

CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE

DIGITAL PLATFORMS AND THE DUTY TO PROTECT FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE PROHIBITION OF INSUFFICIENT PROTECTION

ALEXANDRE ATAUALPA SELAYARAN

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Atitus Educação (Taxista CAPES/PROSUP), linha de pesquisa Dimensões Jurídico-Políticas da Tecnologia e da Inovação. Advogado especialista em Direito e Processo do Trabalho. Membro do grupo de estudo “Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais” e do grupo de estudo “Inteligência Artificial e Direito”, ambos da Escola de Direito da Faculdade Atitus Educação. Fundo/RS. E-mail: aaselayaran@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5052695502609493>; ORC ID: 0009-0007-9715-694X.

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

Doutor em Direito. Docente do PPGD Atitus Educação. Membro Fundador da Assoc. Ibero Americana de Direito e IA – AIDIA. Editor Chefe da Revista Brasileira de IA e Direito – RBIAD Head do Grupo de Pesquisa IAJUS TEAM. E-mail: faustosmoraes@gmail.com. ORC ID: 0000-0002-4648-2418.

RESUMO

A pesquisa proposta abaixo centra-se na temática das plataformas digitais de bens e serviços, enquanto produtos do capitalismo de vigilância – as quais extraem dados massivos de usuários e moldam os seus comportamentos. Isso, portanto, impõe desafios à proteção dos Direitos Fundamentais à liberdade, autonomia e privacidade. Assim, no presente estudo, indaga-se se o capitalismo de vigilância, que se opera por plataformas digitais algorítmicas, viola o Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais sob a ótica da proibição de proteção insuficiente. Entende-se como a permissividade estatal diante deste fenômeno viola o Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais. Para fins de desenvolvimento, a pesquisa será estruturada em dois objetivos específicos. Primeiro, apresentar o conceito de capitalismo de vigilância e seus impactos sobre os Direitos Fundamentais. Posteriormente, apresentar o dever de proteção a partir da máxima da proporcionalidade sob o viés de proibição de proteção insuficiente. Para tanto, utiliza-se abordagem fenomenológico-hermenêutica e método monográfico com pesquisa bibliográfica. Ao final da pesquisa empreendida, confirmou-se a hipótese inicial.



Palavras-chave: Capitalismo de vigilância; Dever de Proteção; Máxima da proporcionalidade.

ABSTRACT

The proposed research outlined below focuses on digital platforms for goods and services as products of surveillance capitalism—platforms that extract massive amounts of user data and shape their behavior. This dynamic, therefore, poses significant challenges to the protection of fundamental rights to freedom, autonomy, and privacy. Accordingly, this study asks whether surveillance capitalism, as operationalized through algorithmic digital platforms, violates the State's Duty to Protect Fundamental Rights from the perspective of the prohibition of insufficient protection. It is understood that state permissiveness in the face of this phenomenon constitutes a breach of the Duty to Protect Fundamental Rights. For development purposes, the research is structured around two specific objectives. First, it aims to present the concept of surveillance capitalism and its impacts on fundamental rights. Subsequently, it seeks to examine the duty of protection through the lens of the principle of proportionality, particularly under the aspect of the prohibition of insufficient protection. To this end, the study adopts a phenomenological-hermeneutic approach and a monographic method, based on bibliographic research. At the conclusion of the research undertaken, the initial hypothesis was confirmed.

Keywords: Surveillance Capitalism; Duty of Protection; Principle of Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho é sobre o Dever de Proteção dos Direitos Fundamentais – exigido pela Constituição brasileira – no atual capitalismo de vigilância, que é operacionalizado por meio das plataformas digitais algorítmicos.

Essas plataformas digitais de bens e serviços baseiam-se no extrativismo massivo dos dados de usuários e no seu processamento via sistemas de inteligência artificial a fim de moldar comportamentos, influenciar comportamentos e predizer decisões.

Nesse contexto, assume-se para o presente trabalho a seguinte problemática: (i) o capitalismo de vigilância instrumentalizado por plataformas digitais de bens ou serviços viola o Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais sob a ótica da proibição de proteção insuficiente?

Para fins de responder à problemática acima, trabalhar-se-á com a hipótese de que a permissibilidade Estatal quanto ao capitalismo de vigilância viola o Dever de



Proteção ante a ausência de meios efetivos para fins de proteção aos Direitos Fundamentais, como, por exemplo, da privacidade, autonomia e liberdade dos usuários de tais plataformas.

Por conta disso, pretende-se aqui, de maneira geral, analisar se o capitalismo de vigilância instrumentalizado por plataformas tecnológicas configura violação ao Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais.

A fim de atender ao objetivo geral acima, esse estudo será desenvolvido sob 2 (dois) objetivos específicos. Num primeiro momento, serão apresentados os conceitos de plataformas digitais – ou capitalismo de plataforma – e capitalismo de vigilância, destacando, ainda, os impactos aos Direitos Fundamentais. Posteriormente, será apresentado o constructo do Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais sob a ótica na máxima da proporcionalidade no seu viés de proibição de proteção insuficiente.

Para fins de desenvolvimento da pesquisa proposta, utilizar-se-á a abordagem metodológica da fenomenologia-hermenêutica. Adicionalmente à abordagem metodológica acima, utilizar-se-á o método procedimental monográfico que, por meio da técnica de documentação indireta, permitirá explorar referências bibliográficas a respeito da temática em questão.

Em tempo, gize-se que a presente pesquisa se justifica por sua relevância teórico-prática, ao abordar um tema contemporâneo: os impactos do uso de tecnologias de aprendizado de máquina sobre o dever estatal de proteção eficiente aos Direitos Fundamentais. Ademais, a pesquisa se justifica em virtude de sua vinculação à área de concentração “Direito, Democracia e Tecnologia” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Atitus Educação, bem como à linha de pesquisa “Dimensão Jurídica-Política da Tecnologia e da Inovação”.

Ao final da pesquisa, confirmou-se a hipótese inicial do trabalho. Isto é, identificou-se que a permissibilidade Estatal quanto ao modo de operação das plataformas digitais no atual capitalismo de vigilância viola o Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais, como, por exemplo, a liberdade, autonomia e privacidade. Isso porque inexistem meios que protejam esses Direitos Fundamentais frente aos ataques e violações praticadas pelas plataformas digitais.

2. A ERA DOS DADOS E PLATAFORMAS DIGITAIS

A contemporaneidade é marcada pela reformulação significativa da lógica capitalista. No início da modernidade, o carvão representava o grande foco da lógica capitalista. Posteriormente, o principal produto do capitalismo foi o petróleo. Atualmente, numa terceira fase do capitalismo, o produto central a ser minerado são os dados em escala global (Ruiz, 2021, p. 14 – 18).

Esse novo paradigma da lógica do capitalismo reorganiza as dinâmicas de mercado e altera significativamente os modos de existências, as subjetividades e as legislações (Ruiz, 2021, p. 14 – 18).

Neste capítulo, portanto, pretende-se apresentar a reconfiguração do capitalismo para um fenômeno de mercado em que o principal produto é a extração de dados – capitalismo de vigilância -. Utilizar-se-á, para tanto, a construção teórica desenvolvida por Shoshana Zuboff. Apesar disso, também serão apresentados conceitos similares para tal fenômeno, os quais são desenvolvidos por outros autores, como, por exemplo, o capitalismo de plataforma.

2.1. A RECONFIGURAÇÃO DO CAPITALISMO

Como adiantado acima, na contemporaneidade, o capitalismo conceitua-se como um modelo econômico focado na extração massiva, processamento e difusão de dados, os quais são gerados por meio de bens e serviços ofertados pelas plataformas digitais (Morozov, 2018, p. 59).

Esse novo modelo econômico é denominado como capitalismo de plataforma (Srnicek, 2018) ou capitalismo de vigilância (Zuboff, 2019), entre outros termos construídos por pesquisadores diversos. Gize-se que o capitalismo sempre demandou uma mudança tecnológica constante a fim de reduzir os custos de produção em relação aos preços dos produtos (Srnicek, 2018, p. 17). Isso, portanto, não foi diferente nessa nova revolução.



De acordo com Srnicek, após a crise econômica de 2008, o capitalismo reformulou-se a partir da tecnologia, da automatização, da economia compartilhada e, principalmente, da internet das coisas em 2010. Como refere o autor, essa reformulação é nomeada de diversas maneiras. Alguns denominam como revolução industrial, *gig economy*, economia sob demanda ou capitalismo de vigilância (2018, p. 37 – 38).

Como já adiantado, trabalhar-se-á nesse estudo, todavia, com os conceitos de capitalismo de vigilância em paralelo ao conceito adotado por Srnicek como capitalismo de plataforma, uma vez que ambas as nomenclaturas tratam do mesmo fenômeno e de maneira similar.

Nessa senda, plataformas digitais são, em regra, corporações de altíssimo valor de mercado, que operam como intermediários on-line em diversos setores, como, por exemplo, o Facebook, no setor de redes sociais, e a Uber no setor de serviços de transporte (Caplan, 2018, p. 8). Em outras palavras, essas plataformas digitais são sites e serviços on-line, as quais hospedam, organizam e divulgam os dados que os usuários compartilham (Caplan, 2018, p. 8).

Assim, as plataformas digitais desenvolveram-se como um modelo eficiente de monopolizar, extrair, analisar e utilizar quantidades cada vez maiores de dados adquiridos mediante a utilização desses sistemas (Srnicek, 2018, p. 45).

As plataformas são, portanto, estruturas digitais que permitem a interação de duas ou mais pessoas. Desse modo, aparecem como intermediárias e permitem reuniões de usuários, clientes, anunciantes, provedores de serviços, produtores, distribuidores e inclusive objetos físicos (Srnicek, 2018, p. 45).

Em sentido similar, Dijck e Poell mencionam que plataformas se afiguram como uma arquitetura digital programável com o intuito de permitir interações entre usuários. Todavia, não apenas os usuários finais, e sim entidades corporativas e órgãos públicos. O principal, por outro lado, é a coleta sistemática de dados, o processamento algorítmico e, em especial, a monetização de dados dos usuários (2018, p. 4).

Segundo os autores, a anatomia das plataformas é formada “por dados, automatizada e organizada por meio de algoritmos e interfaces, formalizada por relações de propriedade orientadas por modelos de negócios e governada por meio de acordos com os usuários.” (2018, p. 9 – 10).

Ainda, referem que os dispositivos utilizados pelos usuários para fins de acesso às plataformas costumeiramente estão equipados com programas e aplicativos capazes de coletar os dados dos usuários de maneira automática. Isto é, a cada clique, a cada movimento praticado pelo usuário, os seus dados são gerados, armazenados, analisados e processados de maneira automática (2018, p. 9 – 10).

Por outro lado, gize-se que essas técnicas complexas para fins de mineração e processamento desses volumosos dados estão disponíveis apenas para poucas corporações, como, por exemplo, o Google. Essa técnica envolve a utilização de sistemas de inteligência artificial, mediante aprendizado de máquina, a fim de alcançar conclusões preditivas a serviços e decisões (Morozov; Bria, 2019, p. 180)

Nesse contexto, Zuboff refere que esse sistema capitalista não utiliza o uso da tecnologia como instrumento produtivo. Na verdade, a tecnologia é um fundamento de mercado no capitalismo de vigilância, uma vez que este é construído com base na utilização dessa referida tecnologia (2019, p. 34).

Zuboff aduz que, ao contrário do capitalismo tradicional, essa nova lógica capital não visa apenas o aperfeiçoamento de produtos ou serviços a partir de informações (dados) dos usuários. Para além disso, a extração e o processamento de dados dos usuários são transformados em mercadoria preditiva (2019, p. 24).

Dessa maneira, esse novo imperativo econômico transforma o mundo, o corpo e a individualidade à condição permanente de objeto (Zuboff, 2019, p. 316). Consequentemente, as pessoas (usuárias das plataformas digitais) passam de fins em si mesmas para meios de fins de terceiros (Zuboff, 2019, p. 136).

Por conta disso que os usuários não são categorizados como clientes das plataformas digitais. Na realidade, os usuários são o objeto da matéria prima extraída pelo imperativo econômico do capitalismo de vigilância. Isto é, os usuários são os dados, os quais são negociados para empresas que trabalham com base em dados para fins de comportamentos preditivos (Zuboff, 2019, p. 27 – 29).

Em sentido similar, O'neil destaca que nessa sistemática os usuários são classificados e segmentados a partir de suas preferências e padrões comportamentais, abastecendo, a partir disso, anúncios publicitários predatórios (2020, p. 68).

Além das plataformas digitais possuírem a capacidade de modulação comportamental dos usuários, O'neil afirma que os seus algoritmos fragilizam inclusive a democracia ao influenciar votos a partir da extração de dados (2020, 172 – 180).

Essa situação condiz com o que Rouvroy denomina de governamentalidade algorítmica, que é uma hipótese de governo do mundo social, o qual não mais é baseado em normas jurídicas ou políticas públicas e sim em decisões automatizadas com base no processamento algorítmico de grandes volumes de dados (2020, p. 17).

Em sentido similar, Giovanni de Gregorio afirma que o uso de sistemas de inteligência artificial gera reflexos atinentes à marginalização e enfraquecimento do princípio do Estado de Direito na era digital (2023, p. 2 – 3). Isto é, os autores entendem que o papel do Estado e da política é enfraquecido – senão esvaziado – em virtude da utilização de processos automatizados por meio de sistemas algorítmicos.

Enfim, verifica-se que essas tecnologias, em especial as mais complexas, não apenas repercutem externamente na sociedade. Na verdade, essas novas tecnologias constituem o modo de ser das pessoas, moldando, assim, subjetividades e práticas cotidianas (Ruiz, 2021, p. 6 -7).

Em outras palavras, os algoritmos não apenas conhecem nosso comportamento. Eles moldam o nosso comportamento. Portanto, as plataformas tecnológicas assumem funções normativas e decisórias automatizadas relevantes, sem, contudo, submeterem-se, em muitos casos, a padrões constitucionais (De Gregorio, p. 4).

A modulação comportamental por meio de sistemas algorítmicos de aprendizado de máquina, portanto, marginaliza e, no futuro, aniquilará a reflexão e deliberação humana. Dessa maneira, esses sistemas violam o direito à compreensão, ao consentimento e, em especial, à autonomia e à liberdade (Sadin, 2020, p. 24).

Essa nova forma de poder algorítmico torna urgente a reformulação de garantias a fim de proteger à autonomia e liberdade do indivíduo, os quais, por vezes, pensam estar tomando decisões autônomas, mas, em verdade, não estão.

Nesse contexto, exemplificam-se as decisões tomadas por usuários em redes sociais a partir de campanhas de anúncios, as quais, embora pareçam resultado de escolhas autônomas, são, na realidade, influenciadas pelo algoritmo da plataforma, que determina quais anúncios serão exibidos ao usuário (Dias, 2022, p. 147).

Os usuários, portanto, perdem o controle daquilo que é exibido para si e, inclusive, de como aparecerão para os outros, figurando, assim, como usuários passivos ante a tomada dessas decisões pelos algoritmos (Cesarino, 2022, p. 75).

Outro exemplo acerca da perversidade envolvida na modulação comportamental é retratado no documentário *Privacidade Hackeada* (2019), da Netflix. Nesse documentário, é exposto como os dados pessoais de usuários do Facebook foram coletados e processados, sem o devido consentimento, para traçar perfis comportamentais e direcionar propagandas eleitorais com o objetivo de influenciar os resultados das eleições.

Também, ilustra-se a modulação comportamental nas plataformas de serviços de transporte, como, por exemplo, a Uber, que é desenvolvida mediante a utilização de algoritmos de aprendizado de máquina. Nesse caso, por exemplo, a Uber, por meio de seu algoritmo, utiliza de métricas semanais de desempenho dos motoristas a fim de controlar o comportamento, criando, assim, uma relação de vigilância branda e engajamento gamificado por meio de sugestões aos seus usuários (Rosenblat; Starki, 2016, p. 3776 - 3777).

Isto é, o motorista parceiro da Uber toma decisões sob a aparência de uma autonomia empreendedora, quando, na verdade, seu comportamento é constantemente analisado — por meio da extração de dados e métricas — e influenciado ou moldado pelas sugestões do algoritmo.

Os exemplos acima demonstram que a tecnologia inerente ao capitalismo de vigilância, instrumentalizada por plataformas digitais, revela-se como um poder invisível e automatizado a fim de redefinir a conduta humana a partir da extração, processamento e categorização do indivíduo. Esse novo regime viola a autonomia, a liberdade e a privacidade dos usuários.

Considerando a necessária delineação acerca das plataformas digitais e do capitalismo de vigilância, assim como os riscos aos Direitos Fundamentais, passar-se-á ao próximo capítulo desse trabalho. Nesse próximo capítulo, apresentar-se-á a teoria acerca do Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais.

3 DEVER DE PROTEÇÃO INSTRUMENTALIZADO PELA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

As constituições democráticas do século XX representam um novo marco institucional. Qual seja? A Constituição como norma jurídica diretiva, a qual limita e dirige a atuação estatal, bem como limita as liberdades individuais, para fins de proteger os Direitos Fundamentais (Streck, 2014, p. 114).

Nesse capítulo, portanto, pressupõe-se que a Constituição Brasileira de 1988 incorporou a concepção do Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais. Como se verá, o Dever de Proteção (*Schutzpflicht*) aos Direitos Fundamentais é desenvolvido na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã e está associado à Constituição Brasileira ante a sua proposta democrática, dirigente e compromissária.

Sendo assim, no primeiro tópico deste capítulo, apresentar-se-á a teoria do Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais. Posteriormente, serão apresentadas as premissas teóricas básicas para fins de análise da máxima da proporcionalidade, especialmente no que se refere à diferenciação entre regras e princípios. Por fim, desenvolver-se-á a ideia de instrumentalização do Dever de Proteção por meio da máxima da proporcionalidade, a fim de averiguar a violação, ou não, da proibição de proteção insuficiente na governamentalidade algorítmica.

3.1 O DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste tópico, abordar-se-á a teoria do Dever de Proteção oriunda da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Desse modo, almeja-se apresentar o surgimento do *Schutzpflicht* em paralelo com o seu conceito.

A ideia de fundamentalidade dos Direitos está associada ao surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo, o qual, por sua vez, corresponde aos pós 2ª Guerra Mundial (Novais, 2012, p. 198)

Portanto, é no Constitucionalismo do 2º pós-guerra, especialmente na Alemanha e Itália, que os Direitos Fundamentais são reconhecidos como verdadeiras normas

jurídicas constitucionais – supremacia constitucional -, autoaplicáveis e vinculantes aos três poderes estatais – força vinculante - (BARROSO, 2013, p. 30 -31).

Essa força vinculante diz respeito ao reposicionamento de tais normas jurídicas dentre as fontes do Direito, assim como a assunção normativa da Constituição (Möller, 2011, p. 33). Isto é, Möller aduz que todas as disposições Constitucionais – fundadas neste caráter normativo – são consideradas como verdadeiras normas jurídicas e capazes de gerar efeitos jurídicos (2011, p. 34).

No que tange à autoaplicabilidade das normas Constitucionais, pode-se dizer que tal característica está intimamente associada à ideia de força vinculante da Constituição e vice-versa. A Constituição é autoaplicável em função da força vinculante e só existe força vinculante quando se tem a aplicação direta das disposições Constitucionais (Möller, 2011, p. 37).

O Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais está ligado as características acima, uma vez que a Constituição e, portanto, os Direitos Fundamentais limitam e dirigem a atuação do Estado (brasileiro).

A conceituação do Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais é extraída do primeiro caso julgado pela Corte Constitucional Alemã, em 1975, sobre o aborto. Nesse caso, o Tribunal Constitucional decidiu que os Direitos Fundamentais impõem ao Estado o Dever de Proteção a essas, inclusive contra ameaças ou violações praticadas por terceiros (Grimm, 2007, p. 149).

Portanto, no julgamento do indigitado caso, o Tribunal Constitucional entendeu que os Direitos Fundamentais não proíbem apenas os ataques estatais (a vida em desenvolvimento). Mas também impõem ao Estado uma posição ativa na proteção e promoção da vida (Grimm, 2007, p. 149).

Para Grimm, a noção de Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais está calcada na Dignidade da Pessoa Humana, a qual é prevista pela *Grundgesetz* – Lei Fundamental/Constituição Alemã -. Esse pressuposto, portanto, impõe ao Estado não só respeitar os Direitos Fundamentais, mas também os proteger (Grimm, 2007, p. 154). Em sentido similar, no Brasil, identifica-se, no art. 1º, inciso III, a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Assim, o Dever de Proteção decorre dos Direitos Fundamentais como uma proteção à violação aos Direitos Fundamentais praticadas por atores privados, “forças sociais ou mesmo desenvolvimento sociais controláveis pela ação estatal” (Grimm, 2007, p. 156).

Grimm chama a atenção, no entanto, para eventuais interpretações errôneas acerca do Dever de Proteção. Segundo o autor, o Dever de Proteção não se confunde com os Direitos Sociais e tampouco é sinônimo do efeito horizontal dos Direitos Fundamentais (2007, p. 157 – 159).

Na realidade, essa concepção apenas ampliou o modo de agir do estado frente aos Direitos Fundamentais. Agora, o Estado não atua apenas como inimigo e, portanto, com o dever de abstenção. A partir da ideia de dever de proteção, o Estado passa também a ser amigo dos Direitos Fundamentais e, portanto, precisa agir para impedir a violação desses direitos por parte dos atores privados (Grimm, 2007, p. 160).

Ainda, refere o autor que o esse dever de proteger vincula todas as esferas do Estado, mas o principal caminho de efetivação é por meio da atividade legislativa (Grimm, 2007, p. 150).

Em sentido similar, é a classificação realizada por Robert Alexy relacionada a Direitos a Prestação Estatais. De acordo com Alexy, os Direitos a prestações estatais possuem uma “ideia-guia”. Essa “ideia-guia” pode ser apresentada com base no seguinte enunciado geral sobre Direitos a prestações:

Todos os cidadãos possuem Direitos a ações positivas em função dos Direitos Fundamentais e tais prestações configuram-se de suma importância e por tal motivo a decisão sobre tal temática não poderá ser deixada ao alvedrio da maioria parlamentar simples (2008, p. 450).

Por isso, o autor germânico classifica os Direitos a prestações positivas em três categorias: (a) Direitos à proteção; (b) Direitos à organização e procedimento; e (c) Direitos a prestações em sentido estrito (Alexy, 2008, p. 442).

Segundo o autor, tais classificações possuem distinções no que concerne a sua estrutura. Porém, existe um denominador comum entre ambos. Qual seja? Todos requerem uma proteção positiva do Estado para a sua concreção – Dever de Proteção - (Alexy, 2009, p. 50).



No que se refere aos Direitos à proteção, Alexy destaca que as configuram em Direitos Constitucionais, de titularidade dos cidadãos em desfavor do Estado, para que este proteja aqueles de eventual interferência de terceiros (Alexy, 2009, 52).

Após a apresentação da teoria do Dever de Proteção, passar-se-á ao próximo tópico desse capítulo em que apresentaremos o Dever de Proteção instrumentalizado pela máxima da proporcionalidade.

3.2 AS PREMISSAS TEÓRICAS DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Neste tópico, serão apresentadas as premissas teóricas básicas para fins de desenvolvimento da máxima da proporcionalidade, especialmente no que se refere à necessária distinção entre regras e princípios para fins de aplicabilidade da máxima da proporcionalidade.

A utilização da máxima da proporcionalidade como instrumento de efetivação do Dever de Proteção dá-se em razão de afigurar-se como elemento indispensável a nível de um Constitucionalismo transnacional na proteção e concretização de Direitos Fundamentais (Klatt, 2024).

Aliás, a proposta teórica de Robert Alexy acerca dos Direitos Fundamentais é reconhecida internacionalmente, uma vez que sua obra é traduzida para idiomas da língua inglesa, espanhola e portuguesa. Com amparo em Moraes, especula-se que esse reconhecimento internacional ocorre em razão da contribuição de Alexy em relação à consistência e sistematização dos Direitos Fundamentais (2016, p. 35).

Segundo Alexy, o principal estudo no que se refere à estrutura dos Direitos Fundamentais diz respeito à diferenciação entre regras e princípios. Essa diferenciação configura-se a “base da teoria da fundamentação no âmbito dos Direitos Fundamentais” e é elemento essencial na solução de problemas relacionados a conflitos – restrições a Direitos Fundamentais - (Alexy, p. 2008, 85).

No constructo teórico de Robert Alexy, os Direitos Fundamentais com natureza de princípios jurídicos configuram-se em mandamentos de otimização, os quais, para fins de concretização, demandam a análise das condições fáticas e jurídicas. Isto é, os

princípios determinam a concretização de algo na maior medida possível (Alexy, 2008, p. 90).

Por sua vez, os Direitos Fundamentais, com natureza de regras, configuram-se como normas jurídicas que sempre deverão ser aplicadas. Em outras palavras, as regras possuem uma característica de “tudo ou nada (Alexy, 2008, p. 90).

Infere-se, assim, os princípios contêm um mandamento *prima facie* em virtude de não possuírem em si a extensão de seu conteúdo de maneira pré-estabelecida. Portanto, a aplicabilidade do princípio “X”, por exemplo, poderá ser afastada por razões principiológicas distintas (Alexy, 2008, p. 104 – 106).

Ao contrário dos princípios, as regras caracterizam-se como razões (*prima facie*) definitivas, ou seja, possuem em si a extensão do seu conteúdo (Alexy, 2008, p. 104 - 106). Em resumo, as regras possuem em si as condições fáticas e jurídicas para fins de aplicabilidade. Se, portanto, a norma é válida, esta deve ser aplicada.

Nesse contexto, Moraes entende que a caracterização das regras em Alexy está fundamentada na clássica visão da teoria do suporte fático. Quando a regras preencherem a sua condição fática pré-estabelecida – suporte fático –, o processo de aplicação da consequência jurídica dar-se-á pela subsunção (Moraes, 2016, p. 47 – 48).

Robert Alexy alega que a distinção acerca de princípios e regras é mais bem evidenciada com casos exemplificativos de colisões entre princípios ou de colisões entre regras (2008, p. 91).

A solução do conflito entre regras dar-se-á com a declaração da invalidade de uma das regras conflitantes ou, em alguns casos, com a inserção de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Em casos de impossibilidade de inserção de uma cláusula de exceção, a declaração de invalidade de uma das regras, ora conflitantes, ocorrerá por meio do uso das regras de antinomias (Alexy, 2008, p. 92 – 93).

Por outro lado, no caso de conflitos entre princípios, a solução é realizada de maneira totalmente diversa, pois ocorrerá na dimensão de pesos dos princípios. Portanto, na colisão de princípios, inexistente a exclusão de um dos princípios colidentes. Apenas, é feita uma relação de precedência entre os princípios, a qual, no entanto, não culminará na exclusão do princípio de menor valor (Alexy, 2008, p. 93 – 94).

Com o intuito de sistematizar a relação de precedência entre os princípios, Alexy desenvolve a “Lei de colisão”. Essa lei corresponde ao seguinte enunciado: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (Alexy, 2008, p. 99).

É a partir da relação de precedência que Alexy (re)constrói a ideia da máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade na teorização de Alexy corresponde à caracterização dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, eis, pois, a proporcionalidade em *lato sensu* objetiva a aplicação ao máximo possível dessas normas jurídicas (Morais, 2016, p. 55).

Conforme Moraes, o dever *prima facie* da proporcionalidade (*lato sensu*) será realizado de forma gradual em função da relação de precedência. A relação de precedência, por sua vez, ocorrerá a partir das aplicabilidades das submáximas da proporcionalidade (2016, p. 55 – 58).

Desse modo, a utilização da máxima da proporcionalidade requer a análise de três submáximas. As submáximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Morais, 2016, p. 55 – 58).

Tendo em vista a apresentação das premissas básicas acerca da máxima da proporcionalidade, na próxima seção apresentar-se-á a máxima da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção insuficiente.

3.3 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Neste tópico, o objetivo é apresentar o desenvolvimento da máxima da proporcionalidade no seu viés de proibição de proteção insuficiente. Como se verá, a máxima da proporcionalidade sob essa ótica relaciona-se a necessidade da atuação Estatal a fim de proteger os Direitos Fundamentais.

O desenvolvimento da proporcionalidade (*lato sensu*) ocorre em duas óticas distintas em virtude da classificação entre Direitos de liberdade e Direitos de igualdade. Sendo assim, a proporcionalidade em sentido amplo deve ser entendida como critério de

aplicação dos princípios sob o viés da proibição de excesso - *Übermassverbot* - e proibição de proteção deficiente – *Untermassverbot* – (Michael, 2010, p.196).

Quando se trata de uma ação negativa por parte do Estado, deverá ser analisado se o Legislador não ultrapassou os limites constitucionais. Por outro lado, quando se trata de uma ação positiva – dever de proteger os Direitos Fundamentais -, analisar-se-á se o legislador não agiu de maneira insuficiente para proteger o Direito Fundamental sob questão (Grimm, 2007, p. 162).

Assim, a vedação de medidas insuficientes configura-se como técnica para fins de garantir um padrão mínimo de proteção aos Direitos Fundamentais, os quais demandam uma atuação positiva do Estado. No entanto, em função da discricionariedade legislativa, a opção sobre garantir, ou não, uma maior proteção a determinado Direito Fundamental não é violação à proibição de proteção deficiente (Grimm, 2007, p. 162).

Então, a análise da proibição de proteção deficiente em relação à atuação do Estado ao proteger os Direitos Fundamentais – princípios – ocorre mediante a utilização de estrutura argumentativa própria. A despeito da estrutura ser parecida da com o exame da proporcionalidade sob a ótica de proibição de excesso, a análise da proibição de proteção deficiente possui suas peculiaridades (Michael, 2010, p.196).

Inicialmente, a análise ocorre com a verificação quanto à exigência de um meio de proteção em atenção à determinada finalidade.

Isto é, este exame inicial associa-se à verificação da existência de um dever de o Estado atuar para alcançar determinado objetivo. Assim, o objeto de análise é a ordem constitucional para empregar determinado meio (Michael, 2010, p. 197). Aqui, observa-se que o Estado possui um dever de atuação na proteção à autonomia, privacidade e liberdade dos cidadãos nesse novo marco do capitalismo.

Posteriormente, a análise dá-se em relação à idoneidade. Esse exame da adequação/idoneidade nada mais é do que verificar se o meio empregado pelo Estado é adequado para concretizar a ordem Constitucional (fim). Caso o meio seja inadequado ou se acarretar violações de outras finalidades, será considerado deficiente (Michael, 2010, p. 197).

Após, verificar-se-á se o Estado empreendeu os meios necessários para o Direito Fundamental em questão. Segundo Michael, deverá ser escolhido o meio menos gravoso

e com o mesmo resultado na proteção do Direito Fundamental-Social (Michael, 2010, p. 197).

Portanto, nessa fase é analisada a escolha do meio mais efetivo e mais moderado na interferência de outros Direitos Fundamentais ora colidentes. Enfim, esta terceira análise refere-se à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

Gize-se que na fase da proporcionalidade em sentido estrito há de se observar a lei substantiva de sopesamento: (i) “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação de outro” (Alexy, 2008, p. 167).

De igual maneira, impõe-se a observação da lei epistêmica de sopesamento: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (Alexy, 2008, p. 617).

Para Michael, após a terceira fase da máxima da proporcionalidade, faz-se necessária a análise do exame relacionado à conveniência da proteção. De acordo com o autor, a revisão da conveniência do meio e a alternativa escolhida pelo Estado somente ocorre quando existente outro meio único, igualmente idôneo, porém mais efetivo. Não sendo assim, a atuação do Estado estaria embasada numa discricionariedade em função de uma prognose constitucional-legislativa (Michael, 2010, p. 198).

De acordo, portanto, com o constructo teórico do Dever de Proteção, sob a ótica da proibição de proteção insuficiente, percebe-se que o Estado ainda não empreendeu um meio idôneo a fim de proteger as finalidades constitucionais – Direitos Fundamentais – referentes à autonomia individual, liberdade e privacidade frente à exploração econômica praticada pelas plataformas digitais no capitalismo de vigilância.

Consequentemente, o Estado viola o seu Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais, inclusive sob o viés de proibição de proteção deficiente inerente à máxima da proporcionalidade. Isto é, o Estado não atua positivamente a fim de elaborar legislações e procedimentos a fim de impedir a modulação comportamental, que é implementada pelas plataformas digitais no capitalismo de vigilância.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada demonstrou que as plataformas digitais em posse de poucas corporações denominadas, em regras, de *big techs* provocaram por meio de tecnologias algorítmicas a reconfiguração do imperativo econômico do capitalismo.

Essa reformulação denominou-se de acordo com o constructo teórico utilizado como capitalismo de vigilância, no qual as plataformas digitais – de bens e serviços – operam na coleta massiva de dados dos usuários e processam esses dados por meio de sistemas algorítmicos de aprendizado de máquina (inteligência artificial).

Tudo isso com o intuito de não apenas conhecerem os comportamentos dos usuários, mas sim de moldarem e condicionarem o comportamento dos usuários. Essa ação, todavia, é tão eficaz a ponto de permitir a ilusão dos usuários de que estão decidindo por conta própria.

Esse imperativo econômico do capitalismo de vigilância se coaduna com o fenômeno denominado por governamentalidade algorítmica, na qual as decisões são tomadas por sistemas algorítmicos.

Portanto, constatou-se que o capitalismo de vigilância, operacionalizados por meio de plataformas digitais, impacta diretamente no gozo de Direitos Fundamentais à liberdade, privacidade e autonomia individual dos usuários.

Consequentemente, o Estado (brasileiro), ao se omitir diante da coleta massiva e do perfilhamento com base nos dados dos usuários, viola o Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais.

Tal conclusão dá-se em virtude da proposta teórica adotada na pesquisa, pela qual se evidencia que a Constituição brasileira, à semelhança à tradição constitucional alemã, impõe ao Estado (*lato sensu*) não apenas o dever de abstenção aos Direitos Fundamentais. A Constituição, pelo contrário, impõe o dever do Estado em tomar medidas efetivas (suficientes) a fim de proteger os Direitos Fundamentais contra as ameaças e violações praticadas por terceiros.

Assim, a partir da máxima da proporcionalidade sob a ótica da proibição de proteção deficiente, entende-se que a atuação Estatal (brasileira) é insuficiente ante a ausência de ações positivas idôneas para enfrentar as ameaças aos Direitos



Fundamentais dos usuários das plataformas digitais. Isto é, há a violação do Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais dos usuários frente à exploração econômica praticada pelas plataformas digitais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRAYNE, Sarah. **Predict and surveil: data, discretion, and the future of policing**. New York, NY: Oxford University Press, 2021.

CAPLAN, Robyn. Content or Context Moderation? Artisanal, Community-Reliant, and Industrial Approaches. **Data & Society**, [s.l.], nov. 2018. Disponível em: <https://datasociety.net/library/content-or-context-moderation/>. Acesso em: 28 jul. 2025.

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

DIAS, Felipe da Veiga. **Criminologia Midiática e Tecnopolítica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DE GREGORIO, Giovanni. The Normative Power of Artificial Intelligence. **CGSL Working Papers**, n. 4, 2023. Disponível em: <https://catolicalaw.fd.lisboa.ucp.pt/faculty-knowledge>. Acesso em: 1 jul. 2025

DIJCK, José van; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. **The platform society: public values in a connective world**. New York: Oxford University Press, 2018.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza [org]; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. **A estrutura constitucional da proporcionalidade**. Tradução de Fausto Santos de Moraes. São Paulo: Editora Dialética, 2024.



MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 189 – 206.

MORAIS, Fausto Santos De. **Ponderação e arbitrariedade – A inadequada recepção Alexy pelo STF**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. Traduzido por Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. **A cidade inteligente: tecnologias urbanas e democracia**. São Paulo: Ubu, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra Editora, 2012.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia**. Santo André, SP: Rua do Sabão, 2020.

ROSENBLAT, Alex; STARK, Luke. Algorithmic labor and information asymmetries: a case study of Uber's drivers. **International Journal of Communication**, [S.l.], v. 10, p. 3758–3784, 2016. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/4892>. Acesso em: 4 maio 2024.

ROUVROY, Antoinette. **Governamentalidade Algorítmica e a Morte da Política**. Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea. Brasília, v.8, n.3, p. 15-28, 2020.

RUIZ, Castor Bartolomé. Algoritmização da vida: a nova governamentalização das condutas. **Revista IHU ideias**, ano 19, n. 314, vol. 19, 2021. Matriz epistemológica.

SADIN, Éric. **La inteligencia artificial o el desafío del siglo: anatomía de un antihumanismo radical**. Buenos Aires: Caja Negra, 2020

SRNICEK, Nick. **Capitalismo de plataformas**. Tradução de Aldo Giacometti. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 11 ed., 2014.

NETFLIX. **THE GREAT HACK**. Direção: Karim Amer; Jehane Noujaim. [S.l.]: Netflix, 2019. 1 vídeo (113 min.), son., color. Legendado. Documentário. Título em português:



Privacidade Hackeada. Disponível em: <https://www.netflix.com/title/80117542>. Acesso em: 28 jul. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of Power**. New York: Public Affair, 2019.

