

**João Paulo Lordelo**

# **CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**Os Limites do Poder Algorítmico  
e a Proteção dos Direitos  
Fundamentais na Era da IA**

**Prefácio: Luiz Fux**

**3ª edição**  
revista, atualizada  
e ampliada

**2026**



**EDITORA**  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## 4. ESBOÇO DE UM DEVIDO PROCESSO DIGITAL: ALCANCE E CONTEÚDO

---

### 4.1. Introdução: tecnoautoritarismo vs. humanismo digital

Ao longo dos capítulos anteriores, duas importantes premissas foram estabelecidas. A primeira consiste na compreensão do devido processo legal como uma garantia adaptativa do *rule of law*, que há de ser responsabilmente ampliada para novos contextos fora da relação indivíduo-Estado. A segunda é percepção da 4ª revolução industrial como um fenômeno que trouxe novos desafios jurídicos à humanidade, sobretudo no campo da proteção dos direitos fundamentais. Enquanto o constitucionalismo tem sido tradicionalmente desenvolvido para limitar os poderes governamentais, novas forças privadas surgiram ameaçando a proteção dos direitos fundamentais<sup>1</sup>.

Entre as características do atual estágio do exercício de poderes por agentes tecnológicos, destaca-se a escalabilidade praticamente infinita das ferramentas que lidam com informações igualmente

---

1. DE GREGORIO, Giovanni. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, vol. 11, n. 2, 2019, p. 102.

infinitas nos espaços digitais. Conquanto seja claro o relevante papel da tecnologia na evolução dos atores privados no ambiente *online*, não se pode negar que, por muito tempo, os atores públicos têm facilitado o surgimento de novas formas de exercícios de poderes por plataformas digitais<sup>2</sup>.

Na realidade ora experimentada, não apenas atores privados têm exercido, de forma discricionária, poderes capazes de afetar diretamente o gozo de direitos fundamentais pelas pessoas em geral, como também os estados têm utilizado ferramentas algorítmicas em variados campos, sem as garantias adequadas. Em ambos os casos, é possível identificar uma elevada concentração de poder, em detrimento da autonomia dos indivíduos – sejam eles consumidores, trabalhadores, jurisdicionados etc.

Firmadas essas bases, a proposta do presente capítulo consiste em estabelecer os contornos do que pode ser denominado “devido processo digital”, “devido processo tecnológico”<sup>3</sup> ou “devido processo 4.0” em suas dimensões procedimental e substantiva. Tal instituto jurídico há de ser compreendido como o elemento-chave capaz de impedir a escalada do tecnoautoritarismo, firmando um marco civilizatório mínimo do humanismo digital.

## **4.2. O microsistema brasileiro de tutela de direitos cibernéticos**

Não é difícil reconhecer a existência, no Brasil, de um microsistema de proteção a direitos cibernéticos, assim compreendidos os direitos particularmente identificados nos contextos em que empregadas novas tecnologias digitais.

O núcleo desse microsistema é composto basicamente de três importantes diplomas: a) o Código de Defesa do Consumidor –

2. DE GREGORIO, Giovanni. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, vol. 11, n. 2, 2019, p. 101.
3. A expressão é utilizada por Citron, Danielle Keats; Pasquale, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, vol. 89, 2014, p. 19.

CDC (Lei nº 8.078/1990); b) o Marco Civil da Internet – MCI (Lei nº 12.965/2014); e c) a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018). Como em qualquer outro microsistema, outros atos normativos satelitários também são relevantes, a exemplo da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999), da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e da Resolução CNJ nº 332/2020.

Embora, em uma primeira análise, possa parecer estranha a inserção do CDC no núcleo desse microsistema, sobretudo por se tratar de um diploma editado na longínqua década de 1990, não se pode perder de vista que o diploma representa uma importante garantia protetiva contra qualquer agente que atue no mercado de consumo. Mesmo nas situações em que ausente uma prévia relação contratual, a regra do art. 17 do CDC estabelece um conceito ampliado de consumidor (“bystander”), que abrange as vítimas de produtos ou serviços defeituosos<sup>4</sup>.

Como destacado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor para efeito da proteção conferida pelo CDC”, o que abrange “os chamados bystanders, na terminologia da *common law*, que são os terceiros que, embora não estejam diretamente envolvidos na relação de consumo, são atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço”<sup>5</sup>.

Em razão da regra do art. 17 do CDC, a disciplina protetiva do diploma – que tem por premissa a vulnerabilidade das pessoas frente a outros agentes econômicos – é aplicada em favor de qualquer pessoa atingida pela atividade empresarial, sem que configure o consumidor final de serviços e sem qualquer relação com o fornecedor. Assim, pode ser incluída, no rol das atividades disciplinadas, aquelas praticadas pelos provedores de aplicações,

---

4. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

5. REsp 1358513/RS, Quarta Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 04/08/2020.

assim compreendidos os fornecedores de um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”<sup>6</sup>.

Entre as garantias processuais estabelecidas pelo CDC, destacam-se a facilidade na inversão do ônus da prova<sup>7</sup>, a facilitação da desconsideração da personalidade jurídica<sup>8</sup> e as garantias no estabelecimento de bancos de dados e cadastros de consumidores<sup>9</sup>. Materialmente, merecem destaque o direito à informação, a proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, a facilitação na modificação de cláusulas contratuais onerosas<sup>10</sup>, o

- 
6. Marco Civil da Internet: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e [...]”.
  7. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...]”.
  8. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.
  9. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes [...] § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele; § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas; § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público [...]”.
  10. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços,

regime de responsabilidade objetiva<sup>11</sup>, a proteção contra práticas jurídicas específicas (como a recusa ao serviço)<sup>12</sup>, a inaplicabi-

---

com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...]”.

11. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos [...] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.
12. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; [...] IV - prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; [...] VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; [...] XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério [...]”.

lidade de cláusulas contratuais obscuras<sup>13</sup> (como em termos de serviços de plataformas digitais) etc.

A disciplina geral do CDC, todavia, há de ser conformada pelas normas do MCI, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, a exemplo do seu art. 19, que cria um distinto regime de responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros<sup>14</sup>.

Finalmente, soma-se a este núcleo a LGPD, que 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.

Embora o art. 4º, III, da LGPD excepcione expressamente a sua aplicação nos campos da segurança pública, atividades de investigação e repressão de infrações penais, o seu § 1º informa que, em tais campos, o tratamento de dados pessoais será regido por legislação específica, “que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”. Em razão do

---

13. Código de Defesa do Consumidor: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

14. Marco Civil da Internet: “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros; Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

que dispõe o texto legal, ainda que inexistente uma LGPD penal, é possível aplicar, desde já, os princípios gerais e os direitos do titular da LGPD geral, bem como a cláusula do devido processo legal, observadas algumas relevantes balizas.

Entre os direitos do titular previstos no seu art. 18 particularmente aplicáveis às autoridades públicas, destacam-se a confirmação da existência de tratamento de dados; o acesso aos dados; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei e a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados.

### **4.3. A incidência da cláusula do devido processo nas relações verticais entre indivíduo e Estado**

A incidência da cláusula do devido processo legal nas relações envolvendo indivíduos e o Estado é tema menos problemático. Afinal, como já exaustivamente demonstrado, desde as suas mais remotas influências históricas, a cláusula opera como uma espécie de metonímia do Estado de Direito, prevenindo os indivíduos contra ações estatais arbitrárias.

As dificuldades aqui podem surgir em duas situações. Primeiramente, como já exposto, existem casos em que o emprego de tecnologias digitais, em prejuízo ao exercício de direitos fundamentais, não vem acompanhado de uma disciplina legislativa que forneça às pessoas afetadas garantias procedimentais mínimas. É o que ocorre no emprego das chamadas *no-fly lists*, das ferramentas de reconhecimento facial ou nas demais formas de uso de *data matching* e *data mining* no campo da prevenção criminal.

De igual modo, pode ocorrer de até, num determinado contexto, existirem garantias legais, mas originariamente desenhadas para as tradicionais relações *off-line* entre indivíduos e Estado, previstas em códigos judiciais ou administrativos.

Seja como for, na ausência das garantias mínimas para um ecossistema digital, detalhadas nos tópicos seguintes, compreen-

demos pela possibilidade de intervenção judicial preventiva (*ex post*) ou repressiva (*ex ante*), em forma de tutela individual ou coletiva. Particularmente quanto às garantias relativas ao exercício do contraditório e da ampla defesa, elas variarão de acordo com a gravidade da privação ao direito, conforme reconhecido pela SCOTUS em *Mathews v. Eldridge*<sup>15</sup>. Em outras palavras, as garantias, se não previamente estabelecidas em lei, deverão ser extraídas das características de um assunto em particular, a exemplo da severidade da privação e do interesse público existente<sup>16</sup>.

#### **4.4. O problema da incidência da cláusula do devido processo legal no setor privado: em busca de uma solução no Estado de Direito**

Um dos mais preocupantes problemas derivados da 4ª revolução industrial é certamente o acúmulo de poder privado pelas *big techs* e suas plataformas digitais (Google, Apple, Amazon, Twitter, Facebook etc.). Como reconhecem muitos autores, a concentração de poder nas mãos de companhias tem o potencial de restringir liberdades pessoais, a exemplo da liberdade de informação, liberdade de expressão e o direito à proteção de dados<sup>17</sup>.

Mas há algo além da proteção de direitos individuais. O regime de quase monopólio, a questionável manipulação de dados privados e a massiva tendência expansiva sobre outros campos desafia não apenas o exercício de direitos fundamentais, mas

---

15. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 1976.

16. FRIENDLY, Henry. Some kind of hearing. U. Pa. L. Rev., vol. 123, n. 1267, 1975. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol123/iss6/2](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol123/iss6/2). Acesso em: 4 nov. 2021.

17. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 444.

também a institucionalização da esfera pública digital<sup>18</sup>. Afinal, como destaca Teubner, o monopólio informacional torna-se um problema para a constituição das novas mídias, o que não se reduz a questões econômicas. Cuida-se de um contexto que questiona a própria constituição da internet global, marcada por relações assimétricas de poder. A falta de transparência em suas estruturas de governança levanta questões constitucionais de democracia e de controle público. Essa abordagem parte do pressuposto de que os direitos constitucionais servem não apenas à proteção de direitos individuais, mas também de instituições sociais vulneráveis, como a arte ou a ciência, afastando-as de tendências totalizantes que operam na sociedade<sup>19</sup>.

Disso decorre que a permeabilidade da cláusula do devido processo legal, como metonímia do Estado de Direito, às relações assimétricas travadas no contexto das tecnologias digitais conduzidas agentes privados, serve, a um só tempo, à tutela de direitos individuais e à conformação da esfera pública digital. Nesta segunda relevante missão, o devido processo serve como uma forma de promoção da liberdade de uma instituição social por meio da sua organização. E mais: tratando-se de uma cláusula geral, ele possibilita a existência de um dinâmico processo sociojurídico de normatização sujeito a mudanças constantes<sup>20</sup>.

Sob uma perspectiva sociológica, atualmente não há dúvidas de que as esferas estatal e social, em verdade, fazem parte de uma mesma realidade. Como destaca Wolff, o Estado não se encontra ao lado ou acima da sociedade, havendo de ser compreendido

- 
18. 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, p. 196 e 201.
  19. 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, p. 197.
  20. 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, p. 199.

como um subsistema dela<sup>21</sup>. Além disso, também parece claro que a promoção das liberdades constitucionais, empiricamente, depende não apenas do Estado, mas também da conduta de outros agentes sociais. Consequentemente, ao não considerar a relevância da estrutura interna da sociedade – e, portanto, não distinguir as formas assimétricas de exercício de poder –, a doutrina liberal do *state action* falha consideravelmente<sup>22</sup>.

Essas premissas sobreelevam o papel da eficácia direta da cláusula do devido processo legal como uma resposta à altura dos desafios trazidos pela era informacional vivenciada. Essa aplicação, contudo, apresenta ao menos duas importantes objeções, além de alguns problemas práticos.

A primeira objeção é levantada por aqueles que acreditam que a eficácia horizontal direta seria desnecessária, em razão da possibilidade de incidência indireta, mediante a interpretação da legislação infraconstitucional à luz dos direitos fundamentais<sup>23</sup>. De acordo com essa corrente, a eficácia horizontal indireta teria a vantagem de mover a responsabilidade protetiva ao legislador infraconstitucional e, assim, evitar a instabilidade que deriva da interpretação judicial caso a caso<sup>24</sup>. Como aponta Wolff, a objeção não prospera por alguns motivos. Primeiramente, a doutrina da eficácia horizontal indireta falha em razão do seu baixo nível de proteção. Isso porque é possível que o legislador deixe de cumprir o seu dever diante de violações evidentes de direitos fundamentais.

---

21. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 441.

22. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 450-451.

23. GRIMM, Dieter. Der Datenschutz vor einer Neuorientierung. *JuristenZeitung*, vol. 68, n. 2, 2013.

24. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 452.

Além disso, as próprias entidades privadas também são titulares de direitos fundamentais, o que torna mais difícil o controle de suas atividades pela via legislativa. Finalmente, a dinâmica das transformações tecnológicas torna difícil ao legislador prever todos os aspectos protetivos relevantes, mediante uma regulamentação detalhada e atualizada<sup>25</sup>.

A segunda objeção consiste no risco à segurança jurídica que pode derivar da aplicação indiscriminada dos direitos fundamentais horizontalmente, com excessivo empoderamento de tribunais e fragilização da autonomia privada. Essa preocupação ganha especial destaque se considerarmos a sua aplicação *ex post* pelos tribunais<sup>26</sup>.

A preocupação é relevante, na medida em que, em muitos casos, será difícil decidir com precisão sobre a existência de uma assimétrica relação de poder entre pessoas privadas. De fato, a mera assimetria de poder, isoladamente considerada, não é suficiente para justificar uma intervenção estatal, desde que presente um ambiente de justa competição<sup>27</sup>. Em outras palavras, como

---

25. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 452.

26. No original: “Applying extensively this doctrine could lead to negative effects for legal certainty. Indeed, every private conflict can virtually be represented as a clash between different fundamental rights. The result could lead to the extension of constitutional obligations to every private relationship, thus hindering any possibility to foresee the consequences of a specific action or omission. Fundamental rights can be applied horizontally only *ex post* by courts through the balancing of the rights in question. This process could increase the degree of uncertainty as well as judicial activism, with evident consequences for the separation of powers and the rule of law” (DE GREGORIO, Giovanni. From constitutional freedoms to the power of the platforms: protecting fundamental rights online in the algorithmic society. *European Journal of Legal Studies*, vol. 11, n. 2, 2019, p. 100).

27. CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. *Archiv für die Zivilistische Praxis*, vol 184, n. 3, 1984, p. 206-207.

destaca Wolff, o mero exercício de poder econômico não é, por si só, algo ilegítimo<sup>28</sup>.

Conquanto relevante a objeção, ela ser minorada por duas razões.

A primeira delas consiste no evidente reconhecimento de que é e sempre será possível o estabelecimento de um marco regulatório pelo legislador infraconstitucional. Como descrito anteriormente, o constitucionalismo digital encontra-se em um estágio relativamente avançado na Europa e em países como o Brasil. Nesse contexto, a mera preocupação quanto ao desenvolvimento de um ambiente de instabilidade jurídica, decorrente da atividade jurisdicional, pode servir como incentivo para o desenvolvimento de uma legislação adequada, a exemplo do anteprojeto de “Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia”<sup>29</sup>. Quanto mais adequada e abrangente a atividade legislativa produzida, menor será o exercício da revisão judicial *ex post facto* e, portanto, menor o risco de insegurança jurídica.

Além disso, é importante reforçar que a aplicação horizontal da cláusula do devido processo legal, em suas dimensões procedimental e substantiva, não deve ocorrer de forma desregrada. Ao revés, o teste proposto no capítulo introdutório buscou estabelecer alguns balizes relevantes, levando em consideração “propósitos públicos”<sup>30</sup>.

A primeira baliza parte da distinção entre a horizontalização do devido processo legal procedimental e a aplicação horizontal do

---

28. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 453.

29. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 443.

30. WOLFF, Daniel. Fundamental rights in the digital era: horizontal effect and the distinction between State and society in German and European constitutional theory. *Frontiers of Law in China*, vol. 13, n. 3, p. 441-455, 2018, p. 454.

devido processo legal em sua dimensão substantiva. Ela objetiva a adequada preservação daquilo que a doutrina verticalista objetiva proteger: o exercício da autonomia privada. Por essa razão – e também pelas preocupações já explicitadas quanto ao excessivo empoderamento de tribunais, fragilizando-se os processos políticos –, compreendemos adequado o reconhecimento da eficácia horizontal do devido processo legal, em sua dimensão substantiva, apenas de forma *indireta*. Evita-se, com isso, a recorrente invocação da aplicação do princípio da proporcionalidade no campo das relações entre particulares.

Conseqüentemente, um ato jurídico praticado no âmbito privado, se considerado arbitrário por um interessado, pode vir a ser invalidado *ex post* se o tribunal identificar a ausência de razoabilidade no emprego da legislação infraconstitucional.

Por outro lado, no que diz respeito ao devido processo legal procedimental, garantias mínimas – a exemplo do direito de notificação e defesa – podem e devem ser reconhecidas tanto *direta* quanto *indiretamente*, notadamente na arquitetura codificada do ciberespaço. Como apontam Karavas e Teubner, no ambiente digital, o “código” consiste na matéria prima da ordem normativa, em lugar das normas legais<sup>31</sup>. Nesse contexto, a eficácia horizontal *direta* deve ser reconhecida sempre que identificado um contexto de considerável relação assimétrica de poder que afete o livre exercício de um direito fundamental. Ausente essa relação, a eficácia horizontal haverá de ser reconhecida apenas *indiretamente*.

No exercício de tal tarefa, é relevante a identificação do grau de concentração de poderes nas mãos de agentes privados. Isso porque, como já referido, a digitalização contribui para a reunião dos poderes de elaboração de normas, aplicação e execução em um

---

31. KARAVAS, Vagias; TEUBNER, Gunther. [www.CompanyNameSucks.Com](http://www.CompanyNameSucks.Com): The Horizontal Effect of Fundamental Rights on “Private Parties” Within Autonomous Internet Law. *Constellations*, vol. 12, p. 262–282, 2005, p. 268–269.

único agente interessado. A ausência de uma divisão de poderes – a exemplo do controle de conduta, construção de expectativas e solução de conflitos – é um importante parâmetro para o reconhecimento da incidência da cláusula do devido processo<sup>32</sup>.

Além disso, toma-se emprestado o teste estabelecido pela Corte Constitucional da África do Sul, no caso *Daniels v. Scribante and Another*<sup>33</sup>, com o enfrentamento das seguintes questões: a) qual é a natureza do direito fundamental afetado? b) qual é a história por trás do direito? c) o que o direito busca alcançar? e) qual é a melhor forma de conseguir isso? e) qual é o potencial de invasão desse direito por outras pessoas que não o Estado ou órgãos do Estado? f) deixar pessoas privadas fora da incidência constitucional negaria o conteúdo essencial do direito?

#### **4.5. Devido processo formal: garantias mínimas para um ecossistema digital**

As premissas firmadas nos tópicos anteriores servem de fundamento para o reconhecimento da incidência da cláusula do devido processo legal nas relações jurídicas travadas entre agentes privados (eficácia horizontal). Ultrapassado esse ponto, é importante saber quais garantias mínimas devem ser reconhecidas àqueles sujeitos à variadas formas de automação decisória.

Nesse sentido, o objetivo dos tópicos seguintes é o de elencar desdobramentos concretos do devido processo digital, evitando-se a mera enumeração de princípios abstratos, desprovidos de conteúdo.

---

32. KARAVAS, Vagias; TEUBNER, Gunther. *Www.CompanyNameSucks.Com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on “Private Parties” Within Autonomous Internet Law*. *Constellations*, vol. 12, p. 262–282, 2005, p. 269.

33. CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL, *Daniels v. Scribante and Another*, CCT50/16, 2017.

#### **4.5.1. *Contraditório e ampla defesa: notificação adequada, participação e julgamento imparcial com reversibilidade de papéis***

Como já referido nas premissas estabelecidas no primeiro capítulo, as garantias procedimentais relativas ao exercício do contraditório e à ampla defesa, quando não expressamente reguladas, variarão de acordo com a gravidade da privação ao direito. Cuida-se de resultado do precedente fixado pela SCOTUS em *Mathews v. Eldridge* e do trabalho seminal de Henry Friendly (1971), em que destacou a ausência de um *check-list* procedimental rígido.

Em síntese, as garantias, se não já previamente e adequadamente estabelecidas em lei, deverão ser extraídas das características de um caso em particular, como a severidade da privação e do interesse público ou privado contraposto. Em seu trabalho seminal, Friendly destacou 7 (sete) garantias defensivas capazes de assegurar um processo justo. Nem todas são necessárias, ele afirma, mas todas devem ser avaliadas, de acordo com as circunstâncias do caso. São elas<sup>34</sup>:

- a) direito a um julgamento imparcial;
- b) direito à notificação sobre a ação proposta e os seus fundamentos;
- c) direito de apresentar argumentos pelos quais um resultado não deve ser atingido;
- d) direito de produzir provas;
- e) direito de conhecer as provas em seu desfavor;
- f) direito a uma decisão fundamentada apenas nas evidências do caso;
- g) direito a um advogado;
- h) direito de registro dos atos processuais;

---

34. FRIENDLY, Henry. Some kind of hearing. U. Pa. L. Rev., vol. 123, n. 1267, 1975. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol123/iss6/2](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol123/iss6/2). Acesso em: 4 nov. 2021.

- i) direito de acesso às razões decisórias;
- j) publicidade;
- k) direito de recorrer da decisão tomada.

É importante destacar, porém, que embora a existência de uma margem de flexibilidade seja necessária, ela há de ser observada somente após o estabelecimento de um conjunto mínimo de garantias e valores, evitando-se uma abordagem excessivamente abstrata<sup>35</sup>. Como destacado por Redish e Marshall, o devido processo deve ser flexível, principalmente, em termos de procedimentos específicos a serem exigidos. Por outro lado, os valores centrais que a cláusula representa e impõe devem estar sempre presentes, a exemplo da previsibilidade, da transparência e da racionalidade<sup>36</sup>. Tais valores resultam no reconhecimento de ao menos três garantias fundamentais: notificação, participação e julgamento imparcial. Elas compõem o tripé da “racionalidade procedimental”.

Um parâmetro inicial na fixação das garantias procedimentais defensivas decorre da diferenciação entre (a) *tomada de uma ação* e (b) *o ato de negar um pedido*. De uma forma geral, a tomada de uma ação contra um determinado indivíduo – demissão, impedimento de ingressar em transportes públicos, suspensão de benefícios assistenciais, suspensão de licença profissional, banimento de redes sociais, expulsão de associações ou outros grupamentos etc. – costuma ser algo bem mais sério que a denegação de um pedido<sup>37</sup>. Consequentemente, mais garantias podem ser exigidas.

---

35. REDISH, Martin H.; MARSHALL, Lawrence C. Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process. *Yale Law Journal*, vol. 95, n. 3, 1986, p. 456.

36. REDISH, Martin H.; MARSHALL, Lawrence C. Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process. *Yale Law Journal*, vol. 95, n. 3, 1986, p. 474.

37. CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms. *Boston College Law Review*, vol 55, 2014, p. 110.