

LEVANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SÉRIO: A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS EM PERÍCIA ALGORÍTIMICA FACE À PROTEÇÃO DE SEGREDO INDUSTRIAL

1. PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL E TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POR UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR E INCLUSIVA

É possível verificarmos a importância essencial do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais ao observarmos que a proteção de dados (autodeterminação informativa) é um direito fundamental, e pois, não apenas um direito humano ou um direito da personalidade autônomo. Stefano Rodotà¹, segundo esclarece Ana Frazão, apontaria para o reconhecimento da proteção de dados como um verdadeiro direito fundamental autônomo, expressão da liberdade e da dignidade humana. Danilo Doneda afirma que Stefano Rodotà entenderia a proteção de dados como direito especial da personalidade, embora, por outro lado, Ana Frazão sustente que Rodotà afirmaria a proteção de dados como sendo um direito fundamental autônomo², postulando por uma proteção dinâmica,

¹ Stefano Rodotà, "A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje". Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda, Rio: Renovar, 2008, p. 18-19. Juliana Abrusio, em sua tese de doutorado na PUCSP, "Proteção de Dados na Cultura do Algoritmo", afirma que "passa-se a percorrer como tornar os sistemas de inteligência artificial explicáveis é essencial para garantir direitos fundamentais como a proteção de dados pessoais". Laura Mendes, por sua vez aponta para a necessidade da cultura jurídica compreender a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental autônomo – cf. "Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor". São Paulo: Saraiva, 2014, p.78-79.

² Stefano Rodotà. "A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje". Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

abrangendo a observância dos movimentos dos dados. Dispõe Doneda:

“quando os cidadãos passam a ser cada vez mais avaliados e classificados apenas a partir de informações a seu respeito, a proteção e o cuidado com estas informações deixa de ser um aspecto que somente diga respeito às esferas da do sigilo ou da privacidade, passando a figurar um componente essencial para determinar o grau de liberdade de autodeterminação individual de cada pessoa”³.

Rony Vainzof, por sua vez, esclarece que Laura Mendes defende que a proteção de dados é um direito da personalidade, ao contrário de outras manifestações recentes da autora, que sustentam o reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental.

Verbis:

‘Laura Schertel entende que a própria personalidade a que os dados pessoais se referem, exige que a proteção de dados pessoais seja compreendida não como um direito à propriedade, mas como uma espécie dos direitos de personalidade, que tem como objetivo equilibrar os direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos’⁴.

Destaca-se como caso paradigmático no sentido de tal reconhecimento a decisão judicial da lavra do STF – Supremo Tribunal Federal de 06 e 07.05.2020 nas ADIs n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, referente à MP 954-2020. Referida MP permitia o acesso irrestrito de dados pessoais de geolocalização de telefonia móvel e

³ Danilo Doneda. “Princípios e proteção de dados pessoais”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Direito & Internet III: Marco civil de internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. I. p. 370.

⁴ Laura Schertel Mendes. ‘Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental’, cit. p. 124; Maldonado, Viviane Nóbrega; Blum, Viviane Nóbrega. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada, p. 177. Edição do Kindle.

fixa ao IBGE para fins de controle da pandemia da COVID19. Destacou-se que toda e qualquer atividade de tratamento de dados deve ser devidamente acompanhada das medidas de salvaguarda sob pena de ser uma interferência desproporcional na esfera pessoal dos brasileiros. No caso em questão, não houve a previsão acerca da necessária publicação prévia de um relatório de impacto à privacidade, a fim de demonstrar de forma transparente aos cidadãos os riscos e meios de mitigação. Tampouco houve uma delimitação temporal acerca do uso dos dados e a forma de descarte após sua utilização; ou seja, não houve a aplicação de boas práticas de segurança, transparência e controle.

Destaca-se o entendimento de Laura Mendes acerca de tal julgado ter reconhecido a proteção de dados como direito fundamental, em suas palavras: “decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais”⁵.

Importa ressaltar que a LGPD não traz, contudo, expressa previsão da proteção de dados como direito fundamental, como se denota dos seus artigos 1º e 17, quando menciona a proteção de outros direitos fundamentais (liberdade, intimidade, privacidade, livre desenvolvimento da personalidade).⁶

Da mesma forma, ainda não teríamos uma expressa e direta previsão constitucional de tal direito fundamental, contudo, há a previsão constitucional de proteção de direitos fundamentais

⁵ 10/05/2020, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020.

⁶ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

relacionados, consoante se denota dos artigos que protegem a garantia da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X), a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88,) e ao prever a garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII). Há quem entenda que foi reconhecido pela Constituição, portanto, um direito fundamental à proteção de dados pessoais, a chamada autodeterminação informativa, como uma dimensão material do *habeas data*, com fulcro na inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da dignidade humana (Laura Mendes)⁷. Por conseguinte, entendemos que foi reconhecido pela CF o direito fundamental à proteção de dados pessoais, como uma dimensão material do *habeas data*, como parte, portanto, do *substantive due process of law*.

Além disso, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição 17/19 que insere a proteção de dados pessoais, incluindo os digitalizados, na lista de garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, ou seja, no rol do art. 5º, da Constituição.

O direito à proteção de dados é considerado direito fundamental pelo art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7.12.2000. Da mesma forma o Regulamento Europeu de proteção de dados – GDPR 2016/679 do Parlamento europeu e do Conselho europeu, revogando a Diretiva 95/46/CE prevê a proteção de dados como direito fundamental (item 1), bem como a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, já que não há que se falar em direitos

⁷ Laura Schertel Mendes, "Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais. Fundamento, conceitos e modelo de aplicação". Panorama setorial, ano XI, https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/6/15122520190717-panorama_setorial_ano_xi_n_2_privacidade_e_dados_pessoais.pdf

absolutos, devendo a proteção de dados ser equilibrada com outros direitos fundamentais, com o princípio da proporcionalidade (item 4).

Ainda no sentido de haver previsão acerca da necessidade da aplicação da proporcionalidade, a Agência Espanhola de Proteção De Dados (AEPD), em fevereiro de 2020, publicou o documento *“Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial”*, no tocante à regulamentação da proteção de dados pelo regulamento europeu, onde destaca a necessidade da observação da proporcionalidade.⁸

No mesmo sentido aponta a Resolução 1-2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) denominada *“Pandemia y derechos humanos em las Américas”* de 10.04.2020, trazendo expressa previsão do princípio da proporcionalidade como forma de evitar a generalização de um estado de exceção em tempos de pandemia, ressaltando sua limitação temporal e a obrigatoriedade da observância do princípio da proporcionalidade em seus três subprincípios, proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade (item 21). Em seu item 20 enfatiza que o estado de exceção presente nestas situações de pandemia deverá cumprir e respeitar os direitos humanos.

Ainda quanto ao reconhecimento da proteção de dados como direito fundamental e a necessidade do princípio da proporcionalidade, noção-chave da teoria dos direitos fundamentais, ele próprio expressão de uma garantia fundamental, que entendemos como princípio dos princípios e, logo, como “garantia das garantias”, destaca-se o entendimento da jurisprudência internacional.

⁸ Disponível em: <<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>>. Acesso em 15 fev.2020.

Em 2016, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu dois importantes e polêmicos casos (C-203/15 e C-698/15), envolvendo as regras a respeito do armazenamento indiscriminado de dados relativos à localização de tráfego de dados em comunicações eletrônicas, com relação a cidadãos da Irlanda, Noruega e Reino Unido, a fim de se verificar se haveria um risco de vigilância excessiva. Na decisão se afirmou que não se pode impor obrigação geral de conservar dados das comunicações eletrônicas, pois esta medida implicaria em ato de vigilância indiscriminada, incompatível com os direitos fundamentais e com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ocorrendo afronta a estes e aos valores inscritos em uma sociedade democrática⁹.

O primeiro julgado, no sentido de reconhecimento do direito à proteção de dados, como direito fundamental, considerado como *leading case*, dando origem ao direito à autodeterminação informativa, como um direito subjetivo fundamental, foi proferido pela Corte Constitucional da Alemanha em 1983, alegando que “não existem mais dados insignificantes no contexto do processamento eletrônico de dados”. Refere-se o julgado à “Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho” de 1982, frisando o risco da ampla coleta estatal de dados e a possibilidade de cruzamento com outras informações que o Estado já possui, e apontando que, em uma sociedade na qual os cidadãos não detêm controle sobre as suas próprias informações coloca-se em risco o seu

⁹ Corte de Justiça da União Europeia, Casos (C-203/15 e C-698/15; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2017:053:TOC>). Vale notar, de passagem, como ali não se confunde os dois princípios, da razoabilidade e da proporcionalidade, como equivocadamente se vê patrocinado entre nós em nível constitucional pela jurisprudência e doutrina investida de grande e lamentável influência.

próprio sistema democrático em razão do estado de vigilância permanente trazido com tal situação¹⁰.

Diante de tais considerações resta patente a importância do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como do Constitucionalismo Digital, a fim de se compreender e aplicar de forma correta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais são diversos em conceito, origem e função, de forma a preservar os direitos fundamentais, e via de consequência a dignidade humana. Trata-se do reconhecimento da necessidade de uma hermenêutica constitucional diferenciada para o caso de resolução dos denominados “hard cases”, envolvendo colisões de normas de direitos fundamentais, já que os critérios tradicionais previstos no Ordenamento Jurídico para o caso de resolução de conflitos de regras não são suficientes para esta demanda diferenciada. No caso de conflito de regras, estas atuam através de um sistema do tudo ou nada, no caso de antinomia, uma regra é aplicada e a outra não. No caso de colisões de princípios temos a solução via ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, seguindo-se todo um procedimento objetivo, racional e específico, aplicado no caso concreto (não se admitindo soluções abstratas, *a priori*, segundo consagrada doutrina alemã).

Portanto, não se poderia falar em ponderação no caso de conflitos entre regras, como aponta parte da doutrina de forma equivocada (Daniel Bucar e Mario Viola).¹¹ Tampouco poderia ser afirmado que a ponderação se refere apenas à fase da “realização

¹⁰ BVERFGE 65, 1. p. 239 e 240; http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view.

¹¹ “Tratamento de dados pessoais por legítimo interesse do controlador, primeiras questões e apontamentos”, livro LGPD e suas repercussões no direito brasileiro”, cit., p. 476.

do fim pretendido, sem que haja outro menos gravoso no ordenamento jurídico”, já que aqui, na verdade, teríamos apenas uma das fases da ponderação, correspondendo a um dos três subprincípios da proporcionalidade, sendo, pois, insuficiente¹². Outro equívoco está em tentar fixar ou sistematizar regras específicas em abstrato no caso de colisões de direitos fundamentais, ou promover uma espécie de primazia *a priori* em casos abstratos, de algum direito fundamental em contraposição a outro direito fundamental, já que tal análise se dá apenas diante do caso em concreto, como aponta a melhor doutrina.¹³

Não seria, pois, possível, se reconhecer, por exemplo, uma preferência apriorística à liberdade de expressão quando em colisão com outras normas de direitos fundamentais, mas sim da necessidade de efetiva ponderação, diante de cada caso concreto.¹⁴

A Teoria (Fundamental e Inclusiva) dos Direitos Fundamentais parte da necessidade da análise da natureza jurídica, hierarquia e espécies de normas jurídicas, voltando-se a uma visão dinâmica do ordenamento jurídico. Assim como já amplamente consagrado no Direito Civil, com o reconhecimento de um enfoque denominado de “Direito Civil Constitucional”, deve ser destacada a proposta do Constitucionalismo Digital (DIGITAL CONSTITUCIONALISM), que visa, sobretudo, reequilibrar as relações jurídicas no ambiente digital e preservar os direitos fundamentais envolvidos (GIOVANNI DI GREGORIO, GILMAR MENDES).

¹² *Ibidem*, p. 477.

¹³ *Ibidem*, p. 478. Ver Willis Santiago Guerra Filho

¹⁴ Felipe Ramos Ribas Soares, Rafael Mansur de Oliveira. “A tese da posição preferencial da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional”. Direitos e mídia: tecnologia e liberdade de expressão, Indaiatuba: Foco, 2020, pp. 29 e ss.

Portanto, o estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais, assim como, nela, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mostra-se fundamental também para a superação da problemática da falta de efetividade de princípios éticos e de princípios jurídicos. A questão da ineficácia de tais princípios, tanto éticos como jurídicos, bem como a afirmação de que não são positivados nem objetivos, considerando-os como excessivamente vagos e abstratos, ou como sinônimos de valores, hão de ser analisadas à luz do que entendemos como pós-positivismo, enquanto posição que supera dialeticamente os antagonismos entre as mais diversas concepções de jusnaturalismo e juspositivismo, pois a partir do momento em que se tem a positivação de princípios como normas jurídicas, não se poderia mais falar, aprioristicamente, em falta de efetividade, pois está dada a condição formal para que ela se verifique. Tal concepção parte de uma compreensão ultrapassada acerca do Ordenamento Jurídico e de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, afirmada decididamente no segundo pós-guerra, onde se tem a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais, possuindo a norma que os consagra a natureza jurídica de princípios, traduzindo concepção mais atualizada que é a

do pós-positivismo, reconhecendo, portanto, os princípios como normas jurídicas, dotadas de máxima eficácia e condição de adquirir plena efetividade. No mesmo sentido, por exemplo, tem-se a superação do entendimento de que há mais que se falar, em relação a normas de direitos fundamentais, como normas constitucionais programáticas.

É fundamental tal compreensão, uma vez que o artigo 7º, IX da LGPD traz e fixa uma espécie de regra de ponderação envolvendo a base legal do legítimo interesse, um dos pontos a serem observados

quando da elaboração do LIA – Avaliação do Legítimo Interesse -, bem como no caso de ponderação acerca da proteção do segredo industrial atrelado ao sigilo de algoritmos de inteligência artificial, com a necessidade de se postular pelos direitos à explicação, e revisão de decisões automatizadas. No mesmo sentido, vai a preocupação de se interpretar e aplicar corretamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que entendemos estarem previstos pela LGPD (art. 5º, art. 6º, I, II, III, art. 12, § 2º, art. 18, § 1º).

Traz a ponderação a necessidade de observância de todo um procedimento racional, objetivo, com a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade, a saber, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (art. 6º, II, III LGPD), justamente a fim de se evitar decisões arbitrárias, subjetivistas, contribuindo assim para a efetividade do Direito e sua maior racionalidade. Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ressalte-se nossa posição, diversa de outras como aquela bem notória de Robert Alexy, ao considerarmos que este traz um necessário limite intransponível à ponderação, justamente quando ferir o núcleo essencial de qualquer direito fundamental, onde se encontra entronizada a dignidade humana. Os Direitos Fundamentais para se realizarem devidamente pressupõem, por conseguinte, uma nova compreensão do direito enquanto sistema normativo, reconhecendo-se a centralidade dos direitos fundamentais e a efetividade dos princípios jurídicos.

Wolfgang Hoffmann-Riem destaca a importância dos direitos fundamentais, da proporcionalidade e da ponderação na área do *big data* e da proteção de dados:

“A aplicação de princípios aos procedimentos relativos aos Big Data tem sido criticada, em especial pelas

empresas em causa, como sendo hostil/inibidor à inovação. No entanto, isto não é justificação suficiente para abandonar as preocupações suscitadas pelos princípios no domínio dos grandes volumes de dados. Isto porque os princípios servem à proteção de interesses jurídicos e, em especial, a observância do princípio da proporcionalidade quando são lesados interesses dignos de proteção jurídica. O princípio da proporcionalidade não visa unilateralmente proteger os interesses das pessoas afetadas por determinadas medidas, mas sim permitir um equilíbrio/ ponderação entre interesses diferentes, também possível no domínio das aplicações de Big Data. Na ponderação dos interesses, devem ser tidos em conta não só os interesses individuais das pessoas afetadas concretamente, com vistas à proteção da liberdade, mas também os interesses de importância coletiva (Journal of Institutional Studies 2 (2020) Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 2, p. 431-506, maio/ago. 2020, Big data e inteligência artificial: desafios para o Direito, p. 56 e ss.).¹⁵

O mesmo abalizado A. afirma, outrossim, que para a proteção de bens jurídicos, incluindo a proteção da autonomia, são de particular importância os direitos humanos e fundamentais (“Teoria Geral do Direito Digital”, p. 62, Forense. Edição do Kindle),¹⁶ sendo o posicionamento corroborado por Laura Mendes, que assevera: “o professor Hoffmann-Riem nos ensina que a preocupação com a preservação e atualização dos direitos fundamentais deve ser constante, enxergando o Direito como um instrumento de limitação de poderes e de regulação da inovação, de acordo com os objetivos e os valores firmados no ordenamento jurídico, especialmente, os princípios constitucionais” (Apresentação, “Teoria Geral do Direito Digital”, p. 10-16).¹⁷

15

16

17

Nas palavras de Luciano Floridi, reconhecendo que devemos redesenhar ou realizar reengenharia em nossa hermenêutica (arte da interpretação), a fim de ter uma boa chance de entender e lidar com as transformações curso (“*Onlifemanifesto*”), como os antigos atenienses, devemos tratar filosofia, ciência e política como disciplinas fortemente interconectadas.

2. A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NO CASO DE PERÍCIA ALGORÍTIMICA E PROTEÇÃO DE SEGREDO INDUSTRIAL - TRANSPARÊNCIA DO DESIGN TECNOLÓGICO

Como equilibrar via ponderação a necessária observância do segredo industrial e comercial que envolvem os programas de computador e os algoritmos de IA, a proteção via propriedade intelectual, vistos de forma absoluta nesta seara? Ao se analisar de forma literal e gramatical a LGPD em seus artigos 10, § 3º e artigo 20, § 1º e § 2º pode-se chegar à equivocada conclusão de que o segredo industrial sempre irá prevalecer, mesmo diante de direitos básicos do titular ou de seus direitos fundamentais.

Segundo a LGPD, a ANPD poderá solicitar o Relatório de Impacto de proteção de dados no caso da base legal do interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial, contudo, deverá ser realizada uma ponderação, diante do caso concreto, face à necessidade de respeitar outros direitos fundamentais em colisão, bem como em atenção ao princípio da transparência e da explicabilidade.

Como observar o princípio da explicabilidade, e tornar efetivos os direitos à explicação e à revisão de uma decisão automatizada, se não

temos acesso aos parâmetros da tomada de decisão, sendo em alguns casos necessária a quebra do código fonte, a fim de melhor compreender os aspectos da decisão, envolvendo, pois, os aspectos da acessibilidade e compreensibilidade?

Bruno Bioni afirma que “a explicação seria uma ferramenta de *accountability* dela ao expor a lógica da decisão, devendo permitir ao observador determinar a extensão em que um input particular foi determinante ou influenciou um resultado. Entretanto os segredos comercial e industrial constituem objeções à transparência (O princípio da precaução na regulação de Inteligência Artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada?, Bruno Ricardo Bioni, Maria Luciano, https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/09/Bioni-Luciano_O-PRINCI%CC%81PIO-DA-PRECAUC%CC%A7A%CC%83O-PARA-REGULAC%CC%A7A%CC%83O-DE-INTELIGE%CC%82NCIA-ARTIFICIAL-1.pdf).¹⁸

Segundo Wolfgang Hoffmann-Riem, a proteção judicial das pessoas adversamente afetadas pode ser possibilitada pela introdução nos tribunais dos denominados procedimentos sigilosos; as empresas são obrigadas a revelar ao tribunal os algoritmos, em particular algoritmos que podem ser utilizados para pôr em perigo a liberdade - as máximas e os critérios em que se baseiam, a informação utilizada como input e, no caso dos sistemas de aprendizagem, as regras de formação utilizadas, se necessário também o tipo de utilização da análise de Big Data. No entanto, essas informações não deverão tornar-se públicas e não deverão ser acessíveis às partes no processo, ou apenas o serão numa medida

limitada, mas sim ao tribunal que aprecia os problemas, que pode, contudo, se necessário, mandar proceder a um exame por peritos independentes (“Big Data e Inteligência Artificial: Desafios Para O Direito”).¹⁹

Diante das possíveis limitações da regulação apenas via autorregulação, já que, por exemplo, tomando-se em conta os códigos de conduta, teríamos a elaboração unilateral e seletiva, podendo incrementar ainda mais as já existentes assimetrias de poder, então a heterorregulação estatal é indispensável, devendo ser complementada com incentivos para uma melhor concepção tecnológica, tal como a possibilidade de certificações e de auditorias independentes, sujeitando-se a autorregulação a precauções materiais e processuais, envolvendo a participação de representantes da sociedade civil com poderes para controlar o cumprimento dos compromissos voluntários (Wolfgang Hoffmann-Riem, “Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulada no contexto digital”).²⁰

Os sistemas de regulamentação (heterorregulação e autoregulação) seriam complementares, a fim de por eles se poder alcançar um sistema de proteção proativo, abrangente e sistemicamente seguro, uma proteção sistêmica.

Neste sentido, além da proteção pelo Estado destaca-se cada vez mais de forma complementar a proteção desde a concepção tecnológica (*protection by design*), envolvendo a criação de arquiteturas de decisão adequadas à proteção com o auxílio da

19

20

concepção e de ferramentas tecnológicas, como forma de se implementar a segurança (*Security by Design*).

Como exemplos poderíamos citar:

- ✓ design responsável dos programas de computação/sistemas algoritmos, visando, sobretudo, contribuir para a explicabilidade da inteligência artificial.
- ✓ montadora japonesa Toyota criou, em parceria com a empresa Hino, um dispositivo que mede o teor alcoólico do hálito do motorista e pode bloquear a partida do automóvel caso o limite tolerável seja ultrapassado (segurança *by design*).
- ✓ drone que não consegue fotografar nem filmar janelas, casas e apartamentos é um drone sensível ao valor da privacidade e intimidade.
- ✓ ferramenta de anonimização, TOR, um software orientado pelo valor da privacidade (*privacy by design*).
- ✓ arma que só dispara com a leitura da biometria do dono ou outra técnica similar (*smart gun*) (segurança *by design*)
- ✓ bot doméstico que pede para a criança falar as expressões “por favor” e “obrigado” (ética *by design*).
- ✓ Amazon - ferramenta para seu bot Alexa denominada *politeness feature*, com a função de ajudar os pais a educarem seus filhos através da interação comunicativa com a Alexa (ética *by design*)

Tal abordagem vai na linha da postulação por uma mudança de paradigma: da autodeterminação informativa/liberdade informática (foco no titular) para uma arquitetura de gerenciamento dos riscos no

tratamento de dados, com foco nas empresas, na responsabilidade digital, ética digital, e prestação de contas, envolvendo o design responsável dos programas de computação.

Ao se postular pela regulação pela técnica envolvendo além da aplicação das PETS - *Privacy-enhancing Technologies* -, tecnologias que visam o empoderamento do titular dos dados, trazendo uma melhor proteção aos direitos fundamentais, bem como pelo *privacy by design e default*, se fala em transparência do design tecnológico.

Esclarece Wolfgang Hoffmann Riem que tal transparência, não é apenas acerca da coleta e do processamento de dados, mas também do design tecnológico (o projeto técnico) e dos algoritmos utilizados em cada caso, dos sistemas algorítmicos. No entanto, a proteção dos segredos comerciais é contrária ao dever de divulgação.

Importante julgado conhecido como caso “Schufa”, da lavra do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha reconheceu, em princípio, a proteção ao segredo comercial em uma decisão sobre a pontuação do SCHUFA, envolvendo a classificação de crédito, sem levar em consideração que a proteção de segredos oficiais/industriais, não constitui um fim em si mesmo, mas exige igualmente uma coordenação com a proteção de pessoas e de interesses jurídicos diversos. A empresa alemão SCHUFA, ao prestar serviços de proteção ao crédito, no âmbito da avaliação de risco do consumidor, classificava como critério negativo o pedido de acesso aos dados pelo próprio titular, ao interpretar que consumidores que acessavam mais o seu score tinham maior chance de serem inadimplentes.

Analisando tal decisão, Wolfgang Hoffmann Riem afirma que referida decisão não cumpriria com os requisitos do Capítulo III RGPD/GDPR. Pontua, todavia, que a divulgação do design tecnológico e dos sistemas algorítmicos utilizados iria, por outro lado, interferir demasiado com a autonomia das empresas e afetar os seus legítimos interesses, permitindo o acesso dos algoritmos pelos concorrentes. Em seu entender, a quebra do segredo industrial seria justificada no caso de Direitos Fundamentais, em especial para evitar discriminação, estigmatização e manipulação. Ou no caso de existir outro interesse legítimo na divulgação equivalente à proteção de um segredo comercial. Se necessário, haveria proteção do segredo via procedimento sigiloso.

No Brasil, a Justiça Trabalhista vem concedendo algumas liminares autorizando a realização de prova pericial para periciar o algoritmo da Uber, para determinar o grau de controle que a plataforma exerce sobre os seus motoristas e, conseqüentemente, poder decidir pela existência ou não da relação de emprego. Há decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho e de alguns Tribunais Regionais do Trabalho suspendendo a realização da prova pericial e cassando a liminar. Há diversas notícias e condenações internacionais da Uber pelo mesmo fato (Processo 0103519-41.2020.5.01.0000, processo 0103519-41.2020.5.01.0000 (MSCiv) MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) – TRT).²¹

Nos termos do art. 6º, VI, da LGPD, *verbis*: “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis

sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”.

O direito à informação compreenderia o acesso e esclarecimento quanto aos aspectos principais e a lógica da decisão algorítmica – e especialmente os critérios de decisão -, de modo a ter, em princípio, a preservação do segredo de empresa, já que não seria necessário revelar o código fonte do algoritmo, mas os aspectos mais relevantes da decisão algorítmica, convertendo-se a linguagem matemática para a linguagem natural.

Portanto, o segredo industrial não poderá ser interpretado e reconhecido como sendo um direito absoluto, mesmo porque a própria Lei de Propriedade Industrial abre exceções ao segredo industrial/de negócios, no caso de ações judiciais, desde que respeitado o segredo de justiça, devendo ser analisado o caso concreto mediante o procedimento de ponderação e aplicação da proporcionalidade (art. 206, da LPI).

Diante da insegurança do processo judicial sob segredo de justiça no Brasil, já que não são raros os casos de publicação sem o respeito a tal limitação e de acesso por terceiros aos autos do processo, se maiores dificuldades, há que se pensar em uma proposta diante da realidade cultural brasileira, bem diversa do contexto europeu neste sentido, sendo uma alternativa viável a inversão do ônus da prova, proposta esta que parece estar de acordo com o procedimento da ponderação e aplicação da proporcionalidade.

Explica-se: ao invés de quebrar o segredo industrial, já que no Brasil não podemos garantir o segredo de justiça como suficiente para a preservação apenas entre as partes de tal revelação, poderia

haver uma presunção de culpa caso a empresa se recusasse a informar tais dados relativos ao segredo industrial/de negócio, invertendo-se o ônus da causa. Assim, ambos os Direitos Fundamentais estariam sendo protegidos mais adequadamente, sem o sacrifício total de qualquer deles (proporcionalidade em sentido estrito).

Deve ser reconhecido que a abordagem de regulação pelo risco ou risquificação não poderá ser encarado como mero processo de ruptura normativa na proteção de dados pessoais, devendo ser visto de forma complementar aos modelos teóricos envolvidos na proteção dos direitos fundamentais. É o que pontua Claudia Quelle, ao mencionar que as metodologias relacionadas à regulação do risco deverão ser influenciadas pela teoria do balanceamento de direitos fundamentais, analisando-se as violações de direitos fundamentais em casos concretos.²²

Isto fica claro quando temos a compreensão de que não basta a simples substituição da normatividade estatal por uma outra, privada, e substituição de leis principiológicas pela regulação pela técnica já que há sempre o risco de que o controle pela tecnologia digital possa ensejar a perda de regulamentação normativa ou causar fins normativamente indesejáveis (Mireille Hildebrandt, “Smart Regulation and the End(s) of Law”).²³

3. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FORMA DE REEQUILÍBRIO

22

23

DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NA ARENA DIGITAL: “direito ambiental da proteção de dados pessoais”

É essencial que as temáticas relativas à Inteligência artificial, big data e proteção de dados sejam analisados à luz de uma perspectiva inclusiva, interdisciplinar, e do reconhecimento da multidimensionalidade dos Direitos Fundamentais, da coletivização e da risquificação.

A partir do reconhecimento da tríplice dimensão ou multidimensionalidade de todo Direito Fundamental, há o reconhecimento dos seus aspectos individual, coletivo e social, já que relacionados à cidadania e à igualdade material dos tutelados. Trata-se do reconhecimento de que um vazamento de dados ocorre como se fosse um sistema de poluição de dados, afetando não apenas o titular, mas causando danos coletivos e sociais, devendo haver uma conjugação das formas de responsabilização “ex post” e “ex ante” (BEN-SHAHAR, Omri. *Data Pollution*, p. 133 e ss.).²⁴

É um modelo que deverá ainda ser reconhecido e aplicado no Brasil no âmbito da proteção de dados e *big data*, seguindo-se a área do direito ambiental, mas impõe uma interpretação sistemática da legislação, superando-se, por exemplo, o entendimento gramatical, literal e ultrapassado, no sentido de se reconhecer apenas um caráter voluntário aos Relatórios de Impacto de proteção de dados (RIPD/DPIA), ou seja, que seria necessária sua elaboração apenas após a solicitação pela ANPD. Uma interpretação sistemática e à luz das novas propostas epistemológicas e hermenêuticas citadas no presente artigo demonstram sua ligação ao princípio da prevenção,

à ideia de risquificação e coletivização e proteção da multidimensionalidade dos direitos fundamentais, não havendo sentido sua elaboração *a posteriori*, mesmo porque deverá contemplar todo o fluxo de dados e evitar a ocorrência de danos.

A partir do reconhecimento da múltipla dimensionalidade dos Direitos Fundamentais, é reconhecida sua aplicabilidade ou eficácia horizontal, perante particulares, além daquela vertical, frente ao Estado, sendo de suma importância que seja redesenhada a aplicação da teoria da eficácia horizontal na esfera digital, como bem pontua Gunther Teubner, ao advertir que, enquanto na sua formulação tradicional essa teoria adota uma perspectiva individualista de equilíbrio entre direitos individuais dos atores privados, na esfera digital, os direitos constitucionais nas relações privadas têm de ser reformulados na sua dimensão coletivo-institucional (TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: a legal case on the digital constitution. *Italian Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 485–510. 2017).²⁵

O Constitucionalismo digital é conceituado como sendo um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia ultrapassada de limitação do poder político estatal, voltando-se mais recentemente para a afirmação de Direitos Fundamentais na internet (SUZOR, Nicolas. The Role of the Rule of Law in Virtual Communities. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 1817-1886. 2010; e em BERMAN, Paul Schiff. *Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying constitutional norms to “private” regulation.*

University of Colorado Law Review, v. 71, p. 1263- 1310.
2005.JUSTIÇA DO DIREITO v. 34, n. 2, p. 06-51, Mai./Ago. 2020 10).

26

Para alguns, há uma relação de equivalência entre “Constitucionalismo Digital” e a noção de “declarações de direitos fundamentais na internet” (*Internet Bill of Rights*), tendo por expoentes defensores, Edoardo Celeste, Claudia Padovani e Mauro Santaniello e Meryem Marzouki.²⁷

Edoardo Celeste explica o contexto e conteúdo das declarações de direitos fundamentais na internet, destacando que: reconhecem a existência de novos direitos fundamentais na internet, como o direito de acesso à internet, o direito ao esquecimento ou o direito à neutralidade da rede; limitam a capacidade de violação de direitos fundamentais na rede, como ocorre com as leis de proteção de dados; e estabelecem novas formas de controle social sobre as instituições públicas, como o dever de transparência das informações controladas por governos e entidades privadas.²⁸

O constitucionalismo digital visa ao reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço, bem como no reequilíbrio de poderes entre os diversos atores no ambiente digital diante dos novos desafios e problemáticas relacionados ao uso das novas tecnologias, em especial diante do capitalismo de vigilância e do superávit comportamental, com considerável incremento de afronta a direitos fundamentais diante da ampla capacidade de

26

27

28

coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais e da intensificação do fluxo de informações.

Trata-se de uma abordagem contraposta às perspectivas libertárias que reconhecem a melhor opção regulatória como sendo a autorregulação, autorregulação regulada, ou “proceduralização” (*rectius*: procedimentalização), apostando na técnica como forma primordial de solução de problemas complexos, com base em estudos clássicos como os de Lawrence Lessig e Joel Reidenberg.²⁹ Além do reconhecimento da necessidade de novos procedimentos e novos mecanismos para se substituir a heterorregulação, leis principiológicas e princípios éticos, sujeitos a críticas no que se refere à sua inefetividade e um fardo à inovação, por parte principalmente de grandes empresas do setor tecnológico e digital, ressalta-se o estabelecimento das regras do jogo diante dos termos de consentimento, termos de uso de serviços e produtos digitais, verdadeiros contratos de adesão, como uma espécie de função adjudicatória de direitos, funcionando como verdadeiros tribunais, o que fica bastante claro diante da iniciativa denominada de Comitê de Supervisão do Facebook, o *Oversight Board* ou “Suprema Corte do Facebook”.

4. CRÍTICAS À PONDERAÇÃO E “PROCEDURALIZAÇÃO”

A proporcionalidade e a ponderação envolvem um procedimento, racional, objetivo, estruturado, o qual deverá ser observado a fim de ser aplicada de forma responsável e não arbitrária tal metodologia e hermenêutica constitucional, evitando-se o que se

denomina em teologia moral de “proporcionalismo”,³⁰ o que seria o mau uso de tal aplicação, não contribuindo para o fortalecimento da jurisdição constitucional, nem tampouco para a proteção adequada dos direitos fundamentais.

Neste sentido, ao que parece este não foi o melhor entendimento no tocante a redação do art. 17 do Regulamento Europeu de Proteção de dados (GDPR), já que, ao prever as exceções no item 3 ao direito de apagamento dos dados pessoais, traz uma espécie de determinação *a priori* de forma abstrata, e não se analisando o caso em concreto, de qual direito fundamental irá prevalecer. *Verbis*:

“quando o tratamento de dados se revele necessário: a) ao exercício da liberdade de expressão e de informação; b) ao cumprimento de obrigação legal que exija o tratamento, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; c) por motivos de interesse público no domínio da saúde pública; d) para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos; e) para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.”

Trata-se de evidente colisão de normas de direitos fundamentais, não sendo possível tal previsão em abstrato, não se analisando o caso em concreto, de qual direito fundamental irá prevalecer, já que o interesse público, ou a liberdade de expressão e de informação, por exemplo, não são superiores a outros direitos fundamentais. Neste mesmo sentido, destacamos o entendimento de Gustavo Tepedino, ao criticar a tutela da privacidade com contornos

³⁰ Encíclica *Splendor Veritatis*.

proprietários, apontando para a necessidade da ponderação concreta de interesses conflitantes: “(...) trata-se de ponderação necessária entre interesses colidentes, não sendo possível sacrificar, em abstrato, direitos fundamentais, máxime se o critério balizador for a pertinência proprietária (...)”.³¹

Em sentido semelhante, recente julgado do STF no RE 1.010.606 parece ter interpretado pela primazia da liberdade de expressão, afirmando ainda ser o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição Federal (caso de Aída Curi), já que um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. É o que se pode verificar do julgado citado:

(...)É certo, no entanto, que a liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais. Parafraseando o célebre Juiz Oliver Wendell Holmes, grande defensor da liberdade de expressão, o direito à manifestação do pensamento pode ceder nos casos que impliquem perigo evidente e atual capaz de produzir males gravíssimos. E em que situações se identificaria esse perigo? A meu ver, a manifestação do pensamento, por mais relevante que inegavelmente seja, não deve respaldar a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o “equilíbrio dinâmico” entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância.

(...) Mas é preciso conhecer os critérios de precedência nessa ponderação. Nos autos da ADI nº 4.815 esta Corte realizou semelhante ponderação de interesses. (...) Em seu voto, a eminente Relatora muito bem destacou a posição de proeminência da liberdade de expressão, mesmo na atualidade, por seu caráter propulsor dos

31 “Lógica proprietária e tutela da personalidade”. Revista Trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 49, 2012, p. VI.

demais direitos fundamentais. (...).No mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso fez questão de destacar que “a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial”, o que, esclareceu, “não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais”. E acrescentou: “[D]izer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.”

A mecânica da ponderação em linhas gerais, e também no caso específico de sua aplicação quando da utilização da base legal do legítimo interesse, sofre algumas críticas na doutrina, mas sem, contudo, serem apresentadas alternativas eficazes para a resolução dos “hard cases”.

No caso da proteção de dados, a ponderação é objeto de críticas, entendendo-se que a pseudolimitação do tratamento à ponderação apenas expandiria a discricionariedade do controlador, permitindo a este por meio de engenhosas argumentações tudo tratar (Daniel Bucar e Mario Viola, “Tratamentos e dados pessoais por legítimo interesse do controlador”, in “Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro”, p. 469).³²

De modo geral, as principais críticas são fundamentadas nos argumentos de que estaríamos diante de um decisionismo judicial, mais precisamente de um decisionismo interpretativo, e com base na análise econômica do direito, a qual sustentaria que a linguagem técnica dos princípios utilizada pelo sistema jurídico impede que as contradições sociais reais possam ser traduzidas de forma mais

adequada, ou seja, a linguagem dos princípios seria cega perante os conflitos sociais.

Nesta linha de raciocínio, Georges Abboud e Ricardo Campos (“Fake news e regulação”, artigo “A autoregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado Regulação de redes sociais e proceduralização”)³³ afirmam que a melhor proposta, seria a moderna forma de regulação indireta, a qual cumpre as condições de possibilidade de regulação de âmbitos complexos como do mundo digital, a qual pode ser encontrada no instituto da autorregulação regulada.

Tal postulação fundamenta-se em um posicionamento legitimador da chamada “proceduralização”, criação originada do novo instituto do direito administrativo chamado autorregulação regulada, amparada na proposta de um direito administrativo aberto à aprendizagem (“lernende Verwaltung”) (Abboud, Georges. Fake news e regulação . Edição do Kindle).³⁴

Melhor sorte não socorre aos críticos da ponderação, senão vejamos. Primeiramente cumpre esclarecer que quando se fala em colisões de princípios, se fala de princípios jurídicos, não havendo tal problemática no âmbito da ética, mesmo porque neste âmbito estamos nos referindo a valores, sendo estes sempre absolutos e irreconciliáveis. De qualquer forma, também os princípios éticos fazem parte de todo um arcabouço relacionado ao momento histórico, ao desenvolvimento civilizatório, devendo haver uma congruência com os valores postulados em nome de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

33

34

Portanto, quando se fala em ponderação, na verdade a relação que se tem em vista não é a de ponderação de valores jurídicos, pois esta seria na verdade impossível, já que os valores assumem justamente a característica de serem absolutos, logo, não sujeitos a ponderações, sendo a ponderação baseada justamente na relatividade de princípios, e na constatação de que não há direitos absolutos. Portanto, outro equívoco é imaginar que a ponderação se dá entre direitos fundamentais, quando se daria entre normas de Direitos Fundamentais, tecnicamente falando. Justamente uma das principais características que distingue valores de princípios, é que enquanto os primeiros são absolutos esses últimos são relativos, e por isso mesmo podem e devem ser compatibilizados. O Constituinte brasileiro de 1988 claramente fez suas escolhas, dos valores consagrados por um Estado Democrático de Direito, e os positivou na forma de princípios jurídicos, pois se assim não o tivesse feito, tais valores seriam inefetivos, ineficazes na prática, apenas pautas éticas.

Dito isso, passa-se agora à explicação da conjunção da proposta de procedimentalização, juntamente a uma análise e concretização principiológica, pois tais ideias não se excluem, como bem demonstra a doutrina pioneira em nosso país de Willis S. Guerra Filho, com base na teoria tedesca, a qual desenvolveu-se juntamente com a jurisprudência constitucional, com destaque para autores do âmbito da filosofia, como John Rawls e Drucilla Cornell, enquanto no campo do Direito, em especial, Rudolf Wiethölter. A proporcionalidade e a ponderação estão intimamente ligadas, pois, à ideia da “procedimentalização”, a qual por sua vez é congenial à tese de Luhmann da “legitimidade pelo procedimento” e pode muito bem

ser entendida como um “chamado à responsabilidade judicial” (Drucilla Cornell).³⁵

Por conseguinte, deverá ficar claro que ponderação refere-se a princípios que são relativos e que já são a positivação de valores consagrados pelo Constituinte, para a realização do Estado Democrático de Direito, e pela aplicação do princípio da proporcionalidade, caso seja bem compreendido e bem empregado, evitando-se o já aludido proporcionalismo, também há o respeito pelos procedimentos, já que o próprio princípio em questão tem um procedimento próprio de aplicação, evitando com isso o arbítrio, a discricionariedade, a subjetividade do julgador, pois caso tenha responsabilidade jurídica, teria que se pautar por tal procedimento, em busca assim de uma maior racionalidade, segurança jurídica, e a efetividade do Direito. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade exige que seja observada sua reflexividade, isto é, aplicar-se a si mesmo, sob pena de ocorrer o que é denominado pela doutrina germânica, de “superexpansão” (*Oberdehnung*), com seu uso de forma abusiva e excessiva, o que vem sendo também denominado de proporcionalismo, o qual é combatido até mesmo na seara teológica, como se observa da Encíclica papal *Splendor Veritatis*, de 06.08.1993, do então Papa João Paulo II, hoje São João Paulo.

Claro que sempre haverá o risco de um uso indiscriminado, arbitrário mesmo, do princípio da proporcionalidade e do procedimento da ponderação, ou seja, sem qualquer critério, responsabilidade e objetividade, contudo, o mesmo poderá ocorrer com a aplicação de qualquer norma de direito, bastando adequar-se

a ideologia particular do julgador a uma fundamentação consentânea à que se deseja aplicar ou afastar.

A proporcionalidade, portanto, remete a princípio jurídico cujas origens radicam no processo de afirmação concreta dos direitos fundamentais, no bojo de um novo constitucionalismo, sendo uma consequência e exigência lógica, além de axiológica, de qualquer Estado que se pretenda qualificar como um Estado Democrático de Direito. Historicamente, pode-se localizar o surgimento do princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional, nas sociedades europeias, do pós II Guerra Mundial, representando tal conflagração a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. E em um segundo momento, pode-se dizer, também do modelo social e, mesmo, socialista de Estado. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado. Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses da esfera pública, ocupada pelo Estado, da esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, da esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos.

É certo que a ideia subjacente à "proporcionalidade", de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos

poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre os indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.³⁶ A proporcionalidade, portanto, remete a princípio jurídico cujas origens radicam no processo de afirmação concreta dos direitos fundamentais, no bojo de um novo constitucionalismo.

Tal concepção preza não pelo ativismo judicial, mas pela atividade criativa e criadora do Poder Judiciário, para fazer frente à sua missão de dizer o Direito e não apenas a lei, *la bouche de la loi*, postulação já ultrapassada, na expressão clássica empregados por Montesquieu (1973, p. 91),³⁷ mesmo porque não se poderia afirmar atualmente que a única instância legitimadora, em termos democráticos, seria o Poder legislativo, máxime diante de tantos e inúmeros casos de corrupção e desserviços à nação.

Interessante observar que em outras ocasiões, alguns dos críticos da ponderação e proporcionalidade apostam em sua prática, como se pode observar em recente artigo publicado, relacionado à problemática das *fake news*, quando então são feitas importantes colocações à luz, sobretudo, do princípio da proporcionalidade (Ricardo Campos, Juliana Abrusio e Juliano Maranhão).³⁸ Neste sentido, os autores afirmam ao analisarem um projeto de lei envolvendo tal temática que a proposta de identificação compulsória de todas as contas de usuários de plataformas digitais, a fim de prevenção de crimes, por facilitar a detecção da autoria, nos termos

³⁶ Daí se referir ao princípio Paulo Bonavides como “antiquíssimo”. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362.

³⁷

³⁸ Ricardo Campos, Juliano Maranhão e Juliana Abrusio, “O impasse das contas inautênticas na regulação das redes sociais”, Coluna Direito Digital, Conjur 09.06.2020, <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/direito-tecnologia-impasse-contas-inautenticas-regulacao-redes>>.

do art. 5º do PL, com obrigação de recadastramento de todas as contas pré-pagas de celular do país, com verificação de identidade dos seus titulares, seria uma obrigação desproporcional, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. No entender dos autores, pelo princípio da proporcionalidade há necessidade de que somente o mínimo de dados e informações seja coletado, para se atingir a finalidade pretendida com o tratamento de tais dados, utilizando-se do meio menos prejudicial a direitos fundamentais correlacionados.

A correta solução dos “hard cases” sem a observância da ponderação e sem um balizamento objetivo, racional e procedimental com base no princípio da proporcionalidade traria muito mais insegurança jurídica do que no caso de se adotar um procedimento adequado para a aplicação da ponderação. No caso, não se está postulando pela supremacia dos princípios, mas, pelo reconhecimento da necessidade de uma proteção adequada dos direitos fundamentais, logo, da dignidade humana, de que são expressão - este sim, o princípio maior e também valor axial de todo ordenamento jurídico que se qualifique como um Estado Democrático de Direito.

Há na modernidade a necessidade crescente de procedimentalização e mesmo do princípio da proporcionalidade, lastreado e alçado à condição de equivalente à ideia de Justiça, o qual implica também uma natureza multidimensional, carregando em si as características de ser um procedimento, com carga, portanto, processual, tendo uma estrutura de regra, por permitir a subsunção a ele dos conflitos de princípios, sem perder a natureza também de princípio, estando no topo da hierarquia jurídica, da pirâmide normativa, e ao mesmo tempo sendo capaz de descer à sua base,

quando de sua aplicação para solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais. Há uma correspondência lógica, pois, entre a cláusula do devido processo legal, e a observância de um procedimento adequado, portanto, contrário ao subjetivismo, causador da insegurança jurídica.

Não há que se confundir a proporcionalidade enquanto norma jurídica com um postulado, parâmetro interpretativo ou *topos* argumentativo, enquanto meras ideias, embora tais também existam, no plano heurístico, já que, quando tais ideias se apresentam positivadas na forma de princípios, que são verdadeiras normas jurídicas e de hierarquia superior, não há que se optar por aplicá-las ou não, pois a incidência do princípio em tela, como a de qualquer outro, princípio fundamental, é até mais imperiosa do que a de normas outras, de escalão inferior.

Destarte, para o Direito se manter como sistema autopoietico, segundo Willis Santiago Guerra Filho, é essencial a formação de determinadas unidades “procedimentais”. E neste sentido, a fim de realizar o seu acoplamento estrutural com outros sistemas sociais, são de vital importância os procedimentos de reprodução jurídica, quais sejam, legislativos, administrativos, judiciais, contratuais.³⁹ Isto porque não se vislumbra mais como possível que o Direito se limite a consagrar as normas apenas formalmente, e não plenamente.

Apona ainda Willis Santiago Guerra Filho para a essencialidade e multidimensionalidade dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.⁴⁰ Assim sendo, os

39

40

procedimentos são a ponte que liga o sistema jurídico aos demais sistemas, sendo de fundamental importância para as operações de autor-reprodução judicial dentro dos sistemas (*operational closeness, operative Geschlossenheit*). A autonomia do sistema e seu fechamento operacional, característicos da teoria sistêmica luhmaniana são as condições que possibilitam a conexão do Direito com outros sistemas, o que se denomina de “abertura cognitiva” (*kognitive Offenheit*).

Willis Santiago Guerra Filho, ao tratar da teoria sistêmica de Luhmann e sua adequação aos estados periféricos, afirma a íntima relação de tal princípio da proporcionalidade com a ideia de legitimidade do Direito, pelo procedimento, da procedimentalização do Direito, da “legitimidade pelo procedimento”, conhecida e muito mal compreendida tese de Luhmann, que haveria de ser tida como “um chamado à responsabilidade judicial (Drucilla Cornell)”, aliando ainda, como base de sua fundamentação, propostas de autores como J. Habermas, R. Wiethölter e J. Rawls, quando este último postula a busca da realização da Justiça por meio de procedimentos isentos, com seriam aqueles que compõem o processo de ponderação.

Sobre a necessidade do princípio da proporcionalidade, no sentido de “legitimidade pelo procedimento”, ressalta Willis Santiago Guerra Filho a importância crescente do papel da magistratura, e a ênfase correspondente, em nossa sociedade hipercomplexa, nas leis processuais, nos procedimentos, possuindo até mesmo muitas normas constitucionais a natureza de normas processuais. Destaca o A. que a legislação apenas é insuficiente para o tratamento judicial satisfatório de questões prementes de nossa hipermodernidade, com

seu elevado grau de novidade, e que, portanto, não contam com previsões que as regulem satisfatória e exaurientemente pelo ordenamento jurídico. Daí a necessária ênfase na importância crescente das leis processuais e de procedimentos, na linha do que o teórico do direito frankfurtiano Rudolf Wiethölter qualificou como “procedimentalização”, exercendo assim grande influência em outro frankfurtiano, Jürgen Habermas, em suas incursões na filosofia jurídica. Tal conceito é congenial à célebre tese de Luhmann da “legitimidade pelo procedimento” e para Teubner ambos, Luhmann e Wiethölter, podem ter suas concepções aproximadas da de Derrida, que de fato referiu-se diversas vezes à desconstrução como equivalente à justiça.

Deve-se, então, passar a uma consideração contextualizada, caso a caso, pois como diria Rawls, o melhor que podemos fazer pelo direito é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito.⁴¹ Isto ocorre principalmente pela “ponderação” (*Abwägung*) destes interesses e/ou valores de acordo com o “princípio da proporcionalidade” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), tal como apontado por Karl-Heinz Ladeur, em sua concepção teórica do direito por ele mesmo qualificada de pós-moderna, a qual, nesse ponto, endossamos e procuramos desenvolver.⁴²

Destaca-se a característica única do “princípio dos princípios”, aquele da proporcionalidade, já que todos os demais princípios são relativos, de ser absoluto, por estabelecer limites inultrapassáveis quando da acomodação recíproca dos princípios e direitos

41

42

fundamentais colidentes. Tal se configura como essencial em nossa sociedade, em que se viveria numa condição pós-moderna (J.-F. Lyotard), num mundo altamente complexo, onde o risco e a complexidade aumentam correlatamente. A incidência da proporcionalidade, diretamente, em situações concretas, sainda de sua condição de norma dentre as mais gerais e abstratas, como são princípios jurídicos, constitucionais, mostra-se como um exemplo do *loop* hierárquico de Hofstadter. E isso porque possui uma carga procedimental, na medida em que se desdobra em três subprincípios e fornece um método racional, um procedimento para sua aplicação.

Trata-se de uma perspectiva epistemológica “democrática”, esta aqui apresentada, pois se pauta na promoção de um amplo debate para incluir o maior número de posições, ou seja, a legitimidade do direito passa a depender, sobretudo, dos procedimentos que institui (e, correlativamente, o instituem), tanto quanto seus resultados precisam coincidir com um dos possíveis conteúdos dos seus princípios e demais normas, para estar de acordo com valores básicos tais como racionalidade, participação democrática, pluralismo ou eficiência econômica, que são já perseguidos no momento mesmo em que são instituídos os procedimentos.

Nesse passo, há de se mencionar enfaticamente o filósofo do direito frankfurtiano R. Wiethölter, a quem Habermas segue, de acordo com quem nas sociedades pós-industriais encontramos como característica mais distintiva do direito, justamente, sua “procedimentalização” (*Prozeduralisierung*).

Defendemos que o princípio da proporcionalidade é capaz de dar um “salto hierárquico” (*hierarchical loop* – D. Hofstadter, 2007),⁴³ ao ser extraído do ponto mais alto da “pirâmide” normativa para ir até a sua “base”, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais etc. Essa forma de validação é tópica, permitindo atribuir um significado diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação a que são aplicadas. É esse o tipo de validação requerida nas sociedades hipercomplexas da pós-(ou hiper)modernidade, que se conectam na (e à) sociedade mundial, a *Weltgesellschaft* postulada e teorizada por Luhmann. Nela se misturam criação (legislação) e aplicação (jurisdição e administração) do Direito, tornando a linearidade do esquema de validação kelseneano pela referência à estrutura hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico em circularidade, com o embricamento de diversas hierarquias normativas, as “tangled hierarchies”, ou seja, hierarquias embricadas (heterarquicamente, pode dizer) da teoria sistêmica (cf., v.g., M. Neves, 1994’: 66ss., texto e notas 71 e 78).⁴⁴ Concretamente, isso significa que assim como uma norma, ao ser aplicada, mostra-se válida pela remissão a princípios superiores, insculpidos na Constituição, esses princípios validam-se por serem referidos na aplicação daquelas normas. Fecha-se, assim, autopoiética e circularmente, o Direito.

Somente com o princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) e a “ponderação” ou sopesamento (*Abwägung*) que implica seria possível se realizar tal exigência de uma

43

44

consideração contextualizada, caso a caso, e, como afirma Rawls, contribuir para o melhor a fazer pelo Direito, que é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito, trazendo harmonia e uma solução segura e justa, ante as múltiplas possibilidades de solução.

Portanto, há uma relação intrínseca existente entre o princípio da proporcionalidade e a teoria sistêmica desenvolvida por N. Luhmann, já que cada vez mais nas sociedades hipercomplexas da atualidade se verifica a necessidade da adoção de procedimentos para oferecer soluções jurídicas aos seus problemas cada vez mais complexos, tendo o princípio da proporcionalidade também uma carga procedimental, relacionando-se em diversos aspectos à teoria luhmaniana.

O Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, legislativos, eleitorais, e especialmente os judiciais, para que se dê sua realização, sendo a proporcionalidade de se considerar um desses procedimentos, ou parte essencial daqueles procedimentos judiciais. Portanto, o princípio da proporcionalidade relaciona-se com a procedimentalização do Direito, a legitimidade do direito pelo procedimento, a judicialização do ordenamento jurídico, a fim de se garantir democraticamente a mais ampla participação, num espaço público para discussão, no contexto dos procedimentos, com suas garantias do amplo debate, publicidade, e isonomia, utilizados assim como instrumentos não apenas da função jurisdicional, mas também das demais funções do Estado.

Relaciona-se a tais questões o reconhecimento de um sentido processual à CF, para se prestar a ser um fundamento adequado,

por dinâmico ao invés de estático, a uma ordem jurídica que se altera constantemente.⁴⁵

CONCLUSÃO

Claro que a autoregulação regulada nos moldes de procedimentos necessários a serem adotados pelas empresas que lidam com o tratamento de dados, é importante, e medida complementar a leis principiológicas, e a uma proteção legal, e as ideias não são excludentes.

Tampouco a preocupação com princípios éticos, que não se confundem por óbvio com princípios jurídicos deverá ser uma meta a fundamentar pesquisas e propostas, como a de desenvolvimento de uma ética para a IA, mas claramente não se limita a isto, a fim de que não se fale em uma possível lavagem ética ou “fachada ética” (*ethics washing*), já que sua adoção não exclui nem impede a sua concretização posterior na forma de princípios jurídicos (Wagner, B. (2018).⁴⁶ *Ethics as an Escape from Regulation: From ethics-washing to ethics-shopping?* In M. Hildebrandt (Ed.), *Being Profiling*. Cogitas ergo sum. Amsterdam University Press. „Ethics as an Escape from Regulation: From ethics-washing to ethics-shopping?“, Ben Wagner, WU Vienna)

⁴⁵ Ver Willis Santiago Guerra Filho, e Paola Cantarini TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO DIGITAL: UMA ANÁLISE FILOSÓFICO-CONSTITUCIONAL, TEORIA INCLUSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DIGITAL

Tais temáticas e questões complexas demandam uma abordagem à luz de uma proposta epistemológica e hermenêutica de filosofia da IA, bem como do reconhecimento da necessidade de se amparar o estudo, compreensão e aplicação de tais temáticas em uma moldura teórica, reconhecendo-se a importância de uma análise interdisciplinar, e dos fundamentos de uma Teoria do Direito que por isso seria fundamental, além de inclusiva das mais diversas perspectivas, em teoria dos Direitos Fundamentais.

Em questões complexas como estas não se pode generalizar afirmações apontando como um equívoco todo e qualquer ativismo judicial, já que toda generalização peca por não contribuir para a cientificidade necessária ao estudo do Direito, sendo de se analisar caso a caso sua fundamentação e justificativa, ainda e principalmente quando estivermos diante de ameaça ou afronta da dignidade humana.

Na verdade, não é o “ativismo judicial” e o “neoconstitucionalismo” apenas que abraçam, de certo modo, uma “bandeira ideológica”, pois toda construção jurídica e humana, em termos gerais, está impregnada de ideologia, sendo esta inseparável do ser humano, enquanto o correlato social do que em cada um é o próprio inconsciente. Resta saber que lógica e ideologia estão por trás de toda construção jurídica, por exemplo, se a favor do mercado e da lógica capitalista, ou a favor dos direitos fundamentais e da dignidade humana, para assim, sobretudo, reconhecer tal fato, característica típica das análises críticas, e trazer procedimentos sim dentro e fora da utilização da ponderação, para se minimizá-lo.

Portanto, apesar dos legisladores já terem deliberado e positivado valores em normas constitucionais, através de escolhas

políticas democráticas, contribuindo para a necessária previsibilidade e segurança jurídica, muitas vezes não é suficiente, quando estamos diante de direitos fundamentais e da dignidade humana, pois não basta uma previsão abstrata e teórica, como sendo suficiente para a concretização prática de tais garantias e direitos fundamentais, mesmo porque além dos particulares o próprio Estado e seus agentes são perpetradores de agressões, a tais determinações constitucionais, quando então, diante da inércia por exemplo do Poder Executivo, em realizar políticas públicas, em garantir um mínimo existencial, e diante da inefetividade do Poder Legislativo, quando se entender equivocadamente que um direito fundamental demanda uma norma regulamentadora para sua plena aplicabilidade, restará nas mãos do Poder Judiciário amparar o cidadão desprotegido e abandonado.

As leis principiológicas, ou seja, que possuem a previsão de princípios jurídicos, enquanto normas jurídicas, não são meras recomendações e opções valorativas, a serem ou não observadas a depender da subjetividade e individualidade de cada um, pois são normas efetivamente, e que em caso de descumprimento, darão ensejo à respectiva responsabilidade jurídica, já que não se confundem com meros princípios éticos, ainda que neles tenham sua origem histórica, conceitual.

A fundamentação de que se disseminaria a insegurança jurídica e a indefinição pelo emprego dos princípios ou das leis principiológicas também não se justifica, para assim evitar sua aplicação e previsão legislativa, pois tais preocupações não são as únicas a nortear e fundamentar o arcabouço jurídico, não são tampouco absolutas, e com certeza, a dignidade humana pesará

mais na balança jurídica, em comparação com a simples menção abstrata à segurança jurídica, a qual cumpre observar sempre estará presente, sendo impossível sua eliminação, já que estamos falando de seres humanos, investidos de subjetividade, os que estão proferindo decisões jurídicas.

Outras questões relacionadas a tais temáticas e problemáticas, como a dificuldade em sincronização de interesses privados e públicos, bem como a dificuldade de fiscalização na prática do cumprimento de tais princípios ou normas jurídicas em geral, não se constituem em fundamento suficiente para sua não implementação, pois se assim o fosse ainda estaríamos vivendo no estado de natureza e não celebrariamos o famoso e hipotético (ficcional, melhor dizendo) pacto social, pelo qual abdicamos de nossa liberdade e demais direitos ilimitados em estado de natureza, para assegurar a segurança em maior parte do que no estado de natureza, razão de ser do Estado e do direito.