferentes sentidos, cuja compreensão depende da perspectiva e maneira como se propõe a examiná-lo. Tanto é assim que, frequentemente, a dogmática explicita a recomendação para se atentar à pluralidade desse fenômeno: *constitucionalismos*.

No caso do constitucionalismo digital, entretanto, há uma particularidade. O ponto em comum entre os usos da expressão parece ser o fato de o adjetivo (digital) assumir mais relevância que o próprio substantivo (constitucionalismo). Esse é, em linhas gerais, o argumento que será aqui desenvolvido, sob uma perspectiva crítica: além da impropriedade teórica, a expressão encerra a descaracterização do objeto predicado, causando uma contradição insuperável.

Com efeito, o tema do constitucionalismo digital vem sendo discutido desde o início do século XXI, ainda que nem sempre com a mesma designação. Fitzgerald (1999), por exemplo, recorre ao vocábulo *constitucionalismo informacional*, reduzido à mediação das relações entre atores privados e públicos – com o protagonismo dos primeiros –, em que se exige uma estrutura de governança que contemple autorregulação e supervisão, respectivamente, apostando, todavia, que o campo

5 Segundo Ackerman, quatro seriam os momentos constitucionais da história norte-americana: (1) a *Fundação*; (2) a *Reconstrução*; (3) a *Grande Depressão*; (4) o *Movimento dos Direitos Civis*. Como se pode facilmente perceber, em cada um deles, os fatos históricos não podem ser dissociados do engajamento político da sociedade.

6 Em alusão ao deus grego Proteu, conhecido por sua capacidade de assumir diversas formas e, assim, se transformar.

próprio para dirimir essas questões seria o direito comum, ou ordinário, e não o plano constitucional.

Berman (2000), por sua vez, apresentou a ideia de *constitucionalismo constitutivo*, em que os atores privados dispõem de grande margem de conformação para regularem questões ligadas ao direito digital, porém se sujeitam à ordem constitucional em razão de sua função constitutiva, especialmente quando envolve valores fundamentais.

Entretanto, conforme já destacado, a expressão *constitucionalismo digital* veio empregada somente por Suzor (2010), na sua tese de doutorado⁷, em alusão ao conjunto de limites constitucionais impostos ao poder privado, especialmente no âmbito das comunidades virtuais, seja no que diz respeito à extensão da autorregulação, seja no que refere à sua incidência no direito contratual. Em síntese: de um lado, ele reconhece o papel constitucionalizante do direito privado, tal qual sinalizado por Fitzgerald; e, de outro, confere o papel de orientação e informação ao direito constitucional, levando em conta a proposta de Berman.

Gill, Redecker e Gasser (2015) subscrevem o emprego da denominação *constitucionalismo digital* como termo guarda-chuva para reunir e interligar um conjunto de textos que pretendem estabelecer cartas ou declarações de direitos na internet. Ainda que esses documentos – produzidos ao longo das duas últimas décadas – comportem valores, princípios e funções semelhantes às aquelas constitucionais, eles não assumem qualquer fundamentalidade e tampouco posição privilegiada na hierarquia das fontes do direito. Ao contrário de Suzor (2010), entendem que o constitucionalismo digital se destina à limitação do poder público, e não do direito privado.

Alguns anos depois, Redecker, Gill e Gasser (2018) atualizam seu estudo, ampliando sua concepção teórica originária para sustentar que o constitucionalismo digital envolve a limitação dos poderes, sejam públicos ou privados, endossando, de certo modo, a proposta do *constitucionalismo societal*, de Teubner. De todo modo, consideram que o grau de desenvolvimento atingido pelas cartas de direitos da internet ainda não supera as primeiras etapas do processo de constitucionalização da sociedade, tal qual descrito por Teubner.

Pollicino (2021, p. 6-7), a seu turno, entende que a conexão entre algoritmos e poderes conduz à transmutação do clássico papel do constitucionalismo e da teoria constitucional. Consoante sua teoria, é preciso questionar a função desempenhada pelas constituições na sociedade da informação e investigar se elas podem e devem fazer algo em relação ao surgimento de novos poderes que não sejam exercidos por atores públicos. E conclui: “se as constituições são entendidas como obrigatórias para autoridades públicas, algo novo deve ser desenvolvido para criar restrições aos atores privados”.

7 É preciso destacar que, em sua festejada tese, Suzor (2010) não tematiza, em momento algum, o fenômeno do constitucionalismo, seja do ponto de vista histórico ou teórico, restringindo sua análise às expressões empregadas por Fitzgerald e Berman.

No Brasil, o tema recebeu a atenção de Gilmar Mendes e Victor Fernandes (2020, p. 5), para quem “o constitucionalismo digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço”⁸. E concluem que: “mais do que uma sistematização de um fenômeno sócio-político orientados pelas mais diversas iniciativas de enunciação e consagração de direitos fundamentais no ciberespaço, o constitucionalismo digital precede tais iniciativas e é capaz de fornecer diretrizes normativas suficientes para guiar a sua aplicação”.

Todavia, recentemente, Celeste (2019, 2021) foi quem ampliou e aprofundou o debate sobre as diferenças conceituais relativas ao constitucionalismo digital, mediante o levantamento dos principais trabalhos sobre o tema e a proposição de uma sistematização teórica que busca identificar as convergências. Para ele:

A literatura existente não oferece uma imagem unitária do conceito de constitucionalismo digital. Em particular, não há consenso sobre duas características fundamentais dessa noção. Em primeiro lugar, quanto ao objetivo último do constitucionalismo digital: não é claro que se visa limitar o poder privado ou também o poder público. Em segundo lugar, não há acordo sobre o instrumento que deve traduzir o constitucionalismo digital: Fitzgerald confia esse papel ao direito privado, Berman ao direito constitucional, Suzor ao direito privado informado pelos princípios do direito constitucional e, finalmente, Redeker, Gill e Gasser aos documentos da declaração de direitos da internet. Por um lado, a literatura existente não apresenta dúvidas em relação às noções de “constituição” e “direito constitucional”. Na verdade, todos os autores analisados referem-se aos seus significados tradicionais próprios do estado de dimensão. Por outro lado, as noções de “constitucionalismo” e “constitucionalização” parecem estar rodeadas de certa nebulosidade, especialmente porque estes conceitos geralmente se referem a contextos transnacionais, como o de atores privados, em Fitzgerald e Suzor, ou de sociedade civil, em Redeker, Gill e Gasser (CELESTE, 2021, p. 78).

É, diante desse pano de fundo, marcado pela confusão conceitual e imprecisão terminológica, que Celeste formula a seguinte definição:

- 8 No mesmo sentido, a posição generalista assumida por Giovani Saavedra e Gabriel Borges (2022, p. 176-177), para quem “é possível, desde o início, concluir que sim, que o Brasil vive uma fase de constitucionalismo digital. Ora, sendo o constitucionalismo digital a limitação jurídica do exercício de faculdades proporcionadas pelas novas tecnologias, de forma a legitimá-lo, é elementar que o País tem se voltado para essa ideologia [...] o País parece, sim, estar no caminho do constitucionalismo digital. É uma tendência comum e esperada, considerando o momento que se vive”.

Eu considero o constitucionalismo digital uma declinação do constitucionalismo moderno. Aquele compartilha os valores fundamentais, os objetivos gerais deste, mas se concentra no contexto específico afetado pelo advento da tecnologia digital. Sendo o constitucionalismo digital um “ismo”, pode-se defini-lo como a ideologia que visa estabelecer e assegurar a existência de um quadro normativo para a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital (CELESTE, 2021, p. 79).

Em outras palavras, o constitucionalismo digital consistiria num “conjunto de valores e ideais que permeiam, informam e orientam o processo de constitucionalização do ambiente digital” (CELESTE, 2021, p. 81), ou seja, ele “fornece o imperativo na base do processo de constitucionalização como um dos seus corolários, impondo, desta forma, a produção de contramedidas normativas que abordam os desafios da tecnologia digital” (CELESTE, 2021, p. 86).

E, aqui, uma observação merece destaque: não se pode confundir o (conceito de) *constitucionalismo digital* com (o processo de) *constitucionalização do meio ambiente digital*. Eis um ponto em que a leitura de Celeste (2021, p. 78-82) nos parece adequada, ainda que defina o primeiro como uma ideologia, em sua acepção neutra – entendida como “conceito puramente teórico” (?) – e o segundo corresponda às contramedidas normativas destinadas ao reequilíbrio constitucional.

Como se vê, esse conceito de constitucionalismo digital – num sentido amplo e fraco – serve, na verdade, de bengala ao processo de constitucionalização do meio ambiente digital. Mas se trata de uma bengala prescindível, tal qual um adereço, porque não traz, conceitual e substancialmente, nenhum acréscimo à noção de constitucionalismo, especialmente do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se, aliás, da mesma situação relacionada às questões ambiental ou sanitária, cujas novas demandas são igualmente próprias, urgentes e globais, mas não têm o condão de promover um constitucionalismo particular ou setorizado.

Vejamos um exemplo. Segundo Celeste (2021, p. 81), “em um contexto em que atores públicos e privados podem afetar a proteção dos direitos fundamentais, o objetivo do constitucionalismo digital envolve a limitação do poder de ambas as categorias de atores”. Pois bem. Como se pode concluir, aqui não há nenhuma especificidade. Ora, a limitação do poder – seja ele qual for, de atores públicos ou privados, mais ou menos selvagens – e a proteção dos direitos fundamentais são preocupações que se encontram inscritas no *DNA* do constitucionalismo, desde a modernidade, tendo recebido um expressivo *upgrade* na metade do século passado, em razão das arbitrariedades, inclusive jurídicas, praticadas na Segunda Guerra Mundial.

Na verdade, todas essas abordagens a respeito do constitucionalismo digital parecem compartilhar da mesma premissa: a revolução tecnológica transformou

radicalmente a sociedade, ampliando e potencializando as ameaças virtuais em torno dos direitos fundamentais; e, de maneira geral, também apontam na mesma direção: o sistema jurídico precisa regular o ambiente digital, levando em conta as particularidades do contexto global, a coexistência de atores públicos e privados, assim como os interesses individuais, coletivos e institucionais em jogo⁹.

Reforçando esse argumento, Jane Pereira e Clara Iglesias Keller (2022, p. 2651) criticam a imprecisão e o valor epistêmico da dilatação do termo *constitucionalismo digital*, popularizado para descrever diversos fenômenos e práticas jurídicas relacionadas à proteção de direitos no âmbito de tecnologias digitais e, em especial, da internet:

Tais conceituações do constitucionalismo digital não são incompatíveis com a noção clássica de constitucionalismo. De certa forma, elas se limitam a reconhecer o acréscimo de um novo tema na agenda do constitucionalismo tradicional. Não se trata de um uso propriamente inovador, mas do reconhecimento de que o constitucionalismo é um fenômeno dinâmico que tende historicamente a enfrentar novos desafios e anexar novas agendas e conteúdo. Nesse sentido, o constitucionalismo digital corresponde à incorporação de um determinado domínio normativo às constituições – a exemplo do que ocorreu com fenômenos históricos que resultaram no surgimento dos constitucionalismos social, econômico e ambiental (PEREIRA; KELLER, 2022, p. 2672).

A título ilustrativo, Pereira e Keller (2022, p 2667-2680) oferecem uma classificação das inúmeras abordagens e vieses que encampam a noção de constitucionalismo digital. São três grupos:

(a) no *primeiro*, o constitucionalismo digital remete à constelação de iniciativas normativas que reúne um conjunto de textos e documentos destinados à instituição de direitos, obrigações e limites, no âmbito da internet, tanto na esfera pública quanto privada, cujos conteúdos frequentemente invocam uma linguagem constitucional associada à proteção dos direitos fundamentais;

(b) no *segundo*, o constitucionalismo digital apresenta-se como moldura à reconfiguração das proteções constitucionais em face das transformações resultantes da revolução tecnológica, especialmente as possibilidades de interação que se descortinam nos ambientes digitais, como ocorre, por exemplo, com a liberdade de expressão e a privacidade;

9 Giovanni de Gregorio (2022) identifica o constitucionalismo digital como uma face do constitucionalismo europeu, mais especificamente do modelo regulatório desenvolvido para serviços digitais no âmbito da União Europeia. Para ele, essa seria uma “reação a novos poderes digitais”, após certa negligência do bloco, que teria esquecido “o papel do constitucionalismo e do direito constitucional na proteção dos direitos fundamentais e na limitação do aumento e consolidação de poderes *unnnaccountable* que abusam dos valores constitucionais” (2022, p. 3).

(c) no *terceiro*, o constitucionalismo digital consiste no projeto teórico preocupado com os possíveis meios, estatais e privados, de aplicação do direito no campo das tecnologias digitais, sobretudo mediante a articulação de princípios, valores e parâmetros capazes de conferir legitimidade à governança que rege os ambientes digitais.

Tudo indica, entretanto, que a noção de constitucionalismo digital encerra uma apropriação da carga semântica promovida pelo constitucionalismo para explicar o fenômeno da transnacionalização da esfera política aplicada ao ambiente digital, tendo em vista a disputa no campo das fontes do Direito a partir da sobreposição de estruturas e ordens jurídicas diversas¹⁰.

Ocorre que, na tentativa de compreender essa nova arquitetura dos poderes normativos, o constitucionalismo digital segue os mesmos passos das doutrinas do *pluralismo constitucional*, *constitucionalismo societal* e *constitucionalismo global*¹¹, isto é, recorre ao conceito de constituição e constitucionalismo, porém rejeita “a ideia de que o conceito de constituição pressupõe um sistema institucional dotado de supremacia, orientado à organização das forças sociopolíticas e que protege os indivíduos por meio de um conjunto de metanormas que fundamental a validade do ordenamento” (PEREIRA; KELLER, 2022, p. 2664).

No fundo, recordando aqui a conhecida problematização em torno das *constituições semânticas* (LOEWENSTEIN, 1976), o constitucionalismo digital parece propor uma espécie de *constitucionalismo-sem-constitucionalismo*. Isso para não falar, conforme já reconhecido por Teubner (2018, 2022), do grande ponto fraco relativo aos regimes transnacionais: o déficit de legitimidade democrática. Tudo indica, em suma, que o constitucionalismo digital é desprovido dos elementos fundacionais próprios do constitucionalismo, seja ele moderno ou contemporâneo, uma vez que salta, literalmente, a questão central em torno do poder constituinte e todos os seus desdobramentos.

Nessa mesma linha, Pereira e Keller (2022, p. 2676-2680) chamam atenção para dois aspectos problemáticos relativos ao uso da noção de constitucionalismo digital

10 Sob um ângulo mais crítico, Angelo Golia (2021, p. 11) entende que o constitucionalismo digital deve ser enquadrado como uma teoria para a Era Digital e, de forma mais ampla, como uma oportunidade para o reconhecimento, há muito esperado, da teoria constitucional moderna com suas contradições internas. Essa seria uma maneira de, segundo ele, o constitucionalismo transcender a si mesmo e abordar questões constitucionais em grande parte deixadas sem solução, senão ocultas: poder social privado, pluralismo jurídico (transnacional), democracia além do Estado.

11 Em linhas gerais, o *constitucionalismo global* é a matriz teórica que busca a aplicação dos princípios constitucionais às relações entre Estados e, igualmente, além dos Estados, ou seja, nos planos internacional e transnacional, a fim de conferir legitimidade ao sistema de justiça na esfera global. O *constitucionalismo societal*, que não deve, de maneira alguma, ser confundido com o *constitucionalismo social* – ao contrário da tradução à edição brasileira da obra de Teubner (2016) –, discute os processos e iniciativas regulatórias que instituem um conjunto de engrenagens sobre as quais opera a ordem internacional, com destaque aos reflexos da dimensão privada da globalização.

que apontam seu baixo valor explicativo para o legitimar como teoria. O *primeiro* diz respeito à dilatação do conceito de Constituição, cujas credencias e repertório vêm apropriados, indevidamente, para contemplar formas jurídicas estranhas àquelas que orientaram o constitucionalismo construído no campo político moderno, além de descrever e analisar fenômenos muito diversos daqueles que se operam no contexto dos Estados nacionais¹². O *segundo* envolve os riscos e os efeitos que essa dilatação produz, a começar pelos poderes delegados às plataformas, por meio de mecanismos regulatórios, que secundarizam a atuação estatal, transferindo a execução de procedimentos atinentes ao devido processo legal, à obrigação de reparações e ao dever de transparência, para fazer três exemplos bem distintos, cujo resultado evidencia, precisamente, a concentração de poder nas mãos de grandes corporações e organizações privadas¹³.

Em suma: o *constitucionalismo digital* não compartilha da mesma ancoragem que o *constitucionalismo analógico* – em alusão às suas tradições moderna ou contemporânea (GRIMM, 1996, 2010) – e tampouco possui propósito semelhante, porém incorpora sua linguagem e algumas de suas categorias, convenientemente, com a finalidade espúria de legitimar o domínio que as grandes empresas de tecnologia exercem na sociedade digitalizada. Portanto, sob uma perspectiva crítica, é possível sustentar que a expressão *constitucionalismo digital* contém uma incoerência gramatical: é o *constitucionalismo* que vem empregado para “qualificar” o *digital*, e não o contrário.

5 À guisa de conclusão

A transformação digital é um fenômeno irreversível produzido pela revolução tecnológica. Sem dúvida nenhuma, ela produz efeitos sensíveis e verticais sobre as relações humanas e sociais, afetando diretamente os ordenamentos jurídicos, que não são imunes, nem blindados, à evolução da sociedade.

12 Essa objeção encontra amparo nas críticas formuladas por Marcelo Neves (2009), a respeito do enfraquecimento do sentido da Constituição, a partir da perda de seu significado histórico, normativo e funcional da Constituição. Isso para não falar do risco de esvaziamento e da própria banalização do constitucionalismo quando confundido com ideia de autorregulação, a serviço da *lex mercatoria*.

13 E, aqui, merece destaque a conclusão de Pereira e Keller (2022, p. 2680): “esse discurso de legitimação de poderes estabelecidos, muitas vezes privados, subverte as finalidades originárias do constitucionalismo, pois concebe a ‘constituição’ como uma mera institucionalização da ordem posta das coisas, validando a atuação dos atores que já detém os poderes de fato, sem participação democrática. Tal abordagem corresponde a uma prática empregada por sistemas autocráticos a partir do século XX, que se apropriam da carga simbólica do uso da forma constitucional a fim de legitimar, estabilizar e cristalizar poderes previamente instalados. As constituições, em seu sentido normativo e garantista, não visam a formalizar e validar desequilíbrios pré-existentes, mas, sim, a operar como mecanismos de emancipação democrática, reformulando as correlações de forças e fundando novas ordens sociais e políticas”.

O constitucionalismo digital pode ser considerado uma tendência global, mas definitivamente não configura um modelo normativo e tampouco uma teoria jurídica. E, assim, o uso da expressão circunscreve-se ao seu sentido fraco. Essa não é conclusão que se esgota na formalidade da terminologia ou nomenclatura. Isso porque todo paradigma, assim como cada matriz teórica, pressupõe certa tradição, quadro referencial, moldura epistêmica, racionalidade – que opera no plano da pré-compreensão.

Com efeito, as irritações que as novas tecnologias ocasionam e impõem ao sistema jurídico não justificam o alargamento do conceito de Constituição – nem transposição parcial de seus elementos –, além de assumir o risco de seu esvaziamento normativo. Tampouco é possível compatibilizar o constitucionalismo digital com sua conceituação clássica e/ou contemporânea sem subvertê-las, mediante seu desvirtuamento como projeto fundacional, emancipatório e democrático da sociedade

Na verdade, esse tipo de desgaste causado por certo *frisson* em torno do constitucionalismo digital pode revelar-se predatório e, por vezes, destrutivo. Afinal, mais do que nunca, mesmo diante dos influxos da globalização, o paradigma do constitucionalismo democrático permanece sendo o modelo teórico e normativo vigente e próprio para enfrentar os grandes desafios e crises que, no século XXI, assolam os sujeitos individualmente e, ao mesmo tempo, todo o planeta, como as questões emergentes em torno da pandemia da Covid-19, das mudanças climáticas e da inteligência artificial, para ficar nesses exemplos.

6 Epílogo: constitucionalismo (digital) e literatura

Certa manhã, José Alferes recebeu um convite para uma festa, que não indicava data, local, nem o remetente. A única informação era o traje masculino a ser usado. Descartada a hipótese de um equívoco ou uma brincadeira, dirigiu-se à loja que alugava roupas, onde indagou ao atendente se sabia da festa que haveria naquela noite. A resposta nebulosa sugeria que sim. Recomendou que perguntasse ao taxista, Faetonte, que sabia tudo sobre os divertimentos noturnos. Alferes entregou-lhe o convite que indicava o traje necessário. O homem lhe trouxe um gibão, calções justos, meias longas, sapatilhas, rufos engomados para adornar o pescoço, um chapéu de plumas e, para finalizar, um espadim. Parecia um rei espanhol ou o retrato de um desconhecido. Voltou ao hotel e conteve a impaciência ao longo do dia. À noite, aprontou-se, perfumou-se e saiu. Sem saber exatamente a razão, entre todos os táxis estacionados, escolheu precisamente o veículo de Faetonte, que vestia uma túnica azul com alamares dourados e calça vermelha. Assim que embarcou, Faetonte sinalizou que já sabia o destino: o bairro Stericon, na parte nobre da cidade, onde haveria um evento. Após rodarem meia hora, chegaram a um sobrado mal iluminado, escondido entre altos muros. Logo, surgiu o

porteiro, que abriu a porta do carro com toda a deferência. Alferes se apresentou e exibiu seu convite. O porteiro disse que iria comunicar sua chegada ao comitê de recepção. Todos aguardavam o convidado, pois sem ele a festa não iniciaria. Então, vieram três senhores discretamente trajados. Alferes observou certo ar de desconfiança no ambiente. A comissão estava com dificuldades em reconhecer nele a pessoa esperada, mas concluiu que o traje atendia às exigências e que o convite era autêntico. Aliás, fora o único expedido pelos correios. Advertiram que sua presença poderia causar transtornos, pois muitos o confundiriam com o verdadeiro convidado. À medida que isso acontecesse, fariam os esclarecimentos necessários. Então, ingressaram por um corredor estreito e escuro e, após atravessarem uma porta larga, chegaram a um grande e iluminado salão, cheio de pessoas, que conversavam, riam e bebiam. Alferes foi empurrado de um lado para o outro. Todos o cumprimentavam efusivamente, enquanto os membros da comissão tentavam desfazer o engano. A notícia de um falso convidado circulou rapidamente. Alferes percebeu que as conversas envolviam sempre o mesmo tema: a criação e corridas de cavalos. Irritado pela bajulação, ele evitava os convivas, negando-se ao diálogo. Retraído e cansado de repelir as investidas de seus confrades, observou que caminhava em sua direção uma bela e misteriosa mulher, que parecia nascer da noite. Seu nome era Astérope. Caminharam de braços pelo parque demasiado extenso. Ao lhe perguntar se conhecia o convidado, ela foi evasiva e afirmou que iria conhecê-lo melhor naquela noite, pois dormiriam juntos. Afinal, tinha sido escolhida pela Comissão para isso. Diante de sua incapacidade de falar a linguagem dos convivas e da longa espera por um convidado que retardava o início da festa, Alferes sentia-se cada vez mais desconfortável. Num ímpeto, teve medo e retrocedeu todo o percurso, apressadamente, atropelando e empurrando as pessoas. Sua fuga causou um alvoroço. Na saída, precisou dar uma cotovelada no porteiro. Livre daquela atmosfera opressiva, viu-se caminhando em meio a um nevoeiro. Após alguns metros, tropeçou no meio-fio, chocou-se contra um muro, feriu-se em uma cerca de arame farpado, embretou-se por um matagal... estava completamente desorientado, perambulava de um lado para o outro. Lá pelas tantas, desequilibrou-se e rolou por um declive. Levantou-se com dificuldades, atravessou uns arbustos que arranharam o seu rosto e, quando percebeu, para sua maior aflição, estava novamente em frente ao sobrado em que acontecia a festa. Havia, porém, perdido o chapéu e rasgado suas roupas. Estava flagelado e sujo. Seus pés sangravam. No entanto, foi recebido pelo porteiro com a mesma cordialidade de outrora. Correu até Faetonte e implorou ao motorista para levá-lo embora. Diante da negativa, tentou suborná-lo. Sem sucesso. Inconsolado, assustou-se quando sentiu tocarem seu braço. Era Astérope. Ela lhe disse que sabia o caminho. Ele deixou-se levar.

Esse é um breve resumo do conto *O convidado*, cuja autoria não é de Kafka, nem de Dürrenmatt. E tampouco de Borges. Mas, sim, de Murilo Rubião, o precursor da

literatura fantástica no Brasil¹⁴. Suas narrativas são marcadas por um estilo figural, bastante “próximo da parábola” e “vizinho da parábola”, segundo observa Auerbach (1987). Os labirintos de Rubião e suas sendas.

Publicado em 1974, no período da ditadura militar, esse conto começou a ser escrito ainda durante o Estado Novo, em 1945, porém só restou concluído após vinte e seis anos. Particularmente, a narrativa não contém nenhum elemento jurídico. Muito menos tecnológico. Todavia, o conto encontra potência na alegoria¹⁵.

A presença do insólito – categoria mais ampla e sugestiva do que o fantástico –, o abundante hermetismo e a insolubilidade enigmática do desfecho evidenciam a potência alegórica a ser explorada, aqui, na metáfora de um constitucionalismo que é *convidado* ao ambiente digital.

Ocorre que, apesar de *convidado*, as credenciais do constitucionalismo democrático, ou contemporâneo, não têm como satisfazer certos interesses que lhe são estranhos. Ainda que haja relativo consenso quanto à proteção dos direitos fundamentais no universo digital, inúmeros são os entraves e obstáculos que o constitucionalismo representa. Algumas de suas categorias sabidamente não são bem-vindas; outras são consideradas desatualizadas, disfuncionais ou inoperantes.

É por isso que o constitucionalismo em sua tradição autêntica não vem admitido como o *verdadeiro convidado*. É preciso que ele seja desvirtuado, deturpado e, até mesmo, vilipendiado para que seja recepcionado e festejado pelo ambiente digital. Somente mutilado ele se torna capaz de atender às expectativas. É apenas assim que o *convidado* pode estar presente: um constitucionalismo-sem-constitucionalismo. Em outras palavras: Afinal, o que resta do constitucionalismo no *constitucionalismo digital*?

-
- 14 Rubião foi um importante contista brasileiro, que ficou relegado na história das letras. Assim como Érico Veríssimo, Graciliano Ramos, Clarice Lispector, Carlos Drummond de Andrade e Mário Quintana, não integrou a Academia Brasileira de Letras. Isso não lhe fez, porém, nenhuma falta. Isso não o retira do rol dos maiores escritores nacionais. Na verdade, Rubião é mais um integrante do extenso catálogo de escritores brasileiros que estudaram e se graduaram em Direito. Ele se formou em 1942, na Universidade de Minas Gerais, onde inclusive foi presidente do Centro Acadêmico Afonso Pena, da Faculdade de Direito. Tal qual Kafka, seguiu uma carreira burocrática, porém no serviço público. Ao todo, escreveu um universo de apenas trinta e três contos – que foram publicados e republicados, algumas vezes modificados – que resultaram em seis livros. Por isso, é comum dizerem ter sido um escritor que mais reescreveu do que escreveu.
- 15 Segundo Trindade e Alcântara (2020), a literatura pode ser uma potente aliada para a compreensão dos fenômenos jurídicos, políticos e sociais – entre eles, certamente, o constitucionalismo –, à medida que oferece chaves de interpretação muitas vezes inexploradas pelos juristas, contribuindo para a crítica e construção dos sentidos. As narrativas literárias possibilitam que se observem os pontos cegos do Direito. E a obra de Murilo Rubião confirma isso de uma maneira singular.

Referências Bibliográficas

- ABBOUD, Georges *et al.* *Constitucionalismo global*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Civil Rights Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- AUERBACH, Erich. *Mimesis*. São Paulo: Perspectiva, 1987.
- BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. *University of Colorado Law Review*, v. 71, n. 4, p. 1263-1310, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *L’età dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; LÔBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Ed.). *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 465-498.
- BURKE-WHITE, William; SLAUGHTER, Anne Marie. An International Constitutional Moment. *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, p. 1-22, 2002.
- CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CELESTE, Edoardo. *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*. London e New York: Routledge, 2022.
- CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, p. 63-91, 2021.
- CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorization. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, p.76-99, 2019.
- CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 2, p. 122-138, 2019.
- CHUL HAN, Byung. *No-cosas*. Barcelona: Penguin, 2021.
- COVER, Robert. Nomos e narração. *Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 187-268, 2016.
- DANTAS, Miguel Calmon; CONI JR., Vicente. Constitucionalismo digital e a liberdade de reunião virtual: protesto e emancipação na sociedade da informação. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 3, n. 1, p. 44-65, 2017.

- DE GREGORIO, Giovanni. The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021.
- FACHIN, Jessica; LUIZ, Gabriel; SOUZA, Ramison. Constitucionalismo digital: Novos paradigmas no contexto social digital. *IusTech – Revista de Derecho y Tecnología*, v. 2, 2022.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Eds.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- FERRAJOLI, Luigi. *Perché una Costituzione della terra?* Torino: Giappichelli, 2021.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestro días*. Madrid: Trotta, 2001.
- FITZGERALD, Brian. Software as Discourse? A Constitutionalism for Information Society. *Alternative Law Property Review*, v. 24, n. 3, p. 144-149, 1999.
- GARAPON, Antoine; LASSÈGUE, Jean. *Justice digitale*. Paris: PUF, 2018.
- GOLIA, Angelo Jr. The Critique of Digital Constitutionalism. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No. 2022-13, 2021.
- GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. *Berkman Center Research Publication*, 2015-15.
- GRIMM, Dieter. Il futuro della costituzione. In: ZAGREBELSKI, Gustav; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (a cura di). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 129-163.
- GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. p. 3-22.
- HABERMAS, Jürgen. Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere. *Theory, Culture & Society*, v. 39, n. 4, p. 145-171, 2022.
- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011.
- LORDELO, João Paulo. *Constitucionalismo digital e devido processo legal*. Salvador: Juspodivm, 2022.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.
- MATTEUCCI, Nicola. *Costituzionalismo*. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dizionario di politica*. Torino: UTET, 1976.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, 2000.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism and the Changing World: Collected Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1939.

- MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.
- MORAIS, Fausto Santos; POLETTTO, Álerton Emanuel. A regulação constitucional do discurso de ódio no Facebook. *Revista Direito, Inovação e Regulações*, v. 1, n. 1, p. 15-30, 2022.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito imprecise. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022.
- POLLICINO, Oreste. *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Oxford: Hart Publishing, 2021.
- POLLICINO, Oreste. Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions. *European Court Of Human Rights*, n. 15, 2021.
- REDEKER, Dennis; GILL, Lex; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, v. 80, n. 4, p. 302-319, 2018.
- RUBIÃO, Murilo. *O convidado*. São Paulo: Quiron, 1974.
- SAAVEDRA, Giovani; BORGES, Gabriel. Constitucionalismo digital brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 49, n. 152, p. 157-180, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism. Using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Social Media + Society*, p. 1-11, July-September, 2018.
- SUZOR, Nicolas. *Digital Constitutionalism and The Role of the Rule of Law in Virtual Communities*. Tese de Doutorado, Queensland University of Technology, 2010, 325p.
- STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo contemporâneo. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 57-60.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016.
- TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. *Italian Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 485-510, 2017.
- TEUBNER, Gunther. Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy? *Journal of Law and Society*, v. 45, S1, p. S5-S29, 2018.
- TEUBNER, Gunther. “Quod omnes tangit” (O que respeita a todos): Constituições transnacionais sem democracia? In: ABOUD, Georges *et al.* *Constitucionalismo global*. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 63-108.
- TRINDADE, André Karam; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. *Constitucionalismo de ficções. Uma incursão na história do direito brasileiro por meio da literatura*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.