

JOÃO PAULO LORDELO

**CONSTITUCIONALISMO
DIGITAL E DEVIDO
PROCESSO LEGAL**

Prefácio: Luiz Fux

2022

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Canuto Saraiva, 131 – Mooca – CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo

Tel: (11) 3582.5757

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições Juspodivm

Diagramação: Equipe Juspodivm

Capa: Ana Caquetti

C758 Constitucionalismo digital e devido processo legal / João Paulo Lordelo
– São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
352 p. (Ensaio)

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-3679-6.

1. Direito Digital. 2. LGPD. 3. Novas Tecnologias. I. Lordelo, João Paulo. II. Título.

CDD 340.004.678

Todos os direitos desta edição reservados a Edições Juspodivm.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições Juspodivm. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	21
1. UMA BREVE HISTÓRIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	28
1.1. As influências remotas do devido processo legal.....	28
1.2. O <i>rule of law</i> medieval inglês	31
1.3. A cláusula do devido processo legal na quinta e na décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos ..	35
1.4. O desenvolvimento do devido processo legal em suas dimensões procedimental e substantiva.....	39
1.4.1. O “abandono” da <i>common law</i> inglesa rumo a uma interpretação evolutiva	39
1.4.2. Quais são as garantias mínimas da dimensão procedimental do devido processo?.....	41
1.4.2.1. As garantias estabelecidas em <i>Goldberg v. Kelly</i> e <i>Mathews v. Eldridge</i>	41
1.4.2.2. Tecnologia e privacidade: o relevante voto do justice Alito em <i>United States v. Jones</i>	46
1.4.3. A dimensão substantiva do devido processo legal	49
1.4.4. Unindo as pontas: a síntese do devido processo legal na jurisprudência norte-americana	52

1.5.	É possível falar em uma eficácia horizontal da cláusula do devido processo legal?	53
1.5.1.	A doutrina norte-americana do <i>state action</i>	53
1.5.2.	Sintetizando o estado da arte da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil e no mundo	57
1.5.3.	A filosofia liberal verticalista e o horizontalismo republicano	63
1.5.4.	A silenciosa “revolução horizontalista” empreendida pela Corte Europeia de Direitos Humanos e as obrigações positivas estabelecidas na Convenção	70
1.6.	Teste para a aplicação horizontal da cláusula do devido processo legal	75
2.	A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.....	82
2.1.	Introdução: estamos diante de uma quarta revolução industrial?.....	82
2.2.	Principais desdobramentos da quarta revolução digital ..	87
2.3.	Conceitos fundamentais para a compreensão da virada tecnológica	88
2.3.1.	Algoritmos	88
2.3.2.	Inteligência artificial.....	91
2.3.3.	<i>Machine learning</i> e <i>deep learning</i>	97
2.3.4.	Internet das coisas (<i>Internet of Things</i> – IOT)	99
2.4.	Transformações tecnológicas no contexto jurídico	101
2.4.1.	O crescimento da adjudicação administrativa no século XXI e a automação tecnológica	101
2.4.2.	A transformação digital no Poder Judiciário e suas implicações éticas	105
2.4.2.1.	Automação e transformação do processo	108

2.4.2.2.	Audiências por videoconferência e telepresenciais	111
2.4.2.3.	Cortes remotas.....	114
2.4.2.4.	O exemplo da reforma judicial inglesa e a preocupação com o acesso à justiça de grupos vulneráveis	121
2.4.2.5.	O projeto brasileiro de Justiça 4.0	125
2.4.3.	Ciência de dados, jurimetria e vieses cognitivos..	133
2.4.4.	<i>Blockchain</i> e contratos inteligentes (<i>smart contracts</i>)	138
2.4.5.	Crimes virtuais e cibersegurança. <i>Deep web</i> e <i>Dark web</i>	144
2.4.6.	Criptomoedas e lavagem de dinheiro	148
3.	CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.....	153
3.1.	Conceito e escopo do constitucionalismo digital	153
3.2.	Problemas: as principais questões jurídicas decorrentes da virada tecnológica	158
3.2.1.	Privacidade e transparência no uso de dados.....	159
3.2.2.	Liberdades de expressão e de reunião	164
3.2.3.	Obstáculos à liberdade de acesso ao trabalho.....	167
3.2.4.	Acesso aos serviços públicos e ausência de garantias processuais.....	169
3.2.5.	O uso de <i>data matching</i> e <i>mining</i> no campo da prevenção criminal e ausência de um devido processo legal	173
3.2.6.	Discriminação no uso de algoritmos de reconhecimento facial para fins de monitoramento policial	180
3.2.7.	Vieses cognitivos, preconceitos implícitos e ruídos em processos decisórios.....	187
3.2.8.	Outras questões discriminatórias e suas razões....	196

3.3.	Cyberspaço, <i>rule of law</i> e o exercício de atividades públicas em uma sociedade algorítmica.....	198
3.4.	O desenvolvimento do constitucionalismo digital europeu	208
3.4.1.	Primeira fase: liberalismo digital.....	208
3.4.2.	Segunda fase: ativismo judicial	214
3.4.3.	Terceira fase: o constitucionalismo digital.....	222
3.5.	Existe um constitucionalismo digital brasileiro?	230
3.5.1.	O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) como um diploma central de primeira dimensão	231
3.5.2.	A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) como um diploma central de segunda dimensão.....	233
3.5.3.	A Resolução CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020: ética, transparência e governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário	234
3.5.4.	A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos.....	237
4.	ESBOÇO DE UM DEVIDO PROCESSO DIGITAL: ALCANCE E CONTEÚDO.....	240
4.1.	Introdução: tecnoautoritarismo <i>vs.</i> humanismo digital ..	240
4.2.	O microssistema brasileiro de tutela de direitos cibernéticos.....	241
4.3.	A incidência da cláusula do devido processo nas relações verticais entre indivíduo e Estado	246
4.4.	O problema da incidência da cláusula do devido processo legal no setor privado: em busca de uma solução no Estado de Direito	247
4.5.	Devido processo formal: garantias mínimas para um ecossistema digital	253

4.5.1. Contraditório e ampla defesa: notificação adequada, participação e julgamento imparcial com reversibilidade de papéis.....	254
4.5.2. Princípio da auditabilidade.....	260
4.5.3. Princípio da transparência e direito a explicações contrafactuais.....	264
4.5.4. Princípio da consistência ou regularidade procedimental.....	272
4.5.5. Princípio do controle social.....	273
4.5.6. Princípio da precaução.....	276
4.5.6.1. O Direito da antidiscriminação e a discriminação indireta proporcionada por ferramentas de automação.....	277
4.5.6.2. A impossibilidade de delegação do processo decisório e a necessidade de utilização de procedimentos consistentes na identificação de práticas abusivas.....	280
4.6. A dimensão substantiva do devido processo legal digital	284
4.6.1. Princípio da privacidade diferencial sobre dados e inferências.....	286
4.6.2. Direito a inferências razoáveis: existiria um direito a como ser visto?.....	291
4.6.3. Vedações decorrentes do princípio da prevenção da automação discriminatória.....	298
4.7. Devido processo e a disciplina das evidências digitais no Brasil.....	303
4.7.1. Conceitos fundamentais.....	304
4.7.1.1. Endereço de protocolo de <i>internet</i> (endereço IP), <i>domain names</i> e DNS.....	304
4.7.1.2. Provedores de conexão à <i>internet</i>	307
4.7.1.3. Provedores de aplicações de <i>internet</i>	308
4.7.1.4. Servidores <i>proxy</i> , VPN e rede TOR.....	309

4.7.2. O regime processual estabelecido pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)	311
4.7.3. Metodologia básica para a produção da prova digital.....	315
4.7.4. Busca e apreensão virtual x interceptação de fluxo de dados: distinções necessárias	317
4.7.5. Busca e apreensão de dispositivos informáticos ou telemáticos, cadeia de custódia da prova, perícia e <i>hashing</i>	319
4.7.6. Pedidos de preservação de conteúdo	321
4.7.7. A coleta de evidências criminais por requisição judicial direta ou acordos de cooperação mútua (MLAT)	322
5. CONCLUSÃO	328
6. REFERÊNCIAS	333