

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS
II**

EDSON RICARDO SALEME

BEATRIZ DE CASTRO ROSA

GUSTAVO CESAR MACHADO CABRAL

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito, Governança e novas tecnologias II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz de Castro Rosa; Edson Ricardo Saleme; Gustavo Cesar Machado Cabral. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-810-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no durante o XXX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, no GT DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II e foi presidida pelos professores Edson Ricardo Saleme, Beatriz de Castro Rosa e Gustavo Cesar Machado Cabral. O Evento, realizado nos dias 15 a 17 de novembro de 2023, sob o tema geral “ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO”, teve a participação da sociedade científica das várias áreas do Direito e recebeu amplo apoio do Centro Universitário Christus - Unichristus, que foi o anfitrião do evento em Fortaleza/CE.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante e atualizada discussão, na qual os pesquisadores tiveram a possibilidade de interagir em torno de questões relacionadas à inteligência artificial, ao uso de informações pessoais, à IA generativa, como no caso do Chat GPT, dentre outros temas relacionados ao tema central do grupo de trabalho. O tema da governança e dos uso de novas tecnologias traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no estudo do futuro da regulação no País e os destinos decorrentes do abuso da inteligência artificial, bem como soluções possíveis à preservação de dados em um mundo globalizado.

As temáticas seguiram por questões como o compliance, o consentimento informado e o uso de dados pessoais, o emprego da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, a regulamentação e a governança da inteligência artificial, a precarização do governo digital e a aplicação da inteligência artificial em diversos setores jurídicos.

Nesta coletânea que tivemos a honra de coordenar, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review).

A todos direcionamos o convite para uma leitura proveitosa das colaborações inestimáveis dos pesquisadores diretamente envolvidos no GT.

Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NO CONTEXTO DAS REDES SOCIAIS

ROBERT ALEXY'S THEORY OF WEIGHTING IN THE CONTEXT OF SOCIAL NETWORKS

Viviane Ferreira Mundim ¹

Resumo

Esse artigo buscou pesquisar se existe uma possível aproximação da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy no âmbito da contemporaneidade das redes sociais, ambiente esse marcado por extrema interatividade, nunca vista. Pretende-se refletir que a tarefa de eventual ponderação dos direitos fundamentais pode experimentar extrema dificuldade – quiçá impossibilidade – de sua estruturação, tendo em vista a complexidade e as incertezas que o cenário on-line conduz. Para a observação das questões contemporâneas, previamente à incidência da teoria de Alexy ao contexto atual, lança-se mão de pensamento filosófico de autores como Francis Fukuyama, Zygmunt Bauman, Byung-Chul Han, no afã de se tentar captar algum recorte do cenário da atualidade, visto como cambiante e permeado por fluxo ininterrupto de dados, opiniões e condutas identificadas como paradoxais. A indagação central é saber como pode ser havida a teoria clássica de ponderação diante de um palco on-line de observação multiforme (ou até mesmo disforme) e estruturado para ser contraditório.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Ponderação, Robert alexy, Redes sociais, Contemporaneidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article sought to investigate whether there is a possible approximation of Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights in the context of the contemporaneity of social networks, an environment marked by extreme interactivity, never seen. It is intended to reflect that the task of eventual weighting of fundamental rights may experience extreme difficulty – perhaps impossibility – of its structuring, in view of the complexity and uncertainties that the online scenario leads. For the observation of contemporary issues, prior to the incidence of Alexy's theory to the current context, the philosophical thought of authors such as Francis Fukuyama, Zygmunt Bauman, Byung-Chul Han, in the eagerness to try to capture some cut of the current scenario, seen as changing and permeated by an uninterrupted flow of data, opinions and behaviors identified as paradoxical. The central question is how the classical theory of 2 weighting can be realized in front of an online stage of multiform (or even misshapen) observation structured to be contradictory.

¹ mestranda

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Weighting, Robert alexy, Social networks, Contemporaneity

1 INTRODUÇÃO

A proposta do texto é estabelecer reflexão acerca da proteção aos postulados fundamentais quando se aproximam, de um lado, a teoria clássica de ponderação de Robert Alexy, e, de outro, o contexto contemporâneo das mídias sociais e aquilo que se pode chamar de *vida on-line*.

Numa primeira indicação do que se pretende dissertar, a impressão que lança é que, na forma como estão estruturadas as plataformas de aplicativos digitais e de redes sociais, tem-se, por um lado, um discurso muito difundido que evidencia a necessidade de contínua e crescente proteção a direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a incolumidade física e mental dos indivíduos, a segurança de vulneráveis, a privacidade, a intimidade, o patrimônio cultural.

Por outro lado, no entanto, por sua própria configuração, parece que a prática dos usuários e de outras pessoas submetidas a exposição pública de seus dados, informações e atividades cotidianas indica a quebra voluntária e desejada de elementos sensíveis, que estariam categorizados como o centro de proteção fundamental das Cartas Constitucionais modernas.

Essa suposta quebra voluntária dos próprios centros de proteção fundamental teria, como resultante vetorial, o *desejo de reconhecimento* chamado pelos gregos de *thymos* ou amor-próprio e a *vontade de obtenção de retorno financeiro*.

Parece que sem esses componentes do desejo de reconhecimento e de pretensão de ganhos financeiros, bem como sem esse desfazimento das proteções pessoais o sistema não existe propriamente. Frequentemente há necessidade de implementação de formas mais consistentes de proteção à vida, à saúde, e ao bem-estar físico e mental das pessoas, mas a sobrevivência do ambiente on-line parece depender do enfraquecimento dessas proteções, e há um “acordo” para que assim proceda (retorno de reconhecimento e monetização).

Diante desse cenário, a indagação que imediatamente se apresenta está em teorias clássicas explicativas das razões de ponderação em situações difíceis e limítrofes, tal como propôs Robert Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Assim, numa abordagem da teoria alexiana, busca-se entender em que medida a explicação tradicional seria capaz de apreender o contexto factual da contemporaneidade, em que se tem comportamentos dos usuários expressivamente paradoxais, contraditórios.

A dúvida metodológica que se lança é: pela leitura de Robert Alexy, as premissas que norteiam a solução dos casos são notoriamente sólidas e bem precisas, a fim de que se efetue o conhecido balanceamento das variáveis.

No cenário atual, caracterizado filosoficamente por estar longe de ter variáveis sólidas, mas sim por premissas líquidas¹, ou até mesmo gasosas, definidas apenas para o instante das notícias e das informações que trafegam em ambiente on-line, *em que medida pode ser efetivada a aplicação da teoria tradicional de ponderação?* – é indagação que pode ser imediatamente apresentada.

Há ambiente de incidência dos critérios de ponderação para melhor desfecho acerca da defesa de postulados fundamentais quando se percebe a ocorrência de padrões comportamentais contraditórios?

2 VIDA ON-LINE CONTEMPORÂNEA (DESEJO DE RECONHECIMENTO E RETORNO FINANCEIRO). MUDANÇAS IMPOSTAS PELA ACENTUADA DIGITALIZAÇÃO

Fenômenos contemporâneos, a Internet, as redes sociais e os aplicativos dos smartphones na palma da mão conduziram a patamares extremamente elevados do que se pode ter em conectividade e interatividade.

O fluxo de informações é historicamente sem precedentes e o que se tem observado, quando se focalizam os temas em tecnologia, é a sensação de *ausência de previsão acerca das mudanças* que podem ocorrer e *ausência de controle* sobre as atividades desempenhadas.

Efetivamente, as interações sociais são efetuadas por bilhões de pessoas no mundo inteiro e a todo momento. Todo tipo de conteúdo é manifestado e transmitido, seja ele para

¹ Acerca da ideia de *liquidez das relações interpessoais*, entende-se por metáfora criada e difundida nas obras do filósofo polonês Zygmunt Bauman, que notabilizou-se pelo conceito de *sociedade líquida*. Segundo o autor, a sociedade líquida está amparada em uma sociedade individualista, que possui relações efêmeras, de curto prazo, vale dizer. Com tudo o que é sólido, não há preocupação em relação ao tempo, pois *ele simplesmente é*. O que é líquido, por sua vez, agrega o conceito de fluidez, de tempo, de rapidez, de instante, de efemeridade, resultando em perda de referências. Em sua obra *Modernidade Líquida* (2001), o filósofo disserta que não há mais *o Grande Irmão à espreita*, mas sim Grandes Irmãos e Grandes Irmãs, e a tarefa de casa um é observá-los atentamente, na esperança de encontrar algo útil para si mesmo (BAUMAN, 2001, p. 39).

estudo, trabalho, compras e vendas, lazer, entretenimento, deleite pessoal e, como não pode deixar de ser mencionado, para a prática de ilícitos.

O que não falta, no entanto, é *observação e coleta de dados*. As redes sociais apresentam fenomenal ambiente de exposição pessoal e de circulação de bens e riquezas. É o lugar em que pessoas e empresas buscam reconhecimento, fama, reputação e dinheiro.

Com isso, os usuários de redes sociais tais como Tik Tok, Instagram, Telegram, Facebook, WhatsApp, Twitter mantêm-se em constante desejo de *serem reconhecidas*, consoante dissertou muito bem o cientista político Francis Fukuyama, autor da clássica obra *Fim da História e do Último Homem* (1992), conseguiu com muito tirocínio e sensibilidade dissertar sobre o tema, explicar o desejo de reconhecimento através do comportamento humano:

O desejo de reconhecimento pode inicialmente parecer um conceito estranho, mas é tão antigo quanto a tradição da filosofia política ocidental e constitui uma parte perfeitamente familiar da personalidade humana. Foi pela primeira vez descrito por Platão n' *A República*, quando este autor observou a existência de três partes na alma: uma parte que deseja, uma parte racional e uma parte a que ele chamou *thymos*, “ânimo”.

Muito do comportamento humano pode ser explicado como uma combinação das duas primeiras partes, o desejo e a razão: o desejo induz os homens a procurarem coisas exteriores a si próprios, enquanto a razão ou cálculo lhes revela a melhor maneira de as conseguirem. Mas, além disso, os seres humanos procuram o reconhecimento do seu próprio valor, ou do das pessoas, das coisas ou dos princípios a que atribuem valor. A tendência para revestir o eu de um determinado valor e para exigir o reconhecimento desse valor é aquilo a que, na linguagem popular de hoje, chamaríamos “amor-próprio” (FUKUYAMA, 1999, p. 17-18).

Nas redes sociais, os usuários desempenham espécie de “show de Truman voluntário”, nas palavras de Andrew Keen, autor de *Vertigem Digital* (2012).

Esse encontro entre desejo de reconhecimento e de obtenção de dinheiro é a combinação ideal para que todo tipo de conteúdo seja vertido para as redes sociais, no afã de se *tornar viral*, metáfora utilizada para que certa postagem seja compartilhada por milhões de pessoas e gere renda para o seu criador.

No atual cenário, todos os usuários das redes sociais são produtores de informação em alguma medida. Mas, antes mesmo de se tornarem produtores de informação, é necessário que, antes, tornem-se eles – os usuários – a própria mercadoria, nas palavras do filósofo polonês

Zygmunt Bauman, na sua célebre obra *Vida para consumo – a transformação das pessoas em mercadoria*:

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A "subjetividade" do "sujeito", e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores - ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta - é a transformação dos consumidores em mercadorias [...].

A tarefa dos consumidores, e o principal motivo que os estimula a se engajar numa incessante atividade de consumo, é sair dessa invisibilidade e imaterialidade cinza e monótona, destacando-se da massa de objetos indistinguíveis (BAUMAN, 2008, p. 20-21).

Nesse contexto, aspectos muito caros ao núcleo de direitos das pessoas parecem ceder lugar – nesse mar de mercadorias a que tratou Bauman – à lógica dos *likes* e do compartilhamento, tudo, como dito, no intento de se ter fama pessoal e retorno financeiro.

Elementos como segurança, privacidade, intimidade, liberdade, incolumidade física, respeito às diferenças, proteção aos vulneráveis, saúde pública, patrimônio cultural e histórico – itens que compõem o centro das cartas constitucionais – são postos em severa relativização, tudo por ato voluntário dos próprios operadores das redes sociais.

Segundo Andrew Keen, ao comentar temas como privacidade, distribuição de renda e democracia, “a única maneira de tornar uma população mais democrática é manter seus pensamentos e desejos em segredo. Quanto mais informações eles [empresas de tecnologia] têm, mais poderosos são” (KENN, 2019).

Como efetuar a ponderação desses exemplares de direitos fundamentais em ambiente tão complexo e, por vezes, paradoxal?

O caráter complexo das redes sociais radica no fato de que a *segurança* é tão necessária no ambiente on-line, mas os usuários cada vez mais se expõem a golpes digitais de toda espécie, como golpes do estelionato amoroso, pirâmides financeiras, compras em sites falsos, entrega de dados bancários a *hackers*.

A complexidade também se situa no fato de que a *privacidade* e a *intimidade* são reverenciadas como conceito importante para a proteção individual, mas, em direção oposta,

seguidamente os usuários compartilham as minudências de suas rotinas, facilitando a obtenção de informações por assaltantes, pedófilos e golpistas variados.

O caráter paradoxal das redes sociais está na circunstância de que os indivíduos celebram a *liberdade* como algo fundamental para a vida em sociedade, mas o cotidiano é oposto, representado por formação de bolhas culturais, *cancelamentos* de pessoas, cassação da palavra de quem discorda da opinião principal do grupo, deterioração pública de biografias de quem não é bem-visto, como apontou Leandro Karnal no *Dilema do Porco Espinho: como encarar a solidão* (KARNAL, 2018).

Consoante noticiou a Revista Exame, em artigo publicado em junho de 2020 e intitulado “as redes sociais têm conserto?”, *a profusão de notícias falsas e conteúdo que incitam a violência coloca em xeque a ideia de que as redes sociais estimulam uma livre discussão saudável* (RIVEIRA, 2020).

A prática da violência, bem como a instigação a atos de desinteligência, especialmente a psicológica, se tornou traço frequente nas redes sociais. E o que causa imediata reflexão é que gera recursos a quem o produz e o dissemina.

Não é sem razão que em alguns locais, como na Alemanha e no Brasil, busca-se efetuar, por esforço das autoridades, seja em legislação, seja em políticas públicas, algum tipo de moderação no ambiente on-line, especialmente nas plataformas das redes sociais (BATOCCHIO; CANTARINI; OLIVEIRA, 2021).

Contudo, o próprio debate acerca da moderação, por si só, já é um outro capítulo da relativização dos direitos fundamentais. Alguns vêem a moderação como forma de perda de liberdade e de censura prévia (O QUE É O PL 2630..., 2023).

É a extensa liberdade de acesso, de atuação e de utilização dos meios de produção que levou ao sucesso empreendimento como os de transporte por aplicativo e de entregas. A possibilidade de o empreendedor ter a liberdade de entrar no sistema, de produzir a partir do acesso à clientela, de ter parte nos ganhos e de obter relevantes lucros por seu próprio desempenho é que explica parte do sucesso desses sistemas em que há a plataforma central, os operadores (produtores), e os consumidores finais.

Um estudioso sobre o tema do desempenho é o filósofo coreano Byung-Chul Han, autor da obra *Sociedade do Cansaço* (2015). Ele é autor também da obra *Topologia da Violência* (2017), texto menos conhecido, porém central em toda a teoria do filósofo.

Para o autor, atualmente Professor do Departamento de Artes na Universidade de Berlim, a história dos seres humanos é dividida em três categorias identificadas ao longo do tempo. Essa classificação do autor é importante, uma vez que ele demonstra a mudança de momentos históricos em que a relação dos indivíduos é pautada pela dependência do controle do outro em caráter negativo (limitação acerca do que se pode fazer vindo do outro), passando-se para a existência do controle sobre si mesmo em caráter positivo (excesso de positividade da sociedade moderna, em que cada um é convidado a superar as suas próprias versões de si e *ir além*) (HAN, 2017).

Inicialmente, para Han tem-se a *Sociedade da decapitação*, na qual o *topo* da violência destrói fisicamente o outro, pois tomar seu corpo é tomar o seu poder. Há relação de obediência e macrofísica do poder. As grandes guerras da Antiguidade, como as conquistas romanas, o império persa e mongol, são os indicativos da decapitação, isto é, a violência está na destruição física do outro.

Na *Sociedade disciplinar*, por sua vez, a violência vem da imposição de limites, regras, cercas, ordens. O trabalho é estabelecido, o descanso é estabelecido. É a era das fábricas, das agências e dos escritórios. Há relação de disciplina e o poder ainda se manifesta em macrofísica. A alegoria está em *Bartleby, o escrivão*, obra de Herman Melville (*apud* HAN, 2019, p. 37). Mesmo que, em determinado momento, o personagem Bertleby decida emitir a célebre frase “prefiro não fazer”, ele ainda é um representante da sociedade disciplinar, pois ainda depende da negatividade do outro, dizendo aquilo que *pode ou não fazer*.

Já em contexto atual, na *Sociedade do desempenho* a violência vem do excesso de positividade, em que o indivíduo instiga-se a sempre melhorar sua produção e seu desempenho, sem limites, o que lhe causa o *burnout*; questão neuronal, não física; cada um tem um projeto de si que nunca será alcançado, pois sempre é possível ir mais adiante. É na sociedade do desempenho que se tem a sociedade do cansaço, pois o “seu eu” está sempre em construção, de modo que não há descanso. O lema é "Yes, we can". Há microfísica do poder e o *topo* da violência está no *indivíduo atuando sobre si mesmo*, a fim de, nalgum modo, ser reconhecido sempre melhor e bem-sucedido.

Para Byung-Chul Han, por um lado, o sujeito da obediência e o sujeito disciplinar se encontram com o outro, que se manifesta como Deus, soberano ou consciência moral. Estão submetidos a uma instância exterior, da qual provêm não apenas repressão e punição, mas também gratificação. Por outro lado, o sujeito da sociedade de desempenho é marcado por uma

autorrelacionalidade narcisista. Em virtude da falta de gratificação por parte do outro, ele se vê obrigado a produzir sempre mais e cada vez com melhor desempenho (HAN, 2017, p. 44).

Aliás, o pensador coreano tornou-se crítico do capitalismo no ponto em que passou a ser produtor de “não-coisas” do mundo digital (FANJUL, 2021).

O contexto on-line, em que as plataformas operam segundo a livre atividade dos empreendedores-usuários, é o ambiente perfeito para a observação da sociedade do desempenho aos moldes do estudo do professor coreano.

O empreendedor é estimulado a produzir mais para que possa, por seus próprios méritos, ganhar mais e alcançar algum patamar de reconhecimento, pois, consoante apontou o filósofo coreano, já não existe relação de disciplina que proporcione a imediata gratificação. É preciso que o sujeito da sociedade de desempenho colha alguma meio de gratificação.

Pode-se dizer, nesse contexto, que há uma convergência entre os pensamentos de Bauman em *Vida para consumo* e de Chul-Han em *Topologia da Violência*, pois o indivíduo se torna mercadoria para obter maiores alcances financeiros, além do não menos importante reconhecimento pessoal. A reflexão acerca da *dignidade da pessoa humana* sobressai nesse ambiente.

Parece haver também notável aproximação entre a *Sociedade disciplinar* de Han e o estágio de *sociedade sólida* em Bauman; ao passo que o estágio de derretimento e posterior *liquefação das relações humanas* parece estar estritamente ligado ao ponto da *Sociedade de desempenho* em Byung-Chul Han. Mas esse é um tópico que excede – e muito – o objetivo do artigo, sendo apenas instigação para pesquisas filosóficas posteriores.

Assim, o que se vê é que a discussão sobre direitos fundamentais encontra dificuldades na profusão das diferentes formas de pensar e no intenso fluxo de informações que dá a precisa característica do ambiente on-line.

Um exemplo desse ambiente de consumo, de violência neuronal pessoal e de desejo de reconhecimento/retornos financeiros, por um lado, com exposição detrimetosa aos direitos fundamentais, por outro, reside nos problemas enfrentados em locais turísticos pela má conduta de turistas e frequentadores de sítios culturais e históricos.

Desejos por obter *imortalização*, aí caracterizada por *likes* e efusivos comentários dos visualizadores, muitos turistas têm causado danos irreversíveis a monumentos históricos,

deixando inscrições na Torre de Pisa ou profanado templos sagrados. Urinar em vias públicas milenares ou alterar obras de arte têm sido práticas observadas, sempre sob o devido registro em foto ou vídeo, posteriormente divulgadas on-line, para o deleite dos usuários.

Segundo reportagem da BBC de Londres, publicada em 26/08/2023, um adolescente canadense desfigurou um templo japonês de 1.200 anos recentemente, logo depois que um homem de Bristol gravou dois nomes no Coliseu de Roma e disse às autoridades que desconhecia a idade da arena. “*Muitos viajantes hoje estão competindo por curtidas e visualizações nas redes sociais*” – diz a matéria (BLEIBERG, 2023).

O aspecto que desperta a atenção é que não há dúvida de que todos estão atentos à necessidade de preservação do patrimônio histórico e cultural, e de que é preciso o dispêndio de recursos públicos para a manutenção dos locais.

É difícil apreender a realidade que se tem e a realidade que virá. Como dito, há muita observação e coleta de dados, mas é quase impossível *controlar-se o que trafega*, a não ser que se exerça a própria existência das redes sociais, tal como o fazem as autoridades da China, da Venezuela e da Rússia.

Não é sem razão que os especialistas em Inteligência Artificial chegaram a pedir “uma pausa” no desenvolvimento dos sistemas, a fim de se refletir sobre os possíveis destinos do aprendizado da máquina (ESTADÃO, 2023).

Essa incerteza sobre a dimensão do que representa a contemporaneidade conectada e em constante interação leva a certa constatação de que não se tem, bem ao certo, *Modernidade Líquida*, para utilizar a tese do filósofo polonês Zygmunt Bauman (2001), mas sim de espécie *modernidade gasosa*, metáfora para o que é altamente intangível, incolor e insípido, ou seja, uma vez espalhado ao ambiente, tal como é uma publicação compartilhada on-line, o gás é impossível de ser detido em sua integralidade, espalhando-se livremente (SANTAHELENA, 2017).

O *caráter gasoso* das publicações em redes sociais e aplicativos se assemelha ao modelo viral dos negócios das *big techs*, como Google, Meta, Amazon, Microsoft. Divulgado o conteúdo e imediatamente apreendido por centenas, milhares e milhões de pessoas (lembre-se que há redes sociais que reúnem bilhões de pessoas, como o Facebook).

É justamente a capacidade de motivar pessoas a disseminar conteúdo que representa o motor do empreendimento virtual.

Talvez resida aí a explicação para as fortes investidas das plataformas on-line contra o chamado Projeto das Fake News (PL 2.630, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet). No atual cenário, as *big techs* não se responsabilizam por conteúdo, a não ser que haja determinação judicial de remoção.

Portanto, as discussões atuais circundam fortemente sobre a ativação, pelas plataformas digitais, de protocolos de segurança em conteúdo que possa eventualmente consubstanciar “risco iminente de danos à dimensão coletiva de direitos fundamentais”, consoante recentemente noticiou o portal de notícias BBC (SCHREIBER, 2023).

Realmente, nesse contexto, imediatamente se tem em vista a teoria do jurista Robert Alexy, em seu clássico estudo sobre a ponderação dos direitos fundamentais.

3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY

Para o jurista, os direitos fundamentais se situam como princípios e, por isso, constituem mandamentos de otimização. Busca-se a realização prática dos princípios, dentro das possibilidades jurídicas, o que se faz por meio de *ponderação*.

A crítica principal que pesa sobre o pensamento de Alexy é *a tese de otimização conduz a um modelo adequado dos direitos fundamentais?* Há dois polos de críticas: *insuficiência e demasia* (ALEXY, 2002, p. 574).

Na primeira linha crítica, o modelo de princípios baseado em tese de otimização retira a força dos direitos fundamentais. Para Jürgen Habermas, a aplicação dos princípios no âmbito do faticamente possível exige quantificação orientada por finalidades. Direitos individuais podem ser sacrificados em favor de finalidade coletivas. Só a estrutura de regras, estritamente deontológica, poderia garantir a solidez dos direitos fundamentais. Sopesamento implica juízos irracionais, falta de parâmetros, arbitrariedade, dada a sua flexibilização (ALEXY, 2008, p. 576).

Para Ernst-Wolfgang Böckenförde, a crítica oposta, isto é, pelo excesso – os direitos fundamentais produzem seu efeito por todo o sistema jurídico (efeito irradiador). São princípios supremos, contêm tudo, sendo necessário apenas concretização. Legislador perde autonomia; “transição do Estado legislativo parlamentar para um Estado judiciário constitucional”. É preciso optar por um dos caminhos (ALEXY, 2008, p. 578).

Alexy busca, em sua obra, rebater as críticas. Diz que, para Böckenförde, a ordem-moldura consiste em que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como direitos clássicos de defesa contra o poder estatal.

O autor traz, em sua explicação em favor da ponderação, concepções de constituição. Primeiramente, a Constituição não contém nenhum dever ou proibição que restrinja a competência do legislador. Trata-se de modelo puramente procedimental, não havendo vinculação jurídica substancial. Em segunda ótica, tem-se modelo puramente material, isto é, a Constituição contém deveres ou proibições para toda e qualquer decisão legislativa imaginável. Toda e qualquer discricionariedade do legislador é eliminada. Em terceiro tópico, cuida-se de modelo material-procedimental, isto é, há existência de coisas facultadas e não-facultadas. Aquilo que a constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível; e o que ela faculta não é constitucionalmente nem necessário, nem impossível, mas meramente possível (ALEXY, 2008, p. 583).

Traz, também, o conceito de *ordem-fundamento*. Em *sentido quantitativo*, se ela nada faculta, uma constituição é uma ordem-fundamento, ou seja, se, para tudo, ela tem ou um dever, ou uma proibição. Em *sentido qualitativo (ou substancial)*, se, por meio da Constituição, são decididas questões fundamentais para a comunidade. Deixa questões em aberto, aproximando-se do conceito de ordem-moldura.

Outra explicação da teoria de Alexy está em *discricionariedade estrutural e sopesamento*:

Discricionariedade para definir objetivos: diante de um direito fundamental, o legislador tem uma discricionariedade para definir objetivos se esse direito contiver uma autorização de intervenção que ou deixe em aberto as razões para intervenção, ou, embora mencione essas razões, apenas a permita, mas não obrigue a intervenção se essas razões estiverem presentes. Art. 27 da Constituição Alemã: os navios mercantes alemães constituem marinha mercante única. Deixa-se em aberto a definição do interesse coletivo na manutenção de uma marinha mercante como objetivo de um princípio constitucional.

Discricionariedade para escolher meios: normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas, como, por exemplo, a concessão de uma proteção. Se é obrigatório salvar alguém que se afoga, o objetivo é alcançado tanto se use boia, bote ou se salve diretamente a nado. O problema surge quando os meios afetam, em diferentes graus, outras finalidades ou princípios.

Discrecionariiedade para sopesar: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Não são realizados em seu ponto máximo (ALEXY, 2008, p. 586).

É dessa assertiva acima, isto é, de que os princípios não são realizados em seu ponto máximo, que resulta a utilização da máxima da proporcionalidade e suas parciais: *adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito*.

Por *adequação*, cuida-se de exigência de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas (ALEXY, 2008, p. 593). Alexy cita o exemplo do cabeleireiro que colocou, sem permissão, máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento. Houve proibição das autoridades, com aplicação de multa, pois o comerciante não tem curso, prática de muitos anos ou aprovação em exame especial. Considerou a Corte Constitucional Alemã que exigir prova de expertise para qualquer comércio, de qualquer mercadoria (prova de competência no caso de cigarros vendidos em máquina), não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos à sua saúde, embaraçando a liberdade profissional (ALEXY, 2008, p. 589).

A adequação tem natureza de sentido negativo: elimina meios não adequados, não determina tudo, mas exclui algumas coisas.

Por *necessidade*, tem-se que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso. Alexy traz o exemplo da proibição, pelo Ministério para a Juventude, Família e Saúde, da venda de chocolates essencialmente produzidos com flocos de arroz. A proibição seria, em tese, adequada, visando a que se evite a compra equivocada. No entanto, não seria necessária, porquanto a identificação no rótulo seria menos invasiva. Analisa-se relação meio-fim (ALEXY, 2008, p. 590).

Há situações difíceis, diz Alexy, como é o caso decidido pela Corte Suprema alemã em 1994 quanto à liberação da *cannabis*. Indagou-se se a liberação, como meio menos gravoso em relação à liberdade não poderia afastar os perigos associados a essa droga, seu comércio ilegal, de forma tão ou mais eficiente que uma criminalização geral. Entendeu-se que, à falta de conhecimentos técnicos-científicos, a discrecionariiedade do legislador se deu pela aceitação da criminalização.

Outro exemplo dado está em que mais de dois princípios são relevantes: proibição de que empresários da construção civil utilizem mão-de-obra de trabalhadores temporários.

Entende-se que é necessário controle dos canteiros de obra. Nesse caso, há as variáveis liberdade profissional (P¹), combate à prática ilegal (P²) e uso racional dos recursos públicos (P³), já que muitos cidadãos entendem que não seria correto usar limitados recursos para ampliar combate a irregularidades (ALEXY, 2008, p. 592).

Por fim, tem-se a *proporcionalidade em sentido estrito*, segundo a qual pretende-se a otimização em relação aos princípios colidentes. Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro (ALEXY, 2008, p. 593). É o sopesamento, propriamente dito.

Como exemplo, o autor traz exemplo em que, sabendo-se que comprovadamente fumar causa malefícios à saúde, a forte razão por sua intervenção (possibilidade real de causar doenças) torna leve a determinação de que a indústria de cigarros insira advertência no rótulo dos produtos. É o sopesamento puramente falando, pequena intensidade da intervenção diante da forte razão para tanto.

Alexy discute o problema do Legislador. Anota que direitos fundamentais, compreendidos como princípios, exigem realização máxima diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Reconhecer ao legislador discricionariedade cognitiva empírica significa a possibilidade de se admitir que, diante das possibilidades fáticas presentes, esses direitos não sejam realizados na extensão do que seria possível (ALEXY, 2008, p. 625).

Sugere que, sempre que interviesse nalguma forma de direito fundamental, o legislador somente poderia se basear em premissas empíricas cuja veracidade fosse comprovada. Contudo, como não existe premissas empíricas à disposição, o legislador estaria praticamente incapacitado:

Enquanto no caso de precedência absoluta do princípio de direito fundamental à condição de veracidade comprovada reduziria o poder de ação do legislador a um mínimo, no caso de uma precedência absoluta do princípio formal o limite da incorreção comprovada ampliaria esse poder de ação ao máximo. Essa não pode ser a intenção de uma constituição que protege os direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 617).

Um ponto interessante trazido por Alexy é a chamada solução intermediária, isto é, quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (ALEXY, 2008, p. 617).

4 CONCLUSÃO

O ponto da *certeza acerca das premissas* nas quais se baseia a intervenção sobre um direito fundamental revela uma instigante reflexão: os exemplos citados por Alexy possuem premissas bastante sólidas, que colocam em mira princípios bem definidos, como se viu nas citações ao longo do artigo.

Por outro lado, no âmbito das atividades on-line, as premissas já não se revelam tão claras quando se está tratando de proteção a direitos fundamentais.

Como visto, enquanto muito se defende o tópico da segurança, continuamente as atividades voluntárias dos indivíduos resultam em vulnerabilidade aos dados pessoais. A privacidade é frequentemente diminuída com a revelação de atividades cotidianas familiares, em prejuízo do bem-estar de crianças, sobretudo. Tudo isso é feito para a obtenção de reconhecimento e de retorno financeiro. A liberdade é tolhida com a pouca permeabilidade à diferença de opinião. A Internet não tem propiciado a democracia, na leitura do cientista político José Eduardo Faria (FARIA, 2019).

O que causa curiosidade é que todos são unânimes em defender que o ambiente das redes sociais tem necessidade de mais elevada proteção de dados pessoais, de mecanismos que preservem a intimidade, de espaços mais democráticos de ação, afastando-se os extremismos de pensamento.

Mas, ao que se tem analisado, é que o sistema só parece conviver justamente com as práticas dos usuários (desejo de reconhecimento + retorno financeiro) no oposto da defesa desses postulados, que, como dito, compõem o núcleo dos valores constitucionais.

Os sítios e monumentos históricos são permanentemente reverenciados como locais destinados ao turismo, ao lazer e ao aprimoramento cultural. Mas, em nome de ética on-line, admite-se pessoalmente que imortalizar uma marca pessoal é digno de curtidas e de reconhecimento pessoal.

Assim, como chegar a um sopesamento de princípios, quando a resultante da ponderação não parece ser alcançada a partir de uma visão clara da realidade? Como chegar a soluções intermediárias, a um balanceamento de postulados igualmente merecedores de proteção se os eventos caminham em direção à quebra dos valores a serem preservados, justamente em *topos* da violência na qual a defesa de bens como a vida, a intimidade, a saúde física e mental é mais urgente?

Almeja-se, de fato, a segurança/liberdade/proteção a vulneráveis/privacidade/liberdade de iniciativa nas redes sociais, quando, para tanto, é preciso limitar, restringir, controlar conteúdo, moderar, observar, criar responsabilidades sobre o que é divulgado?

A aplicação das técnicas de ponderação parece não encontrar possibilidades de efetivação prática diante de ambiente repleto de incertezas, de realidade viral gasosa, no qual, como dito, os próprios usuários abdicam da proteção desses direitos fundamentais a partir da exposição de si, sendo essa característica parte do modelo de negócio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATOCCHIO, Amália; CANTARINI Paola; OLIVEIRA Samuel Rodrigues de. Regulação de redes sociais: uma perspectiva internacional. **Consultor Jurídico**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-15/direito-digital-regulacao-redes-sociais-perspectiva-internacional>. Acesso em: 22 jul. 2023

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. p. 20-21.

BLEIBERG, Larry. Vandalização, calote, bebedeira: por que há tantos relatos de comportamento impróprio de turistas? **BBC**, 26 ago. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c72jxd45xxko>. Acesso em: 27 ago. 2023.

ESTADÃO. Elon Musk e outros especialistas em IA pedem uma pausa no desenvolvimento da tecnologia. **Época Negócios**, 29 mar. 2023. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/tecnologia/noticia/2023/03/elon-musk-e-outros-especialistas-em-ia-pedem-uma-pausa-no-desenvolvimento-da-tecnologia.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2023

FANJUL, Sergio C. Byung-Chul Han: “O celular é um instrumento de dominação. Age como um rosário. **El País**, 9 Oct. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/cultura/2021-10-09/byung-chul-han-o-celular-e-um-instrumento-de-dominacao-age-como-um-rosario.html>. Acesso em: 20 ago. 2023.

FARIA, José Eduardo. A democracia e as redes sociais. **Estadão**, 23 ago. 2019. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/a-democracia-e-as-redes-sociais/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e do último homem**. Lisboa: Gradiva, 1999.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

KARNAL, Leandro. **Dilema do porco espinho**: como encarar a solidão. São Paulo. Planeta, 2018.

KEEN, Andrew. **Vertigem digital**: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2012.

O QUE É O PL 2630 das Fake News? Veja perguntas e respostas sobre o projeto que tramita no Congresso. **Estadão**, São Paulo, 25 abr. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/o-que-e-o-pl-2630-das-fake-news-lula-censura-bolsonaro-npr/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

RIVEIRA, Carolina. As redes sociais têm conserto? **Exame**, São Paulo, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/as-redes-sociais-tem-conserto/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

SANTAHELENA. Modernidade gasosa: a modernidade líquida em estado de ebulição efervescente. **Search Medium**, 7 jan. 2017. Disponível em: <https://leiasantahelena.medium.com/tudo-que-%C3%A9-l%C3%ADquido-evapora-modernidadegasosa-cd9d629144f7>. Acesso em 23 jul. 2023

SCHREIBER, Mariana. 5 pontos polêmicos do PL das fake news. **BBC**, Brasília, 2 maio 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cyeyxje7r9go>. Acesso em: 22 jul. 2023.