

MODERAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE: WHISTLEBLOWING NO DIREITO TRANSNACIONAL^{1 2}***PUTTING PROPORTIONALITY IN PROPORTION: WHISTLEBLOWING IN TRANSNATIONAL LAW******MÄSSIGUNG DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT: WHISTLEBLOWING IM TRANSNATIONALEN RECHT***Andreas Fischer-Lescano³

Resumo: Faz agora parte do senso comum que a denúncia de irregularidades pode efetivamente trazer ilegalidades e queixas sociais à atenção pública. Um grande número de esforços regulatórios transfronteiriços, dos Códigos de Conformidade de Governança Corporativa até a arena política, são, portanto, dedicados ao objetivo de proteger o *Whistleblowing* transnacional contra a repressão e permitir o protesto contra práticas ilegais. O presente artigo busca demonstrar os limites da proporcionalidade para a solução de casos envolvendo *Whistleblowers*.

Palavras-chave: Colisão de direitos subjetivos; Democracia; Ponderação; Proporcionalidade; Whistleblowing.

Abstract: It is now common sense that whistleblowing can be an effective way to bring unlawful actions and social grievances to public attention. This has spurred numerous international efforts, from corporate compliance governance codes to endeavors in the political realm, to create transnational safeguards to protect Whistleblowers against repression and enable protest against unlawful practices. This article seeks to demonstrate the limits of proportionality for the resolution of cases involving Whistleblowers.

Keywords: Balancing; Collision of subjective rights; Democracy; Proportionality; Whistleblowing.

Zusammenfassung: Es gehört mittlerweile zum Common Sense, dass *Whistleblowing* Rechtswidrigkeiten und gesellschaftliche Missstände wirksam ins öffentliche Bewusstsein rücken kann. Eine Vielzahl von grenzüberschreitenden Regelungsbemühungen, die von

¹ Artigo recebido em 01 de novembro de 2019 e aprovado para publicação em 10 de dezembro de 2019.

² Publicação original: FISCHER-LESCANO, Andreas. Mäßigung der Verhältnismäßigkeit: *Whistleblowing* im transnationalen Recht. In: CALLIESS, Graf-Peter (Hg.). **Transnationalisierung des Rechts**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2014, p. 435-457. Tradução para o português do original em alemão por Ramon de Vasconcelos Negócio: Doutor em Teoria do Direito (*Rechtswissenschaft*) pela *Goethe - Universität*, Frankfurt am Main (Alemanha); Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); e Professor do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4724-9658>.

³ Doutor em Direito na Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Professor da Universidade de Bremen e diretor executivo do Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) Bremen. Seu campo de investigação está centrado no direito público, direito europeu, direito internacional, teoria do direito e política jurídica. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0606-2099>.

Corporate Compliance Governance Codes bis in den politischen Raum reichen, ist daher dem Ziel gewidmet, *Whistleblowing* transnational vor Repressionen zu schützen und den Protest gegen rechtswidrige Praktiken zu ermöglichen.

Schlüsselwörter: Abwägung; Demokratie; Kollision subjektiver Rechte; Verhältnismäßigkeit; Whistleblowing.

Introdução

Atualmente, faz parte do senso comum que o *Whistleblowing*^{NT} pode afastar ilegalidades e inconvenientes sociais de modo eficaz na consciência pública. Uma multiplicidade de esforços de regulamentos transfronteiriços que chegam dos *Corporate Compliance Governance Codes* até o espaço político é dedicada, por conseguinte, à finalidade tanto de proteger o *Whistleblowing* transnacional diante da repressão como de possibilitar os protestos contra práticas ilegais⁴: o *Whistleblowing* desempenha um papel central no plano anticorrupção do G 20, bem como nas medidas da OCDE, nas propostas de política legal de ONGs (como a Transparência Internacional) e nas iniciativas nacionais para criar "portos seguros", nos quais, como no caso da iniciativa islandesa sobre os meios de comunicação modernos, as regulamentações nacionais dos meios de comunicação social devem oferecer a maior proteção possível para os *Whistleblowing*⁵. Medidas de proteção do *Whistleblowing* foram estabelecidas na Convenção das Nações Unidas contra corrupção (Art. 8, 13 e 33), na Convenção das Uniões Africanas sobre a prevenção e combate à corrupção (Art. 5, Inc., 6), na Convenção Anticorrupção das Organizações dos Estados da América (Art. III, Inc., 8), no

^{NT} O termo faz referência à pessoa ou ao ato de levar espontaneamente ao conhecimento público informações relevantes de um ilícito civil ou criminal que se encontravam propositalmente em sigilo. Utiliza-se o termo em inglês, pois é o termo mais utilizado na comunidade internacional. Além disso, o autor não optou por buscar um correspondente da palavra em língua alemã.

⁴ Para uma visão geral: Buckland/ Wills, *Blowing in the Wind? Whistleblowing in the Security Sector*, 2012; Browsers *et. al.*, *Whistleblowing: Law and Practice*, 2010; Schmolke, *Whistleblowing-Systeme als Corporate Governance-Instrument transnationaler Unternehmen*, in: 58 *Recht der internationalen Wirtschaft* (2012), 224 ss.

⁵ G 20, *Anti Corruption Plan*, 2010, Anexo III, Pft. 7; *Transparency International*, *Recommended Draft Principles for Whistleblowing Legislation*, November 2009; OECD, *Whistleblower Protection: Encouraging Reporting*, Juli 2012; Ritchie, *Why IMMI matters: The first Glass Fortress in the Age of Wikileaks*, in: 35 *Suffolk Transnt'l L. Rev.* (2012), p. 451 ss.; veja a ainda o inventário com *Human Rights Council*, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* (correspondente: Martin Scheinin), A/HRC/14/46, 17.5.2010, ponto 18: "Members of intelligence services who, acting in good faith, report wrongdoing are legally protected from any form of reprisal. These protections extend to disclosures made to the media or the public at large if they are made as a last resort and pertain to matters of significant public concern."

acordo jurídico-civil sobre corrupção por ocasião do Conselho da Europa (Art. 9) e também no acordo-jurídico penal em razão do Conselho da Europa (Art. 22)⁶.

Atualmente, a proteção jurídica do *Whistleblowing* avançou no sentido de se tornar uma demanda político-jurídica transnacional⁷, de modo que reage assim à própria transnacionalização do fenômeno: enquanto as formas clássicas de expressão do *Whistleblowing* ainda se baseavam principalmente na mídia impressa nacional em âmbitos domésticos de discussão, o *Whistleblowing* do século 21 está desdobrando seu poder em todo o mundo. Digitalização, entrelaçamento de comunicações globais e Wikileaks estabeleceram redes transnacionais sobre quem pode difundir rápida informação dos *Whistleblowers*, efetivamente e para além dos espaços jurisdicionais⁸. Especialmente em espaços de governanças transnacionais e privatizados, de difícil acesso ao controle democrático por parte dos poderes nacionais, o *Whistleblowing* torna-se assim uma fonte indispensável para gerar atenção em casos de ilegalidade.

Igualmente no âmbito da política de segurança, em que se colocam órgãos nacionais em sigilo em detrimento da transparência⁹, o *Whistleblowing* desempenha um papel significativo com a visibilização de expansiva tendência de vigilância de organizações de segurança transnacionais entrelaçadas¹⁰. Os seus métodos de vigilância estatal se livraram, há muito tempo, das algemas jurídico-estatais nacionais. Em cooperação com atores globais interessados nas tecnologias de informação – da Yahoo até a Microsoft –, que, por sua vez,

⁶ E o próprio presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, confessou em programa de transição 2008 encorpado pela proteção do *Whistleblowing* – em todo caso enquanto o *Whistleblowing* segue a lógica do Estado de vigilância e não se dirige contra ele: “As melhores fontes de informação sobre desperdício público, fraude e engano é regularmente um empregado público, que é obrigada e confessada a integridade pública. Tal agir corajoso e patriótico, que pode salvar às vezes vidas e frequentemente os dólares dos contribuintes, pôde ser estimulado e não reprimido. Nós devemos habilitar os funcionários públicos federais como cães de guarda sobre transgressão e parceiros de serviço. Barack Obama fortalecerá, portanto, as regras de *Whistleblower* para a proteção de funcionários da Federação, que revelam desperdício, fraude e abuso”. (*Obama/ Binden*, The Obama-Binden Plan, acessível em (último acesso 05/08/2013): http://change.gov./agenda/ethics_agenda, minha tradução.

⁷ Sobre ideia de transnacionalidade nesta relação, confira minuciosamente Viellechner, Was heißt Transnationalität im Recht? In: CALLIESS, Graf-Peter (Hg.). *Transnationalisierung des Rechts*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2014.

⁸ Uma visão geral, cf. Winter, *Widerstand im Netz. Zur Herausbildung einer transnationalen Öffentlichkeit durch netzbasierte Kommunikation*, 2010.

⁹ Sintomática a reação do governo federal sobre uma consulta parlamentar do grupo partidário SPD (BT-Drs. 17/14456) de 13/08/2013 do programa de escuta dos Estados Unidos e da dimensão da cooperação de alemães com serviços de inteligência norte-americano. As realizações do governo federal foram declaradas em grandes partes próprias “por razões do bem público” (p. 4) como necessitado de sigilo e capaz de publicização. Onde permite uma publicização oferece o governo federal apenas lugares comuns, como os que por motivo dos caminhos de transmissão de também com pura comunicação por e-mail dentro do país um “acesso à rede, isto é, servidor no estrangeiro, sobre a qual dados podem ser efetuados e não excluídos” (resposta à pergunta 15).

¹⁰ Deiseroth, *Whistleblowing in der Sicherheitspolitik*, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2004, p. 479 ss.

foram indenizados pecuniariamente¹¹, minaram de modo dramático a estrutura de controle participativa e democrática. Precisamente no campo da política de segurança, mostra-se, porém, que o largo reconhecimento do *Whistleblowing* e de seu significado, enquanto cadeia de transmissão que produz normas sociais nas esferas social, econômica, militar e política, atinge rapidamente os limites de tolerância. Quando o *Whistleblowing* se dirige contra a apropriação através da vigilância dos Estados e coloca a própria política de segurança como o objeto da crítica, ele é exposto a fortes repressões políticas, econômicas e jurídicas, suas fontes de finanças são isoladas, ativistas são processados e difamados: mesmo no passado, o envolvimento crítico com questões de política de segurança desencadeou repetidamente procedimentos legais destinados a prevenir publicações e a sancionar denunciante. Os processos judiciais contra o New York Times e Daniel Ellsberg, em razão da publicação dos Papeis do Pentágono nos casos de Watergate (1971) tal como nos *Weltbühnenprozess* contra Carl von Ossietzky na República de Weimar (1931) ou os processos contra Conrad Ahlers e Rudolf Augstein nos *Spiegelaffäre* no pós-guerra alemã (1962), mostram o “risco do trabalho”¹² publicista de procedimentos penais. E os casos do porta-voz do WikiLeaks, Julian Assange, que moldam a orientação estratégica da plataforma *Whistleblowing*, do informante do WikiLeaks Bradley Manning, que descobriu crimes de guerra no Afeganistão e no Iraque, e do oficial de inteligência dos EUA Edward Snowden também são atuais, que em 2013, com suas revelações sobre Prism, XKeyscore e NSA, desencadeou o caso de vigilância e espionagem que o apoio à denúncia deveria encontrar seus limites em supostos deveres de lealdade e sigilo, razões de Estado, interesses comerciais e outras preocupações de bem-estar público.

No direito, no conflito entre a publicação e o sigilo, a questão relativa a quais formas do *Whistleblowing* são permitidas e quais são ilegais é geralmente respondida pela ponderação de interesses legais conflituosos, “que chamam o próprio usuário para a ponderação de ambos os interesses antagônicos ou que já incorporam na própria lei o resultado da ponderação”¹³. O método legal de ponderação e seus exageros em proporcionalidade e concordância prática são, portanto, de importância central no que diz respeito ao *Whistleblowing*, quando se trata de traduzir o suporte abstrato em regras concretas

¹¹ MacAskill, NSA paid millions to cover Prism Compliance Costs for Tech Companies, in: The Guardian v. 23/08/2013

¹² Von Ossietzky, Der Weltbühnen-Prozeß, in: Die Weltbühne vom 31/12/1931, p. 803, reimpresso in: *idem.*, Sämtliche Schriften, Bd. VI, Hamburg 1994, p. 249 ss. (250): “Eu sei que cada jornalista, que ocupa criticamente com o Exército do Reich, tem de visar um processo de traição à pátria; isso é um risco natural de trabalho”.

¹³ Fenster, Disclosure’s Effects: WikiLeaks and Transparency, in: 97 Iowa L. Rev. (2012), 753 ss. (783).

e soluções de colisão, ou seja, responder à questão sobre quais, quando e onde as formas de *Whistleblowing* são permitidas.

A seguir, vou focar o exemplo da denúncia no campo da política de segurança e argumentar que a ponderação, a proporcionalidade e a concordância prática, tal como são usadas regularmente no discurso jurídico, tornam-se instrumentos sutis de repressão. Para romper o modo de função repressiva do método jurídico, necessita-se de uma moderação da proporcionalidade. Só uma proporcionalidade moderada pode ter o efeito de permitir a liberdade e não de suprimi-la. Eu gostaria de desenvolver essa tese em três argumentos:

1º Argumento: ponderação, proporcionalidade e concordância prática avançam no sentido de se tornarem métodos dominantes dos direitos transnacionais. O resultado dessa marcha triunfal metódica é que direitos de liberdade são colocados sob a reserva de violação global. Por consequência da operacionalização da ponderação limitante de liberdade, o *Whistleblowing* é colocado também sob uma reserva de violação global.

2º Argumento: na sua forma atual de aplicação, o método de ponderação e o seu objetivo de estabelecer proporcionalidade e concordância prática obscurecem a natureza conflituosa das decisões jurídicas e conduzem a um enquadramento irrealista dos conflitos sociais no direito. No caso do *Whistleblowing*, por exemplo, os direitos subjetivos de liberdade não colidem com os direitos individuais e coletivos contrários, como é tradicionalmente o caso, mas sim com os espaços autônomos individuais.

3º Argumento: para desenvolver um adequado enquadramento jurídico para a colisão desses espaços de autonomia com o *Whistleblowing*, necessita-se de uma personalização para fora. Ao invés de estabelecer intenções boas ou ruins dos *Whistleblowers*, passando por Edward Snowden e Julian Assange até Bradley Manning, para o desfecho de considerações jurídico-políticas, é necessário desenvolver regras jurídicas, algo que faça justiça, por um lado, no sentido do *Whistleblowing* como correia de transmissão de valores sociais e, por outro lado, que atenda os interesses de sigilo de esferas transnacionais da diplomacia, militares, da economia etc.

1. *Whistleblowing* sob reserva de ponderação

Na “Age of Balancing”, fica caracterizada também a metódica do direito transnacional de otimização da ponderação¹⁴. Já há muito as técnicas de ponderação – de produção de proporcionalidade e concordância prática, que foram desenvolvidas no diálogo jurídico transfronteiriço¹⁵ – romperam as correntes do direito nacional¹⁶. Também no campo do direito transnacional, elas se tornaram o método de decisão jurisdicional dominante. Então, a proporcionalidade deve representar um princípio constitucional universal¹⁷, constituir um característico principal de constitucionalismo global¹⁸, ser uma norma jurídica de direito internacional¹⁹. E também os tribunais arbitrais do ICANN²⁰ transportam, em suas decisões sobre a concessão de endereços na internet, a relação de direito de liberdade da propriedade e de pensamento regular em situações de ponderação:

O direito à liberdade de expressão é garantido sem quaisquer restrições, o [Tribunal Arbitral da ICANN] visa basicamente um equilíbrio entre os interesses da proteção jurídica privada e uma proteção dos direitos fundamentais concedida publicamente. Isto reproduz um equilíbrio entre interesses individuais e gerais, que é garantido no direito nacional pela interação entre a proteção dos direitos fundamentais e as leis gerais²¹.

A prática do *Whistleblowing* é colocada, por meio desse precedente de ponderação, sob a reserva de interesses colidentes. Sob esse presságio, sucede, por exemplo, no direito do trabalho uma “ponderação entre o interesse de esclarecimento do trabalhador e o interesse de sigilo do empregador”²². Nesse sentido, a Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)

¹⁴ Aleinkoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in: 96 *Yale Law Journal* (1987), 943 ss.

¹⁵ A isto Kennedy, *A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law*, in: Brownsword u.a. (Org.), *The Foundations of European Private Law*, 2011, p. 185 ss.; comparação legal a ainda *Knill/ Becker*, *Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union*, in: 36 *dis Verwaltung* (2003), 447 ss.

¹⁶ Walker, *Transnational Law and the Limits of Balancing*, Paper 2009, acessível em (ultimo acesso 05/08/2013): <http://www.clb.ac.il/workshops/2009/>

¹⁷ Klatt/ Meister, *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, in: Klatt (Org.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, p. 62 ss.

¹⁸ Sweet/ Matthews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in: *Colum. J. Trans’L* 47 (2008-2009), p. 72 ss.

¹⁹ Franck, *Proportionality in International Law*, in: 4 *Law/ Ethics of Human Rights* (2010), 231 ss.; veja também a crítica de *Petersen*, *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, in: 14 *German Law Journal* (2013), 1387 ss.

²⁰ O ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) é uma instituição, que organiza atribuição de endereços da internet (nomes do domínio).

²¹ Renner, *Zwiggendes transnationales Recht. Gemeinwohlinteressen im Recht jenseits des Staates*, 2011, p. 196; de *competing obligations* sob diferentes regimes fala *Simma*, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, in: 60 *International and Comparative Law Quarterly* (2011), 573 ss. (591).

²² De Busekist/ Fahrigh, *Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern*, 68 *Betriebs-Berater* (2013), 119 ss. (121); compreender a colisão da obrigação de lealdade das relações de empregadores e o da obrigação cívica,

estabeleceu também a legitimidade do *Whistleblowing* na ponderação entre direitos dos trabalhadores e trabalhadoras sobre a liberdade de expressão e os direitos recíprocos dos empregadores e empregadoras afetados à proteção de sua reputação e de seus interesses econômicos²³. Ela exige que a intervenção na esfera pública deve resultar como *ultima ratio* e de boa fé, que as alegações específicas sejam verificadas cuidadosamente e que, apesar de qualquer dano que tenha ocorrido, prevaleça o interesse da universalidade da informação. Em tudo isto, o interesse público na informação divulgada deve ser tido em conta, em particular, ao avaliar a proporcionalidade de uma intervenção (aqui: acusação do *Whistleblower*) em relação ao objetivo legítimo prosseguido. A CEDH exige com isso, por um lado, uma ponderação entre a proteção da reputação e o direito dos empregadores e, por outro lado, a liberdade de expressão dos trabalhadores. No exemplo anterior de ponderação fica, porém, um mistério: a CEDH não tematiza posteriormente o que são as unidades de ponderação. Uma ponderação em sentido amplo, que procura por em acordo os interesses dos empregadores e trabalhadores, é combinada com realizações para a proporcionalidade da violação, que deve resultar em compensação dos interesses públicos junto à informação divulgada. Entretanto, o CEDH não responde à questão de como medir o interesse público, o que distingue o interesse público do interesse privado. Ela deixa o parâmetro normativo do fenômeno da ponderação vago. Isso não a vincula em decisões subsequentes e autoriza acesso aos tribunais superiores e revisões jurisdicionais discretas em casos isolados, mas é prejudicial à estabilização dogmática e, portanto, à proteção confiável do *Whistleblowing*, porque o resultado da ponderação fica imprevisível e o *Whistleblowing* é colocado sob a reserva geral e incondicional de que os direitos de propriedade concebidos como de igual categoria não sejam prejudicados²⁴.

Também em matéria de política de segurança é levada a efeito regularmente um ato de relacionar os direitos de segurança e de liberdade para marcar os limites legítimos do *Whistleblowing*²⁵. Assim, em relação às publicações sobre a plataforma *Whistleblowing* WikiLeaks, o objetivo é "conciliar a liberdade de expressão com qualquer direito recíproco no

acusação de exigência de informação, cf. *BVerG*, 1 BvR 2049/00 v. 2. Juli 2001 (denúncia do empregador sem motivo de rescisão).

²³ EGMR, Heinisch./ BRD, 21.07.2011, Az. 28274/08, Rdn. 64 ss.

²⁴ *Generell zur Kritik an der vorherrschenden Abwägungsobsession, die die Bildung stabiler Verhaltenserwartungen desavouiert*, Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, pp. 9-10.

²⁵ Fenster, Disclosure's Effects: WikiLeaks and Transparency, in: 97 Iowa L. Rev. (2012), p. 753 ss.

sentido de uma concordância prática”²⁶. Isso conduz o *Whistleblowing* e o exercício da liberdade de expressão ao dever de se legitimar regularmente frente ao interesse de segurança como direito recíproco. Sob esse presságio, o princípio da proporcionalidade atua, porém, na prática, recorrentemente como “atentado contra os direitos humanos”²⁷. Com relação às formas de prática de concordância, que se especializaram sobre tal colocação da relação dos bens coletivos e individuais, mostra-se claramente que os bens da comunidade em tais situações de colisões podem romper com o direito de liberdade²⁸. A técnica da produção de concordância prática, com a qual os discípulos de Smend, Konrad Hesse e Richard Bäulin levaram a efeito o Decreto Graciano *Concordia Discordantium Canonum* do século 12 em forma modificada na dogmática da Constituição do século 20²⁹, é um modelo de “tolerância repressiva”, como Bäumlín confessou de modo sincero no *Staatsrechtslehrertagung* 1970³⁰. A concordância prática permite a prática de restringir os direitos fundamentais e humanos por tarefas comunitárias, mesmo quando o texto constitucional exige uma garantia incondicional. Com a concordância, não há mais “nenhum regulamento de direitos fundamentais absolutos em relação às missões comuns”. Isso possibilita estabelecer ótimas concordâncias práticas “entre os únicos momentos da Constituição, sobretudo, por um lado, elemento de direito fundamental e, por outro lado, as missões comuns jurídico-constitucionais ordenadas ou pressupostos estatais como escola, forças armadas, administração pública”³¹.

Visto dessa forma, os mecanismos constitucionais de proteção do *Whistleblowing* se esgotam rapidamente. Considerações constitucionais de proporcionalidade e o estabelecimento de concordâncias práticas vão então de mãos dadas com regulamentos antiespionagem e evitam os bem intencionados códigos transnacionais para proteger o

²⁶ Hoeren/ Herring, Urheberrechtsverletzung durch WikiLeaks? Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen, in: 97 Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (2011), 143 ss. (146).

²⁷ Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, in: I-CON 7 (2009), 463 ss.; sobre desequilíbrio, que é da ponderação de caso único em tal constelação de imanente estrutura, veja Benjamin Rusteberg, Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verständnis von Gemeinschaft und Individuum, in: Burchardt u.a. (Org.), Kollektivität – Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl, 2012, p. 15 ss. (19).

²⁸ Minuciosamente em Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz, in: 41 Kritische Justiz (2008), 166 ss.; sobre colisão de direitos de liberdade e objetivos nacionais nos Estados Unidos, cf. Mathews/ Sweet, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, in: 60 Emory L.J. (2011), 102 ss. (116).

²⁹ Classicamente formulado por Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999, Rdn. 72: “Bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser agregados reciprocamente na solução de problema de tal modo que cada um deles ganhe realidade”.

³⁰ Bäumlín, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 28 VVdStRL (1970), 3 ss. (19).

³¹ Bäumlín ebd., p. 18-19.

*Whistleblowing*³². Colocado sob uma reserva de ponderação global, resta, com isso, apenas um sobejo de ruína do templo da liberdade do *Whistleblowing*. Assim que o *Whistleblowing* revela a prática dos órgãos da segurança e não pode ser preso às redes de vigilância do Estado como cães de guarda privados, a tolerância acaba. Tolerância é então outra designação para repressão. Em seu artigo sobre “tolerância repressiva”, Herbert Marcuse colocou em poucas palavras: “o que hoje é preconizado e praticado como tolerância serve aos interesses da repressão em muitas de suas mais eficazes manifestações”³³. O que o processo legislativo transnacional deu junto à liberdade, a ponderação, a proporcionalidade e a concordância prática tomaram novamente através da vinculação dessa liberdade aos valores individuais e coletivos colidentes.

2. Ilusão da Proporcionalidade

Esse conteúdo repressivo do método jurídico da ponderação, que regularmente culmina na produção de suposta proporcionalidade e concordância prática, é resultado de uma falha de especificação subjetiva, que se alinhou no paradigma do direito liberal, e que relaciona frequentemente os direitos subjetivos com os direitos recíprocos. A ponderação, da qual depende sua marcha triunfal metódica, proporciona, desse modo, aos tribunais e operadores do direito, casos isolados de justiça sem estabelecer ulterior vinculação pormenorizada – exercendo decisionismo judicial, como criticou Ernst-Wolfgang Böckenförde³⁴. O órgão de decisão retém todas as liberdades ao decidir sobre as liberdades na colisão, ocultando para além do reconhecimento aqueles por detrás das decisões: “O opressivo junto desta mistura não é a dialética *concordantia discordantium*, senão a renúncia completa da cobertura da realidade, e isso é um pecado original jurídico”³⁵. Os opiácios do método de ponderação afogam os conflitos sociais de interesse num molho de harmonização, cuja receita deve seguir uma lógica racional e inclusiva e reunir ostensivamente todos os pontos de vista conflituosos de uma forma otimizada³⁶. Ponderação é um método de milagre

³² Khemani, The Protection of national Whistleblowers: Imperative but Impossible, Georgetown University Law Center, Mai 2009, p. 1 ss. (23)

³³ Marcuse Repressive Toleranz, in: Wolf/ Moore/ Marcuse, KRitik der reinen Toleranz, Frankfurt am Main 1966, p. 91 ss. (91).

³⁴ Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, 1529 ss. (1534).

³⁵ Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1986 (Nachdr der Ausgabe von 1968), p. 74.

³⁶ Ao invés de tudo exposto, Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtswendung, München 2006, passim; Ahron Barak, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge 2012, p. 458 ss.

dialético: ela compatibiliza o incompatível. Ela torna dócil a controvérsia e a rebeldia³⁷. Ela transforma a filosofia do contraste em método jurídico³⁸. O recurso ao método de ponderação baseia-se no fato de fornecer um esquema em que razões e contrarrazões, direitos e direitos recíprocos podem ser postos em relação uns com os outros sem ter de revelar que princípios políticos de ordem as decisões seguem.

É intuitivamente óbvio que o *Whistleblowing* não se viabiliza sem que se estabeleçam limites. *Não se deve, portanto, criticar o desenvolvimento de um limite através da ponderação das várias opções. Deve-se criticar como a ponderação é conduzida, o que é colocado na balança*³⁹: o método jurídico relaciona os bens individuais e coletivos, sem se fazer disso uma ideia. Ele traduz os conflitos sociais em conflitos de interesses legais ou conflitos de princípios, sem se interessar por onde correm as linhas de conflito na sociedade real. De supostos critérios de racionalidade, os conflitos sociais são então transformados em otimização e inclusão em conflitos jurídicos decidíveis. Ponderação, como é tradicionalmente praticada, é a técnica sutil de alucinação jurídica. Na falácia de espantalhos em que se envolvem otimizações de valor e de princípios subjetivos, o direito fica cego, já que no processo de ponderação não são facilmente decididas perguntas de direitos e princípios, senão a respectiva redação de situação de ponderação que representa o resultado de uma reformulação interno-jurídico de conflitos sociais. É reconhecidamente um resultado inevitável da autonomia do direito que os conflitos sociais devem primeiro ser traduzidos para a linguagem do direito antes de poderem ser decididos por lei. Não é o "se" dessa tradução que é o problema, senão seu modo. O direito não tem nenhuma forma de complexidade adequada dos conflitos sobre os quais ele decide. Não desenvolveu – Rudolf Wiethölter avalia aqui em apimentada crítica – um sentido de como os conflitos sociais se alienam juridicamente, de como realidades se perdem na transformação em lei e como a reformulação jurídica pode traduzir mais apropriadamente as questões sociais em *quaestio iuris*:

³⁷ Compare com Heraklit, Fragmente, Zürich 1983, p. 19; veja também *Taubers*, Ad Carl Schmitt, Gegenstrebiges Fügung, 1987.

³⁸ Confirma a doutrina do contraste de Adam Müllers, do qual publicou apenas o primeiro livro (1908); Müllers, Vom Gegensatz. Erstes Buch, in: Schroeder/ Siebert et. al. (Org.), Adam Müller. Kritische, ästhetische und philosophische Schriften, Neuwied 1967, Bd. 2, p. 195 ss.; hierzu Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtausschweifungen des Michael Kohlhaas, in: *Kleis*, Jahrbuch 1988/89, p. 96 ss.

³⁹ Nos termos da falta de enquadramento da teoria dos princípios, Reimer, “_ und machet zu Jüngern alle Völlker?” Von “universellen Verfassungsprinzipien” und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, in: 52 Der Staat (2013), p. 27 ss.; Ralf Poscher, Theorie eines Phantoms. Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegensatz, in: 1 Rechtswissenschaft (2010), 349 ss.; veja ainda a crítica à ponderação por Webber, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, in: 23 Canadian Journal of Law and Jurisprudence (2010), 1979 ss. e por *Kahn*, The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell, in: 97 Yale L. J. (1987), 1 ss. (4-5).

Na superposição legal da proporcionalidade tentei determinar os instrumentos de transformação mais influentes para osmose, para traduções, para covariâncias do direito e da sociedade, como o princípio de produção mais alto e mais geral de uma (...) lei-justificação de regras de conflito para decisões sobre direitos, interesses, necessidades rivais. As relações jurídicas não são de fato (na Alemanha desde os tempos de Savigny!) nem puros objetos de avaliação nem puras avaliações de objetos, mas sempre decisões gerais já pré-mediadas sobre a atribuição de fatos a um determinado direito a título de conexão, como qualificação de respostas jurídicas a questões sociais (...) Nas premissas ocultas da aplicação da própria teoria da qualificação, ou seja, na aplicação do princípio da proporcionalidade, existe um programa teórico-social completo (proporcionalidade subverbo, justiça ou semelhante). Isto porque a teoria da qualificação (não a norma) determina a seleção das áreas temáticas, e é por sua vez determinada (não por normas, mas) pela seleção a partir de uma das mais altas alternativas de avaliação: as disposições de mediação (combinação) de temas de (por exemplo, direito comercial e uma metodologia orientada pela teoria do conteúdo (fins sociais, serviços de sistema, são as descrições que importam aqui) (qualificações de proporcionalidade como teoria de/para/ com prática em si) estão, portanto, necessitando de explicação (e justificação). No entanto, este trabalho crítico está em falta. Se e como isso poderia ser feito não pode ser respondido por meio da lei, jurisprudência e advogados⁴⁰.

Para resumir essa crítica, o direito trouxe apenas uma ideia insuficiente e uma ideia refletida de modo não incipiente, do que é ponderado com a técnica da ponderação, em concordância prática e colocou na relação: interesses, direitos, princípios, bens constitucionais – há muitos candidatos para a determinação da unidade colidente. Porém, o que eles têm em comum é o fato de que deve ser sempre uma posição individual e subjetiva (à escolha, como direito, interesses, princípio ou valor identificado) que se coloca em relação com normas, interesses, princípios ou valores recíprocos individuais ou coletivos. Em teoria da norma, essa situação justifica o princípio da proporcionalidade enquanto tal: como uma relação dinâmica entre norma e direito recíproco baseada nos direitos de liberdade entendidos de forma subjetivista⁴¹.

E aqui, precisamente, encontra-se o problema: o direito aceita às cegas premissas de modelos liberalistas em que são colocados em cotejo direitos de liberdade subjetivos e direitos subjetivos ou coletivos colidentes. Um enquadramento tão errado do conflito leva a resultados absurdos e padrões de argumentação, especialmente no que diz respeito à questão da denúncia de irregularidades. Então, por exemplo, o ministro da defesa alemão (BMVg) fez valer sob nomeação do § 97^a do direito autoral (UrhG) que, por razões de direitos de propriedade intelectual (que enquanto direitos individuais com o BMVg se encontrariam), a publicação de artigos vazados deveria ter sido evitada e que os respectivos *Whistleblowers*

⁴⁰ Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, in: 18 Kritische Justiz (1985), 126 ss. (139).

⁴¹ Von Arnould, Die normtheoretische Begründung des Verhältnisfigkeitsgrundsatzes, in: 55 Juristenzeitung (2000), 276 ss.

teriam infringido o direito de primeira publicação do autor quando foram publicados conforme §12 Inc., 1 UrhG⁴². Mesmo que, neste quadro de conflitos, por exemplo com a Alemanha da decisão-3 do Tribunal Constitucional Federal, os direitos autorais também sejam obrigados a uma concordância prática e, portanto, a “um equilíbrio entre os vários interesses - também constitucionalmente protegidos”⁴³ ou se os ministérios rejeitarem o status de criador dos direitos autorais⁴⁴, isto não conduz a um erro de enquadramento jurídico fundamental. Não é apenas simples de modo que colida um direito individual de liberdade (liberdade de expressão, respectivamente a liberdade de imprensa) com direitos recíprocos individuais (direito autoral como expressão do direito de propriedade) ou coletivos (razão de Estado, Estado de segurança etc.) por meio do *Whistleblowing*. Essa subjetivação não é justa ante a complexidade do conflito⁴⁵, pois não se trata, com a proteção do *Whistleblowing*, da redução da colisão de direitos subjetivos, que assegura a liberdade individual, ou princípios e seus direitos recíprocos, senão da proteção e autolimitação de âmbitos de autonomia de comunicação impessoal. O próprio direito subjetivo é, então, o problema, que está no caminho de uma adequada tematização do *Whistleblowing*.

É irrealista atribuir conflitos transnacionais, como os que foram desencadeados por denúncias, a colisões de direitos subjetivos e supostos direitos recíprocos. As alterações pormenorizadas de métodos de ponderação, como uma renúncia da prova de proporcionalidade na ponderação ou a administração restrita de análise do âmbito de proteção, que deve evitar as situações de colisões, não se juntam de modo suficientemente profundo: o direito subjetivo, os âmbitos de proteção de direitos fundamentais individuais, a unidade métrica de direitos de liberdade pessoais é em si um problema: é verdade que a lei subjetiva como tal é, antes de mais nada, o resultado de um processo de diferenciação. Do *ius*, que como unidade integral não diferenciava direitos e deveres na comunidade, e da *actio*

⁴² Wiegold, Interna aus dem Krieg? Verteidigungsministerium pocht aufs Urheberrecht, 08.04.2013 acessível em (última consulta 14/08/2013) <http://augengeradeaus.net/2013/04/interna-aus-dem-krieg-verteidigungsministerium-pocht-aufs-urheberrecht/>; veja ainda Freeman, Protecting State Secrets as Intellectual Property: A Strategy for Prosecuting WikiLeaks, in: 48 Stan. J. Int'l L. (2012), 185 ss.

⁴³ BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000 (Alemanha 3), Rdn. 23. A decisão se relaciona com o uso sem autorização da passagem do texto de Brecht na peça de teatro de mesmo nome de Heiner Müller.

⁴⁴ Tal como Hoeren, Veröffentlichung geleakter Geheimdokumente. Definitiv keine Frage des Urheberrechts, in: Legal Tribune Online vom 19.04.2013, acessível em (última visita em 14/08/2013) <http://www.lto.de/recht/hintergrund/h/bundesverteidigungsministerium-waz-afghanistanpapiere-urheberrecht/>; compare, porém, com Hoeren/ Herring, Urheberrechtsverletzung durch WikiLeaks? Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen, in: 3 Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (2011), 143 ss.

⁴⁵ Springer *et. al.*, Leaky Geopolitics: The Ruptures and Transgressions of WikiLeaks, in: 17 Geopolitics (2012), 681 ss. (685).

romana, que equiparava direitos e sua aplicabilidade processual, o direito subjetivo desenvolveu-se independentemente de considerações processuais e modelos comunitários. Sua invenção possibilita que relações jurídicas de relações bilaterais recíprocas se adaptem a expectativas de comportamento, relações sociais, por assim dizer, que desabilitam o Quicken:

No lugar da pretendente e julgadora simbiose de direitos e deveres, coloca-se a autorização social para o agir. A referência social é reduzida ao autorizar algo, o que tem sua força de propulsão no próprio agente, em sua *libertas intrinseca*, em sua vontade, em seus interesses.⁴⁶

Porém, a dogmática de direitos subjetivos não abstrai de modo suficientemente amplo. Ao contrário, ela conduz a um empirismo do direito conseqüentemente grave, que não é simplesmente uma dedução Ser e Dever Ser: não que o direito do Ser conclua o Dever Ser, como Hans Kelsen criticou Eugen Ehrlich⁴⁷. A situação é dramática: a falácia reside no fato de a lei tratar o ambiente social como sendo, que pensa a partir de sujeitos reais existentes a quem são atribuídos direitos subjetivos. Pois é isso que faz do empirismo do direito, como bem criticou Christoph Menke, o fato decisivo na constituição legal da sociedade burguesa, entendida como a base natural⁴⁸. Todavia, os direitos podem não se situar sobre sujeitos pré-jurídicos orientados pela razão. No entanto, os direitos não podem ser baseados em assuntos pré-legais e racionais. Eles são apenas Como-Se-Fossem-Sujeitos, projeções de direito, investidura que abstrai, que reduz o homem da carne e saindo para o modo de vontade racional e, além disso, cobre a determinação social de *homo iuridicus*. Crítica ao empirismo destrona o sujeito como alfa e ômega do direito. O sujeito de direito de autonomia privada não é o sol em torno do qual gira o sistema de planetas do direito. Sua força gravitacional paralisa em uma sociedade funcionalmente diferenciada.

Isso se encontra em análises, que destacaram sempre o caráter transsubjetivo dos direitos de liberdade e não tornaram plausíveis a forma jurídica de direitos subjetivos. Niklas Luhmann viu com todo rigor e criticou o distanciamento jurídico de conflitos sociais como colisões de direitos subjetivos para não ter nenhuma resposta dos desafios atuais nas relações sistema-ambiente da sociedade mundial:

⁴⁶ Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft*, in: *idem.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Vol. 2, 1993, p. 45 ss. (74).

⁴⁷ Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in: 39 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (1915), 839 ss. (843): “Então são totalmente diferentes sobre o âmbito da regra do ser e dever-ser da forma jurídica”.

⁴⁸ Menke, *Die Selbstreflexion des Rechts*, Manuskript 2013, p. 99.

Estes são, no entanto, os problemas que surgem cada vez mais numa sociedade funcionalmente diferenciada e com um subsistema de funcionamento relativamente autônomo, tanto nas relações do sistema interno da sociedade como na relação do próprio sistema social com o seu ambiente natural e pessoal. Especialmente na ordem social que foi construída com a ajuda dessa semântica relacionada com o tema, pode, portanto, surgir uma situação em que esta semântica já não é convincente e perde a sua plausibilidade⁴⁹.

Um direito, que descreve a sociedade como do “sujeito” existente, não opera com complexidade adequada. É irrealista, não tem nenhuma ideia de sociabilidade e falseia conflitos sociais para não reconhecimento. Não tem lugar – porque do sujeito racional reflete – para perguntas ecológicas e sociais, nenhuma linguagem para conflitos institucionais e nenhuma ideia de liberdade humana.

3. Garantia de liberdade pessoal

Compreender a proteção do *Whistleblowing* simplesmente como proteção de direitos subjetivos, fazer depender a questão do *Whistleblowing* da boa-fé dos *Whistleblowers*, significa desconhecer, no problema, a dimensão transsubjetiva do *Whistleblowing* como forma específica de intervenção em espaços públicos. O *Whistleblowing* defende a forma basal de participação democrática e controle contra abuso de um dispositivo de segurança transnacional, que recorre a práticas ilegais e com isso torna invisível a responsabilidade. Com Wikileaks nasceu um âmbito de comunicação global, que proporcionou, com apoio da “Declaration of the Independence of Cyberspace”⁵⁰, uma ampla autonomia em relação às ordens jurídicas estatais⁵¹. Para garantir a autonomia desse espaço público, o WikiLeaks utilizou primeiramente nuvens como uma estratégia⁵². Por consequência da publicação dos documentos do Iraque, garantiu uma rede de servidores espelhos para a acessibilidade. Com os esforços para instalar os servidores *offshore* a fim de estabilizar o espaço autônomo de comunicação livre, o WikiLeaks está tentando evitar permanentemente o acesso ao estado e

⁴⁹ Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: *idem.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Vol.2, Frankfurt am Main 1993, p. 45 ss. (80).

⁵⁰ *I*, Declaration of the Independence of Cyberspace, 9.2.1996, disponível em (última consulta 14/08/2013): http://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration. O esclarecimento começa como se sabe com as palavras: “Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une”.

⁵¹ Sobre isso, Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zu staatszentrierten Verfassungstheorie, in: 63 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2003), p. 1 ss.

⁵² De Filippi/ Belli, Law of the Cloud v Law of the Land and Opportunities for Innovation, in: European Journal of Law and Technology 3/2 (2012), p. 1 ss.

manter espaços de comunicação livres. Esses espaços livres de comunicação, que escapam ao acesso, controle e direção por instituições políticas, militares e econômicas, são o pré-requisito central para que a democracia, as expressões espontâneas e eruptivas de opinião permaneçam possíveis. Apenas através de sua manutenção podem ser encontradas tendências totalizantes de dispositivos transnacionais. Nisso consiste a função democrática de uma plataforma *Whistleblowing* como WikiLeaks.

O esquema de busca por formas de exercícios proporcionados e ponderados de direitos de liberdades individuais não torna justo, nem de longe, esse significado fundamental do *Whistleblowing* para a democracia: para proteger o *Whistleblowing* através de formas efetivas de garantias de liberdade impessoal efetiva e, ao mesmo tempo, encontrar prejuízos por meio do *Whistleblowing*, é necessário que o direito delinhe as linhas de conflitos sociais no *quaestio iuris*. Os âmbitos de comunicação conquistados são espaços de exercício de liberdade impessoal. “Liberdade impessoal”, assim concebeu Karl-Heinz Ladeur com referência a Helmut Ridder, refere-se à “proteção da autodefinição de um processo de formação de opinião, ao qual também é atribuída a capacidade de refletir sobre sua regularidade. Essa capacidade de auto-organização é plausivelmente protegida como uma liberdade cujo caráter pessoal é demonstrado pelo fato de não se tratar da autodefinição dos indivíduos, mas da geração distribuída de uma regularidade independente.”⁵³. Ao se concentrar na proteção dos espaços de autonomia pessoal, o pensamento tradicional sobre direitos fundamentais reduz o panorama de esferas de ação social complexas a uma seção mínima e o eleva ao status de um único mundo. A sociedade não se esgota na interação de sujeitos racionais e, portanto, as questões dos direitos fundamentais também não se esgotam na elaboração de regras para as liberdades intersubjetivas. Ao contrário, trata-se de diferenciar com clareza entre o perigo para a integridade do homem, direitos subjetivos e instituições impessoais. Os direitos fundamentais representam, assim compreendidos, instituições sociais e jurídicas duais para tendências de expansão de sistemas sociais. Eles não protegem simplesmente direitos subjetivos, mas, dependendo de suas características, pessoas em sua

⁵³ Ladeur, 32 Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz (1999), 281ss. (290); cf. Ridder, Die Meinungsfreiheit, in: Neumann/ Nipperdey/ Scheuner (Org.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 1954, p. 242 ss.

integridade física, pessoas jurídicas em sua liberdade ou autonomia impessoal e institucional⁵⁴.

A expansão do olhar sobre as liberdades jurídicas transsubjetivas abre a possibilidade de reformular o entrelaçamento de emancipação humana e social no direito: desenvolvimento humano é possível primeiramente em conjunto com o estabelecimento de espaços de comunicação social. Para esboçar de modo sucinto em três passos as consequências de uma tal adaptação sobre a garantia de liberdade transpessoal para o direito do *Whistleblowing*:

1º Passo – possibilitar o forte desenvolvimento

No primeiro passo, vale compreender que a proteção do *Whistleblowing* não assegura apenas o desenvolvimento individual, mas também, e ao mesmo tempo, âmbitos de comunicação autônomos. A advertência de Ludwig Raiser, que exigiu desde cedo que a perspectiva do direito subjetivo deve ser complementada por uma perspectiva de proteção institucional, é, portanto, mais atual do que nunca: “A possibilidade de desenvolver as próprias forças e a chance de obter lucro econômico ao fazê-lo não deve ser entendida como direitos subjetivos em relação aos concorrentes e clientes”⁵⁵. A esse objetivo de possibilitar o desenvolvimento individual através da proteção de instituições associa também a defesa de Gunther Teubner para uma proteção do *Whistleblowing*. Teubner visa a dispensar os próprios poderes de cura através da exigência obtida de comportamento divergente nas instituições sociais, que estimulam o “dissenso, o protesto, a oposição e a coragem cívica diante da paralisante atmosfera de... hierarquias e em face de pressões de conformidade”⁵⁶. O objetivo da dispensa do *Whistleblowing* é, então, estabelecer uma cultura da permissão da divergência. O então Procurador Geral Fritz Bauer viu isso claramente por ocasião da *Caso Spiegel* 1962, quando criticou que, no caso de Rudolf Augstein e Conrad Ahlers, “o não conformismo foi difamado com a prisão como consequência”⁵⁷. A tarefa de evoluir medidas de proteção efetiva para proteger *Whistleblower* diante de sanções torna-se urgente. É cínico que Edward Snowden, Bradley Manning e outros sejam achicanados e processados, pois ousaram praticar o *Whistleblowing* não apenas como *watchdog* a serviço dos serviços de segurança como

⁵⁴ Teubner, Die Anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch “private“ Akteure, in: 44 Der Staat (2006), 161 ss.

⁵⁵ Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, in: 16 Juristenzeitung (1961), 465 ss. (472).

⁵⁶ Teubner, Whistleblowing gegen den Herdentrieb?, in: Becker et. al. (Org.), Ökonomi 39 ss. (39).

⁵⁷ Bauer, Schriftliche Stellungnahme von Generalstaatsanwalt Dr. Fritz Bauer, in: Ruge (Org.): Landesverrat und Pressefreiheit. Ein Protokoll, 1963, p 135 ss. (139 s.).

também *watchdog* sobre os serviços de segurança e, por meio disso, desafiar os dispositivos de segurança. Além da proteção individual dos *Whistleblowers*, seus funcionários e seus confidentes contra o acesso de dispositivos de segurança, também é importante ver a importância do *Whistleblowing* para o processo democrático: em relação ao *Whistleblowing*, não se trata apenas do desenvolvimento do poder individual, mas também da libertação de forças sociais⁵⁸. Abstratamente formulado, existe o desafio de possibilitar que os órgãos de segurança obedecem novamente a imperativos democráticos organizados, não o contrário. A possibilidade da recuperação da disposição social sobre relações de política de segurança e socioeconômica está, pois, em jogo.

2º Passo – determinar colisões

As nascentes colisões, conflitos, interesses opostos, contradições reais e críticas antagônicas não são simplesmente colisões de direitos de liberdade subjetiva (ou apenas princípios subjetivos de liberdade) com colidentes (individuais ou coletivos) direitos recíprocos. Trata-se, ao contrário, de colisões de esferas sociais incompatíveis, que se dominam e se prejudicam mutuamente. Para o potencial destrutivo de uma já antiga racionalidade econômico-global, isto é justificado toda hora desde as análises pioneiras de Karl Marx⁵⁹. Max Weber demonstrou, com ajuda do conceito de politeísmo moderno, esse potencial risco não apenas da economia, mas também de outros âmbitos da vida e analisou em razão disso os conflitos de racionalidade resultantes e ameaçadores⁶⁰. Hoje se dialoga com Jean-François Lyotard regularmente sobre colisões de discurso⁶¹. Entretanto, tornaram-se visíveis os riscos sociais, humanos e ecológicos de outros sistemas globais altamente especializados, por exemplo, da economia e da tecnologia, e também de uma ampla esfera pública. Esferas econômicas, científicas, militares, tecnológicas e também políticas produzem uma “clash of rationalities” na sociedade mundial com toda sua tendência destrutiva⁶². Isso atua também sobre o *Whistleblowing*, que evoca no contexto do sistema econômico outros conflitos como no contexto da diplomacia transnacional e segurança transnacional. O que pertence ao interesse central da esfera pública transnacional, sobre a qual é oferecida a informação através do *Whistleblowing* também contra as racionalidades colidentes, avalia-se

⁵⁸ Sobre a ideia de força neste contexto, Fischer-Lescano, Rechtskraft, 2013, p. 115 ss.

⁵⁹ O mais impressionante em Polanyi, The Great Transformation: Politische und Ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen (1944), 1995, p. 270 ss.

⁶⁰ Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1968, p. 605 ss.

⁶¹ Lyotard, Der Widerstreit, 1989, p. 9 ss.

⁶² Luhmann, Die Weltgesellschaft, in: 57 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (1971), 1 ss.

aqui conforme diferentes critérios. A tarefa jurídica consiste em determinar minuciosamente as respectivas constelações de esferas e desenvolver regras de colisão apropriadas, que se esgotam não na produção de um caso único de justiça, senão mostram respectivamente um potencial de generalização, que em compensação, representam a condição de possibilidade de estabilização da dogmática jurídica.

3º Passo – moderar proporcionalidade

Analogamente, deve-se mesmo moderar o método de produção da proporcionalidade. Em lugar do acesso omnipresente ao conflito através da inversão não específica dos princípios da liberdade e dos seus laços sociais, deve haver o desenvolvimento de normas, que protejam adequadamente a respectiva área temática da racionalidade intrínseca – que maximiza as invasões de outras áreas temáticas. Claro que, por exemplo, a área central das relações diplomáticas deve ser legalmente garantida, a construção da confiança diplomática também deve ser possível nas salas dos fundos, e a transparência total é prejudicial à diplomacia⁶³. Por outro lado, a proteção do complexo militar-policial diante da luz da esfera pública não pode ser, com relação à política de segurança do *Whistleblowing*, sem limites. No entanto, quando o sigilo é exigido e quando é proibido não depende das classificações políticas como “secreto”⁶⁴. Isso submeteria a esfera pública da política e não à política da esfera pública. Ao contrário disso, depende do desenvolvimento da lógica dos interesses públicos diante dos esclarecimentos sobre alguém e dos respectivos assuntos junto ao sigilo sobre os outros lados da capacidade da generalização de normas de colisão. Com isso, trata-se sempre de possibilitar o debate público até o ponto que seja proporcionada a conexão das respectivas esferas⁶⁵. A tarefa do direito nessa tensão entre esfera autônoma e responsividade de esferas é desenvolver normas de incompatibilidade que contrariem o perigo de que a política, a economia, a ciência e outras esferas, através da invocação onipresente de interesses comuns, como a segurança, o bem-estar do Estado e a necessidade de sigilo, minem

⁶³ Isso é núcleo correto da exigência de Ischinger, Das WikiLeaks-Paradox: Weniger Transparenz, mehr Geheimdiplomatie, in: Geiselberger (Org.), WikiLeaks und die Folgen, 2011, p.155 ss.

⁶⁴ Rahul Sagar, Das mißbrauchte Staatsgeheimnis. WikiLeaks und die Demokratie, in: Geiselberger (Org.), WikiLeaks und die Folgen, 2011, p. 201 ss. (217).

⁶⁵ A conferência da escola superior experimentou em uma recomendação de 14 de maio de 2013 tomar ao *Whistleblowing* científico este enquadramento público: “Para a proteção do informante (*Whistle Blower*) e o afetado sucumbe o trabalho de colaboradores da mais alta confidencialidade. A confidencialidade não é dada, quando o informante se dirige à esfera pública. Neste caso, ele infringe regularmente próprio contra as regras de boas práticas científicas”. – Uma tal proibição da esfera pública arrisca o trabalho científico, que encontra seu fundamento na discussão livre sobre qualidades formais e de conteúdo da ciência e sua responsabilidade social, como resultado, porém, mais que procedimento único de plágio; veja sobre isso a crítica de Roland Preuss, “Man darf eine kritische Öffentlichkeit nicht ausschließen”, in: Süddeutsche Zeitung vom 10.06.2013.

as possibilidades de controle democrático⁶⁶. A função do direito consiste, com isso, em defender os âmbitos da autonomia transnacional da discussão pública, formação de opinião e crítica contra intervenção e violações; no âmbito da segurança, portanto: possibilitar que seja subordinada a política de segurança transnacional interligada ao controle e disposição democrático. Um processo democrático em questões de defesa e segurança – Adolf Arndt chamou a atenção em crítica antiga em torno da ideia do segredo de Estado justificado – pode-se apenas, então, formar “quando o povo é informado sobre fatos, que são significativos para as imagens de sua vontade”. Para a proporcionalidade da violação no âmbito de autonomia comunicativa é decisivo que também as forças armadas e os serviços secretos “de controle público e crítico devam ficar subordinados e, na dúvida, é de decidir não pela restrição, senão pela liberdade de informação”⁶⁷. Considerando a proteção e limitação do *Whistleblowing*, os motivos do *Whistleblower* são totalmente irrelevantes para a valoração da sua legitimidade. No entanto, é essencial que os segredos cuja legitimidade é duvidosa e que são objeto de debate público não possam reivindicar proteção: praticar crimes de guerra e violação de direitos humanos não é nada diante de uma esfera pública que deve proteger a atividade estatal e não pertence ao centro digno de sigilo da política de segurança. Também medidas que intervenham em direitos fundamentais e direitos de integridade, sem que exista para eles um fundamento jurídico bastante, não estão em condição de sigilo. A revelação de crimes de guerra no Iraque e no Afeganistão através de *Whistleblowing* não pode, portanto, constituir uma ilegalidade, nem a informação sobre programas de vigilância secretos de serviços secretos que cooperam transnacionalmente, que obviamente violam os direitos transnacionais básicos e humanos à proteção de dados pessoais⁶⁸.

O *Whistleblowing* não visa, portanto, uma política transparente, nem contrariar a triagem total da esfera privada com a demanda por uma triagem total da política. O *Whistleblowing* visa a possibilitar uma discussão pública e a formação de opinião sobre práticas de serviços e órgãos de segurança transnacionais ilegais interligados, não

⁶⁶ Sobre uma incompatibilidade de normas em outro contexto, Teubner, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familiensbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, in: 83 Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (2000), 388 ss.

⁶⁷ Arndt, Umwelt und Recht, in: NJW 1963, 24 ss. (25); compare a isto a exceção do fato tipo com “Fatos, que infringem a ordem fundamental livre e democrática ou sob o sigilo frente aos parceiros contratuais da República Federal da Alemanha contra interestaduais limitações de limitações de armamento compatíveis”, como ele, é previsto em §93 Inc., 2 StGB.

⁶⁸ Sobre os desafios da proteção de dados transnacionais, Felix Hanschmann, Das Verschwinden des Grundrechts auf Datenschutz in der Pluralität von Rechtsregimen, in: EuGRZ 2011, 219 ss.; sobre os esforços ainda empregados, veja por exemplo *Pilz*, Weltweiter Datenschutz, in: FAZ v. 31.07.2013, 19.

democráticos e nos direitos de liberdade intervenientes. Este é o pressuposto de recuperar a disposição democrática sobre questões políticas de segurança transnacionais: numa situação em que as formas nacionais de controle e participação democrática parecem atingir os seus limites, WikiLeaks, Edward Snowden, Julian Assange, Bradley Manning e todos aqueles que defenderam suas vidas para nossa liberdade dão razão para esperar que sejamos capazes de defender os fundamentos da nossa democracia contra os serviços e organismos de segurança ligados transnacionalmente em rede.

Referências

AHRON BARAK, **Proportionality**. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge 2012, p. 458 ss.

ALEINKOFF, Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, 96, (1987), 943 ss.

BAUER, Schriftliche Stellungnahme von Generalstaatsanwalt Dr. Fritz Bauer, in: Ruge (Org.). **Landesverrat und Pressefreiheit**. Ein Protokoll, 1963, p 135 ss.

BÄUMLIN, **Das Grundrecht der Gewissensfreiheit**, 28 VVdStRL (1970), 3 ss.

BENJAMIN RUSTEBERG, Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verständnis von Gemeinschaft und Individuum, in: Burchardt u.a. (Org.), **Kollektivität** – Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteressen und Gemeinwohl, 2012, p. 15 ss. (19).

BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: **NJW** 1974, 1529 ss. (1534).

BROWERS *et. al.*, **Whistleblowing: Law and Practice**, 2010.

BUCKLAND / WILLS, **Blowing in the Wind?** Whistleblowing in the Security Sector, 2012.

DE BUSEKIST/ FAHRING, **Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern**, 68 Betriebs-Berater (2013), 119 ss.;

DE FILIPPI/ BELLI, Law of the Cloud v Law of the Land and Opportunities for Innovation. **European Journal of Law and Technology** 3/2 (2012), p. 1 ss.

DEISEROTH, Whistleblowing in der Sicherheitspolitik, in: **Blätter für deutsche und internationale Politik**, 2004, p. 479 ss.

FENSTER, Disclosure's Effects: WikiLeaks and Transparency. **Iowa L. Rev.**, 97, (2012), p. 753 ss.

FISCHER-LESCANO, Kritik der praktischen Konkordanz. **Kritische Justiz**, 41, (2008), 166 ss.;

FREEMAN, Protecting State Secrets as Intellectual Property: A Strategy for Prosecuting WikiLeaks, **Stan. J. Int'l L.** 48, (2012), 185 ss.

FRNACK, Proportionality in International Law, in: **Law/ Ethics of Human Rights**, 4, (2010), 231 ss.

HERAKLIT, **Fragmente**, Zürich 1983.

HESSE, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Heidelberg 1999, Rdn. 72

HNASCHMANN, Das Verschwinden des Grundrechts auf Datenschutz in der Pluralität von Rechtsregimen, in: **EuGRZ** 2011, 219 ss.

HOEREN, Veröffentlichung geleakter Geheimdokumente. Definitiv keine Frage des Urheberrechts, **Legal Tribune Online** vom 19.04.2013. Disponibel em: <<http://www.lto.de/recht/hintergrund/h/bundesverteidigungsministerium-waz-afghanistanpapiere-urheberrecht/>>. Acesso em 14/08/2013.

HOEREN; HERRING, Urheberrechtsverletzung durch WikiLeaks? Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen, in: 97 **Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht** (2011), 143 ss. (146).

HUMAN RIGHTS COUNCIL, **Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism** (corr.: Martin Scheinin), A/HRC/14/46, 17.5.2010.

I, Declaration of the Independence of Cyberspace, 9.2.1996. Disponível em:

<http://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration> Acesso em 14/08/2013.

ISCHINGER, Das WikiLeaks-Paradox: Weniger Transparenz, mehr Geheimdiplomatie, in: Geiselberger (Org.), **WikiLeaks und die Folgen**, 2011.

KAHN, The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell, 97 **Yale L. J.** (1987), 1 ss. (4-5).

KELSEN, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: 39 **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik** (1915).

KENNEDY, A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law, in: Brownsword u.a. (Org.), **The Foundations of European Private Law**, 2011.

KHEMANI, **The Protection of national Whistleblowers: Imperative but Impossible**, Georgetown University Law Center, Mai 2009, p. 1 ss. (23)

KLATT / MEISTER, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: Klatt (Org.), **Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung**, 2013.

KNILL / BECKER, Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union, in: 36 **dis Verwaltung** (2003), 447 ss.

LADÉUR, 32 Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, **Kritische Justiz** (1999).

LUHMANN, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: *idem.*, **Gesellschaftsstruktur und Semantik**, Vol.2, Frankfurt am Main 1993, p. 45 ss.

LUHMANN, Die Weltgesellschaft, in: 57 **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie** (1971), 1 ss.

MACASKILL, NSA paid millions to cover Prism Compliance Costs for Tech Companies, **The Guardian** v. 23/08/2013.

MARCUSE, Repressive Toleranz, in: Wolf/ Moore/ Marcuse, **Kritik der reinen Toleranz**, Frankfurt am Main 1966, p. 91 ss.

MATHEWS/ SWEET, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, 60 **Emory L.J.** (2011), 102 ss.

MÜLLERS, Vom Gegensatz. Erstes Buch, in: Schroeder/ Siebert et. al. (Org.), **Adam Müller. Kritische, ästhetische und philosophische Schriften**, Neuwied 1967, Bd. 2, p. 195 ss.

OBAMA / BINDEN, **The Obama-Binden Plan**. Disponível em:
<http://change.gov/agenda/ethics_agenda>. Acesso em 05/08/2013.

OGOREK, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtausschweifungen des Michael Kohlhaas, in: KLEIS, **Jahrbuch** 1988/89, p. 96 ss.

PETERSEN, How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law, 14 **German Law Journal** (2013), 1387 ss.

PILZ, Weltweiter Datenschutz, **FAZ** v. 31.07.2013, 19.

POLANYI, **The Great Transformation: Politische und Ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen** (1944), 1995.

POSCHER, Theorie eines Phantoms. Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegensand, 1 **Rechtswissenschaft** (2010).

RAHUL SAGAR, Das mißbrauchte Staatsgeheimnis. WikiLeaks und die Demokratie, in: Geiselberger (Org.), **WikiLeaks und die Folgen**, 2011, p. 201 ss. (217).

RAISER, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, in: 16 **Juristenzeitung** (1961), 465 ss. (472).

REIMER, “_ und machet zu Jüngern alle Völkler?” Von “universellen Verfassungsprinzipien” und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, 52 **Der Staat** (2013), p. 27 ss.

RIDDER, Die Meinungsfreiheit, in: Neumann/ Nipperdey/ Scheuner (Org.), **Die Grundrechte**. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 1954, p. 242 ss.

RIEHM, **Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtswendung**, München 2006.

RITCHIE, Why IMMI matters: The first Glass Fortress in the Age of Wikileaks, 35 **Suffolk Transnt'l L. Rev.** (2012), p. 451 ss.

ROLAND PREUSS, "Man darf eine kritische Öffentlichkeit nicht ausschließen", in: **Süddeutsche Zeitung** vom 10.06.2013.

SCHMOLKE, Whistleblowing-Systeme als Corporate Governance-Instrument transnationaler Unternehmen, in: 58 **Recht der internationalen Wirtschaft** (2012), 224 ss.

SPRINGER *et. al.*, Leaky Geopolitics: The Ruptures and Transgressions of WikiLeaks, in: 17 **Geopolitics** (2012), 681 ss.

SWEET / MATTHEWS, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, **Colum. J. Trans'L** 47 (2008-2009), p. 72 ss.

TAUBERS, **Ad Carl Schmitt**, Gegenstrebige Fügung, 1987.

TEUBNER, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familiensbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, in: **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, 83 (2000), 388 ss.

TEUBNER, Whistleblowing gegen den Herdentrieb?, in: Becker *et. al.* (Org.), **Ökonomi** 39 ss.

TEUBNER, Die Anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" Akteure, in: **Der Staat**, 44, (2006), 161 ss.

TEUBNER, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zu staatszentrierten Verfassungstheorie, in: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 63 (2003), p. 1 ss.

TSAKYRAKIS, Proportionality: An assault on human rights? **I-CON** 7 (2009), 463 ss.

VIELLECHNER, Was heißt Transnationalität im Recht? In: CALLIESS, Graf-Peter (Hg.). **Transnationalisierung des Rechts**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2014.

VON ARNAULD, Die normtheoretische Begründung des Verhältnisfigkeitsgrundsatzes. **Juristenzeitung** 55 (2000), 276 ss.

VON OSSIETZKY, Der Weltbühnen-Prozeß, in: Die Weltbühne vom 31/12/1931, p. 803, reimpresso in: *idem.*, **Sämtliche Schriften**, Bd. VI, Hamburg 1994, p. 249 ss.

WALKER, Transnational Law and the Limits of Balancing, Paper 2009. Disponível em <<http://www.clb.ac.il/workshops/2009/>>. Acesso em 05/08/2013.

WEBBER, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence** 23 (2010), 1979 ss.

WIEGOLD, Interna aus dem Krieg? Verteidigungsministerium pocht aufs Urheberrecht, 08.04.2013. Disponível: <<http://augengeradeaus.net/2013/04/interna-aus-dem-krieg-verteidigungsministerium-pocht-aufs-urheberrecht/>>. Acesso em 14/08/2013.

WIETHÖLTER, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, in: **Kritische Justiz** 18 (1985), 126 ss.

WIETHÖLTER, Rechtswissenschaft, 1986 (Nachdr der Ausgabe von 1968), p. 74.

WINTER, **Widerstand im Netz**. Zur Herausbildung einer transnationalen Öffentlichkeit durch netzbasierte Kommunikation, 2010.