
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CONTROLE DE PANDEMIAS: BIOPOLÍTICA DIGITAL E O FIM DA ERA DO HUMANISMO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PANDEMIC CONTROL: DIGITAL BIOPOLITICS AND THE END OF THE ERA OF HUMANISM

PAOLA CANTARINI

Mestre e doutora em direito pela PUCSP, com estágio doutoral na Universidade do Minho-Pt., doutora em filosofia do direito pela Univ. do Salento-Lecce-It., pós doutorado em Ciências Sociais – Universidade de Coimbra-Pt., pós doutorado em Filosofia, Artes e pensamento crítico- EGS- Suíça. Pós-doutora USP (TGD e Filosofia) e pós doutoranda PUCSP (TIDD). Pesquisadora UNICAMP. Pesquisadora lawgorithm e do IEA – Instituto de Estudos Avançados da USP. *Visiting Researcher* SNS-PISA-It. *Visiting Researcher Department of Law | European University Institute*. ORCID orcid.org/0000-0002-9610-8440

RESUMO

Objetivo: o artigo visa, em suma, trazer uma abordagem interdisciplinar para o estudo de tais temáticas, envolvendo inteligência artificial, controle de pandemias, dados pessoais, biopolítica digital, trazendo questionamentos críticos acerca de aspectos controvertidos e sensíveis, em especial no tocante ao controle de pandemias com a utilização da inteligência artificial, seu impacto em termos de proteção de dados, e trazer a fundamentação necessária para se postular pela necessidade de uma regulamentação via ponderação, ou seja, aplicando-se com responsabilidade e de acordo com o procedimento objetivo e racional relacionado ao princípio da proporcionalidade, evitando-se decisões arbitrárias e subjetivas, já que se está tratando de direitos fundamentais, e normas de direitos fundamentais em colisão no caso prático. Por outro lado, visa-se analisar a questão da ética envolta à utilização da inteligência artificial, e qual ética seria possível, já que não se está diante de casos de responsabilização da inteligência artificial em si, por ausência de personalidade jurídica e capacidade jurídica, afirmando-se que apenas os seres humanos seriam capazes de adotar julgamentos morais e éticos.



Metodologia: a metodologia utilizada baseou-se na leitura de farta produção bibliográfica, conforme indicação no decorrer do texto.

Resultados: a pesquisa pretendeu trazer contribuições para o debate jurídico acerca das repercussões éticas e jurídicas no uso da inteligência artificial, em especial no setor da saúde, e sua relação indissociável com a temática da proteção de dados, e com o respeito aos direitos fundamentais e humanos. A proteção de dados e a utilização de inteligência artificial no setor destacado, e a implicação de questões éticas, são fenômenos que estão relacionados intimamente, mesmo porque a área da proteção de dados passa a sofrer maior impacto justamente com a utilização da inteligência artificial, com o *big data*, internet das coisas, *deep learning* e *machine learning*. Além da necessidade de parâmetros objetivos, à luz de leis principiológicas, e da aplicação do procedimento da ponderação quando se está diante dos denominados “hard cases”, casos envolvendo colisão de normas de direitos fundamentais, como se dá na seara da utilização de inteligência artificial no combate à pandemia do Covid, é essencial a existência de pautas éticas, da ética digital a fim de se identificar novas perspectivas, potencialidades e limites para a utilização de dados e da inteligência artificial, com foco no valor central da pessoa humana, desvinculando-se de uma visão patrimonial acerca dos dados pessoais e da utilização da inteligência artificial, sendo essencial a promoção dos valores humanos e a supervisão humana de tal tecnologia, permanecendo o controle humano da mesma.

Contribuições: a pesquisa visa abordar algumas das questões críticas e sensíveis envolvendo tais campos de estudo, como a problemática da falta de efetividade de princípios éticos, de princípios jurídicos, da insuficiência de leis principiológicas, e verificar como a questão da utilização da inteligência artificial no combate à pandemia do Covid tem sido discutida na doutrina nacional e internacional, bem como na jurisprudência, trazendo reflexões críticas acerca da possibilidade de estar-se diante da generalização de um estado de exceção, trazendo contribuições no sentido de verificar quais as melhores alternativas, a fim de se evitar a afronta a direitos fundamentais e humanos diante de tal situação excepcional, e quais parâmetros deverão ser adotados, a fim de se proteger sobretudo o núcleo inviolável de todo direito fundamental, onde se encontra a dignidade humana, princípio axial de todo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Controle de pandemias. Biopolítica digital.

ABSTRACT



Objective: the article aims, in short, to bring an interdisciplinary approach to the study of such themes, involving artificial intelligence, pandemic control, personal data, digital biopolitics, bringing critical questions about controversial and sensitive aspects, especially regarding control of pandemics with the use of artificial intelligence, its impact in terms of data protection, and bring the necessary reasoning to postulate the need for regulation via weighting, that is, applying responsibly and according to the objective and rationality related to the principle of proportionality, avoiding arbitrary and subjective decisions, since it is dealing with fundamental rights, and norms of fundamental rights in collision in the practical case. On the other hand, the aim is to analyze the issue of ethics involved in the use of artificial intelligence, and which ethics would be possible, since there is no case of accountability for artificial intelligence itself, due to the lack of legal personality and legal capacity, stating that only human beings would be able to adopt moral and ethical judgments.

Methodology: The methodology used is based on reading a large bibliographic production, as indicated throughout the text.

Results: The research intended to bring contributions to the legal debate about the ethical and legal repercussions on the use of artificial intelligence, especially in the health sector, and its inseparable relationship with the theme of data protection, and with respect for fundamental rights and humans. Data protection and the use of artificial intelligence in the highlighted sector, and the implication of ethical issues, are phenomena that are closely related, not least because the area of data protection starts to suffer greater impact precisely with the use of artificial intelligence, with big data, internet of things, deep learning and machine learning. In addition to the need for objective parameters, in the light of principiological laws, and the application of the weighting procedure when faced with so-called “hard cases”, cases involving collision of fundamental rights rules, as in the field of the use of artificial intelligence in combating the Covid pandemic, it is essential to have ethical guidelines, digital ethics in order to identify new perspectives, potential and limits for the use of data and artificial intelligence, focusing on the central value of the human person, disconnecting them it is based on a patrimonial vision about personal data and the use of artificial intelligence, being essential the promotion of human values and the human supervision of such technology, remaining the human control of it.

Contributions: The research aims to address some of the critical and sensitive issues involving such fields of study, such as the problem of the lack of effectiveness of ethical principles, legal principles, the insufficiency of principiological laws, and to verify how the issue of the use of artificial intelligence in combating the Covid pandemic has been discussed in national and international doctrine, as well as in jurisprudence, bringing critical reflections about the possibility of facing the generalization of a state of exception, bringing contributions in order to verify which are the best alternatives, in order to avoid the affront to fundamental and human rights in view of such an exceptional situation, and what parameters should be adopted, in order to protect



above all the inviolable nucleus of every fundamental right, where human dignity is found, an axial principle of every State Democratic of Law.

Keywords: Artificial intelligence. Control of pandemics. Digital biopolitics.

1 INTRODUÇÃO

A era da 4ª revolução industrial, indústria 4.0 ou era do silício caracteriza-se, sobretudo, pela utilização da inteligência artificial em todos os setores de nossas vidas, com o aumento da intensidade de interconexões técnicas de todas as espécies, ocorrendo a aceleração do tempo. A linguagem escrita é substituída pela linguagem ciberoral, ocorrendo o perigo da perda da *autopoiese*, e, portanto, da substituição dos seres humanos por máquinas e robôs, muito mais eficientes e rápidos. Época da biopolítica digital, do fim do humanismo (Achille Mbembe) e do estado suicidário (Vladimir Safatle), da hipermodernidade e do transumanismo. Uma nova forma de soberania surge, sendo inútil a soberania baseada na manutenção das fronteiras entre os países. O soberano agora é aquele que dispõe de dados (Byung-Chul Han). Em tentativa de nos livrar da velhice e da morte, nos esquecemos de que sequer sabemos viver e morrer. Buscamos com isso a perfeição, mais beleza e mais juventude, e justamente a fragilidade do nosso ser humano irá desaparecendo, e com isso justamente o que nos tornava capazes das maiores maravilhas e dos piores horrores.

Entendemos que apenas o ser humano é capaz de juízos morais e éticos, de pensamento crítico, ou seja, de pensar criticamente sobre os valores morais e dirigir suas ações em termos de tais valores. A ética e a moral relacionam-se com a responsabilidade perante os demais, como transmitir tais valores às máquinas, as quais não possuem personalidade jurídica, capacidade jurídica e aptidão para aquisição de direitos e deveres?

Vilém Flusser (FLUSSER, 2017, p. 202) traz os seguintes questionamentos acerca da responsabilidade por atos praticados por robôs, no caso de danos a seres humanos, entende que seria absurdo tomar os robôs responsáveis pelo uso desses produtos. Ser responsável judicialmente demanda ter personalidade jurídica,



capacidade jurídica e autonomia. Mas, será que a IA não dispõe de autonomia de fato, mesmo quando no “machine learning” há uma camada (s) intermediária (s) entre o “input” e o “output” que não se submete a controle humano, nem tampouco se controla o “output”, como apontam diversos autores, sendo a tomada de decisões impermeável e inexplicável, o que é denominado de “caixa preta” dos algoritmos, que seriam imprevisíveis por natureza?

A questão é ainda mais problemática pois a área da saúde envolve dados sensíveis os quais ensejam um potencial ainda maior de risco de discriminação ao seu titular, relacionando-se com o princípio da não discriminação (art. 6º. LGPD), contudo apesar da proibição expressa da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados, por exemplo, no seu artigo 11 parágrafo 5º, quanto à comercialização ou o cruzamento de tais dados por seguradoras, vedando o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos, contratação ou exclusão de beneficiários, com fins de majoração de planos de saúde ou exclusão securitária, há ainda a adoção de tal prática, como por exemplo, a compra de dados de histórico de compras de medicamentos em farmácia por seguradoras, para através de cruzamentos avançados de dados traçar perfis acerca de segurados, e adotar práticas discriminatórias. A importância de um questionamento ético e crítico acerca da utilização da inteligência artificial relacionada à proteção de dados, em especial, quando falamos de dados sensíveis, como os dados de saúde, dados genéticos e biométricos, é urgente, pois cada vez mais os algoritmos, em especial com as práticas de “machine learning” e “deep learning”, são utilizados para prever a probabilidade de uma pessoa sofrer um ataque cardíaco (e, por isso, ter que pagar mais pelo seguro de saúde), identificando-se padrões em dados de saúde e revelando relações casuais ocultas entre dados biológicos e compostos de medicamentos. Com relação a tais dados há um maior potencial de riscos e de danos, sendo um dos setores críticos, com maior potencial de discriminações, devendo haver a observância de regras mais estritas, incluindo testes de conformidade e testes, com ênfase na exigência da supervisão, intervenção e controle humanos, ao contrário do que hoje se encontra regulamentado na LGPD (art. 20), por permitir a revisão não humana de decisões



automatizadas, ao contrário do que dispõe o GDPR - Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, prevendo a obrigatoriedade da revisão humana (art. 22, 3). Destacam-se outras medidas a serem adotadas para o *enforcement* da lei, como testes, controles de conformidade, auditorias independentes e certificações.

Há a correlação de milhares de bases de dados criando-se perfis e identificando diversos padrões de comportamentos predizendo o futuro do ser humano, sendo tal análise preditiva utilizada, por exemplo, para verificar um provável surto de gripe, mas também para se verificar quais segurados teriam maiores riscos de problemas de saúde, justificando um aumento do pagamento do prêmio do seguro saúde. Por exemplo, o cruzamento de dados relativos ao tipo de alimentação diária (alimentos com alto índice de gordura), previsão de período de férias, origens raciais e étnicas, poderia ensejar à conclusão de que a propensão de se ter maiores problemas de saúde aumentou e que o prêmio deveria ser majorado. Cria-se um perfil, o qual possui um caráter discriminatório, pois com ele se passa a definir o futuro de tal pessoa, inclusive no sentido de tomada de decisões, públicas e privadas, como acerca do risco ser assegurável e do valor do prêmio a ser pago pelo segurado, como uma forma de segregação da população, através de uma espécie de seleção eugênica.

2 BIOPOLÍTICA DIGITAL E A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE DE PANDEMIAS

Vivemos na sociedade da informação, com excesso de informações e redução ou impossibilidade da comunicação, corroborada pela utilização em larga escala de “fake News”; acreditamos em imagens técnicas que se afastam dos conceitos e da realidade, e com isso distanciamos-nos de nós mesmos, em um labirinto em rota de colisão, deslocando do chão em busca do etéreo, em busca da liberdade sem limites, mas não temos mais como pousar, presos que estamos na pós-história e em prisões virtuais e digitais.



O corpo e a subjetividade, na sociedade digital pautada no controle microprotético e midiático-cibernético principalmente, são regulados por um conjunto de tecnologias biomoleculares, microprotéticas, digitais e de transmissão de informação. Surgem novas subjetividades digitalizadas e cada vez mais performáticas e superficiais, pois a empatia vai se perdendo a cada geração, a linguagem escrita vai se transformando em oralidade cibernética, e se distanciam o signo e o significante. Trata-se da era do “phylum maquínico”, termo forjado por Gilles Deleuze e Felix Guattari, mencionando o silício no agenciamento contemporâneo homem-natureza. (DELEUZE, GUATTARI, 1997, p. 87 e ss.). O significado de “phylum maquínico”, seguindo-se o entendimento dos autores, seria de uma linhagem tecnológica, a cada vez que se depara com um conjunto de singularidades, prolongáveis por operações, que convergem e as fazem convergir para um ou vários traços de expressão assinaláveis.

Somos dominados por conceitos alienantes e imagens técnicas que nos subjugam, pois nos fazem crer ainda mais serem a realidade, quando na verdade se distanciam ainda mais do que os conceitos. Representando assim como a abstração matemática um fim em si mesmo, e nos ajudando a cair na armadilha de estarmos presos no domínio técnico dos aparelhos, sem perceber. E. Husserl, em sua doutrina do conceito, entende que a representação própria e direta de um objeto somente seria alcançada pela intuição, enquanto que o conceito limitar-se-ia a fornecer uma representação imprópria, simbólica ou mediante símbolos, possuindo sempre um caráter intencional. Intencionar é tender por meio de conteúdos dados à consciência a outros conteúdos que não são dados. A questão da produção de “conhecimento” por meio da inteligência artificial, em uma forma de cálculo, traz a problemática da perigosa alienação na técnica trabalhada por Husserl, em seus textos reunidos sob a rubrica “Crise das Ciências (e Humanidade) Europeia(s)” (HUSSERL, E. 2006) do final de seu percurso filosófico, já que há a construção de um universo simbólico apartado das evidências da intuição sensível, a qual está impossibilitada de ser produzida por uma máquina. A ciência se descola do mundo da vida, do mundo vivido, da vivência mundana, e logo, de nós seres humanos.



Na modernidade ocorre o distanciamento dos fundamentos do saber antigo e medieval, de cunho aristotélico. Não distinguimos mais o que é forma e matéria, eficiência e finalidade, estando todas reduzidas a uma só causa, a causa formal. Para ter acesso ao conhecimento e o poder de dominar as coisas e assim influenciar o curso do universo, tem-se que adotar uma postura que não é mais a clássica, antiga ou medieval, objetiva, mas, sobretudo, formalista. A causa eficiente que permanece apenas como única na modernidade é aquela que leva ao formalismo.

O mais recente uso da inteligência artificial refere-se ao controle da pandemia do Coronavírus, quanto ao cumprimento pela população de medidas de quarentena, bem como ao monitoramento do surto e à aceleração de testes de medicamentos, envolvendo a área da vigilância global de doenças. Diversos países, tais como China, Coreia do Sul e EUA conseguem antecipar possíveis áreas de contaminação utilizando-se da localização de *smartphones* para verificar se as pessoas estão seguindo as diretrizes governamentais no tocante à quarentena e ao isolamento social. A Europa prevê a utilização do rastreamento Pan-Europeu de proximidade e preservação da privacidade (PEPP=PT) por meio da utilização de *smartphones* para o monitoramento da propagação do vírus e o cumprimento de ordens de quarentena. No Brasil, as operadoras de telecomunicação estão atuando em conjunto com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), afirmando a preservação do anonimato dos clientes, com destaque para Rio de Janeiro, Recife e São Paulo, no que se refere ao mapeamento de dados de geolocalização, criando-se sistemas de monitoramento inteligente, com acesso irrestrito às informações georreferenciadas de mobilidade urbana em tempo real. Em artigo publicado no site do Jornal Estadão Ricardo Campos, Juliana Abrusio e Juliano Maranhão (CAMPOS, ABRUSIO E MARANHÃO, 2020, p. 02) destacam a diferença na utilização de aplicativos utilizados no programa de monitoramento do cidadão desenvolvidos na Áustria e Alemanha, com destaque para os aplicativos dos Institutos Robert Koch (RKI) e Heinrich Hertz (HHI) da Alemanha em comparação com aqueles de Singapura e China, no que se refere à proteção de dados pessoais, ressaltando a importância



do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena da crise sanitária se tornar uma crise democrática, e o prenúncio de um estado de exceção.

No Brasil foi estabelecida uma parceria, abrangendo mais da metade dos Estados, para pesquisas de combate ao coronavírus, com destaque para Rio de Janeiro, Recife e São Paulo, com as operadoras de telefonia móvel quanto ao mapeamento de dados de geolocalização. Foi afirmada a preservação do anonimato dos clientes, sem, contudo, disponibilizar informações suficientes para se comprovar tal alegação, ferindo com isso os princípios constitucionais da transparência, da publicidade, e os direitos fundamentais da privacidade e da proteção de dados. Quanto à alegação de preservação dos dados anônimos sempre há uma fragilidade de tal assertiva, já que com técnicas disponíveis, a depender de tempo e dinheiro, sempre seria possível identificar o titular dos dados, como demonstram diversos estudos apontando para a possibilidade de que qualquer dado pessoal anonimizado possa se transformar em dado pessoal, contendo tal risco inerente, por envolver cruzamento com outros dados, bem como sendo facilmente revertido tal processo com a utilização da inteligência artificial, como apontam algumas pesquisas. Corroboram tais alegações o estudo de Paul Ohm denominado Broken Promises of Privacy: responding to the surprising failure of anonymization, apontando exemplos de tal problemática (OHM, 2010, p. 05 e ss.).

Foi destacado pela Prefeitura de Recife o compromisso com o princípio da “privacy by design”, segundo o qual qualquer produto ou serviço deve, desde sua concepção, apontar para a privacidade e proteção de dados, ou seja, trazer o compromisso de que os dados pessoais coletados serão mantidos anônimos, condicionando sua utilização ao consentimento livre, expresso e informado dos usuários. Ao contrário diversas críticas apontam para a não preocupação com tal princípio pelo Governo de São Paulo, ao se utilizar de dados pessoais constantes de celulares para fins de controle do cumprimento da quarentena, relativamente ao seu sistema de monitoramento inteligente, denominado “SIMI-SP”, com a parceria de operadoras de telefone Vivo, Claro, Oi e Tim, havendo críticas da doutrina no sentido



de que não houve comprovação acerca da manutenção da anonimização dos dados, a fim de garantir a privacidade e a proteção de dados.

Acerca de tal temática ressalta-se recente decisão judicial proferida pelo STF – Supremo Tribunal Federal de 06 e 07.05.2020 nas ADIs n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390 trazendo o reconhecimento expresso da proteção de dados como direito fundamental, e trazendo algumas balizas de como deverá ser a coleta de dados pessoais para fins de controle de pandemias. Trata-se do julgamento referente à MP 954-2020 que permitia o acesso irrestrito de dados pessoais de geolocalização de telefonia móvel e fixa ao IBGE para fins de controle da pandemia da COVID19. Foi reconhecido pelo STF 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.

Os vícios de inconstitucionalidade, omissões e contradições da MP se mostram ainda mais preocupantes em razão do déficit institucional da proteção de dados no Brasil já que não há uma autoridade realmente independente para garantir a proteção de dados no País, como previsto expressamente no direito europeu, essencial para a fiscalização adequada e imparcial do cumprimento das obrigações legais, bem como para fiscalizar a eliminação dos dados após sua utilização, bem como para serem verificadas a metodologia e as conclusões do relatório de impacto que deveria ter sido elaborado no caso em questão (art. 3º, §2º, art. 4º, caput, da MP).

Habermas, no artigo *Fios do tempo. Precisamos agir como o saber explícito do nosso não saber* (HABERMAS, 2020), ressalta a questão ética acerca da escolha trágica, a ser realizada pelo médico ou por meio da inteligência artificial, entre uma vida e outra, no caso da pandemia do covid, ressaltando, outrossim, que a restrição



de um grande número de importantes direitos à liberdade jamais poderá perdurar no tempo, devendo haver uma duração muito determinada.

A utilização da inteligência artificial no combate a pandemias, bem como a determinação de quarentena e isolamento social de forma obrigatória envolvem necessariamente a análise do conflito de direitos fundamentais, envolvendo, pois, a necessidade da aplicação da ponderação via princípio da proporcionalidade.

No entender de Byung-Chul Han (HAN, 2020, p. 03) os países asiáticos estão lidando melhor com tal crise do que o Ocidente, já que trabalham com dados e máscaras. Estados asiáticos como Japão, Coreia, China, Hong Kong, Taiwan e Singapura possuem uma mentalidade coletivista e respeitosa à autoridade, de inspiração confucionista, o que facilita a obediência pela população, apostando, sobretudo na vigilância digital (*big data*), sem qualquer quase consciência crítica, seguindo-se a dinâmica de uma biopolítica digital, uma nova forma de soberania. Destaca, outrossim, a reação desproporcional e desmedida do pânico desatado pela nova pandemia, majorado pela digitalização por eliminar a realidade, suprimindo a negatividade da resistência, surgindo uma apatia frente à realidade, sendo esta uma reação imunitária social e global face ao novo inimigo. Trata-se do desdobramento da crise automunitária que já temos anunciado desde há tempos, na esteira de desenvolvimentos acerca do tema da imunidade trabalhado por diversos filósofos como J. Derrida, Roberto Esposito e Willis Santiago Guerra Filho, desenvolvidos em sede de tese de filosofia do direito, de 2017, na Università del Salento (Itália), intitulada “Princípio da Proporcionalidade como resposta à Crise Autoimunitária do Direito”.

Na era da biopolítica digital o conhecimento é definido como conhecimento para o mercado, sendo este o mecanismo principal de validação da verdade. Os mercados se transformam cada vez mais em estruturas e tecnologias algorítmicas, considerando como o único conhecimento útil o algorítmico, donde a conclusão de Byung-Chul Han, de que agora o soberano é aquele que dispõe de (e sobre os) dados.

O conceito de estado de exceção, o qual se contrapõe ao conceito de Estado Democrático de Direito, como é bem notório, foi trabalhado em diversos livros pelo filósofo italiano G. Agamben, o qual em dois recentes artigos, *La invención de una*



epidemia e *Contagio* (AGAMBEN, 2020) associa tal questão à atual pandemia do coronavírus, por terem sido adotadas medidas excepcionais de emergência pelo governo italiano, trazendo ele também um alerta acerca da possível desproporcionalidade das medidas tomadas, afirmando a presença de um estado de exceção generalizado, quando então se aceitaria qualquer limitação da liberdade em nome da segurança, situação típica de um estado de exceção, um estado não mais de direito, mas um estado de controles cada vez mais generalizados. Em tal estado, o pacto social se altera, cria-se um pânico generalizado e uma situação de *stress* permanente, permitindo que as pessoas abram mão de sua liberdade sem qualquer limite.

A resolução 1-2020 da CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos denominada “Pandemia y derechos humanos em las Américas” de 10.04.2020 destaca o princípio da proporcionalidade como forma de evitar a generalização do estado de exceção em tempos de pandemia, ressaltando sua limitação temporal e a obrigatoriedade de observância do princípio da proporcionalidade em seus três sub-princípios, proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade (item 21). Contudo, no seu item 20 acaba por enfatizar que o estado de exceção, presente em uma situação da pandemia, deverá cumprir e respeitar os direitos humanos.

Ocorre aqui uma contradição ou paradoxo, pois o estado de exceção se caracteriza justamente por ser contrário ao conceito de Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe o respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, tendo como eixo central a dignidade humana. O importante é nos assegurarmos da limitação no tempo de eventual concretização do estado de exceção e das limitações necessárias quando da suspensão ou restrição de direitos fundamentais, com base nos três subprincípios da proporcionalidade, em especial tendo-se em vista o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que em nosso entender, alinhado com aquele de Willis Santiago Guerra Filho, diverso de autores que se consagraram tratando do assunto, como Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, determinaria que tal limitação ou restrição jamais possa ocorrer, não importa o quanto resulte em benefício para outro princípio ou direito fundamental, a ponto de ferir o núcleo essencial de todo



direito fundamental e, porque não dizer, de todo verdadeiro Estado Democrático de Direito, a saber, a dignidade humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala na utilização de inteligência artificial envolvendo o combate da pandemia do Covid, ou em outros casos relacionados à saúde, estamos tratando de dados pessoais sensíveis e de colisão de normas de direitos fundamentais, sendo essencial a conjugação da heterorregulação estatal, com foco em princípios jurídicos, bem como a adoção de princípios e pautas éticas e da autorregulação regulada, a fim de se complementar as lacunas e omissões da legislação, mas sempre mantendo o foco central da proteção da pessoa humana. A própria LGPD quando trata da base legal do legítimo interesse traz a necessidade do teste da ponderação, ou da proporcionalidade, *ex vi* do artigo 7º, IX, na esteira da regulamentação europeia, já que deverá ser sopesada a colisão do legítimo interesse daquele que realiza o tratamento de dados, com os direitos fundamentais do titular dos dados. Contudo, o procedimento da ponderação sofre diversas críticas na doutrina, em linhas gerais, não apenas quando se trata da base legal do legítimo interesse, mas sem, contudo, se apresentarem, no nosso entender, alternativas aptas para o caso de colisão de normas de direitos fundamentais, que possuem a natureza jurídica de princípios, e que estão em abstrato no mesmo nível hierárquico; daí a dificuldade de se julgar de forma correta, racional e objetiva, qual direito fundamental irá prevalecer no caso concreto. Também no tocante à ponderação no caso da proteção de dados, especificamente no caso da base legal do legítimo interesse há 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. As principais críticas ao modelo da ponderação e da concordância prática, baseiam-se no decisionismo judicial, mais precisamente no decisionismo interpretativo e na análise econômica do direito. A crítica ressalta que a



linguagem técnica dos princípios utilizada pelo sistema jurídico impediria que as contradições sociais reais possam ser traduzidas de forma mais adequada. Tal linguagem, dito de outra forma, é cega perante os conflitos sociais. Neste sentido, por exemplo, Georges Abboud e Ricardo Campos (2020) 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, como um modelo de direito proceduralizado, contrapondo-se à ponderação. Tal postulação fundamenta-se em um posicionamento legitimador da proceduralização, criação originada do novo instituto do direito administrativo chamado autorregulação regulada, amparada na proposta de um direito administrativo aberto à aprendizagem (“lernende Verwaltung”). Contudo, a ponderação segundo entendimento de Willis S. Guerra Filho (2009; 2012) também traz um procedimento objetivo e racional a ser aplicado. Traz a ponderação a necessidade de observância de todo um procedimento racional, objetivo, com a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade, 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. Há necessidade de análise, portanto, dos subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a exigibilidade, necessidade ou indispensabilidade, ou máxima do meio mais suave, os quais determinam, respectivamente, que o meio escolhido se preste a atingir o fim colimado, mostrando-se assim “adequado”, meio este que também deve se mostrar “exigível”, o que significa que não há outro igualmente eficaz e menos danoso aos direitos fundamentais envolvidos, considerados conjuntamente. Assim, entre todos os meios idôneos disponíveis e igualmente aptos a perseguir o fim visado, deve-se optar pelo que produza efeitos menos restritivos a direitos e interesses fundamentais concernidos. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou proibição de excesso, visa-se evitar a afronta ao núcleo essencial intangível e razão de ser de todos os princípios, direitos e garantias fundamentais de Estado Democrático de Direito, a dignidade humana. Referido subprincípio determina que se



estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que deverá ser a melhor possível juridicamente, bem como, trazendo um limite intransponível à ponderação, qual seja, o “conteúdo essencial” de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana; por fim, estabelece que mesmo havendo desvantagens para determinadas pessoas, resultante da disposição normativa em apreço, as vantagens para outras pessoas superem aquelas desvantagens.

O princípio da proporcionalidade como um todo, portanto, promove, ao invés de aviltar, a dignidade humana e constitui um meio seguro para o julgamento de casos envolvendo conflitos entre direitos humanos e fundamentais. Sua lógica envolve a ponderação apenas no caso concreto, de acordo com as circunstâncias concretas do caso *sub judice*, partindo-se da premissa que é impossível uma ordem *a priori* de primazia de um princípio ou direito fundamental e humano frente aos demais, já que são todos de mesma hierarquia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e CAMPOS, Ricardo (2020). “**Fake News e Regulação**”, São Paulo: Revista dos Tribunais; Nova Edição.

AGAMBEN, G. (2020) “**Contagio**”, “Sopa de Wuhan”, Editorial ASPO.

AGAMBEN, G. (2020). “**La invención de uma epidemia**”, “Sopa de Wuhan”, Editorial ASPO.

CAMPOS, Ricardo, ABRUSIO, Juliana, MARANHÃO, Juliano (2020). “Como promover a saúde pública e proteger a privacidade”, **Jornal Estadão**, disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/covid-19-como-promover-a-saude-publica-e-protoger-a-privacidade/>.

CANTARINI, Paola (2017). “**O Princípio da Proporcionalidade como Resposta à Crise Autoimunitária do Direito**”, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CANTARINI, Paola. (2019). “**Elementos para um direito emancipatório e contra-hegemônico: uma análise crítica dos direitos humanos e fundamentais de grupos vulneráveis**”. Rio de Janeiro: Lumen Juris.



DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix (1997) “**Mil platôs**”. São Paulo, Editora 34, Vol. 1 e 5.

ESPOSITO, Roberto (2020). **Artigo publicado por La Repubblica**, disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596387-a-necessidade-de-instituicoes-esta-de-volta>.

FLUSSER, V (2017). “**O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação**”, São Paulo: Ubu Editora; 1ª Edição.

FLUSSER, V. (2018). “Filosofia da Caixa preta: ensaios Para uma Filosofia da Fotografia”, É Realizações Editora.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (2009). “**Teoria da Ciência jurídica**”, São Paulo: Saraiva.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (2012). “**Por uma teoria fundamental da constituição** – enfoque fenomenológico”. <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>>.

HABERMAS, Jürgen. (2003) “**Era das transições**”, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____ (2020). “**Fios do tempo. Precisamos agir como o saber explícito do nosso não saber**”, Paris: Le Monde.

HAN, Byung-Chul, (2020). “**La emergência viral y el mundo de mañana**”. São Paulo: N-1 Edições.

HAN, Byung-Chul. (2020). “O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã”, Entrevista publicada no site **El país**. Disponível em <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>

HUSSERL, E (2006). “A Crise da Humanidade Europeia e a Filosofia”. Porto Alegre: Edipucrs.

MARCUSE, H. (1997). “**Cultura e sociedade**”. v1. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro, Robespierre de Oliveira. São Paulo: Editora Paz e Terra.

MBEMBE, Achille (2016). “**The age of humanism is ending**”, publicado em 22.12.2016 no site do Mail & Guardian, disponível em <https://mbrancaglione.medium.com/achille-mbembe-the-age-of-humanism-is-ending-62ee8d5ef7b8>.

MBEMBE, Achille. (2020). “**Direito universal à respiração**”, São Paulo: N-1 Edições.



OHM, Paul (2010). **“Broken Promises of Privacy: responding to the surprising failure of anonymization”**, disponível em <https://www.uclalawreview.org/pdf/57-6-3.pdf>

PRECIADO, Paul B (2020). **Aprendendo do vírus**. “Sopa de Wuhan”, São Paulo: Editorial ASPO.

SANTAELLA, Lúcia (2007). Pós-humano – por quê?, in **Revista USP**, n. 74, São Paulo.

SANTAELLA, Lúcia. (2007). **Linguagens líquidas na era da mobilidade**, São Paulo: Paulus.

SANTAELLA, Lúcia. (2013). **Comunicação ubíqua**. Representações na cultura e na educação, São Paulo: Paulus.

SÍBILA, Paula (2002). **O homem pós-orgânico**, Rio de Janeiro: Relumê-Dumará.

TADEU, Tomaz (org). (2013). **Antropologia do ciborgue**. As vertigens do pós-humano, 2ª. Ed., Belo Horizonte: Autêntica.

VIRILIO, Paul. (2000). **Cibermundo: A Política do Pior**. Francisco Marques. Lisboa. Relógio d’Água.

VIRILIO, Paul. (1999). **A Bomba Informática**. Luciano Vieira Machado. São Paulo. Estação Liberdade.

ŽIŽEK, Slavoj (2020). **El coronavirus es un golpe al capitalismo a la Kill Bill** , “Sopa de Wuhan”. São Paulo: Editorial ASPO.

