

O PROBLEMA DA HETEROFORMAÇÃO DA IDENTIDADE DIGITAL: FUNDAMENTOS PARA O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Eder Fernandes Monica
Universidade Federal Fluminense

RESUMO

Este artigo destaca o retorno do problema da heteronomia no Direito, não mais no contexto da transição para o Direito moderno “desencantado”, mas dentro das preocupações com as violações de nossas liberdades privadas na sociedade digital. Para isso, debate inicialmente a formação teórica da “liberdade dos modernos” e as questões que sedimentaram a noção de autonomia privada, instrumento importante para a proteção do sujeito e de suas liberdades, no marco da tradição jurídica ocidental. Posteriormente, trabalha o conceito de “heteroformação da identidade digital”, demonstrando as vulnerabilidades às nossas liberdades individuais decorrentes da ascensão das tecnologias digitais. Por fim, justifica a importância do princípio da autodeterminação informativa para fundar uma nova era de proteção do sujeito em ambientes digitais. Para garantirmos a autonomia do “sujeito de direito digital”, dentro das premissas dessa autodeterminação informativa, precisamos avançar no debate sobre que direitos individuais teremos para esse novo sujeito e quais os instrumentos jurídicos serão mais efetivos na proteção de sua autonomia. Enquanto proposta ensaística, o artigo trabalha com uma metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e com análises críticas para oferecer alternativas teórico-conceituais para os problemas destacados.

Palavras-chave: Heteronomia. Identidade digital. Sujeito de direito digital. Autodeterminação informativa.

THE PROBLEM OF DIGITAL IDENTITY HETEROFORMATION: FUNDAMENTALS FOR THE PRINCIPLE OF INFORMATIONAL SELF- DETERMINATION

ABSTRACT

This article highlights the return of the problem of heteronomy in Law, no longer in the context of the transition to modern “disenchanted” Law, but within concerns about violations of our private freedoms in the digital society. For this, it initially debates the theoretical formation of the “freedom of the moderns” and the issues that cemented the notion of private autonomy, an important instrument for the protection of the subject and his freedoms, within the framework of the western legal tradition. Later, he works on the concept of “digital identity heteroformation”, demonstrating the vulnerabilities to our individual freedoms arising from the rise of digital technologies. Finally, it justifies the importance of the principle of informative self-determination to found a new era of subject protection in digital environments. To guarantee the autonomy of the “subject of digital law”, within the premises of this informative self-determination, we need to advance the debate on what individual rights we will have for this new subject and which legal instruments will be more effective in protecting their autonomy. As an essay proposal, the article works with a broad bibliographic review and critical analysis to offer theoretical-conceptual alternatives to the highlighted problems.

Keywords: Heteronomy. Digital identity. Subject of digital law. Information self-determination.

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 02/07/2021

INTRODUÇÃO

O indivíduo, ao habitar os ambientes digitais, como a Internet e os aplicativos digitais, é, em sua estrutura física, um amontoado de dados binários reunidos segundo estruturas de programação computacional para recomponem sentidos identitários, estéticos e simbólicos do indivíduo analógico. Nesse sentido, podemos afirmar que o “sujeito digital” é um sujeito informacional e a reunião de informações sobre ele formam sua identidade digital. Ou seja, ele é o resultado da aglutinação de dados em padrões funcionais de reconhecimento, desdeos meramente informacionais, como os dados sobre as características pessoais e singulares dos sujeitos, até os padrões visuais usados para o reconhecimento e individualização dos sujeitos – como os avatares: os “corpos digitais” que são figuras gráficas para a simulação de identidades analógicas no mundo digital.

Em um sentido mais individual e, inicialmente, sem qualquer avaliação crítica profunda, a construção da identidade digital do sujeito é um terreno de aparente liberdade, já que muitas plataformas de relacionamento e aplicativos digitais permitem aos usuários a construção de perfis a partir das suas próprias preferências, dando-lhes a oportunidade de selecionar as características pessoais que lhes sejam mais aprazíveis para serem apresentadas e de excluir aqueles elementos que preferem deixar ocultos ao público. Nesse nível meramente individual e acrítico, podemos perceber elementos mínimos de uma autodeterminação identitária nessa seleção de preferências pessoais para a identificação digital dos sujeitos. Em alguns casos, essa identificação não precisa corresponder com nossa identidade analógica. Entretanto, em muitas situações, a correspondência se faz necessária, principalmente quando estamos diante de abusos e violações, tanto por parte do próprio sujeito que forja uma identidade para ações abusivas e ilegais, quanto por parte de terceiros ao interferirem na privacidade, liberdade e autonomia dos sujeitos em ambientes digitais. No primeiro caso, a correspondência entre o analógico e o digital é necessária para a responsabilização dos indivíduos que se escondem atrás de perfis falsos ou desidentificados para realizar atos abusivos ou ilegais. No segundo caso, essa correspondência serve para a própria proteção dos indivíduos quando forças externas violam seus direitos individuais, afetando sua liberdade.

O tema que vou investigar aqui é justamente esse segundo caso, o da violação dos nossos direitos individuais em ambientes digitais por parte de sujeitos externos, especificamente quando usam nossos dados pessoais para a ingerência em nossa vontade e autonomia decisória. Para a situação de interferência externa na tentativa de manipular nossa capacidade decisória uso o conceito de “heteroformação de nossa identidade digital”. Com ele, quero me unir àquelas análises que constataam que a identidade *on-line* não está sendo definida desde a autonomia da pessoa, mas de modo heterônomo, ou seja, imposta externamente por agentes ou ações que manipulam ou

configuram a identidade da pessoa segundo preceitos que não advêm de sua própria liberdade de escolha, o que põe em questão a tradição de proteção aos nossos direitos individuais e ao direito ao livre desenvolvimento de nossa personalidade.

Para debater os fundamentos justificatórios do princípio da autodeterminação informativa, foco desse artigo, trabalho com a hipótese de que o resgate da autonomia privada em ambientes digitais é possível a partir da efetivação do princípio da autodeterminação informativa, base das regulamentações sobre proteção de dados pessoais, e da expansão da noção dos direitos individuais e da proteção do sujeito de direito para ambientes digitais, com suas devidas adaptações. Num primeiro momento, faço uma síntese do conceito de sujeito moderno e da tradição dos direitos individuais enquanto elementos normativos protetivos de nossa autonomia privada, apontando os problemas advindos da emergência das tecnologias digitais e de sua afetação aos sujeitos digitais. Em seguida, desenvolvo a problemática da “heteroformação da identidade do sujeito digital”, destacando o seu contexto e suas principais questões. Por fim, todo esse conjunto apresentado é a justificativa para o uso do princípio da autodeterminação informativa como guia para as regulamentações de proteção de dados, servindo como instrumento de resgate da autonomia privada do sujeito no mundo digital se entendido como continuidade das promessas modernas de proteção do sujeito dentro da tradição dos direitos individuais. Enquanto proposta ensaística, utilizo-me de uma metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e de análises críticas para oferecer novas oportunidades de alternativas teórico-conceituais para os problemas destacados.

1. O SUJEITO MODERNO E SUAS LIBERDADES: CAMINHOS ATÉ O SUJEITO DIGITAL

O direito moderno tem como missão fundar suas bases normativas em uma justificativa pós-tradicional. Ele não pode mais se ancorar em tradições metafísicas ou religiosas; deve buscar suas bases racionais dentro de parâmetros democráticos e com o envolvimento de todos os afetados pelas normas jurídicas, e deve construir meios para compatibilizar a pluralidade de visões de mundo em sociedades complexas, que não admitem mais uma única metanarrativa para justificar nossa vida em sociedade. Assim, essa ordem jurídica moderna não se sustenta mais como o reflexo de uma ordem superior imposta de cima para baixo de modo heterônomo, como nas ordens anteriores baseadas em narrativas religiosas ou tradicionalistas. Quanto mais aumenta a complexidade social e quanto maior é o enfraquecimento das antigas estruturas justificantes de mundo, maior é a necessidade de substituição dessa obsoleta heteronomia tradicionalista por mecanismos jurídicos operados com base na autonomia dos sujeitos. Além disso, quanto mais se incute na cultura contemporânea a noção de

liberdade dos indivíduos, maior é o clamor pela autodeterminação de suas vidas, ou por meios para que o próprio sujeito tome as rédeas de seu destino e seja protegido das investidas externas em seu âmbito privado de liberdade.

Ao usar o conceito de heteronomia, pretendo fazer contraposição ao conceito de autonomia segundo a tradição filosófica kantiana e as definições que Kant trabalhou na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT, 2007). Com esse conceito, o filósofo explicava a situação em que um sujeito está subordinado à vontade de terceiros ou de uma coletividade, opondo-se à noção de autonomia, pela qual o sujeito exerceria sua capacidade de arbítrio e expressaria sua vontade de modo livre. Ou seja, em um contexto heterônomo, o sujeito está subordinado a uma lei exterior imposta pela vontade de outrem. É uma condição de submissão e obediência na qual as normas de conduta a serem observadas provêm de fora e não da nossa própria vontade. Em sentido jurídico, a condição da heteronomia é a de se submeter a valores e a tradições dadas desde antemão; já a condição da autonomia permite ao sujeito uma postura diferente: suas capacidades de refletir sobre as condições e possibilidades das normas que deve seguir são elementos necessários para um adequado manejo de um sistema democrático, o qual, via de regra, deve prover as possibilidades para que o sujeito crie ou dê anuência às próprias normas que ele deverá seguir, garantindo a autodeterminação das pessoas em função de princípios e valores morais que seriam justificados de forma racional, não apenas com base na tradição ou na imposição às cegas de normas costumeiras ou de fundo religioso.

É por isso que uma das tarefas do Direito moderno é a criação de estruturas institucionais para a realização dessa promessa de autonomia e de resguardo do sujeito contra investidas externas injustificadas ou não autorizadas, segundo as premissas desse “mundo desencantado”, ou seja, dentro de um contexto em que somente são legítimas as regras de conduta baseadas na racionalidade e na participação decisória dos afetados. Focando-nos apenas na formação da noção de indivíduo na modernidade e na constituição da noção do sujeito do direito moderno¹, podemos constatar que a construção de esferas de liberdade e autonomia é uma das principais marcas do desenvolvimento histórico do projeto da modernidade. Habermas (2003, p. 113-128), ao analisar a dogmática do direito civil no contexto alemão, aponta que a distinção que a teoria do direito moderno faz entre direito objetivo e direito subjetivo é resultado da decomposição das instituições tradicionais feudais,

¹O conceito de indivíduo é usado aqui para se referir à condição do ser humano enquanto um universal, ou seja, sua designação enquanto ser único, específico, distinto de outros e independente de sua vinculação a alguma ordem social, política ou jurídica. Já o conceito de sujeito, principalmente quando especificado como sujeito de direito, é usado para se referir à condição de um indivíduo que está submetido a uma determinada ordem normativa. No decorrer do trabalho, quando me refiro ao sujeito de direito digital, estou trabalhando com a percepção de que está em desenvolvimento uma nova ordem normativa para o âmbito digital e aqueles indivíduos que são afetados por sua normatividade precisam ser reconhecidos como indivíduos sujeitados a essa ordem, tanto para a consolidação de seus direitos, quanto para a caracterização de seus deveres e responsabilidades.

especialmente das religiosas, em um processo que ele intitulará como de “desencantamento do direito”. Essas instituições, que estavam acima da ordem jurídica, estabeleciam uma ordem objetiva única que não concedia aos seus sujeitos nenhum grau de disposição de vontade, pois ela se entendia como completa e portadora do sentido correto de mundo a ser observado.

O aumento da complexidade das sociedades, a difusão das dinâmicas de mercado que privilegiam a vontade do indivíduo enquanto consumidor, a diminuição da autoridade das religiões na definição dos sentidos da vida coletiva e a solidificação de concepções normativas de indivíduo, principalmente as de tradição liberal que fundem a noção de liberdade com a noção de indivíduo, formaram o pano de fundo para uma nova dimensão objetiva do direito, pela qual todos os sujeitos de uma comunidade jurídica são vinculados a uma ordem genérica e abstrata, válida para todos, e para uma dimensão subjetiva dessa ordem, que concede liberdades jurídicas para os sujeitos desse direito agirem individualmente com base em sua própria autonomia decisória. Inicia-se toda uma longa trajetória de refundação do Direito em pilares sustentados pela preocupação com a autonomia decisória do sujeito, em que os destinatários das normas jurídicas seriam, por sua vez, também os seus próprios autores, superando, em determinada medida, os problemas referentes à condição de heteronomia do Direito baseado na tradição ou nos costumes.

Esse início da dogmática do direito civil², que teve como contexto a disputa teórica sobre a primazia entre os direitos subjetivos e direitos objetivos³, sedimentará uma tradição jurídica que vai se libertando paulatinamente das bases tradicionais antigas, tendo por objetivo a realização do projeto de promoção da liberdade e autonomia dos indivíduos, principalmente com a separação entre os interesses públicos, justificáveis quando de interesse de todos, e os âmbitos das liberdades privadas, protegidas das investidas externas e resguardadas pela própria ordem jurídica como local da realização livre dos interesses dos indivíduos, desde que permitidos pelo ordenamento jurídico por intermédio do binarismo da legalidade e da ilegalidade instituído pelo direito positivo. Independentemente dos lados dessa disputa teórica e das fundamentações que esses teóricos encontram para a precedência dos direitos - disputa que será sintetizada na tensão entre as

² Essa tradição alemã da dogmática do direito civil conta com um profundo debate sobre a tensão entre os polos do direito objetivo e do direito subjetivo, sendo os principais autores Savigny, Puchta, Windscheid, Ihering, Kelsen e Schmidt. Para um debate aprofundado sobre esse contexto, conferir a obra: WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

³ Essa disputa pode ser resumida em três grandes momentos, na síntese feita por Felipe Gonçalves Silva: a caracterização dos direitos subjetivos como uma transposição de mandamentos jurídicos objetivos ao poder de mando da vontade individual (Windscheid); os direitos subjetivos como um poder juridicamente protegido para a satisfação dos interesses (Ihering); os direitos subjetivos como uma autorização objetiva para uma liberdade de arbítrio estritamente delimitada (Kelsen). Conferir: SILVA, Felipe Gonçalves. **Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas**. Tese (doutorado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 60.

perspectivas liberais e republicanas do Direito -, o seu grande trunfo foi a concretização de mecanismos capazes de garantir a livre disposição das vontades individuais, que prescindem de uma motivação interna para a ação, protegendo os sujeitos de coações tanto físicas quanto subjetivas e psicológicas para o seu agir, firmando na história do direito moderno ocidental a nuclearidade dos direitos individuais em quase todos os sistemas jurídicos nacionais.

Essa institucionalização das fronteiras entre o sujeito e o seu exterior delimitaria a própria noção de autonomia privada, esse espaço em que o sujeito teria liberdade para instituir as regras para o seu próprio agir livre de coações ou manipulações externas que poderiam advir tanto de outros sujeitos privados, quanto das autoridades políticas da sociedade. A maioria dos sistemas jurídicos nacionais ocidentais passou a adotar regras constitutivas das esferas de liberdades individuais como parte de uma exigência quase que natural para a gestão das práticas jurídicas cotidianas, independentemente das ideologias políticas dominantes, tanto as liberais, quanto as republicanas e socialistas.

Observando o início desse contexto da configuração e institucionalização de um novo sentido de liberdade, Benjamin Constant, em um escrito de 1819, cunhou o conceito de “liberdade dos modernos”, ou seja, uma liberdade específica decorrente das revoluções burguesas modernas, que se contrapõe à “liberdade dos antigos” (CONSTANT, 1985). Essa liberdade moderna é resultado de práticas sociais novas, que buscam a satisfação das necessidades e desejos dos indivíduos, guiados por um amor pela independência individual. O estabelecimento progressivo do comércio, dentro da ascensão dominante do capitalismo, fez com que as formas de felicidade particular se multiplicassem e desenvolveu a crença de que a realização desses desejos privados dependesse exclusivamente dos esforços de cada um. O gozo dessa independência privada e a busca pela satisfação dos interesses particulares exigiria limitações às autoridades políticas por meio de garantias institucionais, como a positivação dos direitos individuais.

Na leitura de Isaiah Berlin (2002) sobre o argumento de Constant, essa liberdade passa a ser lida como “liberdade negativa”, por ter a função de negar acesso às áreas privadas dos indivíduos. Ela exigiria uma outra tarefa da modernidade: a de estabelecer a separação entre o público e o privado por intermédio dos direitos individuais, que seriam o instrumento jurídico de proteção dos sujeitos de direito contra a autoridade pública e teriam o caráter de direitos inegociáveis, ficando fora do debate público por serem entendidos como direitos pré-políticos, anteriores a qualquer vinculação societária dos indivíduos. A distinção entre o público e o privado demanda do poder público a tarefa de definir que aspectos da vida do sujeito são privados e, por isso, serão protegidos da interferência alheia, seja ela de qualquer tipo ou advinda de qualquer pessoa. Historicamente, esse conteúdo da esfera privada tem ligação com a noção liberal a respeito dos direitos individuais, marcada por uma preocupação

profunda com os abusos de poder por parte dos agentes políticos da sociedade: a proteção da liberdade e livre consciência do indivíduo; a garantia da propriedade privada e do núcleo familiar de características burguesas; e a vida e a integridade corporal dos sujeitos⁴.

Em sentido semelhante, a ordem jurídica internacional foi se pautando pelo discurso dos direitos humanos que, geralmente, constitui-se como um instrumento supranacional de promoção das liberdades individuais e de limitação do poder soberano dos Estados nacionais, enquanto instrumento protetor da esfera de liberdades privadas dos sujeitos individuais, independentemente da vinculação desses sujeitos a uma determinada sociedade jurídica. Ao analisarmos mais a fundo esse contexto, verificamos que as raízes desse Direito moderno estão ancoradas na própria fundamentação desenvolvida pelos autores contratualistas que se valeram das ficções do estado de natureza como subterfúgio racional para a justificativa do Estado e do Direito no início do processo de desacoplamento do Direito em relação às ordens tradicionais medievais e religiosas. O próprio discurso sobre os direitos humanos e individuais encontra suas bases na tradição liberal que nos remonta a Locke e aos jusnaturalistas quando justificam a existência de direitos inatos ao ser humano, já presentes no estado de natureza⁵.

Nesse contexto, observamos uma conexão profunda entre o projeto de autonomia do sujeito pelo Direito e as estruturas jurídicas liberais, que se valeram da noção de direitos humanos e de direitos individuais para constituírem a esfera protetiva do sujeito, resguardando, nesse núcleo de privacidade, as condições para o exercício de sua liberdade e de sua autonomia sem a interferência de elementos externos. Em contrapartida, na separação entre o público e o privado, sedimentou-se a esfera pública como o espaço deliberativo sobre os rumos e caminhos que uma determinada sociedade tomará em nome do interesse coletivo fundado agora em bases racionais e democráticas. Por isso, a modernidade e a tradição liberal potencializaram a individualidade como uma das características mais marcantes dos sistemas jurídicos ocidentais. Como destacado por Rodotà, a “privacidade configura-se assim como uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la sobretudo graças às transformações socioeconômicas relacionadas à Revolução Industrial” (2008, p. 26).

Essa ascensão da burguesia, juntamente com a construção desse novo espaço da privacidade, trouxe a necessidade de se configurar uma nova forma de intimidade, que seria o conteúdo profundo

⁴ Existem muitas críticas a essa tradição liberal de compreensão do sentido de esfera privada, principalmente caracterizando suas insuficiências e incapacidades para lidar com a realidade da desigualdade fática entre as pessoas. Não é a meta desse trabalho debater tais insuficiências e propostas alternativas, pois, para os objetivos aqui pretendidos, é suficiente a constatação de que essas liberdades individuais passaram a compor a tradição jurídica ocidental e que as afetações à liberdade e à privacidade no ambiente digital precisam ser levadas a sério, pois são problemas específicos de uma cultura jurídica e de uma forma social de se compreender enquanto sujeito de direito.

⁵ Para um panorama dos fundamentos da ordem jurídica moderna, conferir, principalmente a Parte I da obra: GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

da privacidade e que tem relação direta com três eixos analíticos: urbanização crescente, incremento dos mecanismos de governamentalidade do sujeito e expansão do capitalismo. O fenômeno da urbanização da sociedade trouxe uma maior proximidade entre as pessoas em decorrência do crescimento da densidade populacional dos espaços urbanos, aumentando também a percepção a respeito da necessidade de limites físicos para a salvaguarda da individualidade dos sujeitos. Além disso, a engenharia social necessária para responder à crescente complexidade social é marcada pelo avanço de mecanismos de governamentalidade do sujeito, principalmente aqueles relacionados com o controle populacional e com os sistemas de vigilância e segurança social. Essa governamentalidade crescente sobre o sujeito também ajudou na busca de instrumentos protetivos frente aos abusos de poder, firmando a necessidade da positivação dos direitos individuais nas ordens jurídicas constitucionais. Por último, a expansão e a hegemonia do modo de produção capitalista incorporaram à cultura econômica sua finalidade lucrativa e fez do consumo uma necessidade social, inculcando nos indivíduos os seus ideários, como a satisfação dos desejos pessoais, a autorrealização e o empreendedorismo, todos guiados pelos princípios do livre mercado. Nesse contexto, podemos dizer que o indivíduo só poderá usufruir de sua liberdade se tiver o resguardo de seu espaço privativo para o desempenho de sua autonomia. Por isso, esses três conceitos estão interligados e são as perspectivas de um fenômeno mais amplo, que é a própria realização dos sentidos de liberdade dos modernos dentro da tradição jurídica liberal.

No sentido mais pessoal, esse espaço reservado para a privacidade também se manifesta como uma forma de expressão da personalidade dos sujeitos. Como sintetizado por Cancelier, buscase também um “espaço que permita a diferenciação do indivíduo perante a sociedade” (2017, p. 216). A oposição entre o privado e o público permite que o sujeito desenvolva sua personalidade e suas características pessoais em contraste com o mundo externo e social. Assim, dentro das condições dadas pela modernidade, a construção da identidade do indivíduo depende, em grande medida, dessa esfera protetiva de sua individualidade, garantindo que suas escolhas, preferências e determinações pessoais possam ser exercidas livremente. Nesse âmbito, a autonomia privada, quando voltada para os tratos pessoais, deve exercer sua eficácia máxima, gerando condições satisfatórias para a autodeterminação identitária dos sujeitos. Esse ponto é importantíssimo para o objeto de estudo deste artigo e será retomado nos tópicos subsequentes, já que o seu ponto fulcral é exatamente a extensão das possibilidades de autodeterminação dos sujeitos nos ambientes digitais como mecanismo de enfrentamento dos problemas de heteronomia no mundo digital.

Voltando ao contexto do desenvolvimento da privacidade na modernidade, ao mesmo tempo em que o século XX promoverá a positivação e incorporação do direito à privacidade nos ordenamentos jurídicos nacionais, ocorrerá a expansão desse direito e a sua consolidação enquanto

parte de uma cultura de proteção do sujeito e de promoção de meios para a sua autodeterminação livre e desimpedida. Um pouco antes da virada do século passado, juristas estadunidenses já vinculavam a noção de privacidade com o “direito de estar só”, mesmo que atrelassem essa preocupação com os problemas específicos da intimidade da alta burguesia, como ressalta Rodotà (2008, p. 28). De qualquer forma, já se apontava uma preocupação com a tutela da personalidade humana⁶, na medida em que se buscavam meios para a defesa jurídica do direito de não ser incomodado em sua intimidade. O artigo pioneiro de Warren e Brandeis (1890) já apontava que o advento das tecnologias modernas, como as fotografias instantâneas e as empresas de comunicação, estava afetando a preservação do espaço privado. Debatendo esse contexto, Doneda (2000, p. 40) argumenta que o desenvolvimento da tecnologia trouxe, além de todas as benesses e vantagens de suas funcionalidades, uma redefinição dos limites do direito à privacidade, principalmente pelo modo como abriu ao público questões que antes estavam restritas apenas ao círculo das pessoas mais próximas ao sujeito.

Stefano Rodotà (2008) destaca que a idade de ouro da proteção à privacidade dos sujeitos ocorreu na segunda metade do século XIX, um momento em que havia uma grande centralização do modelo liberal jurídico clássico em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Mas esse cenário burguês de formação da noção moderna de privacidade fez com que os mecanismos de proteção do sujeito tivessem mais eficácia em relação à elite social, gerando uma desigualdade de tratamento entre os sujeitos. Essa desigualdade foi alvo de muitas críticas durante o século XX, mas foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial que os Estados passaram a atualizar a noção jurídica de direitos individuais, na tentativa de resolver as insuficiências de sua aplicabilidade para uma sociedade complexa e multifacetária, que não se resumia apenas ao modelo burguês de sujeito. Outros âmbitos foram abarcados pela proteção da privacidade, na tentativa de consolidar a percepção de que a privacidade teria relação direta com o exercício da liberdade e que tudo aquilo que compusesse essa estrutura deveria receber sua proteção, já que são também essenciais para o desenvolvimento e livre exercício da personalidade do indivíduo. Como destaca Cancelier (2017, p. 219), a relação do indivíduo e da sociedade com os espaços público e privado passou por mudanças significativas, aumentando o interesse e promovendo a democratização do direito à privacidade. Ele

⁶Samuel Warren e Louis Brandeis publicam em 1890 o famoso artigo *The right to privacy*, que se tornou um dos marcos sobre o início da história do direito à privacidade. A motivação de fundo para a escrita desse artigo foi a divulgação não autorizada de fatos íntimos do casamento da filha de Warren, uma preocupação específica da alta sociedade burguesa dos Estados Unidos, mas que tem ligação direta com o início da tutela sobre a intimidade e a personalidade humanas. Para o artigo dos autores, conferir: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, dezembro de 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

vai “expandindo suas fronteiras, alcançando novos sujeitos, englobando diferentes objetos e se tornando presente em locais com ele antes incompatíveis”.

No contexto atual, percebemos que o desenvolvimento avançado das tecnologias digitais tem posto à prova a continuidade e existência do direito à privacidade no âmbito digital, bem como nossas liberdades individuais fundamentais. A “relação entre identidade livremente construída pelo sujeito e a intervenção de terceiros, com uma atividade crescente, tem dado um giro total devido às mudanças tecnológicas nas modalidades de tratamento das informações pessoais” (RODOTÀ, 2014, p. 293). Nesse sentido, o próximo tópico debate o contexto da heteroformação da nossa identidade digital para, em sequência, debatermos as recentes tentativas de enfrentamento desse problema.

2. A HETEROFORMAÇÃO DA IDENTIDADE DIGITAL: PROBLEMAS DE UMA NOVA ERA

Ao analisar a privacidade nos tempos de hoje, Stefano Rodotà (2008, p. 25) aponta a necessidade de se ampliar o conceito de privacidade em uma sociedade altamente digitalizada. Percebendo o fenômeno da digitalização como algo que está ocorrendo dentro de um quadro global, não é mais possível considerar as técnicas jurídicas de preservação da privacidade apenas pelos extremos do espaço de “recolhimento” do sujeito e pela esfera pública em que tudo é transparente e acessível, ou entre a proteção à casa e ao refúgio da intimidade e os locais de acesso público irrestrito. Esses extremos tendem a ser situações cada vez mais distantes da realidade de uma vida na sociedade digital, pois elas refletem uma forma específica de sociedade urbana e burguesa, baseada na proteção a uma individualidade com técnicas que não possuem potência efetiva para lidar com os problemas dessa nova realidade. Nesse sentido, Doneda (2008) destaca que o direito à privacidade não pode mais se resumir à liberdade negativa ou se encaixar nas antigas distinções entre o público e o privado, principalmente em decorrência das transformações espaciais operadas pelas novas tecnologias.

As atuais tecnologias da informação e da comunicação - as chamadas TICs -, principalmente aquelas operacionalizadas pelos aparatos digitais, devassaram os antigos limites entre o público e o privado, acessando informações que antes eram praticamente impossíveis de serem alcançadas por sujeitos alheios ao convívio de um determinado indivíduo. Esse acesso mais penetrante e as possibilidades avançadas de difusão e de publicização das informações fez com que as antigas proteções à privacidade se tornassem obsoletas. Com o advento da Internet, as informações sobre as pessoas, antes restritas ao âmbito privado, tornaram-se informações possíveis de serem acessadas por todo aquele que detém o conhecimento técnico especializado para sua coleta e processamento, ficando disponíveis para os mais variados fins, muitas vezes sem a anuência ou consentimento dos

seus titulares. Além disso, a expansão da Internet enquanto principal meio de comunicação e de conectividade entre as pessoas nos levou a uma profunda dependência desse instrumento comunicacional, sendo hoje um dos principais meios para a sociabilidade e para as demais tarefas da vida pública.

Essa onipresença da Internet e das tecnologias digitais exigiu que transferíssemos praticamente todos os dados de nossa vida para o mundo digital, abandonando os antigos meios analógicos para a proteção de nossas informações pessoais. Deixamos nossos rastros eletrônicos por todos os lugares em que navegamos na Internet. Os sistemas de *Big Data* coletam todos esses dados, armazenando-os e processando-os para os mais variados fins⁷. E esse rápido processo de digitalização da sociedade, sem a devida preparação e tempo necessário para a nossa adaptação, está fazendo com que percamos a consciência em relação à expansão do uso das tecnologias digitais, que passaram a decidir por nós, corroendo nossa autonomia e produzindo o fenômeno que Hildebrandt definiu como “inconsciência digital” (HILDEBRANDT, 2015). Essa “inconsciência” se destaca principalmente dentro da heteroformação da nossa identidade digital: ainda não temos noção correta do quão prejudicial tem sido essa interferência constante em nossa privacidade e liberdade individual.

Esses dados coletados pelos sistemas de *Big Data* geram material para um novo mercado, um capitalismo baseado em dados que são usados por empresas para alcançarem novas oportunidades de lucro. Por um lado, essas empresas buscam conhecer melhor o seu mercado de consumo com base em nossas navegações pela Internet e em nossas preferências de consumo extraídas a partir de nossos rastros digitais, que muitas vezes são usados sem o consentimento e conhecimento dos próprios sujeitos. Por outro lado, ao entender melhor os perfis⁸ dos seus potenciais consumidores, induzem, por intermédio de propagandas direcionadas, um determinado comportamento de consumo, promovendo modulações comportamentais que passam despercebidas pelos destinatários, impondo, desde fora e secretamente, vontades e desejos aos sujeitos de modo heterônomo, ferindo sua capacidade de autonomia.

Há um uso muito controverso de nossos dados pessoais, algo que tem ensejado toda uma preocupação com a adoção de legislações protetivas dos nossos dados pessoais. Segundo Nick Srnicek (2017), com esse “capitalismo de plataforma” estaríamos em um novo regime de acumulação de capital operado por um novo modelo organizacional de sociedade e marcado pela exploração

⁷ Para uma crítica a respeito do uso do conceito de *big data*, seus exageros e imprecisões e o impacto epistemológico ocorrido principalmente nas ciências sociais, com a mudança das metodologias de análise estatística, conferir: BOYD, Danah & CRAWFORD, Kate. Critical Questions for Big Data: provocations for a cultural, technological and scholarly phenomenon. In: **Information, Communication & Society**. Vol. 15, n. 5, junho de 2012, pp. 662-679.

⁸ Há várias empresas especializadas em *profiling*, as chamadas *data brokers*. Elas apenas coletam, analisa, e processam perfis de usuários para vender essas informações a outras empresas.

econômica dos dados, pelo qual as empresas privadas explorariam economicamente os dados dos sujeitos utilizando-se das plataformas tecnológicas criadas pelas grandes empresas de tecnologia. No caso, os dados pessoais digitais e as informações psíquicas e emocionais dos sujeitos seriam a principal moeda desse novo modelo de negócio. Ele extrai dessas informações, que nem sempre são concedidas de modo consentido e com o conhecimento preciso sobre suas finalidades, perfis de consumo, preferências e tendências de mercado que, uma vez devidamente analisados e processados por especialistas, permitem a manipulação e controle dos comportamentos dos consumidores, que são orientados para os fins específicos da empresa em uma determinação heterônoma de suas vontades.

Novos modelos de negócios são constituídos ao se extrair e processar dados que possuem valores psíquicos e emocionais dos sujeitos, dentro de uma “economia psíquica dos algoritmos”(BRUNO, 2018)⁹. A captura de nossas emoções abre espaço para novas especialidades de mercado, como o *design* de emoções e o uso avançado de tecnologias de inteligência artificial, utilizadas para a criação de perfis de mercado que conduzem as condutas de consumo por intermédio de padrões supraindividuais ou interindividuais que permitem fazer previsões em larga escala. Essa modulação ou indução do comportamento dos consumidores afeta sua autonomia decisória justamente porque essa indução é formatada a partir de perfis padronizados e interesses econômicos externos e operacionalizada por novos mecanismos de *marketing* personalizado operados dentro das plataformas digitais. É precisamente nesse aspecto que falamos de uma heteroformação da identidade do sujeito e não apenas de sua vontade. Essa manipulação de dados se baseia em perfis específicos de indivíduos que não são resultantes dos elementos reais que os caracterizam. Como aponta Parra (2016), o perfil importa mais do que o indivíduo que está por trás dele. Via de regra, esse sistema de coleta de dados não tem a intenção de excluir completamente a liberdade do indivíduo, mas a de saber o que ele desejaria dentro desse perfilamento de disposições de consumo e de se antecipar à sua decisão, oferecendo aquilo que ele provavelmente iria desejar consumir ou induzindo a sua decisão a partir de modulações de comportamento que provavelmente afetarão o seu poder decisório.

Se com base em nossos gostos e de acordo com técnicas de *online behavioradvertising*(publicidade comportamental *on-line*) nos mostram e nos oferecem produtos (de todo tipo, música, ócio, viagens, consumo...) que se encaixam ou coincidem com nossas preferências como consequência da coleta de dados que se

⁹ Por “economia psíquica dos algoritmos”, Bruno entende o investimento contemporâneo, tecnocientífico, econômico e social em processos algorítmicos de captura, análise e utilização de informações psíquicas e emocionais extraídas de nossos dados e ações em plataformas digitais (redes sociais, aplicativos, serviços de *streaming*, plataformas de compartilhamento e/ou consumo de conteúdo audiovisual etc.). As informações que interessam ao veloz capitalismo de dados não são mais apenas os rastros de nossas ações e interações (cliques, curtidas, compartilhamentos, visualizações, postagens), mas também sua “tonalidade” psíquica e emocional. É esta economia psíquica e afetiva que alimenta as atuais estratégias de previsão e indução de comportamentos nas plataformas digitais (e, eventualmente, fora delas). Conferir: BRUNO, Fernanda. A economia psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo. In: **NEXO Jornal**, Brasil, 12 jun. 2018, p. 1-3.

faz da nossa vida na Internet, o certo é que com grande probabilidade nos sentiremos cômodos com o que se nos oferece, mas se fechará ou ao menos não se facilitará o acesso a outros produtos que podem enriquecer nossa personalidade. A longo prazo e de forma quase despercebida pode chegar a condicionar e, inclusive, definir desde fora a personalidade do ser humano, que pouco a pouco passa a ser mais controlável e maleável. (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 102).

Estamos diante do que se convencionou chamar de “gestão algorítmica da conduta”, que estrutura toda uma dinâmica de captura e uso de dados e que se realiza por intermédio de modelos de gestão de condutas operados pelos códigos digitais. Esses modelos podem variar em intensidade na modulação da capacidade decisória dos indivíduos: vão desde modelos preditivos que se preocupam apenas com a previsão e construção de mapas sobre comportamentos de consumo possíveis e futuros, até modelos mais invasivos, como os de captura ou de engajamento, que intervêm no fluxo das condutas dos sujeitos, desde recomendações sutis até o uso de instrumentos computacionais para alteração de crenças e comportamentos (BRUNO *et al*, 2019). Nesse ponto, estamos diante de uma “identidade algorítmica” (CHENEY-LIPPOLD, 2017), um tipo de individualidade que passa muito longe da individualidade corpórea dos indivíduos em sua vida fora do âmbito digital, baseada em “estereótipos de performances específicas”.

Como aponta Marina Borges (2020), essa tecnologia de coleta de dados fundada em algoritmos promove uma forma avançada de *marketing* a partir das informações coletadas dos sujeitos. Oferece um produto que seja aquilo que o consumidor “desejaria”, ou manipula os desejos do consumidor para que ele deseje o produto que está sendo oferecido. Quanto mais se avança com as tecnologias de *Big Data* e inteligência artificial para processamento de dados, mais preciso se torna esse processo de *marketing* personalizado, com implicações profundas na autonomia do sujeito, principalmente em decorrência das possíveis manipulações de sua vontade operada por mecanismos que lhe são externos, como é o caso do mercado interferindo e manipulando a autonomia dos sujeitos consumidores. Atualmente, os mecanismos internos de operação dos algoritmos das empresas privadas são secretos, segundo as dinâmicas do mercado que impõem uma legislação protetiva da liberdade do comércio que se estende também para os códigos, com a justificativa de que a proteção da propriedade intelectual e industrial das empresas é essencial para esse modelo de negócios e para a proteção da concorrência. Entretanto, a consequência para os indivíduos é a monetarização da privacidade, já que esse modelo de negócio está operando com base nos dados compartilhados em rede. A própria autora argumenta que o capitalismo está transformando o “eu” em material lucrativo, sendo que a mercantilização da identidade tem um péssimo revés que é a redução da proteção à privacidade.

No campo político, temos consequências semelhantes. O monitoramento de usuários de plataformas de relacionamento tem permitido a extração de perfis para fins eleitorais, manipulando o eleitorado em sua capacidade de escolha política¹⁰. Aqui, o grande problema é que o eleitor é entendido como um “mercado de consumo” ou colocado na posição de consumidor de plataformas políticas partidárias (BORGES, 2020, p. 164-170) no mesmo patamar da atuação das empresas privadas dentro do “capitalismo de dados”, sendo que os partidos políticos e candidatos usam os dados dos sujeitos para construir estratégias de convencimento e de conquista de novos territórios eleitorais, compreendendo as preferências, características e anseios de determinado nicho eleitoral. Esses dados são manipulados e processados tendo em vista ações estratégicas eleitorais, que afetam diretamente a autonomia dos sujeitos no momento de decidirem sobre as propostas políticas dos seus candidatos.

Em relação aos aparatos estatais de controle e governança do sujeito, estamos diante de novas técnicas para uma governamentalidade digital, que estabelece um aprofundamento do controle dos agentes governamentais perante os cidadãos. As administrações públicas vêm adotando com muita intensidade sistemas de vigilância para a melhoria da segurança pública e dos processos de identificação civil, com avançados sistemas de bancos de dados para o gerenciamento das informações pessoais dos seus cidadãos, bem como sistemas automatizados de decisões administrativas e judiciais, sistemas de inteligência logística, espionagem e de melhoria das forças policiais e militares, dentre outros. E aqui se observa uma crescente aliança entre os governos e as entidades privadas para enfrentar os “desafios de uma sociedade baseada em dados”, como aponta Mantelero (2018), ao trabalhar as relações entre a cidadania e a governança digitais. A vigilância estatal é agora mais eficiente com o uso massivo das redes sociais e por intermédio das parcerias entre governo e empresas privadas de dados. Todas essas mudanças apontam para um poder muito maior dos Estados no controle de sua população. Isso nos leva a um risco maior de abusos de poder por parte dos agentes estatais e, necessariamente, uma reafirmação da necessidade de instrumentos protetivos do sujeito.

Em síntese, diante desses aspectos fáticos advindos tanto de empresas privadas, quanto das entidades governamentais, a identidade digital dificilmente pode ser definida a partir da autonomia da pessoa, mas sim de modo heterônomo. Cria-se uma “situação de dependência que determina a construção de uma identidade ‘externa’, e que qualifica a identidade com formas que reduzem o poder

¹⁰Um dos casos mais emblemáticos para a exemplificação desse problema ocorreu em 2016 com a Cambridge Analytica, que ganhou popularidade em todo o mundo, principalmente depois da punição que a justiça dos Estados Unidos impôs sobre a empresa Facebook. Uma rápida busca na Internet nos apresenta inúmeras notícias sobre o caso. O periódico El País mantém uma página específica para o caso Cambridge Analytica e outros casos decorrentes ou semelhantes. Conferir: <https://brasil.elpais.com/noticias/caso-cambridge-analytica/>

de governo do interessado” (RODOTÀ, 2014, p. 293). Estamos diante de uma “nova vulnerabilidade social” por causa de uma “identidade capturada” pelos mecanismos digitais algorítmicos (RODOTÀ, 2014, p. 307). Como argumenta Piñar Mañas, o “poder dos algoritmos pode configurar a identidade da pessoa, uma identidade controlada, desenhada e vigiada”, colocando em questão o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois as interferências externas podem reconduzir e até mesmo definir os gostos ou prioridades das pessoas. Essa tecnologia digital:

Pode perfilar com facilidade as pessoas e pode limitar o marco de seu desenvolvimento pessoal em um processo difícil de identificar e ante o qual pode resultar ainda mais difícil qualquer tipo de resistência, pois definitivamente o algoritmo vai adequar processos segundo nossos gostos, e por isso não será fácil objetar-se às indicações que dele derivem. Mas ao mesmo tempo pode cercar a abertura e diversificação da personalidade e, portanto, da própria identidade, pois definitivamente vai se empobrecendo a capacidade de abertura ao diverso e ao novo. (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 102).

Diante de todos esses aspectos, a identidade do sujeito digital e suas decorrentes liberdades individuais se tornaram um tema controverso no marco da sociedade digital. Se entendermos que o Direito a proteção à identidade se “configura como o direito a ser um mesmo e ser diferente dos demais”, que o direito à identidade pessoal é o “direito a que a proteção social da própria pessoa não sofra distorções como consequência da atribuição de ideias, opiniões ou comportamentos diferentes aos que a pessoa tem manifestado em suas relações vitais” e que a pessoa tem também o direito ao esquecimento digital, como meio de proteção da sua privacidade (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 96), então as interferências externas nesse âmbito protetivo do sujeito estão afetando o seu direito à identidade pessoal digital e a sua autodeterminação informativa. E como a identidade digital se define em função dos elementos que cada um quer que sejam ressaltados ou excluídos, a privacidade assume um papel de grande relevância, pois nos permite “manter e inclusive reivindicar ou fazer valer a identidade que queremos para nós ou a que realmente temos, e que paradoxalmente define assim mesmo a identidade que queremos mostrar exteriormente. A privacidade permite controlar o meu eu e expressar o eu que quero transmitir aos demais” (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 97-98).

A identidade a que me refiro se constrói fundamentalmente no entorno da realidade física. Mas pode assim mesmo trasladar-se ao entorno digital. Neste, confluem elementos que configuram tanto a identidade que cada um quer ou pretende se dar, como a que se outorga. O que ocorre é que no entorno digital a heteroformação da identidade depende de fatores que nem sempre operam no mundo físico ou o fazem de um modo muito diverso. Pois no entorno digital as possibilidades de conformar desde fora do próprio sujeito sua identidade e com isso sua personalidade são, sem dúvidas, muito mais numerosas e qualitativamente diversas (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 101).

Diante disso, Parra traz a importância de discutirmos um “direito a um futuro não-preocupado”, ou seja, a uma proteção dos dados pessoais a ponto de impedir a construção de um perfil estatístico que é utilizado para guiar nossas escolhas ou para nos incluir em determinadas categorias sociais ainda nem desejadas ou pensadas pelos sujeitos. Ele conclui apontando:

Por tudo isso, é importante pensarmos numa política para a proteção dos dados pessoais e nas garantias para o anonimato na rede. Porém, isso só dá conta de uma parte do problema. É absolutamente possível manter a governamentalidade algorítmica funcionando dentro do respeito àquilo que entendemos como "dados pessoais". Para enfrentarmos essa nova forma de poder, teremos que pensar em novas formas de regulação sobre a informação que é produzida, para além da dicotomia público-privado. Afinal, trata-se de discutir o que queremos fazer coletivamente com as informações que estão aí. Quais as possibilidades e o que queremos evitar? Talvez, tenhamos mesmo que pensar que a proteção dos dados pessoais não se refere mais ao indivíduo, mas sim à coletividade. Ou seja, com a crescente mediação das tecnologias digitais há toda uma nova partilha do mundo que se faz necessária, afinal a intermediação digital inaugura um novo território comum sob disputa. Uma alternativa seria pensarmos o ecossistema comunicacional de maneira análoga aos bens comuns (diferentemente do *commons* da perspectiva liberal ou neoinstitucionalista), traçando seu usufruto coletivo a partir de uma concepção renovada dos direitos no mundo digital (PARRA, 2016, p. 42).

O que percebemos é uma volta ao problema da heteronomia no direito. Como sair desse impasse? Seria possível a extensão dos mecanismos modernos para a produção da autonomia do sujeito para os ambientes digitais? A proposta dessa investigação vai no sentido de afirmar a possibilidade dessa extensão com base no princípio da autodeterminação informativa, que centraliza a preocupação com o sujeito na esfera digital. Por isso, os elementos apresentados até agora se configuram como uma tentativa de justificar a relevância desse princípio para a afirmação e garantia das liberdades individuais do sujeito digital.

3. A FUNDAMENTAÇÃO PARA O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Stefano Rodotà (2008, p. 17) identifica um processo evolutivo do conceito de direito à privacidade, que vai desde a ideia de ser deixado em paz, até os problemas atuais que envolvem o controle das informações pessoais nas tecnologias digitais - e é provável que a perspectiva mais contemporânea do direito à privacidade seja a garantia de controle das informações pessoais. Assim, percebemos nesse processo uma transformação do conteúdo do conceito de privacidade. Ele inicialmente estava centrado na instituição de mecanismos de proteção do espaço privado contra interferências alheias, uma proteção operada principalmente pela autoridade governamental responsável por garantir a inviolabilidade da privacidade. Agora, o conceito de privacidade está sendo

levado para o âmbito digital, com a intenção de se garantir condições para que o próprio indivíduo tenha poder e controle sobre suas informações pessoais, resguardando-lhe uma específica ação de autonomia: a autodeterminação informativa, ou seja, o poder para que ele possa gerir as informações específicas sobre sua pessoa, já que os ambientes digitais são ambientes informacionais e o sujeito digital nada mais é do que informações aglutinadas em torno de uma noção de identidade digital, que dá ao sujeito a possibilidade de ser reconhecido por suas informações específicas e tornadas únicas e particulares. Nesse sentido, Rodotà afirma que a privacidade caminhou da sequência “pessoa-informação-sigilo” para “pessoa-informação-circulação-controle” (2008, p. 93), sendo que, no último caso, a noção de autonomia é resgatada para que o sujeito possa ter controle e poder de definição sobre a coleta, o uso e o destino de suas informações pessoais.

Quando falamos de resgate da noção de autonomia e de rearticulação dos sentidos de privacidade para os tempos atuais é porque nas últimas décadas a força dos mecanismos de preservação de nossas liberdades foram reduzidas, principalmente quando nos referimos às tecnologias digitais. Segundo Rodotà (2008, p. 17), esse processo de mitigação tem ocorrido por três grandes razões: a) os atentados do 11 de setembro, nos Estados Unidos, levaram a um processo de afrouxamento das regras de privacidade, com a redução das garantias individuais fundamentais por meio de instrumentos legais emergenciais e excepcionais, como o *PatriotAct*¹¹, nos Estados Unidos, e até mesmo por decisões judiciais europeias de cessão de dados de passageiros suspeitos por parte de empresas aéreas; b) em decorrência do contexto de flexibilização das normas jurídicas promovidas pelo neoliberalismo, houve uma redução das garantias legais individuais, permitindo que o mercado extraia vantagens e construa novas estratégias econômicas para acessar as informações que antes eram protegidas pelas regras de proteção à privacidade dos sujeitos – algo que se aprofunda ainda mais nos meios digitais, no processo de coleta, processamento e uso dos dados dos consumidores digitais -; c) o advento de novas tecnologias digitais para a classificação, seleção, triagem e controle dos dados sobre os indivíduos, resultando numa proliferação desenfreada do processo de digitalização da sociedade, sobre a qual existem poucos instrumentos capazes de controlá-las, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional.

Esse novo contexto traz problemas nunca experimentados, o que torna o próprio conceito de privacidade, mesmo depois de todo o seu percurso evolutivo, inoperante para lidar principalmente com as novas tecnologias digitais. Em um sentido mais extremo, alguns chegam a defender o esgotamento das possibilidades de uso do conceito de privacidade, defendendo o uso do termo “pós-privacidade” na tentativa de descrever a condição de um mundo onde as concepções do analógico ou

¹¹Para acesso on-line ao documento: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>

do pré-digital sobre privacidade pessoal não são mais factíveis. Indo mais além, intitulam a era atual como a “idade da transparência”, dada a impossibilidade de se resguardar qualquer proteção à privacidade no ambiente digital¹². Entretanto, compreendo que a percepção de que a potência do conceito de privacidade se esgotou é apenas aparente. É provável que ela expresse mais uma tensão entre um paradigma jurídico moderno que tem se esgotado, especificamente por estarmos diante de transformações profundas na estrutura social, e as possibilidades ou de atualização desse paradigma para a sociedade digital ou de constituição de um novo paradigma que consiga dar conta das novidades do mundo presente. Nesse mesmo sentido, Kanashiro (2013, p. 30-31) argumenta que não se trata de compreender se a privacidade ainda existe ou se ela deixou de existir. O que devemos fazer é compreender os discursos, as forças e as práticas que hoje disputam o seu sentido, o seu valor e os modos de sua experiência, principalmente porque os agentes do poder e do mercado provavelmente têm um interesse nesse ocaso da privacidade, na destituição dos mecanismos protetivos do sujeito. E essa disputa é especialmente sensível no ambiente digital, como no caso da Internet. Devemos fazer um entrecruzamento de percepções sobre as disputas que ocorrem em torno da privacidade, principalmente as disputas políticas, econômicas, sociais, cognitivas e estéticas em função dos “bens” que ali circulam, tanto materiais, quanto imateriais, e de seus modelos de comunicação, circulação e produção de informação, conhecimento e cultura.

Esses novos problemas, que apontam para a insuficiência quase que completa dos mecanismos de proteção à privacidade, indicam que, no âmbito digital, principalmente na Internet, outros instrumentos precisam ser mobilizados para que se consiga garantir a preservação da identidade digital dos sujeitos e de seus âmbitos de privacidade e de liberdade digitais. Em se tratando de um ambiente informacional, o caminho encontrado para a proteção dos sujeitos é o da regulamentação de meios para a proteção dos dados pessoais e o da promoção da autonomia do sujeito no gerenciamento de suas próprias informações. Bruno Bioni (2018) chega a indicar que não estamos mais diante da mera evolução do conceito de privacidade, pois, mesmo que a proteção dos dados pessoais opere também com alguns aspectos da tutela à privacidade, ela não se restringe à separação entre o público e o privado, já que essa separação também não é muito clara no contexto digital e a restrição da proteção de dados à esfera da privacidade não seria suficiente para o tratamento dos

¹² O debate sobre o conceito de “pós-privacidade” ainda é muito incipiente, com poucas publicações científicas sobre o tema. O autor alemão Pircher Verdoffer Georg publicou um dos primeiros livros sobre o assunto: “Post-Privacy: Gesellschaftliche Chancen und Risiken einer aufkeimenden Transparenzkultur. AV Akademikerverlag, 2014. Outros autores têm publicado, de modo aberto na Internet, ensaios e notícias em periódicos sobre o tema. Apenas em caráter exemplificativo, temos nomes como Gary Younge (<https://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2012/apr/02/social-media-and-post-privacy-society>), Thomas A. Bass (<https://theamericanscholar.org/our-post-privacy-world/>), Bruce Craig (<https://medium.com/swlh/post-privacy-the-data-class-divide-f86a0c0ec7fc>), e Nova Spivack (<https://www.wired.com/insights/2013/07/the-post-privacy-world/>).

problemas indicados. Assim, com o avanço do uso de dados pessoais para as mais diversas finalidades e com seu impacto cada vez mais expansivo sobre as pessoas e sobre a própria sociedade, a proteção de dados pessoais tem se erguido como a arma de proteção da “própria dimensão relacional da pessoa humana”. Assim, podemos perceber que a proteção de dados pessoais tem um impacto muito maior do que a proteção à privacidade, já que atinge um número muito maior de liberdades individuais, permite a autodeterminação informativa e, conseqüentemente, a própria autodeterminação identitária dos sujeitos, reduzindo as possibilidades da heteroformação da nossa identidade digital, ou seja, da interferência externa sobre o modo como constituímos a nossa própria identidade digital.

Para além da ideia clássica individualista de proteção do sujeito por intermédio dos direitos individuais, a proteção dos dados pessoais tem um impacto mais profundo no contexto das novas dinâmicas digitais. Danilo Doneda (2019, p. 23-24), partindo desse percurso evolutivo do direito à privacidade, entende que esse “direito a ser deixado só” ou essa tentativa de se instituir mecanismos para a “reclusão e isolamento da vida privada” não são meios suficientes para a proteção da pessoa em todas as dimensões de sua personalidade, que hoje estão profundamente afetadas pelo intenso fluxo de informações dispostas nos meios tecnológicos digitais. Nesse cenário, a proteção de dados pessoais configura-se como uma tutela ampla da pessoa e não apenas de sua privacidade, pois o objetivo é protegê-la de controles abusivos e ações discriminatórias no tratamento de seus dados, com a finalidade de “garantir a integridade de aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal”.

No decorrer do desenvolvimento histórico dos instrumentos de proteção de dados pessoais, observamos que eles são decorrência de todo um cuidado que a modernidade teve em garantir o resguardo da individualidade e da personalidade dos sujeitos. Os direitos individuais ganharam conotação de proteção da própria personalidade dos sujeitos principalmente após a Segunda Guerra Mundial, na sedimentação dos direitos fundamentais como valores básicos de uma sociedade preocupada com a garantia da dignidade dos sujeitos, especialmente na tentativa de protegê-los das ingerências autoritárias e externas tanto do mercado, quanto dos agentes estatais e de outros sujeitos privados. É possível observar esse aumento da proteção aos indivíduos na positivação dos direitos individuais fundamentais tanto nos códigos civis, quanto nas cartas constitucionais dos Estados. Esses instrumentos de proteção à personalidade humana foram se desenvolvendo no sentido de amparar as pessoas concretas em suas singularidades, para além do seu início individualista baseado numa concepção abstrata de sujeito. É nesse sentido que identificamos uma preocupação dos Estados em observar também a utilidade dos mecanismos protetivos para o resguardo dos dados pessoais dos sujeitos.

Olhando apenas sob o prisma da evolução dos meios de proteção de dados pessoais, podemos destacar alguns ciclos ou gerações de regulamentações sobre proteção de dados. Segundo Doneda

(2019), logo após a Segunda Guerra as primeiras regulações se relacionavam com os avanços tecnológicos decorrentes de uma maior capacidade quantitativa e qualitativa da ciência computacional, que permitia um processamento de dados mais eficiente, principalmente aqueles ligados ao gerenciamento e à governamentalidade da população por parte dos Estados. Essa primeira geração de leis de proteção de dados foi estruturada a partir de um receio generalizado quanto ao processamento massivo das informações dos cidadãos e os riscos possíveis de afetação aos direitos individuais pelas autoridades governamentais. Essas leis foram pensadas para um controle maior sobre essas novas tecnologias, na tentativa de limitar a coleta e processamento de dados operadas tanto pelas agências governamentais, quanto por empresas privadas contratadas pelos governos. Essa relação do Estado com agentes privados fez com que uma nova onda de regulamentações eclodisse e se expandisse para outros campos. Ao se perceber que o Estado era incapaz de lidar com essas novas situações apenas com seus próprios mecanismos, os indivíduos foram colocados como corresponsáveis na proteção de suas informações. Essa responsabilidade foi transferida para os titulares desses direitos, que passaram a gerir o uso de suas informações por intermédio do instituto do consentimento. Essa mudança vinda com a centralização do consentimento para o uso de dados pessoais fez com que se consagrasse o princípio da autodeterminação informativa como o princípio guia para a disciplina da proteção de dados dos sujeitos. Entretanto, o principal problema dessa delegação de responsabilidades para o sujeito é que, com o alto número de informações que são circuladas na Internet e com a falta de conhecimento técnico profundo por parte dos seus usuários, a transferência de responsabilidade se tornou insuficiente para a proteção efetiva do sujeito, principalmente pelo “desequilíbrio de poderes entre o indivíduo e os organismos que processam os dados pessoais, produzindo uma consequente perda de controle individual sobre o fluxo de seus dados”. (MENDES, 2021, p. XVII).

Conforme apontado por Laura Mendes, percebeu-se que antes da garantia do princípio da autodeterminação informativa era necessário o resguardo do funcionamento adequado do sistema de processamento de dados, pois, para que o indivíduo pudesse livremente desenvolver e exercer sua personalidade e suas liberdades privadas, ele precisaria “confiar que as informações produzidas não sofrem interferência, interceptação, nem manipulação de qualquer tipo”. Assim, dois planos precisam ser protegidos: tanto o sistema informático que atua sobre os indivíduos, quanto os próprios indivíduos usuários desse sistema, “uma vez que tal proteção à integridade do sistema impõe que ele se encontre de acordo com as legítimas expectativas do usuário” (MENDES, 2021, p. XVI-XVII). A violação à essa integridade do sistema para alterar, interceptar ou inserir dados afeta diretamente o livre desenvolvimento da personalidade do usuário e da sua dignidade em ambientes digitais, já que as próprias condições para o livre desempenho da autonomia é que estão sendo afetadas. Dentro desse

contexto, Bruno Bioni (2018, p. 117) aponta que as perspectivas atuais sobre a proteção de dados não delegam ao indivíduo a total responsabilidade pela gerência de seus dados, mas buscam mesclar essa responsabilidade individual com estratégias específicas para criar um contexto legítimo para o uso e tratamento dos dados e com matizes de importância de dados, classificando-os segundo seus graus de impacto na liberdade do sujeito, como no caso dos dados sensíveis, que exigem maiores cuidados. O consentimento do indivíduo ainda tem uma grande centralidade na abordagem regulatória; mas é mesclado com outros cuidados que garantem uma maior efetividade desse sistema protetivo.

Como a centralidade do consentimento tem sido a base comum entre os sistemas regulatórios de proteção de dados, os dados pessoais são consagrados como elementos específicos de nossa personalidade, principalmente em um mundo digital. É nesse sentido que podemos afirmar que os dados pessoais são hoje componentes da categoria direitos de personalidade, pois, sendo o sujeito digital constituído a partir de dados, de informações sobre si mesmo que são transformadas em linguagem computacional para ambientes digitais, os dados sobre a pessoa se tornam elemento crucial para a sua proteção enquanto sujeito, especialmente quando se consolida toda uma preocupação com a constituição de um Direito Digital que se volta para a abordagem jurídica das problemáticas decorrentes do processo de digitalização social em que estamos imersos¹³. Bioni também reconhece a proteção de dados pessoais como direito de personalidade:

A proteção de dados pessoais ergue-se como um direito da personalidade de extrema relevância na sociedade contemporânea, na qual as redes sociais de relacionamento e demais plataformas digitais constituem um cenário de novos desafios para a tutela da personalidade humana. Isso inclui o sistema de economia movida a dados, operado a partir das atividades de controle e armazenamento de dados pessoais, no qual as personalidades são mapeadas por “signos identificadores” das pessoas. Dessa forma, estamos diante de uma nova identidade que os controladores de dados precisam classificar, de acordo com a personalidade do titular das informações. Assim, entende-se a justificativa dogmática para a inserção dos dados pessoais na categoria de direitos da personalidade (BIONI, 2018, p. 65).

Além da sedimentação do princípio da autodeterminação informativa como o guia dessa tentativa de retomada dos mecanismos de proteção do sujeito dentro do Direito, outras ações precisam ser desenvolvidas para o resgate de uma cultura de privacidade no mundo digital. Nesse sentido, Parra (2016) indica que, ao mesmo tempo em que devemos promover o acesso à informação, ao conhecimento e à cultura, também temos que combater os efeitos potencialmente perversos dessa abertura informacional permitida pelas novas tecnologias digitais. É necessário encontrarmos meios de fornecer uma comunicação segura, tendo a privacidade e o anonimato como instrumentos de

¹³ Para uma abordagem inicial sobre o Direito Digital, conferir: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital - desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

controle e combate às ações massivas de vigilância estatal e corporativa. Ao mesmo tempo, precisamos alimentar debates públicos sobre as ações dos códigos, dos algoritmos e de outras técnicas de monitoramento e coleta de dados pessoais que afetam os direitos individuais dos sujeitos. Com a formação de uma massa crítica sobre o tema, conseguiríamos formar cidadãos ativos no processo de definição do que deve ser o ambiente e a ecologia digital, as finalidades da tecnologia e o futuro da nossa própria sociedade digital.

Como aponta Borges (2020, p. 156), no aspecto cultural, há uma baixa da cultura de proteção da privacidade enquanto valor social por parte dos próprios sujeitos, que têm exibido os atos da vida pessoal em plataformas de relacionamento. Essa tendência de desvalorização da privacidade é um ato de publicidade pessoal ou de autopromoção que não se configura como uma violação externa da privacidade, mas que afetam uma política pública de proteção e preservação da vida íntima dos sujeitos. Por isso, o resgate de uma cultura de privacidade nos exige o uso consciente dos artefatos tecnológicos dentro de uma nova “cultura tecnológica” (LAWLER, 2003). É imprescindível que a educação atual inclua em seus processos a preocupação com a proteção de dados pessoais, dentro de um quadro mais amplo de questões sobre alfabetização e cidadanização digital. Um projeto de reforma do sistema educativo deveria incluir em seus planos o ensino às novas gerações de como compreender os indivíduos e a sociedade em sua relação com a tecnologia, com o seu funcionamento e suas formas de existir e estruturar a sociedade.

Na atual relação entre identidade e democracia, exigimos que haja a menor interferência possível nas circunstâncias que configuram a identidade das pessoas, tornando públicas apenas as informações necessárias para “garantir precisamente uma convivência democrática que respeite a dignidade, a liberdade e a igualdade das pessoas”. A proteção à identidade dentro de uma democracia é parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela condiciona a vida da pessoa, seu agir no cotidiano, seu desenvolvimento tranquilo e normal como pessoa (PINAR MAÑAS, 2018, p. 99-100).

CONCLUSÃO

Neste artigo, destaquei o retorno do problema da heteronomia no Direito, não mais no contexto da transição para o Direito moderno “desencantado”, mas dentro das preocupações com as violações de nossas liberdades privadas na sociedade digital. Por isso, debati inicialmente a formação teórica da “liberdade dos modernos” e as questões que sedimentaram a noção de autonomia privada, instrumento importante para a proteção do sujeito e de suas liberdades, no marco da tradição jurídica ocidental. Posteriormente, trabalhei o conceito de “heteroformação da identidade digital”,

demonstrando as vulnerabilidades às nossas liberdades individuais decorrentes da ascensão das tecnologias digitais. Por fim, tentei justificar a importância do princípio da autodeterminação informativa para fundar uma nova era de proteção do sujeito em ambientes digitais. Para garantirmos a autonomia do “sujeito de direito digital”, dentro das premissas dessa autodeterminação informativa, precisamos avançar no debate sobre que direitos individuais teremos para esse novo sujeito e quais os instrumentos jurídicos serão mais efetivos na proteção de sua autonomia.

Ainda temos muitas dificuldades em entender quem é esse novo sujeito e, talvez por isso, sua proteção jurídica padece de instrumentos mais efetivos. Pensando junto com PiñarMañas (2018, p. 102-103), a convivência entre um mundo analógico e um mundo digital tem nos trazido uma diversidade de identidades, a física, a digital, as híbridas (e outras). Observando o modo como o capitalismo tem se alimentado de nossos dados pessoais e construído uma nova forma de lucro, no futuro próximo a identidade será nossa matéria prima mais valiosa e sua principal existência será digital. Portanto, é urgente que nos debruçemos sobre essa problemática pelo prisma jurídico.

Junto com Rodotà (2014, p. 312), entendo que as inovações tecnológicas devem passar pelo crivo valorativo dos princípios que fundamentam o respeito à pessoa e pelos requisitos de um sistema democrático que não pode ser resumido a uma crescente governamentalidade estatística e de vigilância sobre os sujeitos. Esse crivo valorativo está dentro de uma tríade entre direito, técnica e ética (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 106-107), conectando as novas tecnologias aos valores de nossa tradição ocidental moderna, sendo que, no caso aqui analisado, precisamos estender a noção do indivíduo para o sujeito digital, pelo qual a definição da identidade adquire uma especial relevância e a ela se estende a proteção dos nossos direitos individuais, garantindo a liberdade de desenvolvimento e a possibilidade de se expressar a identidade sem interferências externas.

E ante a exigência de o Direito não barrar a evolução tecnológica e a liberdade de desenvolvimento científico, precisamos nos voltar aos princípios que guiam a ordem jurídica como parâmetros vivos e em constante atualização de seu conteúdo, como é o caso do princípio da autodeterminação informativa. Mas esses princípios não podem ser meras palavras ou boas intenções; precisam assumir verdadeira feição normativa, guiando as ordens constitucionais dos Estados e da própria sociedade internacional, como tem acontecido recentemente com as regulamentações sobre proteção de dados, que exigem uma responsabilidade proativa, a adoção de perspectivas de privacidade desde o desenho dos aplicativos e códigos computacionais e outras iniciativas de proteção ao sujeito digital.

REFERÊNCIAS

- ASTOBIZA, Aníbal Monasterio *et. al.* Traducir el pensamiento en acción: interfaces cérebro-máquina y el problema ético de la agencia. In: **Revista de Bioética y Derecho**, v. 46, Barcelona, 2019, pp. 29-46.
- BERLIN, Isaiah. Os dois conceitos de liberdade, in H. Hard e R. Hausheer (Org.). **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BORGES, Mariana Toledo. Mercado, vigilância e Facebook na era do espetacular integrado, ou *insideusallthereis a code*. In: **Literatura: teoria, historia, crítica**, v. 22, n. 1, 2020, pp. 137-178.
- BRUNO, Fernanda Glória. A economia psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo. In: **Nexo Jornal**, Brasil, 12 jun. 2018, p. 1-3.
- BRUNO, Fernanda Glória; BENTES, Anna Carolina Franco; FALTAY, Paulo. Economia psíquica dos algoritmos e laboratório de plataforma: mercado, ciência e modulação do comportamento. In: **Revista Famecos**, Porto Alegre, v. 26, n. 3, 2019, pp. 1-21.
- CANCELIAR, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade Hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. In: **Sequência**, Florianópolis, n. 76, 2017, p. 213-240.
- CHENEY-LIPPOLD, John. **We are data: algorithms and the making of our digital selves**. Nova Iorque: NYU Press, 2017.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Revista de Filosofia Política**, n. 2, 1985, p. 9-25.
- DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 37-54.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I
- HILDEBRANDT, Mireille. **Smart technologies and the end(s) of law: novel entanglements of law and technology**. Belgium: Edward Elgar Publishing, 2015.
- IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human Rights in the age of neuroscience and neurotechnology. In: **Life Sciences, Society and Policy**, v. 13, n. 5, 2017, pp. 1-27.
- KANASHIRO, Marta Mourão; BRUNO, Fernanda Glória; EVANGELISTA, Rafael de Almeida; FIRMINO, Rodrigo José. Maquinaria da privacidade. In: **RUA** [online], n. 19, v. 2, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LAU, Pin Lean. The extension of legal personhood in Artificial Intelligence. In: **Revista de Bioética y Derecho**, v. 46, Barcelona, 2019, pp. 47-66.

LAWLER, Diego. Las funciones técnicas de los artefactos y su encuentro con el construtivismo social en tecnología. In: **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad**, v. 1, n. 1, 2003, pp. 27-71.

MANTELERO, Alessandro. (2018). Ciudadanía y Gobernanza digital: entre política, ética y derecho. FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo & PIÑAR MAÑAS, José Luis (organizadores). **Sociedad Digital y Derecho**. Madrid: Ministério de Indústria, Comercio y Turismo, pp. 159-178.

MENDES, Laura Schertel. Apresentação. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital - desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PARRA, Henrique. Abertura e controle na governamentalidade algorítmica. In: **Ciência e Cultura**, v. 68, n. 1. São Paulo, jan.-mar. 2016, p. 39-42.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. Identidad y persona en la sociedad digital. In: **Sociedad Digital y Derecho**. FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo & PIÑAR MAÑAS, José Luis (organizadores). "Sociedad Digital y Derecho". Madrid: Ministério de Indústria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 95-111.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, Dezembro de 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

AUTOR:

Eder Fernandes Monica

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professor da Faculdade de Direito. É Coordenador do Grupo de Pesquisa Sexualidade, Direito e Democracia e do Grupo de Pesquisa Sociedade da Informação, Tecnologia Digital e Direito. Atua na Pós-Graduação em Sociologia e Direito e na Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios.

E-mail: ederfm@id.uff.br