

Artigos originais

Autonomia privada e liberdade: possibilidades e limites de realização nos paradigmas jurídicos da Sociedade Digital

Private autonomy and freedom: possibilities and limits of achievement in the legal paradigms of the Digital Society

  Pedro Odebrecht Khauaja¹

Resumo: Essa pesquisa reflete sobre a tensão entre as noções modernas de autonomia privada e liberdade, a partir do conceito habermasiano de paradigmas do direito, e da sua conceituação dos paradigmas dominantes no direito ocidental moderno: o liberalismo e o republicanismo. O foco desse trabalho é a realização prática desses conceitos no ambiente digital, pensando-os dentro de um novo momento na evolução do fenômeno jurídico, marcado principalmente pela digitalização acelerada da sociedade, um desdobramento do que foi chamado de Sociedade da Informação. Dentro dessa nova forma social, que se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo avanço tecnológico, o direito é chamado a responder a novas questões, que atualizam uma tensão anterior já existente entre a ideia de autonomia privada, construída enquanto realização do sujeito, e de liberdade, montada tanto como possibilidades de ação quanto esfera de não-interferência. A partir desse tema, considerado clássico para o direito ocidental, o presente trabalho estuda a atualização desses conceitos, em referência à própria atualização dos paradigmas do direito moderno para dentro da contemporaneidade digital.

Palavras-Chave: Autonomia Privada; Consentimento; Paradigmas Jurídicos; Sociedade Digital; Habermas.

¹ Advogado, Mestre e Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF); especialista em Direito Civil e Direito Digital; professor, pesquisador em direito e sociologia digitais, e editor-assistente na Revista CONFLUÊNCIAS. E-mail: pkhauaja@hotmail.com

Abstract: This research reflects on the tension between the modern notions of private autonomy and freedom, based on the Habermasian concept of legal paradigms, and his conceptualization of the dominant paradigms in modern Western law: liberalism and republicanism. The focus of this work is the practical realization of these concepts in the digital environment, thinking about them within a new moment in the evolution of the legal phenomenon, marked mainly by the accelerated digitization of society, a development of what has been called the Information Society. Within this new social form, which is characterized among other things by technological advancement, law is called upon to answer new questions, which update an existing tension between the idea of private autonomy, built as the realization of the subject, and freedom, built both as possibilities of action, and as a sphere of non-interference. Based on this theme, considered classic for Western law, this work studies the update of these concepts, in reference to the update of the modern legal paradigms into digital contemporaneity.

Keywords: Private Autonomy; Consent; Legal Paradigms; Digital Society; Habermas.

Submetido em: 22 de fevereiro de 2024

Aceito em: 25 de janeiro de 2025

1 Introdução

Essa pesquisa é parte de uma reflexão sobre as noções modernas de autonomia privada e liberdade, fundantes do Direito Privado moderno e dois dos principais pilares que sustentam a organização social do sistema capitalista, a partir da teoria habermasiana de “paradigmas jurídicos”. Essa ideia de paradigmas como representativos de uma construção mais geral de problemas e soluções dentro do campo jurídico permite pensar o problema da realização da autonomia privada em função de novas formas de organização social.

Assim, a questão central do artigo é entender se as mudanças radicais nascidas do avanço da Sociedade Digital ainda permitem a construção das noções de autonomia privada e liberdade, conforme se dava dentro do paradigma clássico do Direito Liberal. O objetivo, portanto, é analisar a materialização desses conceitos no ambiente digital a partir de trabalhos teóricos que conceituam as mudanças trazidas pela digitalização em comparação com o momento analógico.

Para isso, o trabalho propõe uma análise conceitual de trabalhos que foquem nos aspectos civis do processo de digitalização, ou seja, a construção de uma cidadania digital. Esses trabalhos, escolhidos a partir de uma revisão de literatura das pesquisas sobre Sociedade Digital, serão analisados à luz do arcabouço analítico proposto por Habermas (1997, v. 2) e chamado de “paradigmas jurídicos”. Com isso, propõe-se que a digitalização, em seu formato atual, torna parcialmente obsoletas noções de autonomia privada e liberdade que não sejam radicalmente atualizadas para dentro desse novo paradigma do direito.

Com a construção de uma nova sociedade, agora com a tecnologia digital como causa disruptiva de mudanças sociais drásticas, o Direito é chamado a atualizar suas categorias-base e os sentidos que dá a certos termos, já que mudaram, também, as condições materiais do mundo no qual o Direito atua. Esse tipo de mudança significa processos de atualização de conceitos e, também, pro-

cessos de superação, com a construção de outros que substituam as noções “antigas”. Esse movimento é identificado por Habermas (1997, v. 1 e v. 2) como parte da modernidade ocidental.

Há, ainda, o problema de pensarmos a possibilidade de superação dessa mesma modernidade em direção a algo relacionado às novas tecnologias, e que é construído teoricamente por uma série de cientistas que identificam, na evolução social do Ocidente, um movimento de passagem, com as revoluções tecnológicas de um sistema socioeconômico para outro (Martino, 2015). Nesse cenário, pode-se questionar se ainda estaríamos dentro da modernidade ou se essa já foi superada em razão de outro modelo de funcionamento existencial e social, uma vez que a revolução tecnológica da digitalização trouxe um horizonte gigante de possibilidades existenciais que não eram imagináveis com o mundo analógico.

Esse processo de digitalização é rápido, expansivo e altera até mesmo outras tecnologias que, agora, podem ser elevadas à décima potência, ou podem desaparecer por completo. No mundo digital, a sociedade se reorganiza com uma nova forma, afetada pela relação entre as novas tecnologias e o sistema socioeconômico capitalista de mercado.

Nesse sentido, teóricos como Castells (2013) apontam uma dupla mudança: tanto a tecnologia digital vai sendo criada e pensada em função das necessidades do capital quanto o capital vai se reorganizando em função das novas possibilidades colocadas pela tecnologia digital. Algumas consequências dessa dupla mudança estão nas estruturas que sustentam o capitalismo e a própria modernidade. Uma dessas estruturas é o Direito.

O Direito, na modernidade, ocupa um lugar central na organização social, funcionando como grande estrutura que dá forma e sentido, pelo menos no âmbito “oficial”, a certos termos e conceitos muito importantes. Quem define “pessoa”, “crime” e “Estado”, na modernidade, são juristas e legisladores, em um processo muito trabalhado de interpretação e aplicação de normas, construção de escolas de pensamento jurídico e racionalização de soluções para dilemas que nascem da própria relação social entre indivíduos.

Dentre os termos importantes para a compreensão moderna do que é uma sociedade e de como ela deve funcionar estão “liberdade” e “Autonomia Privada”, conceitos que servem de base para boa parte da organização social capitalista. Ao explorar a trajetória desses conceitos em sua passagem do analógico ao digital, a partir do trabalho de teóricos da modernidade e das novas tecnologias, é possível compreender melhor o movimento de passagem do próprio Direito.

A ideia habermasiana de paradigmas jurídicos oferece uma lente útil para analisar tendências e movimentações em sentido macro, especialmente se usados em conjunto com uma análise social dos aspectos próprios da sociedade da informação. Assim, é possível, também, pensar na autonomia como objeto interessante para realizar uma análise do processo de atualização dos paradigmas jurídicos nesse novo momento e para encontrar insuficiências do Direito no ambiente digital.

Essas noções de autonomia e liberdade são, porém, constantemente colocadas em xeque pelos desenvolvimentos tecnológicos. Para pensar essa tensão paradigmática, será usado o conceito de paradigma jurídico como lente analítica das características consideradas mais fundamentais da chamada Sociedade Digital, colocadas em trabalhos clássicos e, por isso mesmo, consideradas base para os avanços teóricos posteriores.

2 Sociedade Digital

A discussão proposta neste estudo passa pela compreensão teórica das noções que norteiam o que se chama de “Sociedade Digital”. Em essência, esse termo engloba uma série de outros debates construídos por cientistas sociais desde a década de 1980, com a intenção de explicar o que identificavam como mudanças importantes na organização social moderna (Martino, 2015). As teorias da Sociedade Digital, como o nome implica, têm a premissa de que a inovação tecnológica da digitalização é o ponto central dessas mudanças sociais.

Dentre os principais trabalhos que iniciaram essa onda de pensamento social, está o relatório que o filósofo e sociólogo Pierre Levy produziu para a União Europeia, posteriormente transformado no livro “Cibercultura” (Levy, 2011). Nesse trabalho, Levy estabelece uma das bases que definiriam os estudos digitais: a ideia de que a tecnologia digital, a partir do momento em que se conecta através da internet e cria uma rede comunicativa, gera uma cultura específica, dentro da qual se desenvolve um leque de noções comportamentais, valores, crenças etc., próprias desse novo ambiente.

É justamente a partir dessa noção que podemos compreender a ideia de que existe um “ambiente digital”, gerado pelas novas tecnologias, sendo apropriado pelas práticas sociais e vice-versa. Esse ambiente permite um pensamento social específico justamente porque, ao criar redes comunicativas muito eficientes, cria também um lugar social separado, ainda que conectado, do mundo analógico (Levy, 2011). O ambiente digital apresenta uma série de características próprias, cuja definição é o objetivo dos estudos da Sociedade Digital.

Uma das características melhor exploradas teoricamente nesse campo é justamente o aspecto comunicativo desse novo ambiente, caracterizado por Castells (2013) como sendo uma “sociedade em rede”, formada por nódulos interconectados e independentemente operantes. Ou seja, o ambiente digital e a sociedade pós-internet são altamente dependentes da troca constante de informação, estruturados a partir dessa nova forma de interação social – uma interação mediada pela tecnologia digital (Martino, 2015).

Castells (2013) explora o aspecto econômico dessa nova organização social, mostrando que a sociedade, já globalizada depois de um processo de intensificação do comércio e das trocas sociais a nível mundial após a Segunda Guerra, passa a trabalhar com uma lógica pensada em função das inovações nas tecnologias digitais, da instantaneidade e da intensidade do fluxo comunicativo. A sociedade moderna, então, passa a se organizar em torno de

um elemento que, embora não seja inédito, é ressignificado pelas práticas econômicas: a informação.

Na sociedade em rede digitalizada de Castells (2013), o fluxo de informações é central para o funcionamento econômico e há uma intensificação das mudanças sociais que estejam relacionadas ao uso da informação como possibilidade. O surgimento das redes sociais, por exemplo, é apontado por Martino (2015) como resultado desse processo, já que seria vantajoso para todas as partes, na sociedade da informação, que houvesse um ambiente digital específico para a socialização, o que gera também um aumento no fluxo informativo.

Gomes (2018) mostra outro exemplo de reorganização social em função de uma sociedade da informação ao discutir a alteração da noção de democracia e das suas práticas de realização, decorrente do desenvolvimento da tecnologia digital. Essa categoria, essencial para a estruturação da modernidade, vai sendo repensada e refeita com o avanço tecnológico ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, mas dá um salto em seu processo de mudança com o advento da tecnologia digital, criando uma forma diferente de se pensar sociedades democráticas. Esse tipo de mudança e criação de uma nova organização social gera um debate sobre a possível superação da noção de “modernidade”, em função de uma pós-modernidade, ou uma segunda modernidade.

O argumento em comum dentre os vários teóricos que propõem essa ideia de superação é que a alteração tecnológica da digitalização é tão intensa que passa a possibilitar um novo horizonte de possibilidades, o que exige uma nova maneira de se pensar categorias tradicionais da sociedade moderna (Martino, 2015). Dessa forma, estaríamos passando por um processo radical de alteração das bases fundamentais que organizam a modernidade ocidental. Giddens (1991) aponta muitas dessas bases ao pensar as promessas da modernidade, construídas muito em função das categorias-base de uma economia capitalista de mercado, que marca a história de desenvolvimento do ocidente moderno.

Muitas dessas promessas da modernidade, e muito do próprio funcionamento das sociedades ocidentais modernas, têm o direito como ferramenta organizativa. Isso significa dizer que esse instrumento tem um papel central na maneira e na forma como uma sociedade moderna se estrutura, e é um fenômeno elucidativo para entender e pensar suas categorias base. Através do direito e das suas significações é que são dados os sentidos de funcionamento de muitos aspectos da organização social.

Ao trabalhar com a noção giddieniana de modernidade, Cesarino (2022) apresenta a perspectiva de uma superação da ideia de perito como causa para uma parte das dinâmicas recentes que marcam a Sociedade Digital. O que a autora argumenta, essencialmente, é que essa construção moderna que prometia uma sociedade de especialistas, que pela via burocrática garantiriam determinadas certezas sociais, desapareceu. A internet e a digitalização abrem uma porta para modelos sociais em que não há mais garantia de perícia e a construção social de verdades se torna menos sólida.

Essa perspectiva atualiza o problema central do Direito, que é seu papel enquanto organizador e mantenedor de ordem social, justamente com base nessa ideia moderna de especialização. Os juristas são os especialistas no código social e, portanto, o Direito assume o papel legitimado de coordenar as ações sociais. No novo horizonte de possibilidades do digital, não há mais a rigidez que garantia ao Direito seu papel no ordenamento social.

3 O conceito de paradigma jurídico de Habermas

Pensando no papel do Direito como engrenagem chave na organização social da modernidade, Habermas (1997 v. 2) desenvolve uma teoria de paradigmas jurídicos que pode dialogar com ideias kuhnianas sobre paradigmas científicos para explicar como o Direito e os agentes jurídicos chegam a um ponto comum de conceituação de certas ideias e noções, e como essa conceituação se relaciona com as práticas sociais de uma determinada sociedade. Habermas

(1997, v. 2), ainda antes do início do processo de digitalização, já estava preocupado, portanto, com a maneira pela qual o Direito se relaciona com a organização social em larga escala.

Nas palavras de Kuhn, paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (Kuhn, 1992, p. 13). Também não pretendo me alongar na definição kuhniana de paradigma, comumente debatida em outros campos, até porque não é minha intenção questionar a interpretação habermasiana do conceito em si.

Kuhn (1992) define o paradigma científico como sendo um consenso dentro de uma comunidade científica que vai ditar, por um lado, os problemas a serem estudados e, por outro, as formas de solucioná-los. A história da ciência avança, para Kuhn, quando há uma troca de paradigmas. A ideia kuhniana de paradigma pressupõe, portanto, um foco em grandes mudanças “revolucionárias”, geradas a partir de pequenas mudanças que se acumulam. Um observador kuhniano (chamemos assim aquele que busca estudar a ciência via paradigmas) não está interessado nas micro mudanças, e sim nos momentos de virada que alteram substancialmente um paradigma a ponto de ele ser irreconhecível se comparado à sua versão anterior.

A ideia central de um “paradigma jurídico” é que esse, assim como o paradigma científico kuhniano, seja resultado de uma determinada montagem coletiva, fruto da evolução das ideias de um campo, e ofereça a esse campo perguntas importantes a serem respondidas, bem como o caminho para obter as respostas (Kuhn, 1997). Ao pensar o Direito a partir dessa noção de paradigma, Habermas (1997, v. 2) entende que o fenômeno jurídico é um campo em que tanto as perguntas “importantes”, que têm que ser determinadas de antemão, quanto a forma de se obter as respostas, resultam da adoção de um ou outro paradigma”.

Habermas adota essa noção para pensar o fenômeno jurídico na sua obra “Direito e Democracia”, justamente por entender o

direito como ciência, compreensão essa que deriva de sua montagem conceitual para explicar estruturalmente o papel dessa instituição na modernidade como sendo o local privilegiado de produção de consenso social.

Ou seja, se a ciência produz verdades, e verdades são consenso comunicativo em torno de um tema do mundo da vida (razão), o direito é ciência justamente porque sua função na modernidade é ser o lócus de produção desses consensos. A aplicação da ideia kuhniana de paradigma surge para Habermas porque este entende o direito como tendo um resultado final muito próximo ao que se espera das áreas científicas, qual seja, a produção de um consenso comunicativo.

Dentro da obra habermasiana, assim, um “paradigma jurídico” pode ser entendido como um entendimento geral, “universalmente” reconhecido, que durante um certo tempo vai fornecer os problemas e as formas-modelo de solucioná-los. De modo geral, Habermas entende um paradigma do direito como uma forma de comunicação que, de um lado, será utilizada para articular os problemas a serem “resolvidos” e, de outro, fornecerá os modelos a partir dos quais se debaterá a solução para tais problemas (Habermas, 1997a, e 1997b).

Portanto, dentro da obra habermasiana, o paradigma tem dupla função. Por um lado, cumpre uma função legitimadora do próprio Direito, fornecendo para a sociedade os “motivos” para depositar confiança no Direito enquanto forma de construir consenso. Nesse sentido, o paradigma responde a questões sociais e será alterado conforme as demandas (Habermas, 1998). O autor aponta certos exemplos para ilustrar essa mudança, como a virada do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar Social (para Habermas, uma mudança de paradigmas jurídicos em resposta a uma demanda social).

Por outro lado, o paradigma jurídico funciona internamente como um modelo de “tradução” (uso aqui o termo com cuidado, pois Habermas não pensa o Direito enquanto uma forma de tradu-

ção propriamente dita, algo típico de autores do “Direito enquanto linguagem”²) entre o mundo da vida e a comunicação jurídica. Um modelo, como sabemos, não tem o objetivo de fornecer respostas específicas a todos os casos, mas sim funcionar como uma base a partir da qual as respostas podem se desenvolver.

Nesse sentido, Habermas entende o paradigma como um modelo generalizado num sistema jurídico, a partir do qual o jurista vai: 1) abordar o mundo da vida para construir os problemas para os quais o direito deve oferecer respostas; 2) solucionar esses problemas através de métodos e técnicas que pertencem a esse paradigma.

Nas palavras do autor,

Among legal scholars expressions such as “social ideal” or “social model,” and even “social vision,” have become generally accepted ways of referring to the images of society inscribed in a legal system. Such expressions refer to those implicit images of one’s own society that guide the contemporary practices of making and applying law. These images or paradigms provide the background for an interpretation of the system of basic rights. In other words, they orient the project of realizing an association of free and equal citizens. A paradigm is discerned primarily in paramount judicial decisions, and it is usually equated with the court’s implicit image of society (Habermas, 1998, p. 13).

No texto citado, que abre o ensaio *“Paradigms of Law”*, Habermas enfatiza dois pontos importantes para a presente discussão: o primeiro, é que os paradigmas têm uma relação direta com a sociedade em que se encontram, mas numa via unidirecional (a sociedade molda o paradigma); o segundo ponto é que os paradigmas jurídicos se mostram, principalmente, em grandes decisões judiciais.

² Aqui, uso “direito enquanto linguagem” para me referir a um campo não-coeso de autores que entendem o direito como uma forma de linguagem, na esteira wittgensteiniana. Habermas, contudo, não partilha desse entendimento, por se preocupar não tanto com a linguagem em si e seus mecanismos, mas sim com o resultado comunicacional do uso dessa linguagem

A partir desses pontos é que Habermas afirma a importância de a ciência jurídica estudar os seus próprios paradigmas, porque é através da sua superação que a teoria jurídica “avança” (as aspas aqui se devem a uma noção habermasiana demasiadamente europeizada de avanço como sinônimo de progresso, característica de autores crentes no potencial emancipatório da modernidade).

Novamente, citando Habermas

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez, que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após este lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto” (Habermas, 1997a, p. 129).

Aqui, Habermas, além de ressaltar a importância do estudo do paradigma social justificador e construtor do direito, também reforça sua posição enquanto “crente” da própria proposta do direito moderno enquanto lar de uma autocrítica constitutiva. Esse discurso, historicamente presente na construção dos direitos na modernidade, é marcado pela defesa de que este, diferentemente de outros sistemas de organização social, tem a capacidade de se autocriticar e se alterar “por dentro” de forma não-violenta, ou seja, é uma forma de organização que tem a capacidade de adaptação responsiva.

Já no final de sua obra “Direito e Democracia”, Habermas identifica que existe uma tensão entre dois diferentes paradigmas do direito que estariam em disputa (pelo menos, na década de 1990): de um lado, o liberal, que prioriza a autonomia privada; de outro, o social, que prioriza a esfera pública. Habermas, então, propõe um novo paradigma que supere essa tensão na forma de um equilíbrio dinâmico: o procedimental (Carvalho, 2018).

Não pretendo, também, alongar-me em uma análise detalhada deste último conceito, pois não é o ponto focal deste artigo. Apesar de ser uma peça importante na construção habermasiana da ideia de paradigma, não creio que esse novo modelo proposto seja a chave para compreender o uso do conceito de paradigma em si por Habermas.

Apesar disso, é válido fazer uma menção à essa ideia procedimentalista, que se resume em:

Pois, a sociedade civil e a esfera pública constituem para ele [o paradigma procedimentalista] pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada. Em sociedades complexas, as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública. O que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento. Ora, as forças da solidariedade social contemporânea só podem ser regeneradas através das práticas de autodeterminação comunicativa (Habermas, 1997a, p. 189).

Os paradigmas do Direito na modernidade ocidental identificados por Habermas (1997, v. 2) são dois: o paradigma do liberalismo e o paradigma do republicanismo. O liberalismo jurídico, aponta Habermas, é o resultado da montagem jurídica típica do modelo inicial de capitalismo, construído com base numa noção de liberdade negativa, como não-interferência, e em noções de autonomia como prática individual. O republicanismo, por outro lado, é um paradigma construído por noções de liberdade positiva, socialmente garantida, e de autonomia como coletiva.

Ambos os paradigmas jurídicos aqui apresentados se encontram dentro do que se chama de modernidade justamente porque

trabalham com as mesmas bases constitutivas da modernidade ocidental, ou seja, uma série de sentidos e categorias muito próprias do desenvolvimento histórico europeu capitalista, que eventualmente se espalha via colonização e, posteriormente, via comércio global (Giddens, 1991). Habermas (1997, v. 2) aponta, por exemplo, que o paradigma jurídico socialista que funcionava dentro dos limites da União Soviética oferecia uma alternativa em outras bases, mas foi politicamente apagado com o fim da Guerra Fria.

Assim, a questão central é que para Habermas (1997, v. 2) existe uma relação entre a organização social e as noções que estruturam o Direito. A ideia de autonomia individual, por exemplo, constitui-se a partir de uma determinada noção de indivíduo, de livre arbítrio, de ação, de racionalidade etc., todas determinadas tanto pela modernidade, que constrói as bases necessárias para essas categorias existirem, quanto pelo paradigma jurídico dominante em um determinado discurso, que fornece o sentido específico que esses problemas vão tomar.

Desse modo, o que resulta de pensar a ideia de paradigma jurídico em função da Sociedade Digital é o questionamento sobre até que ponto os dois paradigmas de que dispomos hoje ainda conseguem oferecer perguntas e respostas razoáveis dentro de uma nova organização social, agora construindo suas bases estruturantes. Toda a ideia de paradigma jurídico é, na sua essência, uma forma de conectar o Direito à sociedade de que faz parte, mostrando que as noções e sentidos jurídicos são um reflexo de determinada organização social, porque conseguem oferecer, nessa organização, uma forma socialmente funcional para resolver disputas.

Se pensado a partir da ideia de uma superação da modernidade, um paradigma jurídico passará por uma de suas alternativas, ou será atualizado para esse novo momento, alterando as suas principais noções e sentidos, ou será superado também, com a construção de um novo paradigma, próprio para novos funcionamentos. Habermas (1997, v. 2) aponta o paradigma republicano do Direito como uma superação, em certo sentido, do paradigma do liberalismo, já que este teria ficado, em dado momento, incapaz

de responder a certos problemas sociais. O autor aponta, porém, que há também um processo de atualização do próprio paradigma liberal, o que permite que tenhamos, hoje, dois paradigmas em disputa dentro de um mesmo campo jurídico.

Essa ideia é importante para entender que o atual processo de passagem de uma sociedade analógica para uma digital não significa que há o desaparecimento de um paradigma em função de outro, nem mesmo que haverá simplesmente um processo de atualização sem mudanças radicais. Existe uma disputa sobre como essa mudança paradigmática ocorrerá, justamente porque há espaço para processos de atualização simultâneos a processos de superação, e há indícios em ambos os sentidos.

Se uma categoria fundamental para a montagem do Direito burguês moderno clássico é a ideia de autonomia privada, essencial para um sistema capitalista de trocas, também esta categoria passa por esse processo de disputa, em que ambos os paradigmas tentam atualizá-la para o ambiente digital, ao mesmo tempo em que pode haver um processo de superação dessa categoria como um todo. A digitalização coloca em xeque, assim como com muitas outras categorias, a forma moderna de se pensar o sentido de autonomia e liberdade que marca a montagem de Direito e Direito Privado que temos em funcionamento hoje, no Ocidente.

4 Autonomia privada e liberdade no ambiente digital

A montagem clássica do Direito moderno para a categoria de autonomia privada é muito importante dentro da estrutura jurídica e econômica do capitalismo. Isso porque a modernidade se caracteriza, dentre outros aspectos, por um sentido específico para o que é um indivíduo. Esse indivíduo moderno tem sua configuração dada a partir da relação do corpo com a subjetividade, e de como a vontade interna, construída por um uso da racionalidade, manifesta-se no mundo através da comunicação (Habermas, 1997, v. 1).

No modelo capitalista, essa forma de realização da autonomia é a base que sustenta a noção de troca, contrato, venda de

força de trabalho etc. (Wieacker, 2010). O paradigma jurídico do liberalismo, portanto, constrói a noção de autonomia a partir da compreensão de indivíduo, colocando como principais problemas as formas de realização dessa autonomia. Nesse paradigma, a autonomia privada é resultado da racionalidade individual, e para que seja exercida plenamente, o que é uma das promessas da modernidade (Giddens, 1991), a sociedade deve se organizar de forma a garantir liberdade negativa, a não interferir nas manifestações individuais de vontade.

Com as insuficiências desse modelo, Habermas (1997, v. 2) aponta uma progressiva passagem da noção de não-interferência em direção a mais exemplos de exceções em que a autonomia precisava ser ativamente garantida, culminando na criação de uma nova noção de autonomia, dentro do paradigma republicano. Neste, ela ainda se sustenta na ideia moderna de indivíduo, mas entende-se que a liberdade deve ser positivamente garantida, função de uma sociedade organizada. Direitos Fundamentais Sociais, por exemplo, passam a ser entendidos como parte da autonomia privada.

O ambiente digital, porém, coloca novamente uma série de insuficiências na forma como se entende autonomia privada e liberdade dentro da atual disputa de paradigmas. Essas insuficiências decorrem das alterações provocadas pela tecnologia tanto na noção de individualidade quanto na relação social entre indivíduos, empresas e governos. A digitalização oferece um novo horizonte de possibilidades, que trouxe também um novo horizonte de problemas e soluções.

A autonomia privada moderna se manifesta, por exemplo, pela ideia de consentimento, com o qual a autonomia se realiza. Quando tal realização é legítima, o Direito Privado constrói a vinculação entre um indivíduo e as consequências da sua autonomia, na figura do contrato, da relação de responsabilidade civil, na figura dos direitos de personalidade etc. (Bioni, 2019). Essa montagem já está em profunda alteração pelas novas organizações sociais de uma modernidade digital.

A ideia de consentimento pressupõe, para seu funcionamento no paradigma liberal clássico, uma igualdade de forças e acesso

a informações entre as partes envolvidas (Wieacker, 2010). A desigualdade de forças que se intensificou conforme a evolução do capitalismo representa uma insuficiência paradigmática, que fez tanto com que o paradigma liberal atualizasse sua lógica de funcionamento – passando a comportar medidas de correção desse consentimento em certos casos – quanto que o paradigma republicano assumisse um pressuposto de que essa relação é desigual e deve ser ativamente reequilibrada (Bioni, 2019).

Com a tecnologia digital, o salto da desigualdade de forças passa a ser muito mais violento, com um desequilíbrio que extrapola o nível material, chegando ao nível subjetivo (Han, 2018). A tecnologia digital avança ao ponto de podermos falar em previsão de comportamento, controle de emoções e gerenciamento de opiniões políticas (Morozov, 2018). Esse tipo de mudança implica no questionamento acerca do consentimento e de se ainda é possível falar em consentimento no mesmo sentido que se fala na modernidade, especialmente no sentido que pressupõe uma paridade de forças.

A autonomia privada moderna, assim, tem como componente fundamental o consentimento. Nesse sentido, teóricos das novas tecnologias, como Han (2014) com o conceito de “psicopolítica” ou Morozov (2018) com o “fim da política”, colocam a questão de ainda existir a possibilidade de uma autonomia enquanto materialização de livre arbítrio, se agora a influência no comportamento individual chegou a um nível tão elevado. A tecnologia digital permite uma sofisticação de práticas de gerenciamento de pessoas que as elevou a um patamar muito superior às técnicas de correção de que o Direito dispõe nos dois paradigmas atuais.

Han (2014) constrói seu conceito de psicopolítica justamente para mostrar que a digitalização permitiu uma superação do nível de controle da biopolítica foucaultiana por uma outra prática, que acusa como muito mais perigosa, de gerenciamento da subjetividade sem necessariamente haver um controle dos corpos, a partir da análise de dados, algoritmos de inteligência artificial, vigilância constante e automática. Han aponta que empresas e governos

conseguem não só prever comportamentos com exatidão, mas também alterá-los, inclusive a um nível psíquico.

Morozov (2018) aponta um procedimento parecido no campo da política democrática e nas noções modernas de escolha e construção pública de sociedades. A democracia moderna pressupõe a possibilidade de livre movimentação pela esfera pública, com formação de opiniões individuais a partir de sua relação com o ambiente social, e de exercício do direito de, a partir dessas opiniões, afetar a construção e a organização social. Essa, pelo menos, é a promessa da modernidade ocidental para o campo da política (Giddens, 1991).

O que Morozov (2018) mostra é que, se sempre houve uma tentativa de afetar essa movimentação social pela esfera pública, essa tentativa era “parte do jogo”, no sentido de que havia uma certa paridade de forças entre campos políticos, e que era possível um exercício de correção quando essas tentativas de controle passavam de um certo limite. Obviamente, ainda que haja exceções, como governos totalitários, casos de corrupção eleitoral etc., Morozov mostra que, no geral, a modernidade ocidental manteve funcionando um certo modelo democrático.

A tecnologia digital, porém, altera tão violentamente esse funcionamento que não é mais possível, para o autor, que se façam correções com os mecanismos dos quais dispõe a política tradicional. O uso de *big data*, somado com outras práticas avançadas de computação, aliadas ao modelo econômico capitalista, que entende como função do mercado gerenciar essas tecnologias, criou um campo de possibilidades que ameaça a própria noção de livre convencimento político e esfera pública.

Habermas constrói sua noção de autonomia, costurando a ideia de esfera pública com paradigmas jurídicos, como sendo justamente essa possibilidade de uma movimentação minimamente livre pelo ambiente social (Silva, 2011). É nesse sentido de autonomia que a tecnologia digital interfere violentamente, criando um problema que se coloca aos paradigmas jurídicos atuais, de como

corrigir a atual conjuntura de forças para permitir a realização do sentido moderno de autonomia.

O ambiente digital que, de acordo com Levy (2010), tem um ecossistema próprio de valores e normas, é o ponto em que a tecnologia digital é elevada ao máximo. Aqui, há uma distinção entre um uso de tecnologias digitais em ambientes “reais” e a construção do próprio ambiente digital, que, apesar de conectado ao analógico, tem um funcionamento próprio. Esse sentido de ambiente digital, constrói Hoffmann-Riem (2021), é o que gera maiores problemas para o modelo de funcionamento do Direito analógico.

A sociedade em rede de Castells (2013) evolui para uma sociedade na rede, em que a internet não só invade certos espaços, mas cria seus próprios, nos quais o Direito tem tremenda dificuldade para entrar e atuar como regulador social. Esse sentido de ambiente digital também coloca em xeque certos pressupostos da autonomia privada clássica, justamente porque expande as possibilidades de liberdade, criando um campo totalmente novo de construção de sujeitos de direito.

Esses novos sujeitos de direito têm características muito próprias em relação ao seu equivalente analógico, principalmente em função dos aspectos descorporificados da internet, e de sua superação de fronteiras físicas, além de outros elementos que diferenciam uma pessoa na internet de uma pessoa no mundo analógico. O exercício de autonomia, assim, ganha novas possibilidades de sentido nesse ambiente digital, e passa a ser repensado, agora por nativos desse novo ambiente, que já construíram uma subjetividade própria (Wolfgang, 2021).

Nessa nova configuração da noção de autonomia, os paradigmas jurídicos dominantes são chamados a responder como farão a atualização desse conceito para algo funcional nos ambientes digitais. As estruturas jurídicas que dependem da autonomia privada para funcionar precisam que ela seja compatível com esses novos ambientes, já que econômica e socialmente é impossível interromper a digitalização. Empresas querem fazer contratos

digitais, governos querem regular partes da internet, uma série de atores importantes estão interessados em atuar no ambiente digital e, para isso, precisam criar ou atualizar as práticas jurídicas analógicas ou criar conceitos inteiramente novos.

5 Novas técnicas jurídicas de autonomia privada

Como aponta Bioni (2019), no campo da proteção de dados pessoais e de privacidade, o significado do termo consentimento já vem passando por esse processo de encontrar insuficiências e procurar maneiras de superá-las. Constantemente, o Direito é chamado a solucionar dilemas que exigem um movimento de reconfiguração das práticas anteriores e, nesses casos, existe um movimento também de proposição de categorias novas.

O paradigma do liberalismo jurídico tende a ver no consentimento um problema de ordem individual, o qual precisa ser resolvido, se possível, pela lógica de iniciativas privadas e pelo controle difuso do mercado capitalista (Habermas, 1997, v. 2). Aqui, a técnica jurídica que resolve os dilemas da autonomia privada é uma tentativa de não-interferência por parte do Estado, que nessa montagem representa a coletividade social, cuja função é balizar limites e garantir que, entre indivíduos, também haja o mínimo de interferência possível.

No paradigma republicano, porém, o consentimento, e a autonomia, são entendidas como problemas de ordem social, e a liberdade, por ser positiva, deve ser garantida em termos materiais. Só há autonomia quando estão garantidas as próprias possibilidades de seu exercício. O Estado, portanto, deve atuar positivamente para garantir que a autonomia seja exercida, inclusive com a possibilidade de “invadir” esferas privadas para regular o exercício de autonomia.

O consentimento enquanto técnica, fator de correção para relações individuais, passa pelo processo de reformulação que Bioni (2019) aponta desde antes da digitalização, mas que com o ambiente digital, passa a ser radicalmente repensado. As questões que Han (2014) coloca com a biopolítica, porém, mostram uma in-

suficiência muito clara nessa reformulação, questionando até que ponto é possível pensar em consentimento quando tantas das bases que sustentam esse conceito foram viradas de ponta-cabeça.

O campo da proteção de dados, por ter se tornado uma das fronteiras em que o Direito Digital avança mais rapidamente, oferece um bom substrato para pensar a relação entre autonomia e ambientes digitais. Doneda (2006) já apontava que a proteção de dados tomaria papel central no debate a partir do momento em que a privacidade se tornasse uma das grandes questões-problema da sociedade da informação.

Bioni (2019) mostra que a proteção de dados foi pensada primeiro pelo paradigma do liberalismo jurídico, na sua lógica de manifestação individual de autonomia. Assim, cada indivíduo seria livre, no sentido negativo, para concordar com a manipulação de seus dados e, caso não concordasse, poderia se retirar de um determinado ambiente digital. A insuficiência que se coloca, Bioni aponta, é que há uma disparidade entre indivíduo e empresas e governos, que o paradigma liberal tenta corrigir via contratos.

Essa correção, porém, segue apostando no aspecto individual do consentimento e da autonomia, e encontra uma segunda insuficiência quando se torna impossível não frequentar ambientes digitais, e quando a lógica de plataformação faz com a internet se reduza, pouco a pouco, a menos *sites* com muito poder (Hoffmann-Riem, 2021). O republicanismo jurídico responde essas insuficiências construindo o consentimento como um problema coletivo, que deve ser pensado a partir da lógica de Direitos Sociais e interferência positiva.

Como Bioni (2019) aponta, essa solução republicana encontra um limite ao perceber que, no campo digital, Estados e governos estão substancialmente mais fracos do que grandes empresas transnacionais. A regulação e correção positiva, portanto, fica mais difícil, em função de aspectos próprios do digital – ausência de lógica fronteira, impossibilidade de controle físico – em função

de uma disparidade do capitalismo, com empresas de tecnologia ocupando cada vez mais lugares dentre as mais ricas do mundo.

A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD) apostou, por exemplo, em caminhos como *compliance* e boas práticas para tentar uma solução alternativa no campo da regulação de empresas. Isso é indicativo de uma tendência maior, presente em outras legislações (Hoffmann-Riem, 2021), de substituição do Direito pelo mercado como regulador da proteção de dados. Esse fenômeno ocorre em outras áreas do Direito Digital também, e reflete uma insuficiência do próprio Direito e dos juristas, de atuarem como principal força regulatória e organizadora da sociedade moderna.

O ferramental de que dispõe um jurista para atuar num determinado dilema vai se mostrando insuficiente para os ambientes digitais. Tecnologias como fronteiras, burocracias de documentos, mobilização de forças policiais etc., todas vão encontrando limites muito claros no ambiente digital, o que levanta a pergunta sobre quais são as tecnologias que de fato são eficientes nesse novo momento. A princípio, tecnologias de computação e programação, um arsenal que o Direito não domina, se provam como as ferramentas mais úteis nesse sentido.

A aposta da proteção de dados em *compliance* e boas práticas de mercado é reveladora dessa necessidade de atualização dos sentidos e noções jurídicas. A ideia de autonomia e sua realização prática precisam ser repensadas em função, também, das novas técnicas necessárias para uma atuação jurídica nesse novo ambiente. Autonomia Privada é um conceito que precisa ser organizado, agora, em razão das possibilidades de existência própria do ambiente digital.

Susskind (2017), ao trabalhar as possibilidades de atuação do profissional do Direito no futuro próximo, aponta que é cada vez mais necessário que advogados e juristas saibam programar e tenham noções de computação e tecnologias digitais. É possível ir mais além, e trabalhar a própria ideia de Direito agora em função desse novo ambiente. Categorias tão essenciais quanto a ideia

de autonomia vêm sendo radicalmente alteradas, e em algum momento ambos os paradigmas jurídicos habermasianos serão chamados a definir novos sentidos sob pena de serem superados por novos paradigmas outros.

7 Considerações finais

A noção moderna de Autonomia Privada, enquanto categoria fundamental para a organização social, está em processo de atualização para os ambientes digitais. Esse processo, apesar de bater em certas insuficiências, ocorre enquanto disputa dos paradigmas liberal e republicano, servindo como substrato para a tensão maior entre esses dois modelos de organização sociojurídica. No campo do Direito Digital, ambos os paradigmas disputam a direção desse processo, na tentativa de colocar força discursiva nos seus valores e práticas.

O problema maior que o mundo digital coloca, porém, é que talvez essa disputa seja fadada ao fracasso, já que haveria uma insuficiência mais fundamental nesse campo, na forma da dificuldade do Direito enquanto técnica social de atuar no ambiente digital. Nesse caso um ou outro paradigma estariam igualmente despreparados para exercer suas funções de reguladores sociais nesse novo mundo.

Susskind (2017) aponta exatamente esse movimento, e defende o caso de estarmos em franca substituição do jurista por outras figuras, como os programadores, no papel de principais definidores dos sentidos de certos termos. A autonomia se faz em sua realização, ou seja, quem define a autonomia é quem determina a *forma* pela qual se exerce essa autonomia. No mundo analógico, o Direito controla o sentido de autonomia, porque essa se insere dentro da lógica em que o Direito consegue exercer poder – burocracias, fronteiras, documentos.

No ambiente digital, quem define a *forma* de se realizar a autonomia não é mais a lógica que o Direito conhece, e sim uma outra, que não pertence aos juristas. A autonomia se dá em

códigos binários, programas, algoritmos. Esse ferramental é de domínio de outros campos, como a Tecnologia da Informação, a computação, a programação. Esse limite é o que se impõe ao Direito enquanto garantidor da autonomia em ambientes digitais e é a partir dessa constatação que o Direito pode começar um processo estratégico de atualização, caso não se queira admitir o fim do modelo social moderno.

Na Sociedade Digital, o novo sujeito de direitos cria um campo de possibilidades de atuação para o Direito, que precisa ser explorado, considerando-se a atualização paradigmática que o liberalismo e o republicanismo jurídicos estão sofrendo. Esse processo é resultado e causa das escolhas que juristas já estão fazendo sobre como regular os ambientes digitais, e, ao explorá-lo, explora-se também o próprio processo de passagem da sociedade analógica para a Sociedade Digital.

Referências

BECERRA, J. et al. ***Derecho y Big Data***. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018.

BIONI, B. R. ***Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento***. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO, F. R. de. Por um direito democrático: o paradigma procedimentalista de direitos de Jürgen Habermas. ***Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania***, v. 3, n. 1, p. 27-43, 2018.

CASTELLS, M. ***A sociedade em rede***. 21. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2013.

CESARINO, L. ***O mundo do avesso: Verdade e política na era digital***. São Paulo: Ubu Editora, 2022.

D'AGOSTINI, F. ***Analíticos y Continentales – Guía da Filosofia dos Últimos Treinta Años***. 3. ed. Madrid: Cátedra, 2010.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, W. A democracia no mundo digital: história, problemas e temas. In: _____. **Democracia Digital**. São Paulo: Edições Sesc, 2018.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. Paradigms of Law. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. (Eds.). **Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges**. University of California Press, 1998.

HAN, B.-C. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas formas de poder**. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2014.

_____. **No enxame: perspectivas do digital**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2018.

HOFFMANN-RIEM, W. **Teoria Geral do Direito Digital**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

HUI, Y. **Tecnodiversidade**. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1997.

LEVY, P. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

MARTINO, L. M. S. **Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes e redes**. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

MOROZOV, E. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: Ubu, 2018.

NETO, M. P. Nuvem: Plataforma: Extração. **Revista Percursos**, v. 21, n. 45, p. 5-23, 2020.

SILVA, F. G. **Entre potenciais e bloqueios comunicativos: Habermas e a crítica do Estado Democrático de Direito**. *Caderno CRH*, v. 24, n. 62, p. 307-330, 2011.

SUSSKIND, R. **Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

WIEACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.