

DA ANÁLISE JURÍDICO-MORAL SOBRE OS APLICATIVOS COLETORES DE DADOS IMPLEMENTADOS EM HONG KONG EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

**THE MORAL AND LEGAL ANALYSIS ABOUT THE DATA COLLECTOR APPS
IMPLEMENTED IN HONG KONG DURING THE CORONAVIRUS PANDEMIC**

Artigo submetido em 26 de fevereiro de 2026

Artigo aprovado em 04 de março de 2026

Artigo publicado em 06 de março de 2026

Cognitio Juris

Volume 16 – Número 59 – 2026

ISSN 2236-3009

Autor(es):

Francisco de Rangel Moreira^[1]

Resumo: O artigo se propõe a examinar o *hard case* em torno de dois aplicativos (apps) de celular – o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe” – implementados na região administrativa especial chinesa de Hong Kong, referentes ao combate à pandemia da Covid-19 e rodeados de algumas controvérsias quanto à discussão sobre a proteção de dados e de direitos

fundamentais dos usuários. Tudo isso sob uma perspectiva essencialmente jurídico-moral, com foco na temática da justiça. Para tanto, com o fim de proceder à investigação, são utilizadas duas vertentes jusfilosóficas, profundamente divergentes entre si, formuladas por autores norte-americanos de grande relevância para o exame dos apps: o Pós-Positivismo Interpretativista de Ronald Dworkin e o Pragmatismo Jurídico de Richard Posner, a seu tempo apresentadas e confrontadas entre si perante o caso concreto. Assim, do cruzamento dos marcos teóricos com os aplicativos, resultam quatro análises, a serem efetivadas na etapa final do artigo.

Palavras-chave: Teoria da Justiça e direitos fundamentais. Apps de celular durante a Covid-19. Hong Kong. Pós-Positivismo Interpretativista. Pragmatismo Jurídico.

Abstract: This article purports to analyze the hard case related to two mobile phone apps – the “StayHomeSafe” and the “LeaveHomeSafe” – implemented in the Chinese special administrative region of Hong Kong, in order to fight against coronavirus, which may be considered controversial concerning the issue of the users’ data protection and fundamental rights. This whole investigation is executed essentially under a moral and legal analysis, focused on the theme of justice. For this matter, two major legal philosophical approaches are used, highly divergent between them and conceived by American authors, both very suitable to the current work: the Interpretivist Post-Positivism of Ronald Dworkin and the Legal Pragmatism of Richard Posner, presented and confronted between them before the chosen case. Therefore, considering both apps and approaches, four analyses are executed in the final part of this article.

Keywords: Theory of justice and fundamental rights. Mobile phone apps during Covid-19. Hong Kong. Interpretivist Post-Positivism. Legal Pragmatism.

Sumário: 1. Introdução; 2. Notas Explanatórias Sobre os Aplicativos em Análise Para o Controle do Coronavírus; 2.1. Modo de Funcionamento, Aspectos Técnicos e Preocupações

Quanto à Disciplina da Proteção de Dados; 2.2. Controvérsias; 3. Os Marcos Teóricos Jusfilosóficos Adotados (Alguns Aspectos Fundamentais); 3.1. O Pós-Positivismo Interpretativista de Ronald Dworkin; 3.2. O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner; 3.3. A Relevância das Correntes Para o Caso; 4. Submetendo os Hard Cases às Tradições Hermenêuticas e Jusfilosóficas Propostas; 4.1. O Modelo Interpretativista Dworkiniano Sobre o Caso do App “Stayhomesafe”; 4.2. O Modelo Pragmatista Posneriano Sobre o Caso do App “Stayhomesafe”; 4.3. O Modelo Interpretativista Dworkiniano Sobre o Caso do App “Leavehomesafe”; 4.4. O Modelo Pragmatista Posneriano Sobre o Caso do App “Leavehomesafe”; Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo[2] tem como foco o campo da justiça, na medida em que consiste na reflexão em torno dos limites morais e jurídicos de aplicativos coletores de dados pessoais, epidemiológicos e de geolocalização da população de Hong Kong (o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe”), por meio, dentre outras, das tecnologias de *bluetooth* e *contact tracing* (devidamente explicadas em momento oportuno) para uso (supostamente exclusivo) nas políticas de combate à época da pandemia da Covid-19.

Há que se observar que diversos apps referentes à Covid-19 foram formulados e postos em uso naquele período em todo o mundo, sendo tendo sido eles muito distintos entre si e comumente menos invasivos em locais como Estados Unidos, Canadá ou na União Europeia, em razão das legislações de proteção de dados mais rígidas encontradas nesses territórios, a exemplo da Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (em vigor na Europa), e mais gravosos, dentre outros, em países do extremo oriente, como na Coreia do Sul, no Japão, em Singapura e na China. Nesse último local, por exemplo, a instalação desses apps pela população se tornou mandatória.[3]

Assim, uma série de variáveis deve ser analisada na compreensão do funcionamento de um

app dessa natureza, a fim de compreender quão sensíveis são os dados por eles coletados. Nesse sentido, alguns apps puderam simplesmente diagnosticar a doença nos usuários ou orientá-los preventiva ou curativamente quanto às medidas recomendáveis, por meio, por exemplo, da prática da telemedicina; outros monitoraram a quarentena da população em caráter geral ou específico; e outros ainda utilizaram tecnologias mais sofisticadas para o controle da pandemia (como o *contact tracing*) ou verificaram dados pessoais mais íntimos, como nome, idade, gênero, moradia, estado de saúde, índice de massa corpórea, presença de comorbidades.

Além disso, com acesso ao GPS, certos apps mais invasivos registraram a localização de momento e os locais previamente visitados por determinado indivíduo diagnosticado com a Covid-19 ou suspeito de ter contraído a doença, a fim de notificar as autoridades e demais usuários sobre eventuais desrespeitos à quarentena por parte dele.

Outra questão importante nesse tipo de análise é se o app incluía ou não a opção de desligamento do usuário, assim como a obrigatoriedade ou não de sua instalação e ativação, conforme referido acima.

Uma relevante preocupação dos usuários foi ainda a temporalidade dos dados coletados, isto é, por qual período seriam mantidos ou mesmo se seriam efetivamente descartados após a pandemia da Covid-19 ou guardados pelos governos ou institutos privados permanentemente.

Nesse sentido, os aplicativos em questão implementados em Hong Kong (o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe”) foram selecionados como modelos para esta investigação, dentre diversos outros possíveis, por algumas razões que restarão mais claras no capítulo primeiro, tais como a gravidade das restrições à liberdade das medidas propostas, o que torna a análise mais interessante do ponto de vista de um *hard case* (inclusive, por exemplo, a previsão de uso obrigatório do “StayHomeSafe” por um período de 14 dias após a chegada

do usuário de viagens ultramarinas), o que acaba sendo possível pela menor rigidez da legislação local (em relação às leis europeias de proteção de dados, por exemplo); mas também, por outro lado, a maior ocidentalização de Hong Kong em comparação a outras regiões chinesas e à maioria das nações orientais, por questões históricas evidentes, o que facilita a compreensão dos valores em jogo no caso em análise[4].

Dessa forma, deve-se salientar que Hong Kong é uma das duas Regiões Administrativas Especiais da China (ao lado de Macau), o que lhe confere uma considerável autonomia em relação ao restante do território chinês (ainda que tenha havido alguma tensão nesse sentido, isto é, entre os governos local e nacional), possuindo, inclusive, um chefe de governo executivo próprio.

Nesse contexto, tendo sido dominada pelo Reino Unido durante 156 anos (1841-1997), período no qual foi regida pela administração colonial britânica (o que foi reconhecido pela China em 1898, sendo o território por ela oficialmente entregue ao RU), Hong Kong pode ser atualmente considerada um ponto de fusão entre o oriente e o ocidente, portanto onde ambas as culturas se encontram.[5]

Naturalmente, pesquisas similares poderiam ser realizadas com dispositivos variados, não necessariamente com os apps de Hong Kong ora escolhidos, porém a sua adequação à proposta deste artigo foi decisiva.

Assim, o objetivo aqui buscado consiste justamente em uma reflexão jusfilosófica e hermenêutica sobre possíveis maneiras e perspectivas de abordar o caso. Nesse ponto, ademais, considerando o seu referido viés, o foco deverá incidir nas correntes jusfilosóficas selecionadas (adiante mencionadas), e não em minúcias legais ou normativas presentes em legislações eventualmente aplicáveis ao caso.

Dessa maneira, propõe-se a questão, sob esses pontos de vista, sobre a correção e justeza da permissão (parcial ou total) dos aplicativos (o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe”).

Quanto ao caráter de *hard case* da situação, observa-se, primeiramente, que se trata de um tema que alcançou, como se sabe, em razão da gravidade da pandemia – ainda mais entre 2020 e 2021, com o surgimento de mutações genéticas mais letais do vírus –, o mais alto grau de relevância e de interesse em todo o mundo.

Em segundo lugar, e mesmo como consequência do ponto anterior, tratou-se de um tema bastante sensível e polêmico, responsável por despertar acaloradas discussões, uma vez que afetou, direta e indiretamente, a vida, a saúde e o bem-estar geral.

Finalmente, tratou-se de questão que pôs em confronto valores indubitavelmente fundamentais, tais como, somente para citar alguns de cada lado: ‘confidencialidade’, ‘privacidade’, ‘anonimato’, ‘direito de ir e vir’ X ‘saúde pública’, ‘ordem pública’, ‘segurança e integridade da população’, além da maior eficácia e sucesso dos governos na tomada de medidas para o combate à pandemia (uma vez que, quanto mais invasivo determinado app, em termos de proteção de dados, mais valiosa, em via de regra, de um ponto de vista epidemiológico, seria a obtenção e divulgação desses dados, para o governo, para os cientistas, para os profissionais de saúde e para o restante da população de modo geral).

Quanto às correntes jusfilosóficas selecionadas para a reflexão e crítica do problema, duas delas se mostraram bastante pertinentes ao artigo (ambas oriundas da tradição jurídica norte-americana):

1. O pós-positivismo de Ronald Dworkin, em seu interpretativismo jurídico e sua visão do direito como integridade;
2. O Pragmatismo Jurídico, tal como desenvolvido por Richard Posner.

Assim, em seu devido tempo, será verificado o modo como elas poderão ser distintamente utilizadas para a análise do *hard case* em questão.

Nesse ponto, abrem-se breves parênteses para refletir sobre a indagação proposta pela

jusfilósofa portuguesa Maria Fernanda Palma, em seu artigo “Conflitos Covid-19 e espaço livre da Ética”, a respeito do espaço do Direito (possivelmente ameaçado) naquele momento de pandemia, no que toca à resolução de conflitos por meio de ideais de justiça.

A questão que coloco é saber se nesta situação de pandemia, em que a força motivadora e autovinculativa do Direito pode estar em causa, este deve ceder o seu espaço valorativo à Ética ou até mesmo a uma pura lógica de sobrevivência das sociedades, sem cumprir a sua missão de oferecer critérios de solução de conflitos através de ideais de justiça. Estaremos numa espécie de estado de necessidade existencial gigantesco e coletivo em que a voz do Direito deixa de ter cabimento?[6]

Nesse sentido, ao menos no presente artigo, não se abre mão de pensar o problema sob uma perspectiva jurídica (ou, mais precisamente, jusfilosófica), uma vez que se acredita que o Direito, movido pelo seu escopo de justiça, permanece sendo de suma importância para o tratamento da questão aqui considerada (bem como, de modo geral, para as questões que disseram respeito à pandemia do coronavírus).

Evidentemente, não se pode ignorar o fato de que qualquer recorte teórico envolve um aspecto discricionário. Desse modo, assim como na seleção dos apps, o fato de escolher duas linhas jusfilosóficas certamente interessantes para a análise do problema não significa que outras tantas correntes e tradições não pudessem ter sido satisfatoriamente utilizadas na presente pesquisa. Os motivos que levaram à sua seleção (e ao afastamento de outras possibilidades vislumbradas), contudo, serão devidamente explicados no capítulo próprio, voltado à apresentação dos referenciais teóricos.

Assim, parte-se de concepções jurídico-morais e hermenêuticas, da tradição norte-americana, bastante distintas entre si, porém ambas atuais, tendo seus autores (Ronald Dworkin e Richard Posner), inclusive, debatido intensamente entre si.

Desse modo, a primeira corrente aborda a teoria jusfilosófica de Ronald Dworkin, um dos

grandes expoentes do pós-positivismo jurídico e provavelmente o jurista norte-americano mais renomado da segunda metade do século XX. Sua obra, apesar de manter a importância das regras jurídicas (tal como os positivistas da tradição britânica de Herbert Hart), concede, por outro lado, principalmente nos *hard cases*, um lugar de destaque aos princípios jurídicos (que apresentariam uma lógica de funcionamento distinta da das regras), por meio dos quais haveria uma reaproximação entre o direito e a moral (razão que leva alguns acadêmicos até mesmo a enquadrá-lo como jusnaturalista).

A grande importância do tema da justiça na obra de Dworkin se mostra inegável, já que o Autor recorrentemente reflete sobre o papel da moral no Direito, construindo até mesmo toda uma estrutura principiológica em sua teoria, pela qual a moral poderia se infiltrar no campo jurídico.

Já a segunda corrente se origina de uma tradição pragmática, muito forte nos EUA, e diverge radicalmente da anterior, dando relativamente pouco valor aos cânones jurídicos, isto é, tanto às regras como aos princípios em si mesmos (por sua mera autoridade jurídica) – bem como a precedentes judiciais – e pregando um método decisório essencialmente consequencialista e antifundacionista, por meio do qual regras e princípios se assemelhariam a instrumentos nas mãos dos julgadores, podendo ser afastados caso se mostrem menos úteis à decisão do que eventuais alternativas extrajurídicas (oriundas, por exemplo, da psicologia, da economia ou de outras ciências).

Assim, resumidamente, pode-se dizer que o que importa, no fundo, para o pragmatismo posneriano é o balanço das possíveis consequências positivas e negativas das distintas possibilidades de decisão, a fim de identificar e optar pela mais eficiente entre elas.

Desse modo, ainda que se mostre de maneira menos clara do que em Dworkin, por exemplo, a temática da justiça também aflora em Posner, uma vez que vislumbrar as possíveis consequências das decisões e priorizar a sua eficiência (em detrimento da obediência

inafastável de regras e princípios jurídicos, direitos fundamentais, precedentes judiciais, ou valores morais absolutos e direitos naturais) já envolve, por certo, uma opção moral, que remonta, ainda que com distinções evidentes, ao utilitarismo inglês e a todo um ramo da filosofia moral extremamente influente no contexto anglo-americano.

Como se observa, existe uma variação quanto ao peso concedido ao elemento da eficiência jurídica nessas duas correntes jusfilosóficas, bem como da segurança jurídica, as quais, como já restou claro, implica uma opção moral e um posicionamento quanto ao entendimento da função e natureza da justiça.

Assim, a teoria de Dworkin, apesar de abrir (conforme comumente se compreende) uma margem interpretativa maior ao intérprete judicial, em comparação a algumas linhas neopositivistas, já que acrescenta a categoria normativa dos princípios, a qual se mostra bem mais abstrata, fluida, generalista e ponderável do que a das regras (embora, vale ressaltar, tenha o intuito de supostamente eliminar a discricionariedade apresentada por H. L. A. Hart nos casos difíceis, além de pregar o ‘ideal hercúleo de se alcançar a única resposta correta’); ainda assim apresenta, ao que parece, uma maior segurança jurídica – bem como uma menor eficiência jurídica – em comparação à corrente pragmática.

Por outro lado, o referido pragmatismo, aqui abordado por meio da teoria de Posner, relega regras e princípios jurídicos a um papel praticamente instrumental – reduzindo consideravelmente a segurança jurídica –, porém permite um vislumbre cuidadoso das possíveis consequências de uma decisão, maximizando assim a sua eficiência, por meio, até mesmo, de ferramentas da análise econômica do Direito e de outros campos do conhecimento, como a psicologia e as ciências sociais.

Quanto à organização do artigo, parte-se, em seu capítulo inicial, de uma apresentação dos apps implementados em Hong Kong no combate à pandemia (o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe”), os quais servirão de base ao *hard case* investigado, explicando-se assim

os seus modos de funcionamento, finalidades, tecnologias utilizadas e controvérsias envolvidas.

No capítulo seguinte, haverá a apresentação dos pensamentos adotados como recorte teórico do presente artigo, isto é, a introdução e explicação dos seus elementos fundamentais e relevantes à pesquisa desenvolvida: primeiramente, o pós-positivismo interpretativista (ou a teoria do direito como integridade) de Ronald Dworkin; em segundo lugar, o pragmatismo jurídico de Richard Posner.

Já no capítulo final haverá efetivamente a análise do referido *hard case* sob a perspectiva das duas linhas teóricas apresentadas no capítulo anterior, a fim de tecer possíveis observações, comentários e reflexões, bem como procurar chegar a uma conclusão, sob uma perspectiva jurídica e moral (jusfilosófica), sobre a justeza, necessidade e justificativa da adoção dos referidos apps (o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe”) no cenário de combate à Covid-19 em Hong Kong.

Assim, realizadas as devidas explicações preliminares, prossegue-se ao capítulo inicial, a respeito do *hard case* em torno dos mencionados apps selecionados para a pesquisa.

2. NOTAS EXPLANATÓRIAS SOBRE OS APLICATIVOS EM ANÁLISE PARA O CONTROLE DO CORONAVÍRUS

2.1. MODO DE FUNCIONAMENTO, ASPECTOS TÉCNICOS E PREOCUPAÇÕES QUANTO À DISCIPLINA DA PROTEÇÃO DE DADOS

O app “StayHomeSafe” entrou em vigor em março de 2020 e teve como finalidade coagir os indivíduos recém-chegados de viagens ultramarinas ao território de Hong Kong ao cumprimento de quarentena compulsória.

O seu funcionamento consistiu no uso obrigatório de uma “pulseira” (*wristband*) por parte do recém-chegado (a qual deveria permanecer continuamente no pulso durante um período de

14 dias), já recebida dos funcionários locais na chegada a Hong Kong e por eles colocada (seja no porto ou aeroporto), bem como na instalação mandatória do referido app no aparelho celular, seguindo as instruções enviadas por mensagem SMS pelas autoridades governamentais. Os funcionários já costumavam auxiliar o usuário também no procedimento de instalação e ativação do app.

Em sequência o indivíduo deveria escanear no app o *QR Code* da sua pulseira (assim como de eventuais familiares que morassem com ele, os quais deveriam ser igualmente submetidos à quarentena compulsória e ao uso da pulseira), registrar o número telefônico previamente fornecido às autoridades, confirmar que se encontrava em sua residência e caminhar durante um minuto por todos os seus cômodos, a fim de completar a ativação e fornecer ao app as dimensões aproximadas da moradia, permitindo assim o uso da tecnologia *geo-fencing*, que serviu ao controle das autoridades.

Ao longo da quarentena o app pôde detectar também a intensidade de diversos sinais no entorno da residência (tais como bluetooth, wifi e gps), com o intuito de reconhecer se o usuário se encontrava em casa e se estava efetivamente a cumprir a quarentena. Qualquer alteração nessa faixa padrão de sinais do ambiente da residência, sem permissão prévia do governo, seria registrada e interpretada como desobediência da quarentena e levaria as autoridades à tomada das medidas previstas, como visita à residência do usuário, abertura de processo e mesmo emissão de mandado de prisão contra ele.

Alguns cuidados adicionais envolveram a não exposição da pulseira à água durante prolongado período (banhos longos de banheira, por exemplo) – além de outras medidas para sua conservação –, bem como a manutenção do app ativado e em funcionamento durante os 14 dias de quarentena, somada à permanência do bluetooth, wifi e gps do celular do usuário constantemente ligados.

Ao longo da quarentena, o usuário poderia ser a qualquer momento solicitado a confirmar a

presença em sua residência, devendo, para tanto, escanear prontamente o *QR Code* de sua pulseira.

Após os 14 dias da quarentena compulsória, o app poderia enfim ser deletado e a pulseira removida e descartada.[\[7\]](#)

Adicionalmente, o “StayHomeSafe” passou a contar com uma *hotline* a partir de fevereiro de 2022, para prover assistência e aconselhamento a indivíduos infectados em isolamento ou sob risco de infecção em quarentena. Já em março de 2022 surgiu o serviço de entrega denominado “Home Support Supplies Delivery Service” (HSSDS), para providenciar comida e bens diários essenciais àqueles em isolamento ou quarentena, sem condições de obtê-los de outra maneira. Segundo o governo de Hong Kong, quando do anúncio da interrupção desses serviços (e do próprio app) pelo Home Affairs Department (HAD), em 27 de janeiro de 2023, a *hotline* havia, ao todo, recebido aproximadamente 1.160.000 ligações, enquanto o HSSDS havia fornecido quase 590.000 pacotes de suprimento a cerca de 210.000 casas.[\[8\]](#)

A firma de advocacia multinacional, originalmente fundada em Londres, “Norton Rose Fulbright”, elaborou relatórios sobre diversos apps da Covid-19 (dentre eles aqueles ora analisados, em relatório datado de 26.02.2021), sob a perspectiva do direito à proteção de dados.

Dentre as preocupações encontradas em relação ao “StayHomeSafe”, mereceram destaque a excessiva quantidade de dados coletados e o seu possível uso desvirtuado para outros fins além do simples rastreamento da localização do usuário (a fim de impor-lhe o cumprimento da quarentena compulsória). Ademais, ainda segundo o relatório, o termo de privacidade do app não continha informações suficientemente claras a respeito dos limites em relação ao acesso e armazenamento desses dados obtidos.[\[9\]](#)

Outras características relevantes do app (positivas ou negativas), destacadas pelo referido relatório – quanto ao aspecto técnico e sob a perspectiva da disciplina de proteção de dados

-, envolveram:

1. O armazenamento não centralizado dos dados, o que teria dificultado um possível vazamento[10];
2. A alegação do governo de Hong Kong de que o app incorporara a noção de “*privacy by design*”[11], isto é, uma série de princípios internacionalmente reconhecidos e respeitados de proteção e segurança da privacidade dos indivíduos (propostos por Ann Cavoukian, ex-Comissária de Informações e Privacidade de Ontário, Canadá[12]);
3. A declaração do governo de Hong Kong de que o app fora submetido a rigorosa avaliação e auditoria quanto à sua segurança e proteção de privacidade antes do seu lançamento, além de ter seus dados armazenados em uma “nuvem” privada do governo, protegida por múltiplas camadas de defesa contra *hackers*[13];
4. A ausência de limitação precisa quanto a quem poderia acessar e utilizar os dados dos usuários, já que os termos do app afirmavam que esses dados seriam utilizados pelo Departamento de Saúde de Hong Kong e poderiam ser compartilhados com outros departamentos governamentais ou outras “partes relevantes não especificadas” (*unspecified “relevant parties”*), o que gerou preocupação quanto à possibilidade de compartilhamento excessivo, ante a vagueza da expressão[14];
5. Uma ausência de limites claros também, segundo o mesmo relatório, quanto aos propósitos do app, que, de acordo com os termos, servira à finalidade de prevenir a ocorrência ou propagação de doença infecciosa, em conformidade com legislação local (“*Prevention and Control of Disease Ordinance, cap. 599*”)[15];
6. A disponibilização de guia bastante didático sobre o modo de uso do app[16];
7. E a ausência da iniciativa privada no uso e compartilhamento dos dados (para, por exemplo, pesquisa, análise de mercado, controle de funcionários ou funções semelhantes),

restringindo, ao menos, o seu acesso a órgãos públicos[17].

Já o app “LeaveHomeSafe” foi lançado pelo governo de Hong Kong no dia 16.11.2020, valendo-se do auxílio da tecnologia *contact tracing*, com o intuito de reduzir os riscos de contaminação fora de casa (por exemplo, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos comerciais) e notificar os usuários “saudáveis” que eventualmente tiveram contato com usuários contaminados, informando e recomendando àqueles, por conseguinte, as medidas adequadas a serem tomadas.

Nesse ponto, deve-se explicar que o *contact tracing* consiste em uma tecnologia que identifica, por meio de seus celulares, quando dois usuários se aproximam um do outro, sendo necessário, pois, que eles se encontrem no mesmo local e horário. No caso de uma pandemia, como foi a do coronavírus, a distinção entre indivíduos contaminados e saudáveis tornou-se o ponto de partida para, por meio do *contact tracing*, notificar esses sujeitos quando da proximidade daqueles. Para um uso eficiente, todavia, fez-se necessária a utilização de apps baseados nessa tecnologia por uma parte razoável da população.

Nesse sentido, de acordo com um guia emitido pela “Organização Mundial de Saúde” (OMS), no dia 01 de fevereiro de 2021, sobre a relevância do uso de *contact tracing* no combate à pandemia da Covid-19, verificou-se o seguinte sobre a tecnologia:

- O *contact tracing* – juntamente com testes robustos, isolamento e tratamento de casos – seria uma estratégia essencial para interromper as cadeias de transmissão do SARS-CoV-2 e reduzir a mortalidade associada à COVID-19. O gatilho para iniciar o *contact tracing* seria a detecção de um caso confirmado ou provável;
- Indivíduos que estiveram em contato com este primeiro caso seriam, assim, identificados e instruídos ao cumprimento de quarentena, para evitar a transmissão posterior do vírus;
- Dado o potencial transmissivo da SARS-CoV-2 por indivíduos pré-sintomáticos ou

assintomáticos, a quarentena deveria ser implementada imediatamente após a exposição;

- Devido à estimativa de que a maioria das infecções por SARS-CoV-2 seriam oriundas, em um momento inicial, de relativamente poucos indivíduos em eventos ou cenários de alta transmissão, a identificação dessas primeiras fontes de infecção, por meio da investigação de casos (também conhecida como “rastreamento reverso”) seria essencial para detectar cadeias de transmissão não reconhecidas e pontos comuns de exposição;
- Essa investigação de casos poderia ser uma maneira eficiente de identificar contatos adicionais com risco particularmente alto de adoecimento pela COVID-19;
- A nível populacional, a investigação de fontes ajudaria a identificar fatores de risco, de modo a permitir o desenvolvimento de medidas sociais e de saúde pública (*public health and social measures* – PHSM) direcionadas;
- À medida que as vacinas contra a COVID-19 começaram a ser distribuídas, em muitos países, em 2021, a melhoria e manutenção das estratégias de saúde pública existentes continuaram a ser importantes ao longo desse ano e do seguinte, como o *contact tracing* e a quarentena, para restringir a propagação do vírus.^[18]

Quanto ao modo de funcionamento do aplicativo “LeaveHomeSafe”, após a instalação, a sua utilização consistia no escaneamento, através do celular do usuário, do *QR Code* do local frequentado no horário de chegada. Vale salientar que placas com esses códigos já haviam sido dispostas na entrada de boa parte dos estabelecimentos de Hong Kong. Ao deixar o local, o usuário deveria igualmente registrar no app o horário de saída.

Nos táxis da cidade, o procedimento também esteve disponível, por meio do escaneamento do registro do carro no início da viagem (ou escrita no app), o qual foi disposto em lugar de fácil visualização ao usuário. Ao encerrar a viagem, o usuário deveria igualmente registrar o horário.

Ao se encontrar em um mesmo estabelecimento ou táxi, aproximadamente no mesmo horário, de um paciente de Covid-19, o app teria a função de notificar o usuário até então “saudável” (justamente por meio do *contact tracing*) e indicar as medidas de saúde a serem tomadas (como o agendamento de um teste de Covid-19 e onde realizá-lo, as recomendações e cuidados médicos cabíveis, os possíveis sintomas e as circunstâncias nas quais um médico deveria ser procurado).[19]

Em 8 de janeiro de 2023, o governo de Hong Kong anunciou o encerramento do “LeaveHomeSafe”, bem como de sua *hotline* (à semelhança do que ocorreu com o “StayHomeSafe”), estabelecida desde 22 de maio de 2022, e das 25 estações de apoio móvel para apoiar a medida de vacinação local (*Vaccine Pass*).[20]

As preocupações encontradas em relação ao “LeaveHomeSafe”, pelo relatório da “Norton Rose Fulbright”, foram semelhantes às do “StayHomeSafe”, embora, de acordo com o governo de Hong Kong, os dados dos usuários seriam criptografados e mantidos apenas em seus próprios celulares (dos respectivos usuários), a não ser que eles desejassem compartilhá-los com as autoridades públicas de saúde.[21]

Outras características relevantes do app (positivas ou negativas), destacadas pelo referido relatório – quanto ao aspecto técnico e sob a perspectiva da disciplina de proteção de dados –, envolveram:

1. A voluntariedade da instalação e utilização do aplicativo por parte do usuário[22];
2. O fato de que, apesar de voluntário, muitos estabelecimentos, públicos e privados (tais como restaurantes, locais esportivos, museus e bibliotecas e mercados públicos), teriam exigido o escaneamento do *QR Code* na chegada ao local e o registro do horário de saída (ou eventualmente registro do nome e número telefônico, data e horário da visita), com os dados a serem mantidos por 31 dias e com o uso de tecnologia de *contact tracing*, no caso da frequência ter ocorrido aproximadamente no mesmo horário de um indivíduo contaminado

por Covid-19[23];

3. A ausência de uso das tecnologias de bluetooth e geolocalização, utilizando-se, porém, o *contact tracing* e o *QR Code*[24];

4. O armazenamento não centralizado dos dados, o que teria dificultado um possível vazamento[25];

5. O compartilhamento (ainda que voluntário, mas com caráter obrigatório para a entrada em vários estabelecimentos, conforme mencionado previamente) do registro da visita e possível contaminação a si mesmo ou a outros usuários, bem como às autoridades públicas de saúde (*Centre for Health Protection - CHP*), se o usuário assim o desejasse, para fins, nesse caso, apenas de investigação epidemiológica - o que poderia eventualmente gerar algum risco ao usuário, caso, em um estabelecimento pouco frequentado, outro indivíduo recebesse a notificação de usuário suspeito de Covid-19 no mesmo local que ele, podendo assim (não obstante o anonimato inicial) revelar-lhe a identidade em razão das circunstâncias do lugar, colocando-o sob ameaça de constrangimento e mesmo agressão física[26];

6. A alegação do governo de Hong Kong de que o app incorporaria a noção de “*privacy by design*”[27];

7. A falta de informação quanto à duração do registro, por parte do *CHP*, dos dados com ele eventualmente compartilhados por um usuário infectado[28] [29];

8. A disponibilização de guia bastante didático sobre o modo de uso do app[30];

9. A ausência da iniciativa privada no uso e compartilhamento dos dados (para, por exemplo, pesquisa, análise de mercado, controle de funcionários ou funções semelhantes), restringindo, ao menos, o seu acesso ao próprio usuário (em seu celular) e ao *CHP*, caso haja com esse último o seu compartilhamento voluntário. Nesse sentido, os estabelecimentos apenas teriam sido responsáveis por disponibilizar as placas com o *QR Code* e,

eventualmente, por obrigar os frequentadores a escaneá-lo, quando da entrada no local, porém sem a manutenção do registro desses mesmos dados[31].

2.2. CONTROVÉRSIAS

Quanto às controvérsias envolvendo os apps, algumas já foram esboçadas, tais como (particularmente no caso do “StayHomeSafe”) a quantidade demasiada de dados coletados e a ausência de limites claros quanto aos seus propósitos e quanto a quem poderia acessá-los. Assim, restava presente o risco de vazamento de dados e de desvirtuação do seu uso.

Ademais, como destaca o artigo da empresa brasileira de tecnologia “Incognia” (antiga “In Loco”) – com ênfase em privacidade e proteção de dados (a respeito dos problemas de privacidade em tempos de Covid-19) –, a anonimização absoluta desse tipo de dado é quase impossível, mesmo com o uso de tecnologias seguras e avançadas de proteção de dados, de tal modo que o risco de vazamento, em maior ou menor grau, está sempre presente, particularmente se houver o interesse de um *hacker* experiente em seu acesso.[32]

Nesse contexto, como destaca o conhecido autor, historiador e filósofo israelense Yuval Noah Harari, em obra própria destinada ao tema da Covid-19 (“Notas sobre a Pandemia”, 2020), deve-se sempre manter ressalvas quanto ao uso de dados epidemiológicos por parte dos governos, ante uma possível apropriação e desvirtuação autoritária daqueles, com fins de controle populacional pós-pandemia.

Assim, o elemento da temporariedade (isto é, a certificação do seu descarte dentro de determinado prazo ou após cumprida a sua finalidade, de modo claro e transparente) se mostra fundamental nesta questão.[33]

Em outra passagem da mesma obra, de modo semelhante, o autor israelense afirma que:

Um dos perigos na atual epidemia é que ela justifique medidas extremas de monitoramento, especialmente monitoramento biométrico, que serão apresentadas como meio de combater

esta emergência, mas que permanecerão mesmo depois que ela for vencida. Estamos falando de um sistema que monitore a população inteira o tempo todo por meio de sinais biométricos, supostamente para proteger as pessoas de epidemias futuras, mas que também pode formar a base de um regime totalitário extremo. Estamos enfrentando um grande problema relacionado à privacidade e ao monitoramento em nossa época, e acho que veremos uma grande batalha entre privacidade e saúde – e é provável que a balança pese para o lado da saúde. As pessoas perderão toda privacidade para que o governo as proteja da propagação de possíveis epidemias. O fato é que a tecnologia pode ser muito efetiva. Agora temos tecnologia para monitorar populações inteiras e detectar, por exemplo, a deflagração de uma nova doença quando está apenas começando e é mais fácil contê-la, seguindo todas as pessoas infectadas e sabendo exatamente quem são e o que fazem. Mas esse tipo de sistema de monitoramento mais tarde pode ser usado para monitorar muitas outras coisas – o que as pessoas pensam, o que sentem – e, se não tomarmos cuidado, essa epidemia pode fornecer justificativas para o desenvolvimento acelerado de um regime totalitário.[\[34\]](#)

Harari alerta ainda para o fato de que a pandemia pode ter colaborado para uma “transição drástica de um monitoramento ‘sobre a pele’ para um monitoramento ‘sob a pele’”, uma vez que, até pouco tempo, nas palavras do autor, “quando seu dedo tocava a tela de seu smartphone e acessava um link, o governo queria saber em que exatamente você clicou. Com o coronavírus, o foco de interesse mudou. Agora o governo quer saber a temperatura do seu dedo e a pressão sanguínea sob a sua pele.”[\[35\]](#)

Outros aspectos controversos envolveram, por exemplo, no caso do “StayHomeSafe”, o caráter mandatório do app, ao longo dos 14 dias de quarentena, quanto à sua instalação, uso e ativação constante, além da necessidade de manutenção permanente do wifi, gps e bluetooth do celular.

Ademais, ainda mais gravosa talvez tenha sido a sua determinação de uso ininterrupto de

uma pulseira, por parte do usuário, durante o período integral de quarentena, de modo semelhante (não seria exagero dizer) às tornozeleiras eletrônicas utilizadas por condenados criminais em prisão domiciliar.

Já em relação ao “LeaveHomeSafe”, apesar de seu caráter facultativo, acabou gerando, como já referido, uma considerável constrição na população quanto ao seu uso, na medida em que acabou sendo exigido em diversos estabelecimentos, inclusive públicos, bem como nos táxis. Também foi questionado se todas as permissões solicitadas para seu uso seriam mesmo imprescindíveis – já que (apesar de não contar com GPS) incluíam, inicialmente, o uso de câmera (para fotos e vídeos), acesso a registros de dispositivos e aplicativos de software, captura de apps de software em execução, recebimento de dados da Internet, controle da vibração do dispositivo, execução na inicialização do celular, bloqueio do seu modo *sleep* e acesso completo à rede. Em atualização posterior, o governo reconheceu as críticas e reduziu o número de permissões pedidas pelo app de 15 para 7.

O fato de se valer da tecnologia de *contact tracing*, apesar de sua inegável utilidade no combate à pandemia, pode ter gerado ainda situações de constrangimento e risco à integridade moral e física do usuário contaminado, quando da notificação da sua presença a outros usuários (supostamente) saudáveis, em local e horário de baixa frequência.

Por fim, houve polêmica por conta do surgimento de aplicativos *fake*, sem procedência governamental, o que resultou na prisão de alguns dos envolvidos, e, ainda, principalmente, o fato de uma agência de notícias de Hong Kong – a “FactWire” – ter descoberto um recurso de detecção facial no código-fonte do “LeaveHomeSafe”, o que poderia indicar uma utilização indevida e não anunciada por parte do governo (notícia publicada no dia 03 de maio de 2022). Esse último, por sua vez, reconheceu a existência do recurso, porém alegou jamais o ter utilizado ou ativado. Seria, pois, uma espécie de garantia prévia equipar o app com um recurso que poderia vir a ter alguma utilidade futura, a ser, supostamente, comunicada de forma transparente aos usuários quando (ou se) chegasse a ocasião. Em

última instância, como os técnicos da agência de notícias não tiveram meios de confirmar se o recurso havia sido efetivamente ativado ou se estaria em uso à época, não foi possível desmentir a declaração do governo, restando-lhe a presunção de inocência. O fato adicional de o recurso ter sido configurado (se ativado) apenas para a câmera traseira do dispositivo (e não a frontal, de *selfie*) também reduz muito a probabilidade de uso para captura do rosto do usuário – o que, naturalmente, faria bem mais sentido através da câmera frontal.[\[36\]](#)

A seguir, a apresentação de alguns elementos fundamentais dos dois marcos teóricos escolhidos, dando-se início com o Pós-Positivismo Interpretativista de Ronald Dworkin.

3. OS MARCOS TEÓRICOS JUSFILOSÓFICOS ADOTADOS (ALGUNS ASPECTOS FUNDAMENTAIS)

3.1. O PÓS-POSITIVISMO INTERPRETATIVISTA DE RONALD DWORKIN

A primeira corrente teórica a ser apresentada é o pós-positivismo de Ronald Dworkin, um dos mais destacados jusfilósofos norte-americanos do último século, falecido em 2013. Dworkin desenvolveu em sua obra uma reação ao influente pensamento juspositivista de sua época, particularmente nos moldes do jusfilósofo britânico H. L. A. Hart, sem regressar, contudo, ao jusnaturalismo clássico.

Para Hart, haveria situações – que ficaram conhecidas como *hard cases*, por se encontrarem em uma zona de penumbra interpretativa – em que os magistrados não poderiam aplicar as regras aos seu dispor (e assim decidir os casos) de maneira estritamente jurídica, valendo-se, em contrapartida, de juízos, até certo ponto, discricionários, em que o fator político inevitavelmente se infiltraria através de suas opiniões e visões de mundo.[\[37\]](#)

Em contrapartida, o autor norte-americano defende a plena possibilidade de uma decisão jurídica, mesmo nos *hard cases*, com a utilização de um segundo padrão jurídico além das regras vislumbradas por Hart, qual seja, o “princípio jurídico”, definido por ele como sendo

“uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Dworkin aponta ainda o padrão da “política”, a qual estabelece “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Esse outro padrão, porém, não merece maior destaque no presente artigo.[\[38\]](#)

Como se pode verificar, o pós-positivismo dworkiniano promove também uma reaproximação entre o direito e a moral (geralmente inadmissível dentre os positivistas), por meio, sobretudo, desses princípios jurídicos.[\[39\]](#)

No que concerne às divergências específicas de natureza entre regras e princípios jurídicos, Dworkin destaca os seus distintos modos de aplicação. No caso das regras, vale a lógica do tudo-ou-nada, conforme sua passagem abaixo:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.[\[40\]](#)

Já os princípios jurídicos possuem uma dimensão de peso, desconhecida das regras, de modo que as possíveis consequências de sua aplicação podem ser mais ou menos verificadas, sem que sua validade seja posta em dúvida em razão disso, a depender do contexto fático e, sobretudo, normativo em que se encontram – no último caso, a sua força relativa em relação a outros princípios, na hipótese de conflito entre eles. É o que observa o autor abaixo:

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. [...] Não trataremos esses contraexemplos – e inumeráveis outros que podem ser facilmente concebidos – como uma indicação de que o princípio acerca da obtenção de vantagens a partir dos próprios atos ilícitos não é um princípio de nosso sistema jurídico ou que ele é incompleto e requer exceções que o limitem. [...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.^[41]

Com o intuito de explicar como a aplicação do direito seria realizada nas condições por ele defendidas, Dworkin propõe a ficção de um juiz ideal, a quem chama de Hércules. Tal personagem seria incansável, absolutamente capaz e conhecedor das normas jurídicas em vigor em sua jurisdição, bem como de todo o histórico jurisprudencial de seu tribunal e das cortes a ele superiores.

Nesse sentido, Hércules teria a capacidade de sempre encontrar a melhor decisão possível para determinado caso, com base nas regras e princípios jurídicos aplicáveis, bem como no respeito à jurisprudência prévia, que constitui o que ele chama de uma “força gravitacional do precedente”.

Tal cenário serve à formulação de uma “tese da única resposta correta”. Na realidade, contudo, isso não passa de um desdobramento da mesma ficção, já que tal juiz onipotente inexistente e seria impensável acreditar que, em meio a tantas variáveis e fatores de incerteza, cada caso judicial só poderia necessariamente comportar uma única decisão correta. Desse modo, cabe ao magistrado real, de carne e osso, decidir do melhor modo cabível, dentro de suas limitações naturais.[\[42\]](#)

Essa “vinculatividade” às decisões anteriores, presente no contexto jurídico norte-americano de Dworkin e expressa na referida ideia de “força gravitacional do precedente”, acaba por levar o jurista à elaboração de outro conceito-chave: o “romance em cadeia”. Para ele, em analogia ao mundo literário, os magistrados seriam simultaneamente espécies de críticos e autores da sua jurisprudência. Críticos, porque deveriam conhecer e estudar os “capítulos” já escritos; autores, pois teriam a obrigação de escrever a “página” seguinte, dando um caráter de continuidade, mas também de permanente desenvolvimento de uma “obra” sempre em construção, de modo que o “romance” pareceria ter sido elaborado por apenas um autor, quando o foi, na verdade, por vários.[\[43\]](#)

Dessa maneira, pode-se afirmar que “o projeto de Dworkin para o direito é, portanto, uma teoria jurídica interpretativa. O direito, para Dworkin, é interpretativo, de modo que os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que ele é (...)”.[\[44\]](#)

Ademais, essa busca por constante desenvolvimento e continuidade no processo interpretativo dos juízes – sempre a manter a coerência jurisprudencial com as decisões pretéritas e uma abertura a transformações futuras –, além da observância aos princípios e regras jurídicos, conduz o jurista norte-americano ainda à formulação do conceito de “direito como integridade”, também bastante relevante em sua obra, em clara oposição ao modelo pragmático de autores como Richard Posner.[\[45\]](#)

Uma das várias críticas feitas por Dworkin a Posner se encontra em um dos seus últimos livros, “A Justiça de Toga”, no qual rejeita fortemente o utilitarismo pragmático como guia necessário para a decisão judicial (embora ele possa ser verificado ocasionalmente), devendo valer-se, ao contrário, de princípios de igualdade e justiça essencialmente não utilitaristas.[46]

A seguir, alguns comentários sobre o outro lado da discussão, a corrente jurídico-pragmática do professor norte-americano Richard Posner.

3.2. O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

A segunda corrente jusfilosófica norte-americana a ser trabalhada é o pragmatismo jurídico, que ganhou maior repercussão na obra do jurista e economista Richard Posner, o qual também foi juiz do tribunal de apelação em Chicago (*US Court of Appeals for the Seventh Circuit*).

Posner desenvolveu uma teoria estreitamente ligada a conceitos econômicos e mesmo ao utilitarismo filosófico, uma vez que propôs, em certo grau, um desapego aos cânones jurídicos (classicamente aplicados à maneira silogística) – tais como as regras e os princípios (inclusive de estatura constitucional), além dos precedentes judiciais –, bem como uma maior atenção aos possíveis efeitos da decisão judicial em concreto, com o intuito de sugerir que, ao colocar as opções “na balança”, o juiz deveria buscar o caminho que acarretasse as melhores consequências práticas, isto é, a melhor relação de custo e benefício (nesse sentido, aproximando-se de conceitos econômicos de eficiência).

O pragmatismo possui ainda certa afinidade com o realismo jurídico, também bastante tradicional no direito norte-americano, na medida em que esboça ceticismo pelas decisões judiciais pautadas nos referidos cânones. Diferentemente da escola realista, contudo, o pragmatismo jurídico se volta muito mais à criação de um método decisório para o magistrado, possuindo, pois, um viés prescritivo mais evidente, em vez de apenas limitar-se

a descrever a realidade dos tribunais.

Em suas palavras, afirma Posner que o pragmatismo jurídico:

(...) se refiere a que el fundamento de los juicios (sean jurídicos o de otro tipo) ha de encontrarse en sus consecuencias y no en la deducción a partir de premisas al modo de un silogismo. El pragmatismo tiene un aire de familia con el utilitarismo y, em una sociedad de mercado como la nuestra, también con la economía del bienestar, aunque sin llegar a comprometerse con la manera específica en que estas posiciones filosóficas evalúan las consecuencias. En el campo del derecho, el pragmatismo se refiere a que la decisión judicial ha de estar fundamentada en los efectos que la decisión probablemente tendrá, y no en la dicción textual de una ley o de un precedente o, por decirlo de forma más general, de una regla preexistente.[\[47\]](#)

Nesse sentido, algumas das características mais comumente associadas ao pragmatismo jurídico são: 1) o consequencialismo (relacionado ao instrumentalismo); 2) o contextualismo. 3) o antifundacionismo. De modo sucinto, o consequencialismo, conforme já referido, diz respeito à busca pelas melhores consequências em determinada decisão judicial, dentre as diversas possibilidades vislumbradas.

O contextualismo, por sua vez, leva em consideração a importância de examinar toda o cenário em torno do caso sob análise – por exemplo, o seu contexto social, cultural, econômico, histórico e geográfico –, de forma a ultrapassar aqueles cânones jurídicos e procurar solucionar as próprias necessidades humanas identificadas.

Por fim, o antifundacionismo intenta repelir conceitos morais abstratos, metafísicos – tais como os inúmeros ideais jusnaturalistas defendidos pelas muitas correntes teóricas, geralmente incompatíveis entre eles, e que acabam por representar, dentre os seus adeptos, pontos de partida incontestáveis (também, mais uma vez, esse atributo pragmatista implica uma desconsideração do teor inafastável dos cânones jurídicos). Inversamente, o

antifundacionismo se volta ao mundo prático, ou seja, às demandas concretas das partes litigantes, sem descuidar, todavia, dos efeitos potenciais para toda a coletividade.[48]

Já em sua obra “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Posner salienta alguns princípios da adjudicação pragmática, por exemplo: “a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso”; “a racionalidade”; a crença de “que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal do outro raciocínio prático”; a hostilidade “à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial”; a utilização do empirismo; a priorização de “bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal”; e a abertura “à concepção sofista e aristotélica da retórica como modo de raciocínio”. [49]

Com o objetivo de buscar as melhores consequências, levando-se em conta o contexto geral em que se encontra, o jurista pragmático deve ainda ser profundamente aberto à interdisciplinaridade, já que outras áreas do conhecimento, a exemplo da economia e psicologia, podem auxiliá-lo nessa tarefa.[50]

Deve-se ressaltar que, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, o pragmatismo jurídico não repele por completo os cânones jurídicos, uma vez que eles são fontes de conhecimento geralmente valiosas e que a total ruptura com eles levaria a uma imensa insegurança jurídica, colocando a própria credibilidade do sistema jurídico em xeque, o que naturalmente também é levado em conta e recebe um peso razoável na análise consequencialista dos pragmáticos, sobretudo nos casos simples e cotidianos, que não exigem raciocínios mais sofisticados para sua resolução e que já possuem modelos jurisprudenciais de decisão consolidados.

Em vez disso, o que Posner repudia, na realidade, é a necessária aplicação dos cânones jurídicos (sobretudo nos *hard cases*, como aqueles dos apps ora investigados), obedecidos por sua simples autoridade, e não por efetivamente fazerem sentido ou gerarem efeitos

futuros positivos no caso concreto.

Nesse sentido, em resposta à colocação do próprio Ronald Dworkin – que afirmara “buscar o juiz pragmático sempre o melhor para o futuro, sem qualquer necessidade de respeito ou garantia de consistência perante a jurisprudência consolidada” –, Posner tachou-a de distorcida e polêmica, o que o levou a propor uma definição, na sua visão, mais razoável e funcional do conceito de adjudicação pragmática: “um juiz pragmático sempre tenta fazer o melhor que pode para o presente e o futuro, sem qualquer obrigação de garantir a consistência (como princípio) com o que outros operadores do direito fizeram no passado.”[\[51\]](#)

Dessa maneira, Posner se afasta tanto do pós-positivismo dworkiniano (como resta claro), como de um juspositivismo “em sentido forte” (de acordo com sua denominação), uma vez que essa última linha, em sua visão, defenderia uma mera aplicação mecânica e acrítica da lei, ao passo que o pragmatismo, diferentemente, preocupa-se com a observância dos cânones jurídicos e precedentes judiciais apenas na medida em que tal consistência com o passado possa conduzir à produção de melhores resultados para o futuro.[\[52\]](#)

Um pouco adiante no mesmo texto, Posner reforça a sua perspectiva, de modo bastante didático, de que o juiz pragmático deve levar em conta as necessidades presentes e futuras, não possuindo, pois, dever de consistência com as decisões passadas e regras jurídicas por sua simples autoridade, mas apenas na medida em que a sua observância, como fonte de conhecimento, propiciar os melhores resultados para o caso a ser julgado e que o seu afastamento causar insegurança jurídica.[\[53\]](#)

Em sequência, algumas considerações sobre a relevância das correntes jusfilosóficas selecionadas (e as razões de sua escolha) para o caso dos apps sob análise.

3.3. A RELEVÂNCIA DAS CORRENTES PARA O CASO

Após a seleção dos aplicativos (“StayHomeSafe” e “LeaveHomeSafe”) a serem trabalhados nesta investigação, restou saber quais referenciais teóricos poderiam fornecer uma boa análise dos seus aspectos jurídico-morais, a fim de compreender se a sua utilização na região administrativa de Hong Kong satisfaz um critério de justiça.

Naturalmente, tudo depende desta opção, pois os apps poderiam ser desejáveis por determinada vertente jusfilosófica e abomináveis por outra. Justamente por isso afigurou-se pertinente trabalhar não com um único marco teórico, mas com dois, de modo que eles pudessem ser confrontados.

Reconhece-se, como já antecipado na introdução, que qualquer escolha neste sentido envolve um fator contingente, de modo que a seleção aqui realizada poderia ter sido diferente, sem necessariamente comprometer a qualidade do artigo.

No entanto, entende-se que a opção pelas correntes jusfilosóficas ora abordadas (o “Pós-Positivismo Interpretativista”, de Ronald Dworkin, e o “Pragmatismo Jurídico”, de Richard Posner) se mostrou adequada por várias razões.

Primeiramente, são vertentes contemporâneas, bastante visadas no atual cenário acadêmico e jurisprudencial – inicialmente, dos regimes da *common law*, porém, em um mundo altamente globalizado, cada vez mais estudadas e utilizadas em outros sistemas jurídicos, inclusive (mas não somente) nos europeus continentais.

Em segundo lugar, são linhas teóricas que fornecem perspectivas bastante distintas, mesmo antagônicas em alguns aspectos, tendo-se tornado, inclusive, duas das maiores escolas jusfilosóficas nos Estados Unidos, o que propicia fervorosos debates entre seus seguidores, assim como entre os próprios autores, já que foram contemporâneos e puderam discutir inúmeras vezes entre si. Desse modo, fornecem excelente material para um artigo que procura realizar um cotejo acadêmico.

Em terceiro lugar, são marcos que permitem mais facilmente uma abordagem estritamente jusfilosófica, sem uma análise mais detida da legislação e jurisprudência locais, isto é, em vigor na região de Hong Kong, o que é um dos objetivos do presente artigo, já que possui ambição propedêutica (e não dogmática). Nesse sentido, outras correntes consideradas não apresentaram a mesma facilidade, razão pela qual foram descartadas.

Por fim, conforme já explicado na introdução, em razão do longo domínio britânico, Hong Kong apresenta uma fusão cultural entre ocidente e oriente, motivo pelo qual se mostra mais próximo, em termos de compreensão, do ponto de vista deste artigo. Dessa maneira, o modelo jurídico lá encontrado mantém a tradição da *common law*, na qual Dworkin e Posner, como estadunidenses, desenvolveram suas teorias jusfilosóficas (e na qual são mais influentes).

4. SUBMETENDO OS HARD CASES ÀS TRADIÇÕES HERMENÊUTICAS E JUSFILOSÓFICAS PROPOSTAS

4.1. O MODELO INTERPRETATIVISTA DWORKINIANO SOBRE O CASO DO APP “STAYHOMESAFE”

Primeiramente, deve-se observar que qualquer análise realizada parte de uma compreensão ou interpretação dos referenciais teóricos ao caso em questão, ainda que devidamente fundamentada, por meio de todo o estudo empreendido a seu respeito. Apenas uma consulta direta aos autores poderia fornecer de maneira convicta as suas visões teóricas precisas sobre o presente caso, com base nas correntes jusfilosóficas apresentadas (em relação a Ronald Dworkin, mesmo isso não seria possível, dado que o jusfilósofo faleceu em 2013, portanto anteriormente à pandemia do coronavírus).

Sob a ótica pós-positivista de Dworkin, trata-se de um *hard case*, como já referido, de modo que os princípios envolvidos seriam, por certo, fundamentais para uma opinião sobre este caso. Assim, são verificáveis direitos fundamentais, sob um viés principiológico, de ambos os

lados, tais como “privacidade”, “confidencialidade” e “liberdade de ir e vir” vs. “saúde e ordem públicas”, “integridade” e “segurança” da sociedade, bem como uma maior eficácia e sucesso dos governos na tomada de medidas para o combate à pandemia, em via de regra proporcional ao nível de invasão e cerceamento da liberdade do usuário, como já mencionado na introdução.

Desse modo, já que os princípios em Dworkin possuem uma dimensão de peso, não sendo aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, particularmente na situação de conflito entre eles, deve-se compreender de que forma eles poderiam ser confrontados no caso em pauta, isto é, quanto cada um dos princípios viria a ceder ou a preponderar.

Nesse sentido, as jurisprudências que se valem desse procedimento costumam confrontá-los de modo minimamente equilibrado, a fim de manter ao menos um núcleo de respeito a cada princípio. Em outras palavras, ainda que um determinado princípio se sobreponha em um caso concreto, o princípio derrotado deveria manter um mínimo de observância, ou, como alguns autores chamam, um “respeito ao núcleo essencial inviolável”, de forma a prever uma proibição de excesso.

A esse respeito, observa o jurista brasileiro Humberto Ávila, de maneira profundamente pertinente, em relevantes passagens de sua “Teoria dos Princípios”, o seguinte:

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. [...] A realização de (...) princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. [...] Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores

estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar.[54]

No presente caso, entende-se que o app “StayHomeSafe” se mostrou tão absurdamente invasivo – seja pelo excesso de dados coletados e ausência de limites precisos quanto aos seus propósitos e a quem poderia vir a acessá-los; seja por seu caráter mandatório, ao longo de 14 dias de quarentena total (como referido dentre as controvérsias), nos quais se mostram obrigatórias a sua instalação, utilização e ativação constante, com a necessidade de manutenção permanente do wifi, gps e bluetooth do celular ligados, sob pena, até mesmo, de prisão do usuário; seja, principalmente, pelo uso ininterrupto de pulseira, por parte do usuário, durante os 14 dias de quarentena (precisamente como uma prisão domiciliar) –, que simplesmente não foi capaz de respeitar esse núcleo essencial dos direitos fundamentais do usuários, particularmente em relação à sua “privacidade”, “confidencialidade” e “liberdade de ir e vir”.

Nesse sentido, a *Swiss Medical Weekly* publicou um artigo justamente sobre o tema da saúde digital e a pandemia do coronavírus, com ênfase em uma perspectiva epidemiológica e legal sobre esses aplicativos. Embora nem todas as suas passagens se adequem especificamente ao caso em estudo, houve particular ênfase quanto à necessidade de salvaguarda dos direitos pessoais dos usuários, mormente da privacidade, bem como de apresentar-lhes uma política clara e de fácil compreensão sobre os dados coletados (ponto no qual também falhou o “StayHomeSafe”).[55]

Outra referência bastante propícia é a do jurista penalista português Nuno Igreja Matos, que se mostrou profundamente contrário à criminalização de condutas concernentes ao descumprimento de medidas de combate ao coronavírus. Nesse sentido, pode-se pensar no adequado uso do app “StayHomeSafe” como uma dessas medidas. Logo, a sanção extrema da reclusão, cogitada em caso de descumprimento das normas de uso do app, não seria aceita

sob essa ótica não penalizante de Igreja Matos (políticas educativas e regras de conduta e de cuidado de natureza cível ou regulamentar, por outro lado, seriam bastante adequadas). A esse respeito, de acordo com o jurista:

A investigação sobre a legitimidade material de um ilícito de propagação de doença enfrenta a inicial crítica de que há, historicamente, medidas menos intrusivas (e porventura até mais eficazes) na dissuasão pessoal e na contenção geral dessa propagação. Desde logo, o estabelecimento de quarentenas ou regras de confinamento obrigatório são medidas alternativas privilegiadas pelas autoridades de saúde, o que se explica pelos resultados que garantem. Mas a dissuasão de comportamentos de propagação é também melhor prosseguida, argumenta-se, através da implementação de uma política de educação e pedagogia sobre os perigos associados a cadeias de contágio ou através da criação de incentivos ou mesmo da introdução de regras de conduta e de cuidado de natureza cível ou regulamentar, mas sempre não-penais.[\[56\]](#)

Por todo o exposto, sobretudo pela radical violação aos direitos fundamentais da “privacidade”, “confidencialidade” e “liberdade de ir e vir” do usuário, ferindo-se até mesmo os seus núcleos essenciais, conclui-se pela não admissibilidade e justeza do uso do app “StayHomeSafe”, tal como implementado em Hong Kong, sob uma perspectiva pós-positivista interpretativista dworkiniana.

4.2. O MODELO PRAGMATISTA POSNERIANO SOBRE O CASO DO APP “STAYHOMESAFE”

Ao se utilizar o viés pragmatista de Posner sobre o app “StayHomeSafe”, deve-se igualmente destacar a relevância, para a investigação, de se tratar de um *hard case*. Isso em razão do fato de se poder proceder, nesta situação, a um maior afastamento dos cânones jurídicos.

Nesse sentido, o prejuízo desse afastamento à segurança jurídica em um caso cotidiano dificilmente o justificaria, em termos de custo e benefício. Já em um caso excepcional, como o que ora se aprecia, haveria uma expectativa natural de que o estrito respeito aos cânones

fosse insuficiente para se chegar a uma conclusão satisfatória, de modo que a margem decisória tende a expandir consideravelmente.

Nesse contexto, em um raciocínio de custo e benefício, a fim de encontrar racionalmente (tanto quanto possível) um posicionamento que forneça as melhores consequências para a sociedade (e evite as piores), levando-se em conta o auxílio de outras áreas do conhecimento, tem-se em apreço uma situação que coloca em jogo bens muito valiosos de ambos os lados.

Não há como negar, entretanto, que o potencial de letalidade e alta transmissibilidade do coronavírus, bem como a ameaça que ele oferece a nível local, nacional e global, acabam por pesar mais neste caso. Dessa maneira, a quarentena compulsória de 14 dias que o app provocou, por mais que tenha afetado o bem-estar dos usuários recém-chegados de viagens ultramarinas, ofereceu potencialmente um ganho ainda maior para os demais indivíduos da sociedade, ao reduzir os riscos de contaminação por eles sofridos, gerando assim uma soma com resultado positivo, isto é, favorável ao seu uso.

Desse modo, o mal causado por uma contaminação capaz de pôr em risco a vida do indivíduo infectado pelo vírus, bem como a dos demais membros da sociedade com quem ele tenha tido contato, é potencialmente maior do que o aborrecimento, frustração e tédio do usuário que teve que se submeter a uma quarentena compulsória de 14 dias (sem negar o seu prejuízo, possivelmente agravado, até mesmo, por distúrbios psíquicos, como crises de ansiedade, pânico e depressão, porém, ainda assim, menos gravoso do que a alternativa vislumbrada).

Ao se recorrer a outras áreas do conhecimento, como a medicina, as ciências biológicas e, principalmente, a epidemiologia, não há dúvidas quanto à relevância desse procedimento de quarentena para a redução da taxa de transmissibilidade do vírus, particularmente em relação a um recém-chegado de viagem, que se expôs a um risco de infecção bastante

superior do que o de um cidadão médio. Desse modo (valendo-se ainda de noções de análise econômica), o app se mostrou comprovadamente eficiente, pois não teve sua eficácia apenas no campo especulativo, mas também prático. No balanço total, ainda que alguns indivíduos não contaminados tenham sido prejudicados pela imposição de quarentena, outros infectados evitaram essa transmissão.

Deve-se observar ainda que este app foi idealizado nos primórdios da pandemia (março de 2020), portanto em um cenário prévio à elaboração e disponibilização de vacinas – e, até mesmo, de testes de Covid-19 (os quais, se já existiam, eram caros e de difícil acesso) –, quando a China (inclusive Hong Kong) se encontrava em estado de calamidade. Dessa forma, deve-se ter em mente tal contexto na presente apreciação, em que o controle da pandemia ainda estava longe de ocorrer, o que resultou em medidas públicas um tanto quanto gravosas.

Por tudo o que foi considerado, parece razoável afirmar que a utilização do app “StayHomeSafe”, tal como implementado em Hong Kong, mostrou-se admissível e justa sob uma perspectiva pragmatista posneriana.

4.3. O MODELO INTERPRETATIVISTA DWORKINIANO SOBRE O CASO DO APP “LEAVEHOMESAFE”

No que concerne ao app “LeaveHomeSafe”, embora ainda haja, sob uma ótica dworkiniana, conflito de princípios referentes a direitos fundamentais, a violação à “privacidade”, “confidencialidade” e “liberdade de ir e vir” já se mostrou menos acentuada em comparação ao app anterior.

Nesse sentido, não houve propriamente a obrigatoriedade do seu uso, embora, por evidente, a entrada em certos locais se tornou impossibilitada, sobretudo na iniciativa privada, mas também, por exemplo, em relação aos táxis.

Além disso, também não houve compulsoriedade de compartilhamento com o setor público – apenas às autoridades públicas de saúde de Hong Kong, sob consentimento do usuário (não obstante o longo período de 7 anos para a manutenção dos dados) –, nem conservação de dados pelo setor privado (já que os estabelecimentos apenas disponibilizaram as placas com o *QR Code* e, alguns deles, obrigaram os visitantes a escaneá-lo, a fim de permitir a entrada no local, contudo sem a manutenção do registro desses mesmos dados), de modo que o seu acesso permaneceu apenas com o próprio usuário, em seu celular.

É bem verdade que, em razão da tecnologia de *contact tracing*, passou a existir o risco de constrangimento ou mesmo agressão por parte do usuário contaminado (ou suspeito de contaminação) pela Covid-19. De todo modo, tratou-se de hipótese consideravelmente improvável. Coube ao usuário, nessas condições, até por questão de consciência, redobrar os cuidados e evitar contato com outrem, bem como abster-se de frequentar locais em que pudesse ser identificado e, eventualmente, constrangido. Em caso extremo, poderia solicitar o auxílio de algum segurança do estabelecimento em que se encontrasse, na situação de se sentir ameaçado por outros usuários do aplicativo.

Não se está aqui, portanto, a afirmar que o cerceamento dos referidos direitos fundamentais não tenha ocorrido (em casos excepcionais, a própria honra e integridade moral e física do usuário podem ter sido afetadas).

Apesar disso, entende-se que tais limitações são mais brandas do que as do “StayHomeSafe”, de modo a não atingirem, em regra, o núcleo essencial dos direitos dos usuários. Assim, dada a imensa relevância deste app no combate à transmissão do coronavírus, tendo sido, dessarte, uma medida fundamental para a saúde pública de Hong Kong (e de outras regiões, países e continentes, dado o viés global da doença), defende-se aqui a aceitação e justeza do seu uso, nos moldes referidos, de acordo com a corrente pós-positivista interpretativista de Ronald Dworkin.

4.4. O MODELO PRAGMATISTA POSNERIANO SOBRE O CASO DO APP “LEAVEHOMESAFE”

Por fim, procede-se à análise do modelo pragmatista de Posner sobre o app “LeaveHomeSafe”, a qual se mostrou a menos controversa das quatro. Isso em razão de ter-se tratado de um app menos invasivo e comprometedor de direitos fundamentais do que o anterior, conforme restou claro nos pontos prévios.

Adicionalmente, a sua relevância permaneceu evidente no combate à pandemia, com o uso da tecnologia de *contact tracing*, a qual se mostrou reconhecidamente eficaz no combate à disseminação do coronavírus.

Desse modo, por um lado, o caráter de excepcionalidade levantado nos outros casos é igualmente válido neste ponto, por ter-se tratado de uma pandemia global, com elevado índice de transmissibilidade e letalidade (o que leva um intérprete pragmatista, nesse contexto, a ter uma maior liberdade para se afastar dos cânones jurídicos em sua decisão); por outro, a gravidade dos danos causados pelo app aos seus usuários, em termos de cerceamento de direitos fundamentais, embora não irrisória, foi visivelmente menor do que no “StayHomeSafe”. Por fim, não há dúvidas quanto à sua contribuição no combate ao coronavírus.

Nesse sentido, observe-se um trecho do artigo da *Swiss Medical Weekly*, já anteriormente citado, sobre a grande relevância do uso desse tipo de app, principalmente com tecnologia de *contact tracing*, para o enfrentamento da pandemia:

As ferramentas digitais podem dar grande suporte a essas medidas, pelo menos, de duas maneiras. Primeiramente, fluxos de dados digitais aprimorados, rastreamento de proximidade e de geolocalização podem acelerar os processos de transmissão de informação e de *contact tracing*. Por exemplo, um recente estudo ilustrou que o controle efetivo de epidemias depende fortemente do tempo entre a exposição ao risco, a acusação pelo *contact tracing* e a autoquarentena, e que mesmo o atraso de um dia pode ter um impacto

significativo no controle de epidemias, em comparação a indivíduos que adotam a autoquarentena imediatamente. Portanto, muitos países consideram apps que facilitem o *contact tracing* como possível elemento de uma estratégia de contenção pós-epidemia. Em segundo lugar, dada a ubiquidade de dispositivos conectados à internet, a vigilância coletiva poderia ampliar significativamente a base populacional e alcançar uma velocidade informativa quase imediata. De fato, relatórios de cidadãos conectados à internet sobre doenças semelhantes à gripe existem quase desde o início da internet (por exemplo, por meio do *GoogleFlu*) e operacionalizados em vários países com algum sucesso.^[57] (tradução nossa do inglês)

Assim, com ainda mais razão do que na análise pragmatista sobre o “StayHomeSafe”, entende-se que, sob tal perspectiva, o aplicativo “LeaveHomeSafe” se mostrou admissível, benéfico, razoável e justo.

CONCLUSÃO

O artigo buscou empreender uma investigação jurídico-moral, dentro da temática da justiça, a respeito de dois aplicativos de celular utilizados na região administrativa chinesa de Hong Kong para o controle da disseminação do coronavírus, o “StayHomeSafe” e o “LeaveHomeSafe”, cada um com propostas distintas, conforme se depreende dos seus próprios nomes.

De maneiras bastante distintas, esses apps geraram controvérsias quanto ao regime de proteção de dados e dos direitos fundamentais, com particular cerceamento à “privacidade”, “confidencialidade” e “liberdade de ir e vir” dos usuários. Tudo isso, somado à própria excepcionalidade do momento de pandemia recentemente vivido (e da proposta dos apps de combate à doença), contribuiu ao caráter de *hard case* encontrado na discussão.

Com a finalidade de examinar a sua admissibilidade, correção e justiça, foram selecionadas duas correntes jusfilosóficas, formuladas por autores norte-americanos, bastante adequadas

à investigação: o Pós-Positivismo Interpretativista, de Ronald Dworkin, e o Pragmatismo Jurídico, de Richard Posner.

Após apresentá-las em seus aspectos fundamentais a este artigo, e demonstrar claramente o grande debate travado (em diversas ocasiões) pelos autores, deu-se sequência às quatro análises: cada um dos dois apps sob a ótica de cada uma das duas correntes jusfilosóficas apresentadas.

Dessa forma, concluiu-se pela inadmissibilidade e injustiça apenas na situação do app “StayHomeSafe” sob a ótica interpretativista de Dworkin, em razão de grave violação a direitos fundamentais dos usuários, a ponto de invadir mesmo os seus núcleos essenciais.

Já em relação ao “LeaveHomeSafe”, menos gravoso a esses mesmos direitos, entendeu-se, ainda sob a vertente dworkiniana, que a balança penderia em favor dos outros princípios em jogo, tais como “saúde e ordem públicas”, “integridade” e “segurança” da sociedade, de modo a considerar justo e aceitável o seu uso tal como implementado em Hong Kong.

Por fim, ambas as análises pragmáticas – tanto relativa ao “StayHomeSafe” quanto ao “LeaveHomeSafe” (ainda que, no primeiro caso, com mais dificuldades do que no segundo) –, por meio de uma avaliação consequencialista e racional, na medida do possível, de custos e benefícios envolvidos (além de auxiliadas por outras áreas do conhecimento), foram favoráveis à utilização dos apps, nos moldes de Hong Kong, julgando-os suficientemente razoáveis, aceitáveis e justos, perante os incalculáveis prejuízos adicionais potencialmente provocados pelo vírus na hipótese de sua não implementação.

A investigação serviu, assim, dentre outros fatores, para fomentar a reflexão sobre a temática da justiça, bem como o confronto de teorias e perspectivas jusfilosóficas, o que se mostra sempre fundamental para o desenvolvimento do debate acadêmico, além de trazer para a discussão uma pauta razoavelmente recente e de colossal dimensão global.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Thaís Nunes de. **Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis? A Guinada Pragmática de Richard Posner e as Críticas de Ronald Dworkin.** Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BBVA. **How Do COVID-19 Tracing Apps Work and What Kind of Data Do They Use?** Página atualizada em: 23.06.2020. Disponível em:
<https://www.bbva.com/en/how-do-covid-19-tracing-apps-work-and-what-kind-of-data-do-they-use/>

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design:** the 7 foundational principles (implementation and mapping of fair information practices). Documento originalmente publicado em maio de 2010. Disponível em:
https://iapp.org/media/pdf/resource_center/pbd_implement_7found_principles.pdf

CHINA HIGHLIGHTS. **Hong Kong Culture:** an interesting guide to Hong Kongers. Página atualizada em: 18 de março de 2021. Disponível em:
<https://www.chinahighlights.com/hong-kong/culture.htm>

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** 1ª pub. de 2006. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** 1ª pub. de 1977. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito.** 1ª pub. de 1986. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio.** 1ª pub. de 1985. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. “Pragmatismo, Direito e Política.” *In* **Novos Estudos CEBRAP**, pp. 107-121, n.º 62, março de 2002.

FACTWIRE. **LeaveHomeSafe App has Built-in Facial Detection Module, Government Admits.** Pub. em 03 de maio de 2022. Disponível em:

<https://www.factwire.org/en/leavehomesafe-app-has-built-in-facial-detection-module-government-admits/>

GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION. **HAD “StayHomeSafe” Hotline and Home Support Supplies Delivery Service to Cease Operation** (press releases). Publicado em 27 de jan. de 2023. Disponível em:

<https://www.info.gov.hk/gia/general/202301/27/P2023012600389.htm>

_____ (Centre for Health Protection; Department of Health). **“LeaveHomeSafe” Mobile App User Guide.** Publicado originalmente em nov. de 2020. Disponível em:

<https://www.leavehomesafe.gov.hk/en/>

_____ (Centre for Health Protection; Department of Health). **“StayHomeSafe” Mobile App User Guide.** Publicado originalmente em mar. de 2020. Disponível em:

<https://www.coronavirus.gov.hk/eng/stay-home-safe.html>

HARARI, Yuval Noah. **Notas Sobre a Pandemia:** e breves lições para o mundo pós-coronavírus (artigos e entrevistas). Ed. Kindle. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** 1ª pub. de 1961. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MATOS, Nuno Igreja. “O Direito Penal Contaminado: breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença” [Parte II]. *In* **Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito.** Por Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Publicado em: 24.04.2020.

Disponível em:

<https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/24/o-direito-penal-contaminado-parte-ii/>

MOURA, Raíssa; FERRAZ, Lara. **Means of Controlling the COVID-19 Pandemic and the Inviolability of Privacy**. Publicado em: 25.03.2020. Incognia (antiga In Loco), Recife-PE.

Disponível em:

<https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%C3%BAdo/Coronavirus/Means%20of%20control%20to%20the%20COVID-19%20pandemic%20and%20the%20inviolability%20of%20privacy.pdf?hsCtaTracking=f950a9ca-e25e-4c67-b3dd-9a9cd7e174fc%7Cc0b3e038-0366-4beb-abc4-9e165bf71089>

NORTON ROSE FULBRIGHT. **Contact Tracing Apps in Hong Kong: a new world for data privacy**. Relatório datado de 26.02.2021. Disponível em:

<https://www.nortonrosefulbright.com/en-hk/knowledge/publications/d7a9a296/contact-tracing-apps-a-new-world-for-data-privacy>

PALMA, Maria Fernanda. “Conflitos Covid-19 e Espaço Livre da Ética.” *In Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*. Por Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Publicado em: 26.04.2020. Acesso em: 06.04.2021. Disponível em:

<https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/26/conflitos-covid-19-e-espaco-livre-da-etica/>

POSNER, Richard. **Cómo Deciden los Jueces**. 1ª pub. de 2008. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1ª pub. de 2003. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. “Pragmatic Adjudication.” *In Cardozo Law Review*, vol. 18:1, 1996-1997. Chicago-EUA: University of Chicago Law School, Chicago Unbound, Journal Articles.

VOKINGER, Kerstin N; *et al.* “Digital Health and the COVID-19 Epidemic: an assessment framework for apps from an epidemiological and legal perspective.” *In Swiss Medical Weekly*, Muttensz-CH, vol. 150, n. 1920, pub. em 17.05.2020. Disponível em:

<https://smw.ch/article/doi/smw.2020.20282>

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Contact Tracing in the Context of COVID-19**: interim guidance. Guia datado de 01.02.2021. Disponível em:

<https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>

ZANON JR., Orlando Luiz. “Pós-Positivismo: a versão pragmática de Posner.” **In Revista Direito e Liberdade-RDL**, ESMARN, v. 15, n. 3, pp. 117-140, set./dez., Natal-RN, 2013.

[1] Doutorando em Teoria do Direito na Universidade de Lisboa, com período de mobilidade na Paris-Lodron-Universität Salzburg, Áustria, e beneficiário de bolsa da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT). Membro do grupo Lisbon Legal Theory na mesma universidade. Bacharel em Direito e Mestre em Teoria da Argumentação Jurídica pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito. Currículo

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1265818968702988>

[2] Adaptado de trabalho acadêmico por mim elaborado para a disciplina de Teoria da Justiça e o Problema da Verdade, ministrada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, no curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[3] BBVA. **How do COVID-19 tracing apps work and what kind of data do they use?**

Página atualizada em: 23.06.2020. Disponível em:

<https://www.bbva.com/en/how-do-covid-19-tracing-apps-work-and-what-kind-of-data-do-they-use/>

[4] Já que, como brasileiro e autor deste artigo, estou certamente mais familiarizado com os valores fundamentais e tradicionais do ocidente do que com aqueles encontrados na cultura oriental, designadamente na chinesa.

[5] Nesse sentido, para mais informações a respeito: “Hong Kong culture is a mixture of traditional Han Cantonese ethnic culture of southeastern China and British and Western culture in general. Hong Kongers are being increasingly influenced by the culture of the Mainland Chinese. Their culture is sophisticated and mixes Confucian and British ethics, and they are international savvy. Local Hong Kongers are proud of their region and their accomplishments, and they want to preserve their culture. Understanding their culture involves understanding their history and present circumstances and becoming familiar with their language, customs, ideals, ethics, diet, and business practices. Their culture is a fusion of East and West. It is a unique culture and the world’s most successful culture in several ways. [...] Hong Kong culture is basically the culture of the *native Chinese* who were born there during the period of British rule or in the 22 years since the reversion to Chinese rule. Under British rule, through foreign media influence and their everyday contact with foreigners both in Hong Kong and abroad because many traveled for business, work, and education, during the last century and a half, their *distinctive Western/Eastern fusion culture* has emerged. Their culture is a fusion of the cultures of China, Britain and other Western countries. [...] Their everyday behavior, demeanor and attitudes are noticeably different even to tourists and travelers who have interacted with Mainlanders and local Hong Kongers just a short time. It is not just their Cantonese language that makes them different. They often smile more, seem happier, and are more polite and circumspect in public.” CHINA HIGHLIGHTS. **Hong Kong Culture**. Página atualizada em: 18 de março de 2021. Disponível em: <https://www.chinahighlights.com/hong-kong/culture.htm>

[6] PALMA, Maria Fernanda. “Conflitos Covid-19 e Espaço Livre da Ética.” **In Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito**. Por Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Publicado em: 26.04.2020. Disponível em: <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/26/conflitos-covid-19-e-espaco-livre-da-etica/>

[7] GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION (Centre for Health Protection; Department of Health). “**StayHomeSafe**” **Mobile App User Guide**. Publicado

originalmente em mar. de 2020. Disponível em:

<https://www.coronavirus.gov.hk/eng/stay-home-safe.html>

[8] GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION. **HAD “StayHomeSafe” hotline and Home Support Supplies Delivery Service to cease operation** (press releases). Publicado em 27 de jan. de 2023. Disponível em:

<https://www.info.gov.hk/gia/general/202301/27/P2023012600389.htm>

[9] NORTON ROSE FULBRIGHT. **Contact tracing apps in Hong Kong: a new world for data privacy**. Relatório datado de 26.02.2021, p. 1. Disponível em:

<https://www.nortonrosefulbright.com/en-hk/knowledge/publications/d7a9a296/contact-tracing-apps-a-new-world-for-data-privacy>

[10] *Ibidem*, p. 2.

[11] *Ibidem*, p. 2.

[12] A título de esclarecimento, seguem resumidamente os princípios fundamentais (7 ao todo) propostos pela noção de “*privacy by design*”: “1. *Proactive not Reactive; Preventative not Remedial*: The Privacy by Design (PbD) approach is characterized by proactive rather than reactive measures. It anticipates and prevents privacy invasive events before they happen. PbD does not wait for privacy risks to materialize, nor does it offer remedies for resolving privacy infractions once they have occurred – it aims to prevent them from occurring. In short, Privacy by Design comes before-the-fact, not after. 2. *Privacy as the Default Setting*: We can all be certain of one thing – the default rules! Privacy by Design seeks to deliver the maximum degree of privacy by ensuring that personal data are automatically protected in any given IT system or business practice. If an individual does nothing, their privacy still remains intact. No action is required on the part of the individual to protect their privacy – it is built into the system, by default. 3. *Privacy Embedded into Design*: Privacy by Design is embedded into the design and architecture of IT systems and

business practices. It is not bolted on as an add-on, after the fact. The result is that privacy becomes an essential component of the core functionality being delivered. Privacy is integral to the system, without diminishing functionality. 4. *Full Functionality - Positive-Sum, not Zero-Sum*: Privacy by Design seeks to accommodate all legitimate interests and objectives in a positive-sum “win-win” manner, not through a dated, zero-sum approach, where unnecessary trade-offs are made. Privacy by Design avoids the pretense of false dichotomies, such as privacy vs. security, demonstrating that it is possible to have both. 5. *End-to-End Security - Full Lifecycle Protection*: Privacy by Design, having been embedded into the system prior to the first element of information being collected, extends securely throughout the entire lifecycle of the data involved — strong security measures are essential to privacy, from start to finish. This ensures that all data are securely retained, and then securely destroyed at the end of the process, in a timely fashion. Thus, Privacy by Design ensures cradle to grave, secure lifecycle management of information, end-to-end. 6. *Visibility and Transparency - Keep it Open*: Privacy by Design seeks to assure all stakeholders that whatever the business practice or technology involved, it is in fact, operating according to the stated promises and objectives, subject to independent verification. Its component parts and operations remain visible and transparent, to users and providers alike. Remember, trust but verify. 7. *Respect for User Privacy - Keep it User-Centric*: Above all, Privacy by Design requires architects and operators to keep the interests of the individual uppermost by offering such measures as strong privacy defaults, appropriate notice, and empowering user-friendly options. Keep it user-centric.” CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design: the 7 foundational principles** (implementation and mapping of fair information practices).

Documento pub. orig. em maio de 2010. Disponível em:

https://iapp.org/media/pdf/resource_center/pbd_implement_7found_principles.pdf

[13] NORTON ROSE FULBRIGHT, *op. cit.*, p. 2.

[14] *Ibidem*, p. 3.

[15] *Ibidem.*

[16] *Ibidem.*

[17] *Ibidem.*

[18] WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Contact Tracing in the Context of COVID-19:** interim guidance. Guia datado de 01.02.2021, p. 1. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>

[19] GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION (Centre for Health Protection; Department of Health). **“LeaveHomeSafe” Mobile App User Guide.** Publicado originalmente em nov. de 2020. Disponível em: <https://www.leavehomesafe.gov.hk/en/>

[20] GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION. **“LeaveHomeSafe” system ceased operation** (press releases). Publicado em 8 de jan. de 2023. Disponível em: <https://www.info.gov.hk/gia/general/202301/08/P2023010800303.htm>

[21] NORTON ROSE FULBRIGHT, *op. cit.*, p. 1.

[22] *Ibidem.*

[23] *Ibidem*, p. 2.

[24] *Ibidem.*

[25] *Ibidem.*

[26] *Ibidem.*

[27] *Ibidem.*

[28] *Ibidem.*

[29] Posteriormente foi declarado pelo governo de Hong Kong que os dados compartilhados por usuários positivados para Covid-19 através do “LeaveHomeSafe” seriam mantidos durante o período de 7 anos. Por um lado, o estabelecimento de um prazo claro é positivo, do ponto de vista da proteção de dados; por outro, o período estabelecido se mostrou bastante prolongado, muito superior à própria pandemia. GOVERNMENT OF HONG KONG, *op. cit.*

[30] *Ibidem*, p. 3.

[31] *Ibidem*.

[32] “Telecom services and many giant technology companies, for example, hold civil identification data of millions of people worldwide, including geolocation data. Therefore, any effort to anonymize this data, in order to remove direct association with an individual, is reactive and not proactive, and may lead to re-identification if it is crossed with information that the companies, themselves, hold. It is very difficult to guarantee complete anonymity, which is why governments that have adopted these solutions are being criticized.” MOURA, Raíssa; FERRAZ, Lara. **Means of Controlling the COVID-19 Pandemic and the Inviolability of Privacy**. Publicado em: 25.03.2020. Incognia (antiga In Loco), Recife-PE, p. 5. Disponível em:

<https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%C3%BAdo/Coronavirus/Means%20of%20control%20to%20the%20COVID-19%20pandemic%20and%20the%20inviolability%20of%20privacy.pdf?hsCtaTracking=f950a9ca-e25e-4c67-b3dd-9a9cd7e174fc%7Cc0b3e038-0366-4beb-abc4-9e165bf71089>

[33] “Claro, é possível argumentar a favor do monitoramento biométrico como uma medida temporária acionada durante um estado de emergência, que seria deixada de lado uma vez que a emergência chegasse ao fim. Mas medidas temporárias têm o péssimo hábito de sobreviver às emergências, especialmente quando há sempre uma nova espreitando no horizonte. (...) Mesmo quando as infecções por coronavírus chegarem a zero, alguns

governos famintos por dados talvez argumentem que precisam manter o sistema de monitoramento porque temem uma segunda onda de casos de coronavírus, ou porque há uma nova cepa de ebola na África Central, ou porque... Enfim, já deu para entender. Uma grande batalha pela nossa privacidade tem sido travada nos últimos anos. A crise do coronavírus pode ser o grande marco dessa batalha. Pois quando se apresenta às pessoas uma escolha entre privacidade e saúde, elas costumam optar pela saúde.” HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a Pandemia: e breves lições para o mundo pós-coronavírus** (artigos e entrevistas). Ed. Kindle. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, pp. 18-19.

[34] *Ibidem*, p. 38.

[35] *Ibidem*, p. 17.

[36] FACTWIRE. **LeaveHomeSafe app has built-in facial detection module, government admits.** Pub. em 03 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.factwire.org/en/leavehomesafe-app-has-built-in-facial-detection-module-government-admits/>

[37] HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** 1ª pub. de 1961. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 170-171.

[38] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 1ª pub. de 1977. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

[39] “Direito e moral estão intrinsecamente ligados. Dworkin compreende que o sistema jurídico pode gerar casos controversos ou difíceis, de tal sorte que o juiz terá de olhar além da letra da lei (do direito que é) para determinar o que o direito *deve ser*. Para isso, deverá o juiz se engajar num processo interpretativo, que será guiado por padrões jurídicos, isto é, pelas políticas públicas e mais especialmente, pelos princípios que descreverem os direitos.” ARRUDA, Thaís Nunes de. **Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada**

pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 179.

[40] DWORKIN, 2002, pp. 39-40.

[41] *Ibidem*, pp. 40-43.

[42] A respeito do juiz Hércules, escreve Dworkin o seguinte: “Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” *Ibidem*, p. 165.

[43] Sobre o tema, em sua obra “Uma Questão de Princípio”, afirma Dworkin que “ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 1ª pub. de 1985. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238. Ainda em outro livro seu (“O Império do Direito”), escreve o jurista norte-americano, a respeito do tema, o que se segue: “Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial [...] com o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente

autores e críticos. [...] É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores [...]. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.”

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª pub. de 1986. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 275-276.

[44] ARRUDA, *op. cit.*, p. 178.

[45] A esse respeito, observa Dworkin o seguinte: “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. [...] O direito como integridade é diferente: é

tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.” DWORKIN, 1999, pp. 271, 273.

[46] “A explicação teórica da decisão judicial não é necessariamente antiutilitarista nos detalhes. Alguém que a aceite poderia defender o ponto de vista (como Posner realmente faz com frequência) de que a melhor interpretação da prática jurídica revela o princípio de utilidade em sua essência. Mas a abordagem teórica tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial – e, pelo menos em minha opinião, boa parte de nosso direito, inclusive nosso direito constitucional, não pode ser justificado em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou consequência. E o objetivo geral da abordagem teórica, que é igualitarista, é claramente não utilitarista. (...) É muito difícil considerar como evidente por si mesma a ideia de que o progresso consiste em tornar as pessoas mais felizes na média, ou mesmo, como Posner já sugeriu no passado, mais ricas.” DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. 1ª pub. de 2006. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 90.

[47] POSNER, Richard A. **Cómo Deciden los Jueces**. 1ª pub. de 2008. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 52.

[48] Precisamente a esse respeito, “(...) não se deve qualificar como pragmatista uma filosofia que não contenha os seguintes elementos: descrença em entidades metafísicas tais como “verdade”, “realidade” e “natureza”, exame das proposições por suas consequências e sua conformidade com necessidades humanas e sociais. Esses três elementos, com efeito, indicam as características essenciais que diversos autores reconhecem no pragmatismo: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. O consequencialismo, ou

instrumentalismo, faz-se notar pelo enraizamento do direito na prática e no conhecimento tácito. O contextualismo evidencia-se ao se julgar essas práticas e o conhecimento delas a partir de quão bem produzem resultados desejáveis em situações problemáticas. Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração, que a tornam impraticável. Não haveria vício em raciocinar teoricamente, mas em conferir autoridade última à teoria: o objetivo crítico desse raciocínio não seria chegar a abstrações praticáveis, e sim explicitar pressuposições tácitas quando elas geram problemas práticos”. EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. “Pragmatismo, Direito e Política.” *In **Novos Estudos CEBRAP***, 107-121, n° 62, mar. de 2002, p. 109.

[49] POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1ª pub. de 2003. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

[50] “Posner também sustenta que a sua proposta de interpretação e aplicação do Direito, consistente em uma análise de consequências segundo uma reconstrução imaginativa focada na razoabilidade, não pode prescindir de uma aproximação interdisciplinar com outros ramos do saber. Segundo ele, ‘outras disciplinas têm muito com que contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do direito.’” ZANON JR., Orlando Luiz. “Pós-Positivismo: a versão pragmática de Posner.” *In **Revista Direito e Liberdade-RDL***, ESMARN, v. 15, n. 3, 117-140, set./dez., Natal-RN, 2013, p. 133.

[51] POSNER, Richard. “Pragmatic Adjudication.” *In **Cardozo Law Review***, vol. 18:1, 1996-1997. Chicago-EUA: University of Chicago Law School, Chicago Unbound, Journal Articles, pp. 3-4.

[52] *Ibidem*.

[53] “The pragmatist judge has different priorities. That judge wants to come up with the best decision having in mind present and future needs, and so does not regard the maintenance

of consistency with past decisions as an end in itself but only as a means for bringing about the best results in the present case. The pragmatist is not uninterested in past decisions, in statutes, and so forth. Far from it. For one thing, these are repositories of knowledge, even, sometimes, of wisdom, and so it would be folly to ignore them even if they had no authoritative significance. For another, a decision that destabilized the law by departing too abruptly from precedent might have, on balance, bad results. [...] The pragmatist judge thus regards precedent, statutes, and constitutions both as sources of potentially valuable information about the likely best result in the present case and as signposts that must not be obliterated or obscured gratuitously, because people may be relying upon them. But because the pragmatist judge sees these “authorities” merely as sources of information and as limited constraints on his freedom of decision, he does not depend upon them to supply the rule of decision for the truly novel case. For that he looks also or instead to sources that bear directly on the wisdom of the rule that he is being asked to adopt or modify.” *Ibidem*, p. 5.

[54] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 188, 191.

[55] “Yet, even during emergencies, it is essential to safeguard personal rights and privacy. Furthermore, clear and easy to-understand information on the legal aspects of privacy, data collection and use are a good indicator of trustworthiness and will ultimately facilitate technology acceptance. Therefore, an evaluation of the legal embedding and the control mechanisms to protect a user’s identity and data ownership are of utmost importance, even more so if health-related information is collected.” VOKINGER, Kerstin N; *et al.* “Digital Health and the COVID-19 Epidemic: an assessment framework for apps from an epidemiological and legal perspective.” In **Swiss Medical Weekly**, Muttenez-CH, vol. 150, n. 1920, pub. em 17.05.2020, p. 5. Disponível em: <<https://smw.ch/article/doi/smw.2020.20282>>. Nesse sentido, também a “Incognia” (antiga “In Loco”), já referida neste artigo, escreveu sobre a preocupação com a violação grave de direitos fundamentais dos indivíduos (e a necessidade de fortalecê-los), possivelmente praticada por governos e corporações, os quais podem ser

capazes de provocar um retrocesso incalculável nas garantias individuais e liberdades civis da população. Em suas palavras: “In the fight against the invisible enemy that has stopped the world and is completely changing many of our social structures, we need to strengthen fundamental rights so that at the end of the crisis, in the name of an interest that is now legitimate, governments and corporations do not exceed their power of surveillance and control over people’s lives. That could put at risk everything we have built up in terms of individual guarantees and civil liberties, such as people’s right to freely express their opinion and personality, not to be discriminated against, not to be manipulated and to control their own reputation.” MOURA; Ferraz, *op. cit.*, p. 6.

[56] MATOS, Nuno Igreja. “O Direito Penal contaminado: breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença” [Parte II]. In **Covid-19, Direito Penal e Filosofia do Direito**. Por Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Publicado em: 24.04.2020. Disponível em:

<https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/24/o-direito-penal-contaminado-parte-ii/>

[57] VOKINGER; *et al.*, *op. cit.*, pp. 2-3.