

Novas tecnologias e controle social: desafios jurídicos contemporâneos



Douglas Camarinha Gonzales

Juiz Federal em São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Direito Econômico pela mesma Universidade.



L'Inti Ali Miranda Faiad

Professor Universitário. Mestre e Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO: O Direito, como instrumento de regulação da vida, usualmente anda a reboque da realidade; não obstante alguns defenderem, em especial no Brasil – por força da nossa Constituição –, o seu caráter transformador. No presente artigo, serão apresentados alguns aspectos e aplicações das denominadas novas tecnologias no que tange ao controle social, tanto no âmbito privado, quanto por parte de agentes estatais, bem como as tensões decorrentes. Debater-se-á inexorável tensão entre segurança jurídica, limitação da liberdade e o caráter transformador do Direito, com o escopo de tecer considerações sobre como o Direito e a sociedade podem e/ou devem se posicionar perante tais desafios com base no contexto social e ordenamento jurídico atuais, especialmente por força dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direito e controle social: segurança jurídica, limitação da liberdade e transformação social. 3 Desafios contemporâneos. 3.1 A fluidez peculiar da tecnologia digital. 3.2 A customização da publicidade nas plataformas digitais. 3.3 A institucionalização de programas de *profiling*. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As duas últimas décadas apresentam-se como uma verdadeira inovação cultural, social e tecnológica, sequer imaginada há poucos anos, cujo fio condutor é justamente a inovação tecnológica com repercussão em todos os aspectos da vida social. Deveras, as redes sociais remodelaram o poder dos feudos do Cairo às últimas eleições presidenciais norte-americanas, pois as inovações tecnológicas não apresentam fronteiras; manifestam-se da agricultura à aviação espacial; das inovadoras formas de comunicação (redes sociais e mecanismos de comunicação interativas) às formas de conviver em cidades, com reflexos diretos sobre a democracia, vez que as tentativas de controle social, político e mercadológico não poderiam ser realizadas sem as novas tecnologias.

Nesse contexto, o Direito, como instrumento supremo de regulação do convívio humano, enfrenta novos desafios.

Com efeito, a tecnologia tem proporcionado mudanças radicais no âmbito social e profissional que impõem uma nova abordagem de visão de mundo, sob os olhos

das redes sociais e das novas formas de troca empresarial, a conferir uma revolução tecnológica permeada pela inteligência artificial e o algoritmo, como forma de controle comercial, social e político.

Diante disso, o artigo busca dimensionar os desdobramentos das inovações tecnológicas trazidas principalmente pelas plataformas digitais, cujas forças tecnológicas medeiam poder com as próprias instituições democráticas e, conseqüentemente, com o Direito, ao mudar o comportamento de agentes econômicos e redesenhar, por exemplo, a noção de privacidade, em prol do controle dos gigantes da tecnologia e das forças políticas estatais.

Objetiva-se examinar a viabilidade jurídica de controle¹ digital do comportamento

¹ Controle aqui compreendido como palavra conteúdo ao sentido weberiano de dominação: “Por dominação compreenderemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mandado’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), e de fato as influência de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado máxima de suas ações (‘obediência’)” (WEBER, 2009, p. 191). Necessário pontuar, desde já, a dificuldade de se identificar, nas relações do meio ambiente digital,

individual e político consoante as interações das plataformas digitais. *Seriam lícitos aparatos com tal finalidade aos olhos da legislação nacional?*

Esse será o foco principal do artigo, que abordará diretamente essa questão, à luz de exemplos e demandas atuais no âmbito nacional em cotejo com as experiências e tensões internacionais similares.

Deveras, o amanhecer do século XXI se iniciou, efetivamente, ainda no século passado, com os embriões das tecnologias então nascentes, em especial a rede mundial de computadores, por meio da qual manifestações em cadeia regional podem atingir impactos globais. Como ocorrido, por exemplo, no continente africano, com notícias e reviravoltas na chamada Primavera Árabe da Tunísia até a Praça Tahrir no Egito, onde um movimento revolucionário emergiu graças à ebulição das mídias sociais² que, sem um aparato centralizador ou de controle³, propagou múltiplas comunicações nas plataformas digitais e comandou milhares às ruas, o que resultou na queda de monarcas e déspotas de toda uma região (Gadafi e Mubarak) que reinavam há décadas – genuína disrupção política em cadeia sequer imaginada até mesmo nas artes.

Tamanha revolução social só fora efetivada mediante o uso em cadeia das redes sociais que despertaram sentimentos convergentes em prol de efetivas mudanças na política dos países do norte da África e atiraram multidões às ruas, em que pese a repressão estatal. A força conjunta do movimento propulsionado pelas tecnologias de comunicação ocasionou a queda dos regimes ultrapassados.

Desde então muito tem-se estudado a respeito da força disruptiva da tecnologia, com alcance em todos os setores da vida em sociedade, muito além de reivindicações políticas; o que representa um desafio de adaptação ao Direito.

2 Direito e controle social: segurança jurídica, limitação da liberdade e transformação social

O Direito, na sua concepção liberal, surgiu, também, como instrumento de implementação primeira da segurança jurídica por meio de construções racionais atreladas ao individualismo. Assim, a história do Direito contemporâneo segue a reboque da história do constitucionalismo no mundo eurocêntrico⁴.

Não obstante o constitucionalismo liberal ser associado aos denominados direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão) – os vinculados ao valor liberdade –, reconhece-se que as liberdades eram restritas à parcela bem delimitada do tecido social, beneficiada pelas revoluções liberais no mundo eurocêntrico. Não se

a existência ou não de “vontade manifesta”, consciente e transparente dos envolvidos. Por tal razão, um dos princípios fundamentais da novel Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei nº 13.709/2018, é o da transparência (art. 6º, VI).

2 Os mencionados movimentos e diversos outros talvez tenham surgido e efetivamente produzido efeitos apenas em decorrência da possibilidade de formação e operacionalização, por meio da *internet*, das denominadas “inteligências coletivas”, compreendidas como “uma inteligência distribuída por toda parte, constantemente valorizada, coordenada ao vivo, que leva a uma mobilização efetiva das competências”. (LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de João F. Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, p. 98)

3 Para um profundo estudo sobre a centralização ou não da *internet*, ver: LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de João F. Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018.

4 Para uma análise aprofundada sobre estes aspectos, ver: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 32-40; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 259-274; HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 135-154. Para uma análise do constitucionalismo brasileiro “tardio”, ver: SILVA NETO, Manoel Jorge. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

tratava de alterar as estruturas sociais de forma a assegurar a plena liberdade em benefício do todo, mas apenas de determinados segmentos, com o intuito, primeiro, de garantir a segurança jurídica, principalmente nas relações econômicas.

Com o recrudescimento dos tensionamentos sociais, em decorrência da insuficiência do direito liberal em face das disputas sociais, surge o denominado constitucionalismo social, que possui como finalidade primeira moldar os sistemas jurídicos através da criação das denominadas constituições sociais, de forma a promover alterações estruturais nas sociedades no sentido da promoção da redução das desigualdades sociais⁵.

Neste esteio, nos países que postulam o constitucionalismo social, a finalidade do

Direito não é, apenas, estabelecer as regras do jogo da vida política, social e econômica. Mas é, principalmente, instituir mecanismos, baseados em normas jurídicas, que possuem a finalidade de alterar as estruturas sociais⁶.

No caso brasileiro, o artigo 3º do texto constitucional não deixa dúvidas sobre tal compreensão do fenômeno atual do constitucionalismo pátrio.

3 Desafios contemporâneos

3.1 A fluidez peculiar da tecnologia digital

A utilização da tecnologia digital tem-se mostrado a mais inovadora e ao mesmo tempo intrusiva. Diversas formas de tecnologia avançaram para dentro de nossos lares,

5 Não se desconhece que os modelos, constitucionalismo liberal e constitucionalismo social, sejam categorizações dinâmicas, em constante movimento, e que, em diversas experiências, como no caso da brasileira de 1988, convivem em confronto. Mas se considera que a redução das desigualdades sociais seja, ao final, a grande meta do constitucionalismo social.

6 Nas palavras de Pablo Lucas Verdu, as normas constitucionais devem conter “eficácia social organizadora e transformadora”. (VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 123)

telefones, relógios, salas de aula, *tablets* e computadores. Sua maleabilidade é ampla e difusa para toda a sociedade, atributo que outrora era quase impensado, já que a maioria das máquinas vinham com denso manual de informações de difícil compreensão para o cidadão comum.

Tudo mudou com a tecnologia expressa em janelas (*Windows*) de modo autoexplicativo, onde o usuário poderá expressar suas opções, através de erros e tentativas, exercendo o controle dos comandos operacionais. É essa a tecnologia que predomina na imensa maioria das plataformas digitais e seus aplicativos.

Nesse contexto, a tecnologia reinventou o seu modo de uso, sua simplicidade operacional ganhou outro patamar e conquistou a imensa parte da população, com reflexos impactantes.

E, como tem se constatado, a tecnologia geralmente não tem pedido licença para avançar sobre as diferentes áreas de atuação, quer se trate de crianças ou jovens, boa parte dos aplicativos simplesmente abrem janela própria e a partir de um clique uma nova forma de interação com o usuário começa.

Essa característica, de certo modo invasiva, tem se tornado peculiaridade no mundo digital e seu caráter segue a mesma retórica frente ao Direito. Pois muitas vezes ingressa ao mundo já estabelecendo operacionalidade, independente de autorizações ou aquiescência de terceiros.

Essa tecnologia invasiva ganha voga em aplicativos dos mais variados, dos jogos aos filtros de fotografia digital e até em campanhas políticas, por intermédio de mensagens subliminares ou do *micromarketing*.

Nota-se, pois, que as forças tecnológicas medeiam poder com as próprias instituições democráticas, especialmente o Direito, ao mudar o comportamento de agentes econômicos e redesenhar a noção de privacidade, publicidade e reivindicações políticas, além de uma nova abordagem econômica em múltiplos setores do comércio.

A constatação curiosa e desafiadora que se depara é que o modelo tradicional de negócios está em xeque, em razão da transformação digital operada pelas grandes plataformas digitais, cujos desdobramentos atingem diretamente a forma de publicidade, as relações sociais e a autonomia individual; bem como as forças políticas de viés eleitoral, já que o cenário da chamada *tecnocracia* trouxe ingredientes nunca antes vistos.

Deveras, Durkheim notabiliza-se ao registrar para a Sociologia que as verdadeiras mudanças só se estabilizam quando o consciente coletivo assimila essas mudanças.

Em paralelo a isso, muitos tecnólogos pregam mudanças efetivas na sociedade, como a mudança do conceito de rastreamento e de privacidade, como explicita o tecnólogo Kevin Kelly⁷, ao construir uma nova ideia de privacidade, baseada na covisão e administração do usuário sobre seus respectivos, entre outros conceitos abordados como inevitáveis.

Desse modo, os tecnólogos já incorporaram essa visão ao jogo empresarial e social, ao passo que boa parte da população se questiona qual a regra prevalecente. Da parte dos profissionais da tecnologia, a regra prevalecente é justamente a que impera no mundo digital, muitas vezes imposta pelas forças do mercado ou dos usos e costumes digitais. E muitos pensam que o Direito vai se adaptar aos comandos do mundo digital e só posteriormente percebem que não raras vezes as Cortes Judiciais não compartilham dessa visão.

Entre tais dilemas, um caso de grande repercussão concerne à determinação, inicialmente administrativa, da *Agencia Española de Proteccion de Datos* e Mario Costeja González frente ao *Google*, sobre a imposição (europeia) no sentido de que esse

7 KELLY, Kevin. *Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o nosso mundo*. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017, p. 280.

deveria retirar de sua indexação de dados de acesso algumas informações ultrapassadas a respeito de cerca de 60 pessoas, as quais se sentiam profundamente constrangidas acerca de fatos longínquos que foram superados – o chamado direito ao esquecimento –, posteriormente ratificada pelas Tribunal de Justiça Europeu³ e, finalmente, pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em que pese o inconformismo de profissionais da tecnologia e do *Google*, todos os seus recursos foram fracassados e a tese de que a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação dos povos devem preponderar sobre interesse de sua eterna divulgação. Tal ilação ganhou força normativa, a partir da Diretiva Europeia 95/46, a qual normatizou as condições próprias ao direito ao esquecimento, posteriormente superada pela Lei Europeia de Proteção de Dados (RGPD⁴), artigos 65 e seguintes, cuja aplicação não requer ato normativo nacional que a complemente, tendo vigor imediato, diversamente da Diretiva.

Ao fundamentar o direito de ser esquecido, o Tribunal declarou que a autoridade soberana sobre o futuro digital recai sobre o povo, suas leis e suas instituições democráticas. Afirmou que indivíduos e sociedades democráticas devem lutar por seus direitos ao tempo futuro e vencerão, mesmo que a disputa seja contra um gigante poder privado.

A partir desse julgamento, o *Google* lançou um formulário *on-line* acessível a todos os interessados em solicitar a remoção de dados. Em julho de 2015, mais de um ano depois, o *Google* avaliou mais de 290 mil pedidos e retirou do ar mais de um milhão de informações⁸.

Como se vê, resta um conflito de valores jurídicos em colisão, de forma que os Tribunais europeus bem como os brasileiros têm acolhido o direito ao esquecimento como

expressão do direito à personalidade de cunho constitucional, quando ausente interesse público na manutenção da reportagem, em face da harmonia social que deve zelar nossas relações.

Por sua vez, a doutrina nacional abaliza o direito ao esquecimento quando ausente interesse público como desdobramento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, frente ao caráter perene da mídia digital em cotejo com a psique social que tem como parâmetro o esquecimento frente o decorrer do tempo.

Justamente nesse sentido é o Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal. Já o STF, em julgado recente, manifestara-se, por maioria, contra o direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão no Tema nº 786. Contudo, a Corte fixou que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e informação devem ser analisados caso a caso, consoante apontou o voto divergente do Ministro Fachin.

Não obstante, o dilema das forças da tecnologia e do Direito é um tema profundo que deita raízes nas transformações da sociedade no século XXI, com relevantes consequências no âmbito econômico, como se verá no próximo tópico.

3.2 A customização da publicidade nas plataformas digitais

Nesse capítulo, será exposto o percurso traçado pelas plataformas digitais, em especial as gigantes de tecnologia, que remodelaram a forma de publicidade customizada, com profundas consequências sobre as escolhas econômicas, os meios de comunicação e opções ao consumidor.

Nada melhor que o exemplo trivial de nossa realidade para melhor ilustrar essa abordagem que é uma das bases do capitalismo digital, conforme ilustra Relatório da Comissão Federal de Comércio dos EUA

8 FERRIANI, Luciana de Paula. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

(*Free Trade Commission, FTC*), para propor políticas de melhor proteção ao consumidor:

- se você pesquisa por produtos ou serviços *online*, anunciantes podem coletar e compartilhar informações sobre suas atividades, inclusive sobre as suas pesquisas, os *sites* que você visitou, e o conteúdo que você viu;
- se você participa de um *site* de relacionamento social (i.e. rede social) os aplicativos da empresa terceira provavelmente terão acesso às informações ou conteúdos que você ou seus amigos “postar” (publicar) no referido *site*;
- se você usa aplicativos de localização no seu *smartphone* (i.e. telefone móvel com acesso à *internet*), diversas companhias podem ter acesso ao seu paradeiro de forma exata;
- se você utiliza cartões de fidelidade com uma loja de doces ou preenche um cartão de garantia de produto, seu nome, endereço e informações sobre a sua compra talvez sejam compartilhadas com corretores de dados (“*data brokers*”) e combinadas com outras informações⁹.

Certamente, muitos já vivenciaram como experiência pessoal, a realização de uma pesquisa de um objeto de compra em um *site* comercial qualquer e logo em seguida, quando se muda de *site* (para notícias gerais), imediatamente já se aponta publicidade dirigida para a compra relacionada à pesquisa que a pessoa segundos atrás estava focada.

Trata-se de uma nova forma de abordagem publicitária, baseada em uma linguagem computadorizada em algoritmos, cuja leitura que faz advém das reações humanas nas mídias digitais – majoritariamente por nossos sentimentos mais primários – e com um viés particularizado em mensagens subliminares, voltada a persuadir o indivíduo.

Constata-se, assim, uma forma de indução de comportamento do internauta, baseada em suas prévias manifestações ou leituras digitais, uma autêntica forma de intervir em suas opiniões sociais, culturais, políticas e até econômicas.

Nota-se, pois, uma revolução a um só tempo da publicidade em geral, do jornalismo e do próprio capitalismo, nominado capitalismo digital, já que todo esse aparato orbita perante a rede mundial de *internet*.

Todo esse comportamento das plataformas digitais é objeto de acurado estudo, cuja visão aponta algumas vicissitudes do sistema e efetivas luzes nos possíveis anseios capitalistas a respeito do futuro.

A professora de *Harvard* Shoshana Zuboff aponta que tal como o mundo social mudou seus anseios e paradigmas, de certa forma conforme preconizado por Henry Ford, o mundo digital busca o implemento de suas aspirações (novos anseios)¹⁰.

Zuboff apresenta uma temática disruptiva a esse contexto ao desenhar o capitalismo de vigilância e os anseios por detrás da sociedade digital – o controle de nossa vida, através dos comportamentos preconfigurados de nossa vida pessoal.

Entre os novos anseios digitais ergue-se a bandeira da chamada “*permissionless innovation*” (inovação sem permissão), atributo utilizado por aqueles que pregam uma mutação no capitalismo digital, com a bandeira positiva da inovação, mas sem alertar para seu intento dominador ou manipulador – seja pela lógica onipresente de aferição ou busca de sua pesquisa digital e sucessiva publicidade direcionada; seja com a modificação comportamental a partir das mídias digitais (efeito *networking*).

9 Apud BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção de dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 130.

10 ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.

John Battelle estuda a política e a própria lógica da publicidade das grandes plataformas digitais ao apontar que essa dinâmica de rastreamento e vigilância são de certa forma camufladas pelo *Google* e outros gigantes da tecnologia, mediante uma política de confidencialidade estrita, consoante expressam vários jornalistas¹¹.

A metodologia consiste na captação colossal de informações dos consumidores, por meio da supervisão de nossos afazeres pessoais, sociais e profissionais e, assim, sobrepor-se às nossas decisões. Como?

Zuboff arrisca uma explicação, baseada na previsão de nossos comportamentos e na venda dos nossos comportamentos e demandas futuras – o objeto de nossas necessidades/demandas é a nova *commodity*.

As previsões sobre nosso comportamento são o produto do *Google* e são vendidas para seus clientes reais, e não para os internautas, até em forma de leilão na *internet*.

A pesquisadora americana flerta, assim, com o termo “a nova mão invisível”, ao comentar que essa deixa de ser configurada estritamente pelas forças da economia, mas agora transfigurada pela tecnologia digital das plataformas da *internet*. Descreve, ainda, a possibilidade da tecnologia domar os usuários arredios, com castigos ou recompensas, através de comportamentos que incentivam o internauta ou facilitam seu crédito.

Justamente por isso, é preocupante a nova forma de publicidade digital e a consequente erosão do jornalismo profissional, já que os atores protagonistas desse papel passaram a se confundir com o eclosão do capitalismo digital.

Até poucos anos atrás, o mercado jornalístico operava de modo estruturado e regulado normativamente para afastar

conflitos de interesses. Publicidade, editoração e distribuição de informações recebiam tratamento legal e regulatório distinto, tanto que nos últimos 200 anos, os ocidentais em geral formularam políticas para descentralizar o poder dos meios de comunicação, exatamente para manter neutras as redes de comunicação e factível a rede de informações à realidade.

Contudo, devido a um acentuado afrouxamento na política de fusão e da atenuação da lei antitruste, os americanos criaram gigantes conglomerados da mídia, conforme explica o estudioso Richard John, a parêmia da neutralidade fora ameaçada e a própria tradição americana¹².

Esse afrouxamento normativo e político criou um ambiente propício para o ataque das grandes empresas de tecnologia, engendrado por um apetite peculiar de crescimento, assim, a *internet* passou por sucessivas aquisições.

Observa-se, pois, que os dados agora são a chave essencial para a publicidade, pois se o anunciante sabe quem está visualizando o seu anúncio, esse espaço se torna muito mais valioso. E os gigantes digitais agora sabem quem está vendo cada um dos anúncios, e seus concorrentes – os jornais – não têm essa informação.

O pesquisador Matt Stoller narra a revolução ocorrida pela displicência normativa e regulatória e a força da tecnologia digital que rompeu os padrões da comunicação e da política, ao ponderar que a reestruturação operacional do meio jornalístico ocorrera em detrimento da própria lisura da informação e sua ética:

Em outras palavras, não foi apenas a tecnologia, mas também uma filosofia favorável à concentração que moldou a revolução da informação, nos anos 1990 a 2000. *Google* e *Facebook*

11 BATTELLE, John. *The search: how google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. UK: Hachette, 2011.

12 JOHN, Richard. *When did americans stop being antimonopoly?* Disponível em: <https://promarket.org/americans-stop-antimonopoly-q-richard-r-john/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

cresceram para controlar utilitários de informação, como pesquisa geral, redes sociais e mapeamento. Novas formas de publicidade – sustentadas pelo uso não regulamentado de dados e vendidas por meio de leilões não transparentes e complexos – minaram a barganha das editoras e permitiram novas formas de fraude usando *bots* e conteúdo falso.

Um resultado dessas mudanças é a centralização radical do poder sobre o fluxo de informações. As plataformas tecnológicas agora controlam a receita da publicidade online, que é a principal fonte de financiamento das notícias. Mas este não é apenas um problema da monopolização da indústria. Google e Facebook não estão no ramo do jornalismo. [...] O financiamento da publicidade apresenta um conflito de interesses, pois a publicidade é uma terceira parte pagando para manipular alguém. Na mídia tradicional, ela pode influenciar escolhas editoriais. Há uma série de estruturas éticas projetadas para inibir o controle excessivo de anunciantes sobre os meios de comunicação, resultados de debates por centenas de anos entre figuras públicas sobre a natureza da publicidade e editoração. [...]

Mas tais debates éticos ainda precisam ocorrer em torno dos utilitários de informação. Consequentemente, a deturpação da publicidade – dependência, manipulação, fraude, ruptura de um tecido social – foi recebida com pouca imunidade cultural, respostas políticas ou defesas institucionais.

Antes de o *Google* virar uma enorme empresa de publicidade, seus fundadores – Sergey Brin e Larry Page – notaram esse problema. Eles analisaram o mercado de mecanismos de pesquisa da década de 90 – com empresas oferecendo aos anunciantes a chance de pagar para serem listados como resultado de uma pesquisa orgânica – e argumentaram que o financiamento de um mecanismo de pesquisa por meio

da publicidade era fundamentalmente imoral.

Esses utilitários de informações teriam um incentivo de manter os usuários em suas propriedades para que eles continuassem vendendo mais anúncios. Eles também teriam um incentivo à autonegociação, colocando um conteúdo diante dos usuários que beneficia o utilitário – e não o usuário final. E eles teriam um incentivo de vigiar seus usuários, para que eles pudessem segmentá-los de maneira mais eficaz. Brin e Page estavam certos quanto à influência corruptora da publicidade. Esse modelo de negócios de comunicações é de onde vem o vício, a vigilância, a fraude e a “isca de cliques”. Infelizmente, estamos vivendo no mundo que eles previram.

A combinação dessas dinâmicas – concentração de poder e novos dilemas éticos apresentados pelo financiamento das redes de informação pela publicidade – criou uma crise para a democracia. A monopolização da receita publicitária tira o financiamento de instituições legítimas. [...] A tarefa dos formuladores de políticas agora é montar estruturas éticas para mitigar tais conflitos.

O colapso do jornalismo e da democracia não é inevitável. Para salvar a democracia e a imprensa livre, precisamos eliminar o controle do *Google* e do *Facebook* sobre o bem comum. Isso significa descentralizar esses mercados e separar os utilitários de informação, para que pesquisa, mapeamento, o *Youtube* e outras subsidiárias do *Google* sejam empresas separadas [...] Também significa restringir ou limitar a publicidade nessas plataformas. A receita publicitária deve voltar a fluir para o jornalismo e a arte¹³.

13 STOLLER, Matt. *Tech companies are destroying democracy and the free press*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Notável, portanto, a preocupação de diversos pensadores e juristas a respeito das formas mais agressivas da tecnologia digital, ao expor as vicissitudes de um sistema *big brother* que ameaça a autonomia individual de escolhas do indivíduo, mediante informação distorcida ou até manipulada pelos gigantes da tecnologia, cuja introdução fundara o *big data* na imprensa com grande repercussão aos profissionais do jornalismo, situação que deu ensejo à criação das *fake news* em um ambiente de compartilhamento virtual.

3.3 A institucionalização de programas de profiling

Para além das atribuições engendradas pelos gigantes de tecnologia, outras severas implicações da tecnologia têm ocorrido por programas ou incentivos estatais ou paraestatais, com variados exemplos pelo mundo.

Um dos exemplos mais marcantes é o programa chinês de observação dos seus cidadãos, conhecido como sistema de crédito social, uma espécie de programa de monitoramento social e político do cidadão, firmado pelo próprio governo chinês em parceria com empresas de tecnologia, para o fim de conhecer, rastrear e ranquear o cidadão através de pontos e implementar políticas públicas de censura e indução de comportamento (ou quiçá sua manipulação). As medidas vão desde o monitoramento facial e digital, até a averiguação de visitas aos ascendentes e ajudas às pessoas com dificuldade financeira (pontos positivos), com o consequente crédito ou descrédito (pontos negativos) para acesso à transporte público, assistência social, financiamento e vaga estudantil.

O historiador de Harvard Julian Gewirtz descreve a obra do governo chinês de controle social, digna de um filme de ficção científica.

Quando o governo chinês viu que a tecnologia da informação estava se tornando uma parte da vida diária, percebeu que teria uma nova ferramenta poderosa para reunir informação e controlar cultura, para tornar o povo chinês mais “moderno” e mais “governável”¹⁴.

Por sua vez, Christina Larson discute a substituição da democracia pela tecnocracia, ao apontar o aparato do Estado Chinês e sua busca para uma política eficiente de controle e monitoramento de sua população e respectivas instituições, ao pontuar:

A ideia do uso da tecnologia como ferramenta do controle governamental chinês remonta aos anos 80. [...] há várias iniciativas que compartilham uma estratégia comum de coleta de dados sobre pessoas e empresas para informar a tomada de decisões e criar sistemas de incentivos e punições para influenciar o comportamento. Essas iniciativas incluem o “Sistema de Crédito Social” do Conselho de Estado de 2014, a Lei de Cibersegurança de 2016, vários experimentos em nível local e iniciativa privada em planos de “crédito social”, “cidade inteligente” e policiamento orientado por tecnologia na região oeste de Xinjiang. Geralmente envolvem parcerias entre o governo e as empresas de tecnologia da China. O mais abrangente é o Sistema de Crédito Social, embora uma tradução melhor em inglês possa ser o sistema de “confiança” ou “reputação”. [...] Listas negras são as primeiras ferramentas do sistema. Nos últimos cinco anos, o sistema de Tribunais da China publicou os nomes de pessoas que não pagaram multas ou cumpriram os julgamentos. Sob novas regulamentações de crédito social, essa lista é compartilhada com várias empresas e agências governamentais. As pessoas na lista se viram impedidas

14 Apud MURILLO, Javier. *La democracia y el ojo de Sauron*. Disponível em: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/javier-murillo/la-democracia-y-el-ojo-de-sauron>. Acesso em: 27 fev. 2020.



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

de pedir dinheiro emprestado, reservar voos e ficar em hotéis de luxo. As empresas nacionais de transporte da China criaram listas negras adicionais para punir os passageiros por comportamento como: bloquear as portas dos trens ou escolher brigas durante uma viagem; os infratores são impedidos de compras futuras de ingressos por seis ou 12 meses. No início deste ano, Pequim estreou uma série de listas negras para proibir empresas “desonestas” de serem premiadas com futuros contratos governamentais ou concessões de terras. [...]

A Prefeitura exibe cartazes de modelos locais, que exibiram “virtude” e obtiveram altas pontuações. “A ideia do crédito social é monitorar e administrar como as pessoas e instituições se comportam”, diz Samantha Hoffman, do Instituto Mercator de Estudos da China, em Berlim. “Quando uma violação é registrada em uma parte do sistema, ela pode engatilhar respostas em outras partes do sistema. É um conceito concebido para apoiar tanto o

desenvolvimento econômico quanto a gestão social, e é inerentemente político”. [...] Uma das maiores preocupações é que, como a China carece de um Judiciário independente, os cidadãos não têm como contestar alegações falsas ou imprecisas. Alguns encontraram seus nomes escrutinados em listas negras de viagem, sem notificação após uma decisão judicial. Peticionários e jornalistas investigativos são monitorados de acordo com outro sistema, e as pessoas que entraram na reabilitação de drogas são vigiadas por um sistema de monitoramento diferente. “Teoricamente, os bancos de dados de usuários de drogas deveriam apagar nomes depois de cinco ou sete anos, mas eu vi muitos casos em que isso não aconteceu”, diz Wang da *Human Rights Watch*. “É imensamente difícil se livrar de qualquer uma dessas listas”. [...].

A opacidade do sistema torna a evolução dessa sistemática particularmente difícil¹⁵. (tradução livre)

15 LARSON, Christina. *Who needs democracy when*

Resta a pergunta se tal sistema tecnológico seria viável no Brasil?

De início, há de se frisar que os fundamentos da Constituição de 1988 não compartilham de tamanha intervenção estatal na vida do cidadão, através de marcação de pontos negativos e até o ranqueamento do cidadão e seu perene monitoramento, pois gera sentimentos de aversão ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana e do objetivo central da nação, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária – objetivos da Constituição do Brasil.

A rigor, um programa estatal de permanente monitoramento de todos os cidadãos repercute sobre a própria peculiaridade do Estado Democrático, sistema que afugenta o princípio republicano da liberdade, como direito fundamental do cidadão em suas diversas manifestações. Deveras, uma fonte digital de permanente fiscalização mais parece uma reprimenda do que uma política pública.

Situação diversa seria um programa estatal de benefícios e vantagens para aquele cidadão ou consumidor que cumprir determinados comportamentos – chamada lista positiva; o que não chancela sua recíproca a imposição de lista de penalidades, pois subversiva ao próprio conceito de liberdade e do Estado Democrático de Direito expresso na Constituição Federal.

Além disso, qualquer forma pública de constrangimento moral poderá ensejar afronta ao objetivo de se promover o bem de todos, sem preconceito de origem ou outras formas de discriminação (CF/88, art. 3º, IV).

Nesse esteio resta propício mencionar interessante notícia a respeito de assunto que medeia a questão. Segundo informações publicadas na grande mídia:

Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais

A polêmica estava no item de monitoramento dos produtos e serviços, que trazia a exigência de que a empresa acompanhasse 24 horas por dia, sete dias por semana a imagem do governo em veículos *online* e redes sociais. [...]

O governo de São Paulo desistiu de monitorar quem fala bem ou mal dele na *internet*. A Secretaria de Governo publicou nesta quarta-feira (12) um novo edital para contratar uma empresa de inteligência em comunicação digital. O serviço deve custar R\$ 15,8 milhões em contrato de 15 meses. Em nota, o governo do estado disse que “em nome do interesse público, foram retirados do texto os termos que davam margem a falsas interpretações”, trazendo ainda mais transparência ao processo e que “o edital está de acordo com a Lei de Proteção de Dados, com total respeito ao direito de privacidade dos usuários das redes sociais, que não serão classificados por comportamentos.

O edital original previa que a empresa contratada divulgasse políticas do governo, informações de interesse público e oferecesse um atendimento digital ao cidadão, via rede social”. [...]

No dia 3 de fevereiro, o Tribunal de Contas do Estado notificou o governo para se pronunciar sobre o edital. Nesta quarta-feira, a Secretaria de Governo publicou o novo documento. O item “monitoramento e análise de dados” passou a ser “captação e análise de dados”¹⁶.

Com efeito, a instituição de um programa ou forma de monitoramento político

you have data? Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611815/who-needs-democracy-when-you-have-data/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁶ GUEDES, Philipe. Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais. *G1 – São Paulo*, 12 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/12/governo-de-sp-muda-edital-que-previa-contratar-empresa-para-monitorar-apoiadores-e-criticos-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ao cidadão aponta para perigoso precedente tecnológico frente ao direito à liberdade de expressão, censura, bem como prejuízos ao conceito de liberdade política expresso em Tratados Internacionais. Pois, implica numa tentativa do governo de monitorar detratores e assim levar a um processo de autocensura nas redes sociais, além de abrir um precedente perigoso para a perseguição de opositores políticos, fiel ao princípio da impessoalidade e da privacidade na vida do cidadão – vide ADPF 722 (sem prejuízo de atividade de inteligência produzida pelo órgão adequado para apurar fato determinado).

Vale lembrar que a liberdade de expressão é um direito consagrado como inerente ao ser humano, essencial à realização e proteção de toda forma de manifestação social e política. O primeiro documento a garanti-lo internacionalmente foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no âmbito da Assembleia das Nações Unidas, cujo artigo 19 dispõe:

Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A rigor, o próprio regime democrático que preside todo o arcabouço valorativo-normativo das regras jurídicas admite por sua própria natureza o direito a discordar de um ponto de vista ou de uma forma de política, pois condizente com a essência da liberdade de expressão, imortalizada na irreverente máxima “*não concordo com uma palavra do que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-las*”.

Deveras, o direito à livre manifestação do pensamento e de expressão tem como marco moderno a obra de Stuart Mill, defensor do “mercado de ideias”, justamente no sentido de poder falar o que pensa em grupo. E a censura é propriamente uma

forma de atentar contra essa liberdade, de maneira que o monitoramento perene é uma nova ferramenta de censura, pois provoca exatamente a autocensura, ao constranger o debate democrático através da tecnologia de monitoramento.

Ademais, a lei brasileira de proteção de dados parte da concepção da *autodeterminação informativa*, de forma que o titular da informação tem a prerrogativa de acesso e compartilhamento de seus dados (art. 2º, II), o que implica profundas modificações na atual gestão empresarial dos dados, então relegados ao alvedrio das forças capitalistas da auto-organização.

Conjuntura distinta, porém, tem as considerações a respeito de monitoramento em questões de saúde pública, cuja *conditio sine qua non* é justamente a anonimização dos dados particulares – isto é, quando a tecnologia procura saber a quantidade de pessoas que estão frequentando determinados lugares. Essa preocupação tornou-se relevante em tempos da pandemia da Covid-19, pois há necessidade das autoridades de saúde terem noção do índice de deslocamento social para implementar uma política de saúde pública para o combate da pandemia.

Por essa razão, há vozes que apontam que, nesse caso de análise social desconectada da identidade do portador do celular ou seu chip (anonimizada), não há ultraje à autonomia individual. Relevante observar que a própria Lei nº13.709/2018 já prevê essa possibilidade em seu artigo 13, ao dispor sobre situações de relevância sanitária, como a presente, bem como exigir expressamente sua anonimização:

Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança

previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

§ 1º A divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa de que trata o *caput* deste artigo em nenhuma hipótese poderá revelar dados pessoais.

§ 2º O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no *caput* deste artigo, não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro.

§ 3º O acesso aos dados de que trata este artigo será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências.

§ 4º Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

Acresça-se, por oportuno, que tal ingerência implica na impossibilidade do processo de reverter a anonimização geral, sob pena de afronta à garantia legal da autoinformação e da própria higidez legal da LGPD que preceitua tal orientação como princípio.

O desafio é justamente aferir o deslocamento de pessoas contaminadas; cujo regramento legal deverá caminhar para uma espécie de pseudonimização, cujas relativizações deverão vir expressas na lei, baseadas em motivações de saúde pública. Já a identificação do usuário só poderá ser sustentada com base em decisão judicial, na chamada cláusula de reserva de jurisdição, por se tratar de relativização de direitos fundamentais, por meio de decisão

que efetivamente pondere o caso concreto e a política de saúde pública para aferir o caso, em afinada ponderação aos direitos fundamentais em conflito.

Essa conclusão advém da hermenêutica que sustenta que qualquer relativização de direitos fundamentais seja realizada com parcimônia em face de outro direito fundamental, como a segurança e a saúde, através do próprio Poder Judiciário, consagrado pela expressão reserva de jurisdição, cuja medida de ponderação é autorizada na forma do artigo 489, 2º, do Código de Processo Civil.

4 Conclusão

À guisa de conclusão, convém ressaltar: um programa estatal de permanente monitoramento de todos os cidadãos repercute sobre a própria peculiaridade do Estado Democrático, trata-se de sistema que afugenta o princípio republicano da liberdade, como direito fundamental do cidadão em suas diversas manifestações.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Por uma teoria do poder destituente*. Disponível em: <https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BATTELLE, John. *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. UK: Hachette, 2011.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e à proteção de dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

FERRIANI, Luciana de Paula. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

FONTES, Paulo G. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONZALES, Douglas C. O argumento econômico na análise judicial. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, 23. ed., p. 50-75, jun./jul. 2018.

GUEDES, Philipe. Governo de SP muda edital que previa contratar empresa para monitorar apoiadores e críticos nas redes sociais. *G1 – São Paulo*, 12 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/12/governo-de-sp-muda-edital-que-previa-contratar-empresa-para-monitorar-apoiadores-e-criticos-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: LM&PM, 2020.

JOHN, Richard. *When did americans stop being antimonopoly?* Disponível em: <https://promarket.org/americans-stop-antimonopoly-q-richard-r-john/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

KELLY, Kevin. *Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o nosso mundo*. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017.

LARSON, Christina. *Who needs democracy when you have data?* Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611815/who-needs-democracy-when-you-have-data/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de João F. Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. New York: Basic Books, 2018.

MURILLO, Javier. *La democracia y el ojo de Sauron*. Disponível em: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/javier-murillo/la-democracia-y-el-ojo-de-sauron>. Acesso em: 27 fev. 2020.

NUNES, Dierle. *A tecnologia no controle das massas em processos decisórios*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/dierle-nunes-tecnologia-controle-massas-processos-decisorios>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPPU, 2016.

STOLLER, Matt. *Tech companies are destroying democracy and the free press*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

TAVARES, André Ramos. APP's e plataformas *on line* na intermediação econômica no Brasil. *Revista de Direito Constitucional & Econômico*. Unialfa, v. 1, jan./jun, 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth M. G. *Lei geral de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZUBOFF, Shosana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.