

ESTADO, REGULAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

O FUTURO DAS DEMOCRACIAS: HIPERVIGILÂNCIA,
FAKE NEWS E OUTRAS AMEAÇAS

ORGANIZADORES

ANDRÉ KARAM TRINDADE

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

INGO WOLFGANG SARLET

COORDENADORES

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

ALFREDO COPETTI NETO

tirant
lo blanch

Organizadores

André Karam Trindade
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Ingo Wolfgang Sarlet

Coordenadores

Alexandre Barbosa da Silva
Alfredo Copetti Neto

ESTADO, REGULAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

O FUTURO DAS DEMOCRACIAS: HIPERVIGILÂNCIA, FAKE NEWS E OUTRAS AMEAÇAS



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Diagramação e Capa: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

C895

Estado, regulação e transformação digital : o futuro das democracias: hipervigilância, fake news e outras ameaças [livro eletrônico] / Aldacy Rachid Coutinho ... [et. al.]; André Karam Trindade, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, Ingo Wolfgang Sarlet (org.); Alexandre Barbosa da Silva, Alfredo Copetti Neto (coord.). -1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2023.

1Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-630-6.

1. Estado. 2. Regulação. 3. Tecnologia. I. Título.

CDU: 342.727

Bibliotecária responsável: Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/boo-2023-07-27-64c1c4f3a6ec

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

Organizadores

André Karam Trindade
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Ingo Wolfgang Sarlet

Coordenadores

Alexandre Barbosa da Silva
Alfredo Copetti Neto

ESTADO, REGULAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

O FUTURO DAS DEMOCRACIAS: HIPERVIGILÂNCIA, FAKE NEWS E OUTRAS AMEAÇAS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001

Autores

Aldacy Rachid Coutinho
Alfredo Copetti Neto
Amanda Antonelo
André Karam Trindade
Clarissa Tassinari
Danilo Pereira Lima
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Eugênio Facchini Neto
Fabio Luis Celli
Georges Abboud
Ingo Wolfgang Sarlet
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge Pereira da Silva
Lenio Luiz Streck
Luigi Ferrajoli
Marcos Ehrhardt Jr.
Milton Pereira de França Netto
Phillip Gil França
Thiago Santos Rocha



tirant
lo blanch

NOMINATA DE AUTORES

Aldacy Rachid Coutinho

Doutora em Direito (UFPR). Professora Titular de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná (aposentada). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Inovação e Regulação da UNIVEL.

Alfredo Copetti Neto

Pós-doutorado em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito (UNIROMA3/ITÁLIA). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Inovação e Regulação da UNIVEL. Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

Amanda Antonelo

Mestre em Direito, Inovação e Regulações (UNIVEL).

André Karam Trindade

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (UNIROMA3/ITÁLIA). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Inovação e Regulação da UNIVEL. Professor Visitante da Università Degli Studi Roma Tre.

Clarissa Tassinari

Pós-doutorada em Direito (UNISINOS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

Danilo Pereira Lima

Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Claretiano de Batatais.

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Doutora em Bioética (UnB). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. Presidente da Sociedade Brasileira de Bioética.

Eugênio Facchini Neto

Doutor em Direito Comparado (UNIFI/ITÁLIA). Professor da Escola de Direito e dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Fabio Luis Celli

Mestrando em Direito, Inovação e Regulações (UNIVEL).

Georges Abboud

Livre-docente e doutor em Direito (PUC/SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique (LMUM/ALEMANHA). Professor Titular da Escola de Direito e Coordenador dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Doutor em Direito (LA SAPIENZA/ITÁLIA). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNIVEL e da DAMAS. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Jorge Pereira da Silva

Doutor em Direito (UCP/PORTUGAL). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, onde atualmente dirige a Escola de Direito.

Lenio Luiz Streck

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/PORTUGAL). Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFSC). Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Doutorado dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS e da UNESA/RJ.

Luigi Ferrajoli

Livre Docente em Filosofia do Direito. Professor Emérito da Università Degli Studi Roma Tre. Doctor Honoris Causa em inúmeras Universidades da América Latina.

Marcos Ehrhardt Jr.

Doutor em Direito (UFPE). Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor do Centro Universitário Cesmac.

Milton Pereira de França Netto

Mestrando em Direito (CESMAC).

Phillip Gil França

Pós-doutorado em Direito (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Inovação e Regulação da UNIVEL. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

Thiago Santos Rocha

Doutorando em Direito (PUCRS/OVIEDO).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
-------------------	---

PARTE I CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

POR QUE UMA CONSTITUIÇÃO DA TERRA?	12
Luigi Ferrajoli	
CHAT, AONDE VAMOS?	39
Lenio Luiz Streck	
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E SEUS SENTIDOS	49
André Karam Trindade	
Amanda Antonelo	
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS.....	59
Jorge Pereira da Siva	
A RELAÇÃO DIREITO E POLÍTICA E O RISCO AUTORITÁRIO	80
Clarissa Tassinari e Danilo Pereira Lima	
VERDADE, <i>FAKE NEWS</i> E DEMOCRACIA	92
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	
PANDEMIA E ANOMIA: DO CAOS À ORDEM.....	103
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer	

PARTE II REGULAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

NOTAS SOBRE O DIREITO À RENDA BÁSICA UNIVERSAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA.....	114
Ingo Wolfgang Sarlet e Thiago Santos Rocha	
NOTAS SOBRE REGULAÇÃO E PROTEÇÃO CONSEQUENCIALISTA DE DADOS SENSÍVEIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	131
Phillip Gil França	
O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICÁVEL À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO BRASILEIRO	149
Marcos Ehrhardt Jr. e Milton Pereira de França Netto	
COMPLIANCE JURÍDICO: ENTRE EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA.....	182
Aldacy Rachid Coutinho	
OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NA SOCIEDADE DAS REDES	192
Georges Abboud	

PLATAFORMAS DIGITAIS: POR QUE REGULAR?	197
Alfredo Copetti Neto e Fabio Luis Celli	
MUNDO DIGITAL, ALGORITMOS E PERFILIZAÇÃO: DETECTANDO OS PERIGOS DE UM NEM SEMPRE ADMIRÁVEL MUNDO NOVO.....	206
Eugênio Facchini Neto	

APRESENTAÇÃO

Este livro é o resultado das discussões ocorridas no I Seminário Internacional *Estado, Regulação e Transformação Digital*, que foi realizado entre os dias 17 e 19 de agosto de 2022, em Cascavel, Paraná, Brasil, a partir de uma parceria celebrada entre os Programas de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Univel, Faculdade de Direito de Vitória e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos aqui publicados giram em torno da temática escolhida para pautar a primeira edição desse importante evento na área do Direito: *O futuro das democracias: hipervigilância, fake news e outras ameaças*. Sua proposta contempla questões relacionadas aos perigos que ameaçam concretamente a democracia, enfatizando a importância da regulação nos planos estatal e transnacional, sobretudo em razão da revolução copernicana consistente na transformação digital, levando em conta os desafios que se colocam à sociedade contemporânea, a começar pelo redimensionamento da esfera pública.

Isso porque o universo digital não pode se tornar uma anarquia utópica e muito menos distópica. É imprescindível o compromisso com alguma normatividade, que possa atuar sobre esse espaço/território cujas fronteiras não são predefinidas. Se, no século XX, a preocupação remetia à expansão do Poder Judiciário cuja atuação se comparava à condição de superego da sociedade órfã, o que se observa, agora, é um vasto campo de anomia, em que se satisfazem os interesses privados, sem qualquer clivagem. E, com isso, assume-se o paradoxal risco de um estágio tecnológico, porém, pré-civilizatório, equivalente a uma nova guerra de todos contra todos, ou, ainda, a um estado de natureza digital.

A obra reúne quatorze capítulos, de renomados pesquisadores, nacionais e internacionais, e está dividida em duas partes: a primeira, voltada ao eixo *Constitucionalismo, Democracia e Tecnologias*, aborda os efeitos que o universo digital vem produzindo nos sistemas jurídico, político, econômico e social; a segunda, destinada ao eixo *Regulação e Efetividade dos Direitos no Estado constitucional*, enfrenta problemas que caracterizam a sociedade tecnológica e reivindicam normatividade, como é o caso das fake news, redes sociais, inteligência artificial, proteção de dados, plataformas digitais, algoritmos, entre outros.

Aproveitamos a oportunidade, por fim, para reiterar nossos agradecimentos à Comissão Executiva do evento, nomeadamente aos discentes Amanda Antonele, Carolina Moi, Denner Pereira, Emanueli Kottvitz e Susani Trovo, cujo empenho e dedicação foram imprescindíveis à realização do seminário e, igual-

mente, à organização deste livro. Da mesma forma, cumpre registrar o apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, sem o qual nada disso teria sido possível.

Outono, 2023.

PROF. DR. ANDRÉ KARAM TRINDADE (UNIVEL)
PROF^a. DR^a. ELDA C. DE AZEVEDO BUSSINGUER (FDV)
PROF. DR. INGO WOLFGANG SARLET (PUCRS)

Organizadores

PARTE I

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

POR QUE UMA CONSTITUIÇÃO DA TERRA?¹

LUIGI FERRAJOLI

1. A HUMANIDADE EM UMA ENCRUZILHADA: ENFRENTAR OU SOFRER EMERGÊNCIAS GLOBAIS

O que a pandemia da covid-19 ensina - Há momentos que são encruzilhadas da história, em que a humanidade se depara com uma encruzilhada: involução ou progresso, barbárie ou civilização, catástrofe ou refundação.

Tais, na era moderna, foram as revoluções dos séculos XVIII e XIX que puseram fim ao absolutismo real e deram origem ao estado de direito. Foi uma nova encruzilhada da história, a libertação do nazifascismo e o período constituinte de cinco anos a partir do qual nasceram as rígidas constituições de hoje e o “nunca mais” que eles pronunciaram para os horrores das guerras e do totalitarismo. É mais uma vez uma encruzilhada, talvez a mais dramática e decisiva de sua história, aquela que a humanidade enfrenta hoje: sofrer e sucumbir a múltiplas ameaças e emergências globais, ou opor-lhes a razão jurídica e política através da construção de garantias constitucionais adequadas capazes de enfrentá-las.

Uma dessas emergências, a pandemia da covid-19, explodiu de forma terrível no ano passado e talvez esteja causando um despertar da razão. Não é objetivamente a emergência mais grave: pense apenas no aquecimento climático, destinado, se nada for feito, para pará-lo, para tornar o planeta inabitável, ou a ameaça nuclear, que em um mundo povoado por milhares de ogivas atômicas, capaz de destruir a humanidade várias vezes, também pesa sobre o nosso futuro.

Nem sequer é a emergência de saúde mais grave. Todos os anos, durante muitas décadas, cerca de oito milhões de pessoas morrem de doenças não tratadas, embora tratáveis e tantas outras pela falta de água potável e nutrição básica².

O que tornou a pandemia uma emergência global, vivida de forma mais dramática do que qualquer outra, são quatro de suas características específicas.

1 Tradução de Gilberto Melo e Amanda Antonelo sob a supervisão do Prof. Dr. André Karam Trindade.

2 São 821 milhões de pessoas, um habitante do planeta em nove, que em 2017 sofreram de fome e sede, com a conseqüente morte todos os anos de milhões de pessoas - 7 mil crianças por dia - devido à falta de água e nutrição básica causada pela poluição e fome e a falta de medicamentos vitais necessários. Essas drogas também são chamadas de “drogas órfãs”, porque são órfãs de sua atual razão de ser, que é apenas e evidentemente lucro (Novos dados da FAO sobre a fome mundial: um escândalo que continua em <http://www.oxfamília.org/dal-mondo/nuovi-dati-sulla-fame-nel-mondo>; Dados sobre a fome mundial em <http://www.longweb.org/hunger/hung-ita-eng.htm>; Acesso a medicamentos, em www.unim.org/Guide/Guide/Health/Health-Access-Drugs-Drugs/Drugs-Drug-Drug-Drug-Drug-Drug-Health-Health-Health-Access).

A primeira é o fato de que ela afetou o mundo todo, incluindo os países ricos, paralisando a economia e perturbando a vida diária de toda a humanidade.

A segunda é a sua espetacular visibilidade: devido ao seu terrível balanço diário de infectados e mortos em todo o mundo, ela torna a falta de adequadas instituições supranacionais de garantia, que deveriam ter sido introduzidas em aplicação do direito à saúde estabelecido em tantas cartas internacionais de direitos humanos, muito mais evidente e intolerável do que qualquer outra emergência.

A terceira característica específica, que torna esta pandemia um alerta para todas as outras emergências globais, é que tem sido um efeito colateral dos muitos desastres ecológicos - desmatamento, poluição do ar, aquecimento global, cultivações e pecuária intensivas - e, portanto, revelou as conexões que ligam a saúde das pessoas à saúde do planeta.

Finalmente, o quarto aspecto global da emergência covid-19 é o alto grau de integração e interdependência revelado por ela: o contágio em países mesmo distantes não pode ser indiferente a ninguém, dada a sua capacidade de se espalhar rapidamente por todo o mundo.

Golpeando toda a humanidade sem distinção de nacionalidade e riqueza, colocando a economia de joelhos, alterando a vida de todos os povos da Terra e mostrando a interação entre emergência sanitária e emergência ecológica e a interdependência planetária entre todos os seres humanos, esta pandemia talvez esteja gerando consciência de nossa fragilidade comum e nosso destino comum. Por conseguinte, obriga-nos a repensar a política e a economia e a refletir sobre o nosso passado e o nosso futuro.

Em primeiro lugar, sobre o nosso passado. Esta tragédia marcou o fracasso das políticas liberais. Trouxe à luz a miopia das políticas governamentais, que reduziram - na Itália, como em muitos outros países - os gastos com saúde pública, fechando hospitais, suprimindo leitos e reduzindo o pessoal de saúde, a fim de reduzir impostos e beneficiar a saúde privada. Também pegou todos os governos despreparados, revelando sua total falta de previsão.

Embora o perigo de uma pandemia tenha sido previsto em setembro de 2019 por um relatório do Banco Mundial, nada foi feito para resolvê-lo. Em vista das guerras, exercícios militares são realizados, bunkers são construídos, simulações de ataques e técnicas de defesa são realizadas, armas, tanques e mísseis nucleares são acumulados. Nada foi feito sobre o perigo anunciado de uma pandemia.

A Covid-19 nos fez descobrir a incrível falta das medidas mais básicas para lidar com isso: da escassez de unidades de terapia intensiva à de respiradores,

tampões e máscaras, até a insuficiência absurda de médicos e enfermeiros e a ausência de organização adequada para o atendimento domiciliar. A insensatez da política provou-se mais dramaticamente em países que carecem de saúde pública, a começar pelos Estados Unidos.

A maior potência mundial continuou a produzir mais e mais armas mortais contra inimigos inexistentes, mas se viu carente de respiradores e tampões e, portanto, causou a morte de centenas de milhares de seus cidadãos, muitos mais do que todos os seus mortos na Segunda Guerra Mundial.

Daí a necessidade, sobretudo, de uma reflexão sobre o nosso futuro. Há duas lições a retirar da pandemia, uma relacionada com o caráter público da pandemia e outra relacionada com o caráter abrangente das garantias que podem prevenir e combater.

A primeira lição é reconhecer o valor vital da saúde pública. Com sua carga diária de mortes e infecções, a pandemia tem mostrado o valor inestimável da saúde pública e seu caráter universalista e gratuito, na implementação do direito constitucional à saúde, e a superioridade dos sistemas políticos sobre aqueles em que a saúde e a vida são confiadas aos seguros e à saúde privada.

Apelou e promoveu o fortalecimento dos sistemas de saúde, a multiplicação de leitos e unidades de terapia intensiva, o aumento do número de médicos e enfermeiros e a produção de equipamentos de saúde adequados. Finalmente, mostrou a irracionalidade - e, na minha opinião, a inconstitucionalidade, em contraste com o princípio da igualdade - da existência, na Itália, de 20 sistemas de saúde diferentes correspondentes às regiões.

Só a saúde pública pode garantir a igualdade na garantia do direito à saúde. Só a gestão pública é capaz, em caso de pandemia, de limitar racionalmente os danos causados pelas leis do mercado, que obrigam as empresas a uma louca corrida à reabertura para não serem expulsas pelas empresas mais zelosas, impondo uma suspensão geral das atividades, quanto mais curto e mais seguro, mais uniforme e generalizado, sem possibilidade de sucumbir ou oprimir os outros. Somente a esfera pública pode produzir o equipamento necessário para lidar com epidemias, além da conveniência econômica do momento, e alocar fundos adequados para o desenvolvimento e promoção da pesquisa médica no campo das terapias e vacinas, e para a organização de sua distribuição gratuita a todos como bens básicos.

De forma mais geral, a pandemia da covid-19 tem mostrado a necessidade de reabilitar o papel da esfera pública na gestão da economia. Deixou claro o valor insubstituível e vital do Estado, do qual todos, e mais do que todos os liberais antiestadistas, reivindicam literalmente tudo: cuidados gratuitos e rios de dinhei-

ro para empresas em dificuldade, salvando vidas e salvando empresas, limitação de infecções e recuperação econômica.

Mostrou a insensatez da ideia de que só o mercado é capaz de estabelecer, com base nas perspectivas de aumento de lucros, em que os setores produtivos invistam, sem se preocupar com os danos ao meio ambiente, aos interesses públicos e aos direitos fundamentais de todos. Reabilitou, portanto, a própria ideia de política econômica, tanto industrial, social e fiscal, destinada a regular - favorecendo ou desencorajando com o instrumento fiscal e, se necessário, impondo ou proibindo - o que e como produzir e consumir para proteger os interesses gerais, a proteção do meio ambiente, a qualidade do trabalho e os direitos fundamentais, começando pela saúde.

Em suma, revelou o papel da política como capacidade de orientar o desenvolvimento econômico, desencorajando a produção prejudicial aos bens comuns e aos direitos de todos e promovendo o investimento, inclusive público direto, em pesquisa, saúde, nas escolas, na proteção do patrimônio artístico e natural e apenas em produções ecologicamente sustentáveis.

Há então um segundo ensinamento, não menos importante. Decorre da natureza global da pandemia, que exige, como resposta racional, uma gestão, de natureza global, por uma instituição de garantia global. De fato, experimentamos e entendemos que é suficiente que em alguns países ou regiões sejam tomadas medidas inadequadas ou prematuras para reabrir os perigos da infecção e multiplicar as infecções e mortes em todos os outros países.

Nossa ordem internacional já tem uma Organização Mundial de Saúde. Mas esta instituição está longe de estar à altura das funções de garantia que lhe são confiadas, devido aos meios muito limitados - 4,8 milhões de dólares de dois em dois anos, a maioria de organizações privadas - e à falta de poderes eficazes³. Basta dizer que nem sequer foi capaz de levar medicamentos que salvam vidas - originalmente pouco mais de 200, hoje 460 - aos países pobres do mundo, que há 40 anos atrás ela mesmo decidiu que deveriam ser universalmente acessíveis e cuja falta causa milhões de mortes todos os anos.

Além disso, mostrou, nesta ocasião, uma ineficiência retumbante. Por conseguinte, deve ser reformada e reforçada, em termos de financiamento e de competências, a fim de lhe permitir, em primeiro lugar, prevenir epidemias e prevenir o seu aparecimento; em segundo lugar, responder a situações de emergência com base num princípio de subsidiariedade que permita a adoção de princípios orientadores uniformes aos níveis mais elevados da legislação e aos níveis mais

3 Sobre o controle da OMS por seus doadores, ver N. Denticco, *Ricchi e buoni? Le trame oscure del filantropo-capitalismo*, com prefácio de Vandana Shiva, Emi, Verona 2020.

baixos para os adaptar às diferentes situações territoriais; em terceiro lugar, levar a ajuda médica necessária aos países mais pobres e mais carenciados dos serviços de saúde. Se tivesse havido uma gestão tão unificada e oportuna de vários níveis da pandemia, coordenada por uma verdadeira instituição de garantia global, não lamentaríamos milhões de mortes hoje.

Em vez disso, cada Estado-Membro adotou, em momentos diferentes, medidas diferentes e heterogêneas contra o vírus de região para região, por vezes totalmente inadequadas, porque condicionados pelo medo de prejudicar a economia, e, em todos os casos, fontes de incerteza e conflitos entre os diferentes níveis de tomada de decisão. Mesmo na Europa, os 27 países membros avançaram em direções diferentes, cada um adotando estratégias diferentes, embora uma gestão comum das epidemias seja imposta pelos seus tratados constituintes.

O artigo 168º do Tratado sobre o Funcionamento da União, depois de declarar que “a União deve garantir um elevado nível de proteção à saúde humana”, declara que “os Estados-Membros coordenarão as suas políticas entre si, em ligação com a Comissão” e que “O Parlamento Europeu e o Conselho podem igualmente adotar medidas de proteção da saúde humana, em particular para combater os grandes flagelos que atravessam as fronteiras”. Além disso, o artigo 222º, intitulados “cláusulas de solidariedade”, estabelece que “a União e os Estados-Membros devem agir conjuntamente num espírito de solidariedade quando um Estado-Membro for vítima de uma catástrofe natural”.

O que aconteceu foi que a União Europeia - cuja Comissão tem um Comissário da Saúde entre os seus membros, outro para a coesão e até um Comissário para a gestão de crises - desistiu de assumir a gestão da epidemia com diretivas sanitárias uniformes para todos os Estados-Membros. Felizmente, a União assumiu a avaliação, a compra e a distribuição de vacinas. Mas o carácter planetário das pandemias, que não conhecem fronteiras e afetam a todos, exigiria uma resposta comum e, portanto, a transformação da Organização Mundial de Saúde em uma verdadeira instituição global de garantia, com os poderes e meios necessários para lidar com infecções por meio de medidas uniformes, racionais e adequadas.

2. O PROJETO DE UMA CONSTITUIÇÃO MUNDIAL. AS CATÁSTROFES GLOBAIS COMO EFEITOS DE CRIMES SISTÊMICOS E VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS DE DIREITOS HUMANOS E DE BENS COMUNS

Mas a lição ensinada por essa pandemia não se limita à emergência da Covid-19. Ela revelou a tragédia dos milhões de pessoas que morreram e continuam morrendo pela falta de outros tipos de vacinas e outros medicamentos que salvam vidas: vítimas do mercado, mais do que das doenças, já que os medicamentos capazes de os salvar não estão disponíveis em seus países pobres, seja porque são

patenteados e, portanto, muito caros, ou porque não são mais produzidos por falta de demanda, uma vez que se referem a doenças erradicadas e desaparecidas nos países ricos.

Não apenas isso. Essa lição vai muito além da questão de saúde. A pandemia revelou-se um efeito da agricultura intensiva e outras agressões ao meio ambiente, que por sua vez causaram o aumento das desigualdades e das migrações em massa. A partir da consciência da gravidade de todas essas emergências e de seus nexos de causa e efeito, pode seguir a tomada de consciência de que elas só podem ser enfrentadas e, antes disso, prevenidas, se ocorrer um salto de civilização no direito, na política e na economia, ou seja, a ampliação, em nível planetário, do paradigma do constitucionalismo rígido adotado pelas atuais democracias constitucionais no rescaldo da libertação do nazifascismo.

É precisamente essa a proposta que apresentamos com nosso projeto de uma Constituição Mundial na assembleia realizada em Roma, na Biblioteca Vallicelliana, em 21 de fevereiro de 2020⁴. Por que uma Constituição do mundo? Porque existem emergências e catástrofes globais, como a pandemia ainda em curso, que não fazem parte da agenda política dos governos nacionais, embora a sobrevivência da humanidade dependa de sua solução: o aquecimento global e a poluição global dos mares e do ar, que afetam principalmente as populações dos países pobres, apesar de serem produzidos pelo desenvolvimento insustentável dos países ricos; as guerras e os perigos de catástrofes e conflitos nucleares causados pelas milhares de ogivas nucleares ainda presentes no planeta; o aumento das desigualdades e da pobreza e a morte de milhões de pessoas a cada ano por falta de alimentação básica e medicamentos que salvam vidas; a produção e disseminação de armas que causam guerras e centenas de milhares de assassinatos a cada ano; o drama, finalmente, de crescentes massas de migrantes que fogem dessas tragédias para depois encontrar, quando não perdem a vida em suas terríveis odisséias, a opressão racista devido às suas identidades pessoais diferentes.

Essas catástrofes não são desastres naturais. Certamente não são configuráveis como crimes no sentido criminal. Como suas vítimas, que podem ser identificadas com povos inteiros e às vezes com toda a humanidade, seus autores também não são identificáveis com indivíduos, mas com os mecanismos do sistema econômico e político.

⁴ Veja, no site www.costituienteterra.it, o apelo porque a história continua. Apelo-proposta para uma Constituição da Terra, escrito por Raniero La Valle e publicado no "manifesto" de 27 de dezembro de 2019, e os relatórios inaugurais - na assembleia de 21 de fevereiro de 2020 em que foi proposta a criação de uma ou mais escolas sobre este projeto - por R. La Valle, vamos perguntar o pensamento. As razões de uma Escola e L. Ferrajoli, por que uma Constituição da Terra? publicou este, com um post *Scriptum* três meses depois sobre a pandemia como uma confirmação dramática da necessidade deste salto de civilização, também em "Teoria Política", 2020, pp. 39-57.

Além disso, tal como os seus efeitos catastróficos de massa, que não podem ser identificados em eventos danosos individuais e determinados, nem mesmo as ações que os causaram, também de massa, são geralmente comportamentos singulares e determinados, como tais prefiguráveis como crimes, consistindo de conjuntos complexos de atividades políticas e econômicas implementadas por uma indeterminada e indeterminável pluralidade de sujeitos.

Trata-se, em suma, de ataques aos direitos das pessoas que o direito penal não pode fazer face, uma vez que não têm todos os requisitos impostos pelos seus princípios garantidos: o princípio da legalidade estrita e a determinação dos fatos puníveis pelo nexos causal entre ações individuais e cataclismos ambientais e sociais, até o princípio da responsabilidade pessoal em matéria penal.

E, no entanto, essas tragédias não são fenômenos naturais. As milhões de pessoas que morreram de fome, sede e doenças não tratadas, como resultado das políticas de pilhagem dos países ricos e da total incapacidade de fornecer ajuda. Nem são os cataclismos e a devastação ambiental causados pelo atual desenvolvimento industrial ecologicamente devastador. Menos ainda são as políticas de fechamento e refluxo das quais milhares de migrantes são vítimas todos os anos. Estas catástrofes também não são meras injustiças. Trata-se de violações maciças dos direitos fundamentais consagrados nas numerosas Cartas Constitucionais, tanto nacionais como supranacionais.

Devemos, portanto, perguntar-nos se é admissível que a criminologia, a ciência jurídica, a ciência política e o debate público ignorem tais atrocidades, que não são fatos naturais ou mesmo inevitáveis, mas causadas pelo anarcocapitalismo global de hoje. Devemos nos perguntar se o debate científico e político pode ignorar tais ataques aos direitos e bens fundamentais, que por um lado estão em desacordo com todas as nossas cartas constitucionais e internacionais e, por outro lado, são capazes de produzir danos incomparavelmente maiores do que todos os crimes praticados pelo direito penal, anular todas as nossas conquistas civilizatórias e pô-las em perigo, em pouco tempo, o futuro da humanidade.

Acredito que uma resposta racional a esta pergunta requer uma atualização e uma refundação das categorias com as quais lemos e interpretamos a realidade. A este respeito, surgem duas questões fundamentais: a primeira diz respeito à noção de “crime” e ao papel científico e explicativo da criminologia e, em geral, da ciência jurídica; a segunda diz respeito à resposta institucional a tais desastres.

A criminologia tradicional e o debate público sempre foram totalmente subordinados ao direito penal, tendo concebido, referido e estigmatizado como “crimes” apenas o comportamento desviante previstos pelo direito penal como um crime.

Deste modo, tanto as ciências jurídicas como as sociais e o debate político desempenharam e continuam a desempenhar um duplo papel de legitimidade ideológica: a desqualificação como injusta e moralmente repreensível dos únicos fatos previstos como crimes pelos nossos sistemas penais e a legitimação como justa, ou pelo menos tão permissível e não injusta, de todos os fatos não configurados como crimes. Isso resultou, especialmente nos últimos anos, em um singular achatamento, no debate público e no senso comum, do jurídico, bem como político e moral, sobre os únicos parâmetros do direito penal, tornando-se a principal chave para a compreensão das falhas e responsabilidades da política.

Somente os fatos previstos e julgados como crimes, ou seja, como crimes em sentido penal, despertam indignação e estigmatização moral e política. Tudo o que não é proibido como crime é considerado permitido. Fenômenos antijurídicos como os aqui mencionados, incomparavelmente mais catastróficos do que todos os crimes, justamente porque não são enfrentados pelo direito penal, são, de fato, tolerados com resignação ou pior com indiferença.

A emancipação e autonomia científica da criminologia e da ciência jurídica e, além disso, a autonomia política do debate público exige, ao contrário, que a previsão de um fato como crime não seja considerada condição necessária de sua qualificação como “crime” obviamente num sentido não criminal.

Uma criminologia científica que não se subordina a escolhas legislativas contingentes de política criminal deve conceber como crimes, além dos crimes mais graves previstos e punidos pelo direito penal, também aquelas atividades políticas, econômicas e sociais que, embora não atribuível à responsabilidade criminal dos indivíduos, são, no entanto, responsáveis por desastres planetários em contraste com os princípios constitucionais elementares formulados nas muitas cartas e convenções sobre direitos humanos que nossos sistemas jurídicos são dotados.

Portanto, é necessário ampliar a noção de “crime” para incluir esses ataques. Devemos reconhecer a inadequação da atual noção de ato criminoso, ancorada na responsabilidade pessoal de seu autor, para explicar condutas ofensivas não atribuíveis a pessoas individuais, e, no entanto, extremamente prejudicial para povos inteiros e às vezes para toda a humanidade, além de ser contrário à lei e aos direitos, como a devastação ambiental, explosões nucleares e ameaças, os milhões de mortes todos os anos devido à falta de medicamentos, água e alimentação básica.

Por conseguinte, propus introduzir no léxico jurídico e político um conceito de ‘crime’ mais abrangente do que o de crime penal, a fim de incluir também está ampla classe de violações maciças de direitos e bens fundamentais, embora não substanciais, tais como crimes penais, em atos individuais atribuíveis à res-

ponsabilidade de pessoas específicas. Chamei a estas violações legais de crimes sistêmicos⁵.

Não se trata, veja bem, dos crimes dos poderosos, que ainda são crimes cuja gravidade e tendência à impunidade foram investigados por uma grande literatura de criminologia crítica. Também não são crimes de Estado ou crimes contra a humanidade, que agora também estão previstos no direito penal internacional na sequência desse grande feito que foi a criação do Tribunal Penal Internacional, embora até agora tenham permanecido em grande parte impunes⁶.

Os crimes sistêmicos, embora consistam em violações em massa dos direitos humanos constitucionalmente estabelecidos, são outra coisa. Não são infrações penais, carecendo de todos os elementos constitutivos do crime. Seus traços distintivos - aqueles que, se quisermos usar a linguagem do direito penal, podemos chamar de seus “elementos constituintes” - são dois: o caráter indeterminado e indeterminável tanto da ação quanto do evento, geralmente catastrófico, e o indeterminado e plurisubjetivos tanto de seus autores quanto de suas vítimas, geralmente consistindo em populações inteiras e às vezes em toda a humanidade.

É, pois, evidente que a previsão destes «crimes sistêmicos» poderia muito bem envolver o estabelecimento de uma ou mais jurisdições internacionais, com o poder de as apurar juntamente com responsabilidades políticas pela sua prática: por exemplo, uma jurisdição internacional sobre ataques ambientais, outra sobre a fome mundial e doenças curáveis, mas não tratadas, e ainda outra sobre os milhões de mortes causadas a cada ano pelo uso de armas de fogo.

O que importa é a autonomia, no debate público, do ponto de vista externo em relação ao interno do direito penal, para que violações maciças atribuíveis a responsabilidades não criminais, mas políticas, possam ser chamadas pelo nome, crimes, na verdade.

De fato, foi por causa da subordinação ao direito penal e dos filtros seletivos e justamente garantidos através dos quais as infrações penais são identificadas,

5 Veja, no site www.costituenteterra.it, o apelo porque a história continua. Apelo-proposta para uma Constituição da Terra, escrito por Raniero La Valle e publicado no “manifesto” de 27 de dezembro de 2019, e os relatórios inaugurais - na assembleia de 21 de fevereiro de 2020 em que foi proposta a criação de uma ou mais escolas sobre este projeto - por R. La Valle, vamos perguntar o pensamento. As razões de uma Escola e L. Ferrajoli, por que uma Constituição da Terra? publicou este, com um post Scriptum três meses depois sobre a pandemia como uma confirmação dramática da necessidade deste salto de civilização, também em “Teoria Política”, 2020, pp. 39-57.

6 Essa impunidade, por séculos de tradição, foi a regra que cobriu os muitos genocídios produzidos pelas políticas das potências ocidentais: desde o genocídio das populações indígenas das Américas até os massacres que acompanharam as conquistas coloniais. Veja T. Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'“altro”* (1982), tr. it. di A. Serafini, Einaudi, Torino 1992; Y. Ternon, *Lo Stato criminale. I genocidi del XX secolo* (1995), tr. it. di A. Agrati, Corbaccio, Milano 1997; W. Morrison, *Criminologia, Civilizzazione e nuovo orden mundial* (2006), tr. sp. di A. Piombo, Anthropos, Barcelona 2012, com apresentação de E. R. Zaffaroni e *Estudio preliminar* di Camilo Bernal, Sebastián Cabezas, Alejandro Forero, Inaki Rivera e Ivan Vidal; B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi* (2005), tr. it. di A. Flores d'Arcais, Il Mulino, Bologna 2006; P. P. Portinaro, *L'impenativo di uccidere. Genocidio e democrazia nella storia*, Laterza, Roma-Bari 2017. Ver também as sentenças do Tribunal Permanente dos Povos reunidas no Tribunal Permanente dos Povos. As sentenças: 1979-1998, editadas por G. Tognoni, Stefanoni, Lecco 1998, amplamente dedicadas à impunidade dos crimes de Estado.

que a criminologia tradicional e o debate político acabaram ignorando esses macrocrimes do sistema e, em conjunto, os políticos, responsabilidade econômica e social pelos danos gigantescos que causam.

E é somente porque tais crimes não são tratados nem tratáveis pela justiça criminal, devidamente ancorados nos princípios garantidos da responsabilidade individual e da determinação da conduta punível, que eles não produzem escândalo, mas aceitação acrítica - banalização do mal - como se fossem fenômenos naturais e inevitáveis.

Por esta razão, para prevenir e combater essas violações, é necessário promover sua percepção social como crimes intoleráveis de importância constitucional, mesmo que não atribuíveis à responsabilidade legal de indivíduos e pessoas específicas: como “crimes sistêmicos” a fim de destacar, com este conceito “polêmico”⁷, o contraste com as pré-condições da vida civil e com todos os valores da nossa civilização em conjunto, imputar a comissão às responsabilidades políticas e morais daqueles que poderiam impedi-la, planejando e introduzindo garantias adequadas do direito internacional. Não esqueçamos que a linguagem jurídica tem sempre um papel performativo para o bom senso.

3. AS RAZÕES DE UMA CONSTITUIÇÃO DA TERRA: A INVERSÃO DO UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS E A SOBREVIVÊNCIA DA HUMANIDADE

Pois bem, a prevenção desse macrosistema penal pode ser alcançada, a partir de uma política que esteja à altura dos desafios globais, apenas impondo limites estritos e restrições constitucionais aos poderes atualmente selvagens da política e da economia.

Passo agora à segunda e mais importante questão levantada por estas emergências, a da resposta institucional capaz de as enfrentar. Essa resposta, isto é, um sistema adequado de limites e constrangimentos aos poderes globais que a cultura jurídica e política tem o ônus do planejamento, só pode consistir na expansão do paradigma constitucional para a ordem internacional.

Claro, este projeto - a estipulação de uma Constituição da Terra - pode parecer improvável. Como é possível, em tempos como estes, de crise das democracias nacionais, mesmo nos países mais avançados, conceber uma democracia cosmopolita e uma constituição global que une não um povo, mas centenas de povos heterogêneos, por vezes em conflito? Como pode tal pacto ser comparti-

7 A expressão “conceito polêmico” é usada por P. P. Portinaro em seu livro “L'imperativo di uccidere” para denunciar comportamentos desumanos e despertar alarme social em relação ao genocídio.

lhado por 196 estados soberanos e por novos soberanos irresponsáveis e invisíveis nos quais os mercados se transformaram?

O argumento que defendo é que os argumentos muito céticos subjacentes a estas questões - os processos de desconstrução em nossas democracias, a ausência de um povo global homogêneo e a existência de estados e mercados soberanos - são razões teóricas para a necessidade urgente de um alargamento internacional do paradigma constitucional. Aqui surge uma questão teórica fundamental sobre a natureza e o papel das Constituições. Pode-se ter duas concepções opostas de ‘constituição’, que por sua vez supõem duas noções opostas de ‘povo’ e ‘vontade popular’ e são a base de tantas concepções opostas de ‘democracia política’.

A Constituição pode ser concebida como a expressão da identidade e da vontade de um povo. É a concepção nacionalista e identitária da constituição formulada por Carl Schmitt nos anos 30 do século passado e reavivada, junto com a ideia do povo como um macro sujeito dotado de uma vontade unificada e democracia como a onipotência das maiorias, pelos muitos populismos e soberanos de hoje.

Cada constituição, escreveu Schmitt, é a expressão da “identidade” e “unidade do povo como um todo político”⁸, isto é, o ato que “constitui a forma e a espécie de unidade política, cuja existência é pressuposta”⁹. Sua base axiológica seria a coesão social e a homogeneidade cultural dos sujeitos a que se destina, ou pior, em sua vontade comum e identidade nacional. Constituições, portanto, pressupõem a existência de um *demos* homogêneo e de sua vontade unitária própria como fontes não só de sua eficácia, mas também de sua legitimidade.

Diametralmente oposta é a concepção da constituição como um sistema de limites e constrangimentos impostos a todos os poderes por sua rigidez, para garantir o pluralismo político e os direitos fundamentais constitucionais. De acordo com este paradigma, a constituição deve ser entendida, de forma hobbesiana, como um pacto de vida pacífica entre diferente e desigual: um pacto de não agressão, com o qual é conveniente proteger e respeitar todas as diferenças pessoais de identidade, e um pacto de ajuda mútua, com a qual se concorda com a redução de desigualdades econômicas e materiais excessivas.

Por isso, a constituição é tanto mais legítima, necessária e urgente quanto mais profundas, heterogêneas e conflituosas são as diferenças pessoais que ela tem o dever de proteger e quanto mais evidentes e intoleráveis são as desigualdades materiais que ela é chamada a remover ou reduzir. Ela não serve para representar

8 C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), tr. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, pp. 135 e 241.

9 C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), tr. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, §§ 1, 3 e 18, pp. 15, 39 e 313 ss. Si veda anche, di C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* (1933), tr. it. in *Principi politici del nazionalsocialismo*, a cura di D. Cantimori, Sansoni, Firenze 1935.

organicamente uma suposta vontade do povo ou expressar alguma homogeneidade social ou identidade coletiva. Se fosse apenas um reflexo da vontade comum de todos, teria conteúdos mínimos e extremamente genéricos e poderia ser facilmente dispensada.

Ela serve para garantir o princípio da igualdade e os direitos fundamentais de todos, inclusive contra a maioria, e, portanto, assegurar a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e eventualmente em conflito.

Como estabelece as pré-condições da vida civil, sua legitimidade, ao contrário das leis ordinárias, consiste no fato de não ser desejada por todos, mas de garantir a todos; não tanto na forma de sua produção - em “quem” a produz e em “como” é produzida - mas sim na substância, ou seja, no conteúdo das normas constitucionais produzidas; não, portanto, no consentimento da maioria, mas na igualdade, por ela estipulada, de todos os seus destinatários, ou seja, em sua “*égalité en droits*”, como diz o artigo 1 da Declaração de 1789.

Se essa Declaração tivesse sido colocada em votação na França do final do século XVIII, ela teria sido aprovada apenas por uma ínfima minoria. Por isso, porque seu fundamento reside não no consentimento, mas na garantia de todos, a Constituição, como contrato social em forma escrita, é necessária e vital, ainda mais do que em nível nacional, em nível internacional, onde as diferenças culturais e políticas e as desigualdades econômicas e materiais são maiores e, portanto, os perigos de guerra ou opressão são maiores¹⁰.

Se isso for verdade, a expansão para além do estado do constitucionalismo não consiste apenas na sua expansão. É também, e acima de tudo, uma realização dela. De fato, há uma contradição não resolvida, explicitamente presente na Carta das Nações Unidas, entre o constitucionalismo dos direitos universais e a defesa da soberania do Estado, entre o princípio da paz e a falta de um monopólio de força na ONU, entre o universalismo dos direitos fundamentais e a cidadania. É, portanto, um salto qualitativo no constitucionalismo que está sendo imposto hoje pelas atuais ameaças mortais ao futuro da Terra e da humanidade.

O paradigma constitucional confirmado pela sua universalização é, de fato, incompatível com a cidadania, que é o último acidente de nascimento - um direito de ter direitos - que diferencia as pessoas por razões de *status*, quanto com a soberania, já que constituições rígidas não permitem poderes instituídos ilimitados. “A soberania pertence ao povo”, muitas constituições democráticas ainda afirmam.

10 Sobre a distinção e oposição entre essas duas concepções diferentes de constituições, povo e democracia, refiro-me a “La costruzione della democrazia” nos parágrafos 3. 10, 5. 4 e 6. 2, páginas 173-175, 239-247 e 282-288.

Mas essa regra é compatível com o paradigma constitucional, que não admite poderes absolutos, apenas se for entendida em dois sentidos complementares: negativamente, no sentido de que a soberania pertence ao povo e a mais ninguém, e nenhum poder constituído, nem a assembleia representativa nem o presidente eleito podem apropriar-se dela e usurpá-la¹¹; positivamente, no sentido de que, não sendo o povo um macro sujeito, mas o conjunto de todos os associados, a soberania pertence a todos e a cada um, identificando-se com o conjunto desses fragmentos de soberania, isto é, de poderes e contrapoderes, que são os direitos fundamentais que cada um detém. A soberania, em suma, pertence a todos ou, o que é o mesmo, não pertence a ninguém.

Mas as razões e os fundamentos do constitucionalismo global não são apenas teóricos. Não expressam ou satisfazem apenas a concepção pluralista e garantista das constituições e da democracia, em oposição à sua concepção de identidade e soberania. Consiste antes, e sobretudo, no fato muito mais premente de que somente um constitucionalismo global pode garantir a sobrevivência da humanidade. De fato, é completamente improvável que quase 8 bilhões de pessoas, 196 estados soberanos, dez dos quais equipados com armas nucleares, um capitalismo voraz e predador e um sistema industrial ecologicamente insustentável possam sobreviver por muito tempo sem enfrentar a devastação do planeta, até a sua inabitabilidade, ao crescimento das desigualdades e da pobreza e, juntos, dos racismos, fundamentalismos, totalitarismos e criminalidade.

Diante desses desafios globais à razão jurídica e política, devemos reconhecer que as políticas dos Estados-nação são impotentes e inadequadas. A inércia e o silêncio dos governos em torno das catástrofes humanitárias, guerras e desastres ecológicos dos quais as massas de migrantes fogem e nossas leis inúteis e nossas fronteiras militarizadas não são capazes de parar. Certamente essa inadequação das políticas nacionais também se explica pela sua subordinação à economia gerada pela corrupção, conflitos de interesses e lobby. Mas depende sobretudo de duas aporias graves que afetam a democracia política, ambas ligadas à relação das políticas nacionais, por um lado, com o tempo e, por outro, com o espaço.

As políticas nacionais estão vinculadas aos tempos curtos, aliás muito curtos, das disputas eleitorais, ou pior ainda, das urnas, e aos espaços restritos dos territórios nacionais: tempos curtos e espaços estreitos que evidentemente impedem os governos estaduais, interessados apenas no consenso eleitoral, de abordar os desafios e problemas globais com políticas que as correspondam.

11 É o que estabelece o artigo 1 do Título III da Constituição francesa de 1791: "A soberania... pertence à nação; nenhuma parte do povo, nem qualquer indivíduo pode atribuir-se o seu exercício».

As ameaças mais graves ao futuro da humanidade - devastação ambiental, explosões nucleares, massacres de migrantes, fome, miséria e doenças não tratadas que causam a morte de milhões de seres humanos todos os anos - são assim ignoradas pela nossa opinião pública e pelos governos nacionais e não entram na sua agenda política, inteiramente ligados aos estreitos espaços abertos pelas disputas eleitorais;

Por causa da prática diária das pesquisas em vista apenas dos prazos eleitorais, a política também está perdendo as dimensões do tempo: por um lado a amnésia, isto é, a perda da memória das guerras mundiais, do fascismo e do “nunca mais” que deu origem as constituições e cartas do segundo pós-guerra; por outro lado, a miopia e a irresponsabilidade para o futuro não imediato e para os problemas globais. Só assim podemos explicar o retorno da guerra que ocorreu nestes anos e a indiferença despreocupada à destruição contínua do meio ambiente e aos prognósticos nefastos para o futuro do nosso planeta.

A democracia de hoje, em suma, conhece apenas espaços estreitos e tempos imediatos. Não lembra e, de fato, remove o passado e não assume responsabilidade pelo futuro, ou seja, pelo que acontecerá após os prazos eleitorais e além das fronteiras nacionais. Ela é afetada pelo localismo e presenteísmo. É claro que a visão míope de curto prazo e espaço limitado não pode deixar de permanecer ancorada aos interesses do contingente e do nacional e, portanto, excluir qualquer perspectiva de projeto capaz de assumir os problemas supranacionais e o futuro.

A democracia entra assim em conflito com a racionalidade política, ou seja, com os interesses a longo prazo dos próprios países democráticos. E corre o risco de colapsar também nos sistemas nacionais. Também porque no mundo globalizado de hoje o futuro de cada país depende cada vez menos da política interna e cada vez mais de decisões externas, tanto políticas como econômicas.

Por esta razão, os crimes sistêmicos, mesmo que catastróficos, não podem ser combatidos pelos Estados-nação. Todos estão interligados: a fuga dos migrantes é o produto das mudanças climáticas, das guerras e do crescimento da pobreza, que por sua vez são fruto do capitalismo selvagem e predatório, por sua vez, apoiados por políticas liberais e pela desintegração das subjetividades coletivas provocadas pela precarização das relações de trabalho, em benefício do populismo e suas campanhas identitárias e racistas¹².

O que os une, e que justifica seu nome como crimes sistêmicos, é que somente decisões sistêmicas e globais, na implementação de limites e restrições

12 N. Chomsky, *Verso il precipizio* (2017), tr. it. di A. Bartolozzi, Castelvecchi, Roma 2018; G. Mastrojeni e A. Pasini, *Effetto Sema Effetto Guerra. Il clima impazzito, le ondate migratorie, i conflitti* (2017), Chiarelettere, Milano 2020. Una complessa politica alternativa alla catastrofe è disegnata da A. Pettifor, *Green New Deal. Cosa è e come possiamo finanziarlo* (2019), tr. it. di T. Fazi, Fazi Editore, Roma 2020.

constitucionais, são capazes de enfrentá-los. Nenhum Estado abrirá totalmente as suas fronteiras se os outros Estados não o fizerem. Nenhum governo jamais, por si só, abordará os problemas da desigualdade global, da fome e da sede no mundo e das doenças não tratadas de centenas de milhões de pessoas. Nenhum país, especialmente àqueles com armas nucleares, realizará o desarmamento unilateral.

Muito menos os Estados assumirão individualmente a responsabilidade de salvar o planeta através de uma conversão ecológica das suas economias. Só uma garantia constitucional global pode permitir à humanidade romper esta espiral perversa, substituindo-a pela sinergia oposta entre as várias classes de direitos fundamentais e as dimensões e níveis de democracia correspondentes.

4. DUAS INOVAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL NO QUE DIZ RESPEITO AO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO: A IMPOSIÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE GARANTIA GLOBAIS E A EXPANSÃO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL AOS PODERES DOS ESTADOS SOBERANOS E DOS MERCADOS GLOBAIS

É a partir dessa consciência trivial, elementar, que nasce a ideia de um movimento de opinião que visa a promoção de um constitucionalismo supranacional capaz de preencher o vazio de direito público produzido pela assimetria entre o carácter global dos atuais poderes selvagens dos mercados e o carácter ainda predominantemente local da política e do direito.

Esta não é uma hipótese utópica. É, ao contrário, a única resposta racional e realista para o mesmo dilema que foi enfrentado há quatro séculos por Thomas Hobbes: a insegurança geral determinada pela liberdade selvagem dos mais fortes, ou o pacto de coexistência pacífica com base na proibição da guerra e na garantia da vida. Com duas diferenças fundamentais entre a sociedade natural do *homo homini lupus* hipotetizado por Hobbes e o estado da natureza em que, de fato, os 196 Estados soberanos e os grandes poderes econômicos e financeiros globais, por sua vez dotados de soberania absoluta, se encontram. A primeira é que a atual sociedade selvagem das potências globais é uma sociedade que já não é povoada por lobos naturais, a Comunidade Europeia tem o dever de garantir que os Estados-Membros e os mercados sejam controlados por lobos artificiais - os Estados e os mercados - e que são substancialmente controlados pelos seus criadores e equipados com uma força destrutiva incomparavelmente maior do que qualquer armamento anterior.

A segunda é que, ao contrário de todas as outras catástrofes do passado, as guerras mundiais, os horrores do totalitarismo, as catástrofes de hoje, e em particular as ecológicas e nucleares, são em grande parte irreversíveis, e talvez não

tenhamos tempo para formular novos “nunca mais”: existe de fato o perigo de se tomar consciência da necessidade de as combater quando já for tarde demais.

Esse pacto de coexistência pacífica, não devemos esquecer, já havia sido concluído pela humanidade após a Segunda Guerra Mundial e a libertação do nazifascismo. Naquele extraordinário quinquênio constituinte, entre 1945 e 1949, após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade parecia tomar consciência de sua própria fragilidade. Não só as democracias nacionais foram refundadas nos países libertados pelo fascismo com base nos limites e restrições impostos por constituições rígidas às decisões das maiorias. Também foi refundado, com a Carta das Nações Unidas e, em seguida, com as muitas cartas de direitos humanos, o direito internacional, que foi transformado, por um sistema de acordo de relações entre Estados soberanos com base em tratados, num sistema jurídico em que todos os Estados-Membros estão sujeitos ao mesmo direito, nomeadamente a proibição da guerra e o respeito e a aplicação dos direitos humanos. Já temos, portanto, um embrião da constituição do mundo, que consiste na Carta das Nações Unidas e nas muitas cartas, declarações, convenções e pactos internacionais de direitos humanos. No plano legislativo, o paradigma constitucional já foi incorporado à ordem internacional.

Dessa constituição global embrionária, no entanto, houve, juntamente com a perda de memória do “nunca mais” à guerra e o totalitarismo nela estipulados, um conspícuo processo de desconstrução. Os princípios da paz, da igualdade e dos direitos fundamentais nela contidos teriam exigido a introdução das suas garantias: garantias de paz, através da aplicação do capítulo VII da Carta das Nações Unidas e, por conseguinte, do monopólio supranacional da força, a dissolução dos exércitos nacionais e a proibição de armas; garantias de direitos sociais à saúde, à educação e à subsistência, através do financiamento adequado de instituições de garantia globais como a FAO e a Organização Mundial de Saúde; garantias de bens comuns contra a sua devastação, através do estabelecimento de propriedades planetárias; garantias judiciais, a partir do controle da constitucionalidade e convencionalidade, contra violações de proibições e obrigações impostas para garantir os direitos estabelecidos.

Com exceção da criação do Tribunal Penal Internacional para Crimes contra a Humanidade, cujo estatuto as grandes potências não aderiram, pouco ou nada foi feito. Os princípios da paz e da igualdade e dos direitos fundamentais, tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais, permaneceram no papel, prejudicados e ineficazes com impunidade.

Pois bem, a proposta de uma Constituição da Terra pretende levar a sério esses princípios, que são vigentes, mas ineficazes, introduzindo, como remédios para sua ineficácia, suas garantias e as funções e instituições de garantia relaciona-

das. Uma das hipóteses teóricas que estão na base do projeto “Terra Constituinte” é de fato uma reformulação da tipologia clássica e da separação de poderes formulada há 270 anos por Montesquieu, na presença de um sistema institucional extremamente mais simples do que os sistemas políticos atuais.

Consiste na distinção entre instituições governamentais e instituições de garantia¹³. As instituições de governo são aquelas investidas com funções políticas, escolha e inovação discricionária no que podemos chamar de esfera de tomada de decisão: não apenas, portanto, as funções governamentais adequadas de gestão política e administrativa, mas também as funções legislativas. As instituições de garantia, por outro lado, são aquelas dotadas de funções ligadas à aplicação da lei e, em particular, do princípio da paz e dos direitos fundamentais, para garantir o que chamei de esfera do não decisível (qual ou qual não), como funções de garantia judicial ou secundária, mas mesmo antes das funções atribuídas à garantia primária de direitos sociais, como instituições escolares, instituições de saúde, instituições de assistência social, instituições de segurança social e similares.

As funções e instituições do governo são legitimadas pela representação política, e, portanto, é certo que elas devem ser, tanto quanto possível, dentro da competência dos Estados nacionais, não fazendo muito sentido um governo representativo planetário baseado no princípio clássico de “uma cabeça um voto”. Pelo contrário, as funções e as instituições que garantem a paz e os direitos fundamentais são legitimadas não pelo consenso da maioria, mas pela universalidade dos direitos fundamentais e, portanto, não só podem, mas em muitos casos devem ser introduzidas internacionalmente.

É sobre essa diversidade de suas fontes de legitimidade - a maioria consentane com as funções de governo e o caráter antimajoritário das funções de garantia, tanto primárias quanto secundárias - que o princípio da separação de poderes se baseia, em minha opinião. O que, portanto, precisa ser introduzido em nível global, na implementação do paradigma constitucional, ainda não é o estabelecimento de uma reprodução improvável e nem mesmo desejável da forma supranacional do Estado - uma espécie de super-estado mundial, baseado na democratização política da ONU - mas a introdução de técnicas, funções e instituições adequadas para garantir os princípios de justiça e direitos humanos constitucionalmente estipulados.

Em particular, são necessárias duas ordens de inovações garantidas em relação à atual declaração de direitos: a) a introdução de garantias primárias, as

13 Quanto à distinção entre funções e instituições de governo e funções e instituições de garantia, como base para uma reformulação da separação de poderes, referência a *Principia iuris. Teoria del diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, §§ 12. 6-12. 7, pp. 869-879 e a *La costruzione della Democrazia* cit. § 3. 8-3. 9, pp. 160-168; §§ 5. 7-5. 8, pp. 254-263; § 8. 2, pp. 399-405.

funções relevantes e as instituições de garantia primária, que consistem em proibições e obrigações correspondentes às expectativas negativas ou positivas em que consistem todos os direitos fundamentais; b) a introdução de garantias secundárias, asseguradas pelas respectivas funções e instituições de garantia secundária e que consistem na reparação jurisdicional dos danos das garantias primárias¹⁴.

A primeira inovação consiste na previsão e depois na implementação das garantias primárias. Ao contrário das constituições nacionais e das muitas cartas internacionais de direitos, uma Constituição da Terra deve prever e impor, no texto constitucional, não apenas as funções legislativas, executivas e judiciais tradicionais, mas também as funções e instituições de garantia primária dos direitos fundamentais. Há, de fato, uma característica destes direitos que explica a sua ineficácia na ausência de uma política capaz de os implementar.

Ao contrário dos direitos de propriedade, cujas garantias primárias surgem juntamente com os direitos garantidos – a dívida juntamente com crédito, a proibição de lesão juntamente com o direito real de propriedade - os direitos fundamentais não surgem juntamente com as suas garantias, que podem muito bem faltar e, de fato, estão faltando no direito internacional.

Precisam, portanto, de regras de execução que introduzam, a nível global, garantias primárias e as suas instituições, como um serviço mundial de saúde, uma organização mundial de trabalho e educação, um domínio planetário, tributação global e afins. Grande parte destas funções e instituições da contramajoritárias – em matéria de meio ambiente, da defesa dos bens comuns, da redução das desigualdades e da criminalidade transnacional - dizem respeito a problemas globais, como a protecção do ecossistema, fome, doenças não tratadas e segurança, que exigem respostas globais que apenas as instituições de garantia global podem fornecer.

Acima de tudo, a falta dessas funções e instituições de garantia é a grande lacuna no direito internacional de hoje, equivalente a uma violação flagrante dele. E são essas garantias e essas funções e instituições de garantia que devem ser concebidas e depois introduzidas e impostas normativamente na Constituição da Terra, a fim de proteger a humanidade de suas próprias políticas e práticas irresponsáveis.

Nesta perspectiva, devemos, em primeiro lugar, garantir rigorosamente os direitos de liberdade e de imunidade, através da protecção de todas as diferenças pessoais - de sexo, etnia, língua, religião, opiniões políticas e condições sociais,

14 Eu distingui várias vezes entre garantias primárias e garantias secundárias e entre as funções e instituições relacionadas às garantias: Veja, *Principia iuris* cit., § 10. 16-10. 18, pp. 668-684; *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi Editore, Modena 2017, pp. 45-53 e 58-62; *La costruzione della democrazia* cit., § 2. 9-2. 10, pp. 112-120.

como afirma o artigo 3º, parágrafo 1º, da Constituição Italiana - e a proibição de qualquer forma de discriminação ou opressão ligada a tais diferenças. Em segundo lugar, é necessário reforçar as instituições globais existentes de saúde e nutrição básica - a OMS e a FAO - impondo obrigações à esfera pública para financiar os serviços relacionados, como as restrições orçamentárias introduzidas pela Constituição Brasileira de 1988 e consistindo na previsão de cotas mínimas de despesas a eles destinadas¹⁵.

Para o efeito, será necessário prever um sistema fiscal mundial capaz de financiar as funções internacionais de garantia: o imposto *Tobin* sobre as transações internacionais, que está em discussão há anos¹⁶, mas também a possível tributação para utilização e enriquecimento indevido, mas também a eventual tributação pelo uso e enriquecimento indevido, por parte dos países ricos, dos bens comuns da humanidade, como as órbitas dos satélites, as bandas de éter e os recursos minerais dos fundos oceânicos.

Atualmente, estes bens são usados gratuitamente e até mesmo devastados como se fossem *res nullius* em vez de, de acordo com as convenções internacionais existentes sobre o mar e sobre os espaços extra-atmosféricos, “o patrimônio comum da humanidade”¹⁷, cuja utilização e prejuízo justificam, em benefício dos países pobres, indenizações por enriquecimento indevido ou indenização por danos capazes de compensar amplamente suas dívidas externas. Não só. A estas hipóteses de tributação e compensação deve acrescentar a introdução de impostos reais de natureza global, que teriam a vantagem, entre outras coisas, de criar um registro mundial de capitais e, assim, garantir a transparência dos poderes econômicos e financeiros, limitar seus abusos e relações com a economia ilegal e pôr fim aos atuais paraísos fiscais¹⁸.

15 O artigo 212 da Constituição brasileira estabelece, em matéria de educação, que “a União aplicará anualmente não menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não menos de 25% da receita resultante de impostos... para a manutenção e o desenvolvimento do ensino”. O artigo 198, §§ 2 e 3 estabelece, por sua vez, em matéria de saúde, que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios utilizarão anualmente, para ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos resultantes da aplicação de percentuais” que uma lei complementar n. 141 de 13. 1. 2012 estabeleceu na medida de 12% para os Estados e 15% para os Municípios e para a União, acrescentando que eles devem aumentar com o crescimento do PIB.

16 Sobre a Taxa Tobin, veja R. Bellofiore e E. Brancaccio (org.), *Il granello di sabbia. I pro e i contro della Tobin Tax*, Milão, 2002, que contém uma série de textos, incluindo o artigo de James Tobin, *A Proposal for International Monetary Reform*, publicado na revista “*Eastern Economic Journal*”, 1978, n. 3-4, pp. 153-159, que apresentou a proposta.

17 As expressões “patrimônio comum da humanidade” e “pertencente à humanidade como um todo” são usadas pelo artigo 1 do Tratado sobre as atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico exterior de 27 de janeiro de 1967 e pelo artigo 136 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de novembro de 1982.

18 É a proposta de um imposto global e progressivo sobre o capital avançada por Th. Piketty, *O Capital no Século XXI* (2013), traduzido por S. Arecco, Bompiani, Milão 2014, cap. 15, pp. 814-824, e retomada por A. B. Atkinson, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare* (2015), traduzido por V. B. Sala, Raffaele Cortina, Milão 2015, cap. 5, pp. 151-152, pp. 206-208 e 243. Piketty hipotetizou, para tal imposto, uma alíquota de 1% sobre patrimônios entre um e cinco milhões de euros, 2% sobre a fração de patrimônios acima de cinco milhões de euros e 5% ou 10% sobre frações superiores a 1 bilhão de euros; ele também propôs um imposto europeu sobre o capital com as mesmas alíquotas, calculando que isso afetaria 2,5% da população e produziria uma receita equivalente a 2% do PIB europeu (*Il capitale cit.*, p. 816 e pp. 837-842). Atkinson, por sua vez, menciona uma proposta da Oxfam de um imposto mundial de 1,5% sobre patrimônios acima de 1 bilhão de dólares, que geraria uma receita de 74 bilhões de dólares e propõe a criação de uma “administração fiscal mundial” que ajudaria a reduzir a opacidade dos patrimônios e a evasão fiscal (*Disuguaglianza cit.*, p. 206).

Além disso, para proteger bens comuns como água, ar, grandes geleiras e grandes florestas, é necessário prever um domínio planetário, removido não apenas do mercado, mas também da política pelo grau constitucional de suas normas constitutivas. Para garantir a paz, é necessário assegurar o monopólio da força militar da ONU e a proibição das armas nucleares e convencionais, cuja propagação é a causa de guerras endêmicas e de centenas de milhares de assassinatos todos os anos.

Por último, temos de transformar as atuais instituições econômicas e financeiras internacionais - o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio - em instituições de garantia independentes do controle dos países mais ricos, a fim de lhes permitir executar os objetivos estabelecidos nos seus próprios estatutos: promover o desenvolvimento dos países pobres, aumentar o emprego e reduzir os desequilíbrios e as desigualdades excessivas.

A segunda inovação que deve caracterizar uma Constituição da Terra consiste no alargamento para além do Estado do paradigma constitucional, através da sua posição no topo de todas as fontes - estatais e internacionais, público e privado - e a consequente expansão das garantias secundárias, isto é, a justificabilidade de suas violações confiadas a instituições jurisdicionais adequadas, antes de tudo uma jurisdição global de constitucionalidade.

É a exigência da rigidez constitucional que uma Constituição da Terra, graças a essas instituições, possa garantir os limites e constrangimentos nela estabelecidos também no que diz respeito aos poderes supra ou extra estatais, para garantir, além dos direitos, também bens fundamentais.

O constitucionalismo de hoje tem um limite que só uma Constituição da Terra pode superar. É um constitucionalismo do direito público, ancorado na forma do Estado nacional e declinado como um sistema de limites e constrangimentos para garantir os direitos fundamentais.

As expressões “estado de direito”, “estado legislativo de direito”, “estado constitucional de direito” são significativas: apenas o Estado e a política seriam, na tradição liberal, o *locus* do poder e estariam sujeitos a restrições e controle. A sociedade civil e o mercado, por outro lado, seriam o reino da liberdade, que se preocuparia principalmente com a proteção contra os abusos e desmandos do poder público. As relações internacionais, por sua vez, são concebidas como o lugar da soberania, ainda que fracamente vinculadas ao respeito aos tratados.

A Constituição da Terra que nós propomos elaborar será caracterizada por uma ampliação do paradigma constitucional para além do Estado, em três direções: a) primeiro na direção de um constitucionalismo supranacional ou de um direito internacional, para além do constitucionalismo estatal atual, através da

prestação de funções supraestatais e de instituições de garantia iguais aos poderes econômicos e políticos globais; b) em segundo lugar no sentido de um constitucionalismo do direito privado, para além do constitucionalismo atual do direito público, através da introdução de um sistema adequado de regras e garantias contra as atuais potências selvagens dos mercados; c) em terceiro lugar para um constitucionalismo dos bens fundamentais, para além dos direitos fundamentais, através da prestação de garantias destinadas a preservar e garantir o acesso de todos ao gozo de bens vitais, como os bens comuns, mas também medicamentos que salvam vidas e nutrição básica.

Estas são três expansões ditadas pela própria lógica do constitucionalismo, cuja história é a história de um alargamento progressivo de suas salvaguardas: dos direitos de liberdade nas primeiras declarações e constituições do século XIX, o direito à greve e os direitos sociais nas constituições do século passado, os novos direitos à paz, ao ambiente, à informação, à água, à alimentação e aos bens comuns, cuja proteção internacional é agora absolutamente vital e fundamental, mas ainda não é constitucionalizada.

Tem sido, e continuará a ser, uma história social e política, bem como teórica, uma vez que nenhum desses direitos é sempre de cima, mas todos eles foram conquistados por movimentos revolucionários ou reformistas: as grandes revoluções americana e francesa, depois os levantes do século XIX na Europa pelos estatutos, depois a luta de libertação antifascista da qual nasceram as constituições rígidas de hoje, finalmente as lutas operárias, feministas, pacifistas e ecológicas das últimas décadas.

5. A POSSIBILIDADE, A OBRIGAÇÃO, A NECESSIDADE E A URGÊNCIA DE UMA CONSTITUIÇÃO DA TERRA. VERDADEIRA UTOPIA, VERDADEIRO REALISMO

Como mencionado no § 3, a expansão do paradigma constitucional para além do Estado representa também a sua concretização, devido à ligação entre o pacifismo institucional e a superação da soberania externa dos Estados e entre o universalismo dos direitos e sua indivisibilidade como direitos de todos os seres humanos. Somente uma Constituição da Terra pode superar aqueles fatores de divisão e discriminação da espécie humana que são as diferentes soberanias e as diferentes cidadanias e, portanto, concretizar os princípios da paz e da igualdade e o universalismo dos direitos fundamentais.

Somente graças às ampliações aqui hipotéticas do constitucionalismo, Estados e mercados deixarão de ser valores intrínsecos e fins em si mesmos, como hoje desejam soberanistas e liberais, e se transformarão em instrumentos de garantia dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais de todos constitu-

cionalmente estabelecidos. Somente tais ampliações poderão restaurar a geografia democrática dos poderes abalada pela sua confusão e pela inversão de fato do governo político da economia no governo econômico da política.

É nesta inversão da relação entre política e economia, provocada pela assimetria entre o carácter global do segundo e o ainda único carácter estatal do primeiro, que reside o principal fator de crise das nossas democracias constitucionais. Atualmente, já não são os Estados-Membros que garantem a concorrência entre empresas, mas, pelo contrário, são as grandes empresas transnacionais que colocam os Estados-Membros em concorrência, favorecendo aqueles em que as garantias de emprego e os direitos fundamentais são menos garantidos, falta de proteção ambiental e aumento das possibilidades de corromper ou de outra forma condicionar os governos.

Por esta razão, a alternativa é hoje radical: ou um processo constituinte se desenvolve de carácter supranacional, primeiro europeu e depois global, ou seja, a construção de uma esfera pública planetária capaz de limitar a soberania selvagem dos mercados e Estados mais poderosos, de garantir os direitos e bens vitais de todos, ou não apenas nossas democracias estão em perigo, mas também a paz e a habitabilidade do planeta. É difícil prever se esse processo conseguirá se desenvolver ou se continuará prevalecendo a miopia e a irresponsabilidade dos governos. No entanto, duas coisas são certas. Já os mencionei, mas é bom insistir neles.

A primeira tese correta é que essa ampliação é possível. O paradigma constitucional é, de fato, um paradigma formal que não nos diz nada sobre quais são os poderes que ele é chamado a limitar e vincular, nem quais são os direitos e princípios substantivos de justiça que ele é chamado a garantir.

Consiste essencialmente em uma sintaxe lógica, ou seja, na estrutura graduada dos sistemas normativos, que implica a proibição de contradição e a obrigação de implementar os princípios constitucionalmente estabelecidos, quaisquer que sejam seus conteúdos e poderes aos quais se destinam. São esses conteúdos e poderes que precisam ser identificados normativamente.

A primeira condição de uma Constituição da Terra é, portanto, a recusa da ideia repetida nos últimos anos por todos os governantes e seus apoiadores, de que “não há alternativas” aos arranjos de poder e políticas atuais. Essa é uma tese claramente ideológica, de legitimação do que está acontecendo e do que não está acontecendo.

A alternativa existe, e é a introdução não apenas possível, mas também obrigatória - porque implicada e imposta por aquelas expectativas positivas ou negativas que consistem nos direitos estabelecidos - de funções e instituições adequadas de garantia em apoio ao projeto, já delineado pela Carta da ONU e pelas

muitas cartas supranacionais dos direitos humanos, de um direito internacional modelado no paradigma constitucional.

São essas funções e instituições de garantia, principalmente as primárias, que devem ser concretamente construídas para superar a evidente lacuna que está desacreditando os direitos estabelecidos nessas cartas como meras declarações ideológicas. E isso só é possível se sua introdução for expressamente prevista e prescrita por uma Constituição da Terra que, como ocorreu com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reúna e reelabore em um único texto, rigidamente acima de todas as outras fontes, tanto estaduais como internacionais, as “tradições constitucionais comuns” a todas essas cartas. Os verdadeiros problemas apresentados por essa perspectiva não são de natureza teórica ou técnica, mas apenas de natureza política, ligados à míope indisponibilidade dos poderes mais fortes - as superpotências militares, as grandes empresas multinacionais e os mercados financeiros - em se submeterem à lei e aos direitos.

A segunda tese certa é que no mundo globalizado de hoje, a construção de uma esfera pública internacional garantidora da paz, dos direitos humanos e dos bens comuns é a única alternativa racional e realista para um futuro de devastação, guerras e violência capazes de prejudicar os interesses de todos. A deflorestação e a urbanização estão ameaçando a habitabilidade do planeta. Calcula-se que 15 milhões de árvores são cortadas por dia no mundo e que, devido à ação humana, cerca de 3 trilhões de árvores foram derrubadas, o que equivale a cerca de metade das árvores existentes na Terra.

Ao mesmo tempo, foram produzidos bilhões de toneladas de cimento e ocorreu a extinção de milhares de espécies animais. Dessa forma, as condições de vida em nosso planeta estão sendo minadas pelo deterioramento da qualidade do ar, da água e do solo. Por outro lado, após os Estados Unidos se retirarem, em 2 de agosto de 2019, do tratado de desarmamento progressivo (Intermediate-Range Nuclear Treaty [INF]) assinado por Reagan e Gorbachev em 1987, foi reaberta uma corrida armamentista, em benefício dos lobbies dos fabricantes de armas e em desafio ao Tratado de Desarmamento votado um ano antes, em 7 de julho de 2017, por 122 países, ou seja, dois terços dos membros da ONU¹⁹.

19 O Tratado de Desarmamento proíbe “desenvolver, testar, produzir, adquirir ou possuir armas nucleares”, bem como “transferi-las para qualquer destinatário” e até mesmo “permitir qualquer implantação, instalação ou disseminação de armas nucleares em seu território». Obviamente, não foi assinado por nenhum dos Estados com armas nucleares, nem por países, como a Itália, em cujos territórios estão localizadas as armas nucleares de outras pessoas. Mas é precisamente o facto de ter sido assinado pela grande maioria dos países da comunidade internacional que torna criminosa a ameaça nuclear que pesa sobre o futuro de toda a humanidade e que provém da minoria de países que assinaram it. Hoje, no mundo, existem 13.440 ogivas nucleares (eram 69.940 no auge da Guerra Fria, antes do tratado de desarmamento de 1987), na posse de nove países: 6.375 na Rússia, 5.800 nos Estados Unidos, 290 na França, 320 na China, 215 no Reino Unido, 160 no Paquistão, 150 na Índia, 90 em Israel e 40 na Coreia do Norte. Estes são os dados de junho de 2020, relatados em Sipri: em 2020, existem mais de 13.400 ogivas nucleares no mundo em liberamb. altvista.org/sipri-in-2020-são-mais-de-13-400-o-testado-nuclear-no-mundo.

É certo, portanto, que hoje ou avançamos no processo constituinte, primeiro europeu e depois global, através da construção de funções e instituições supranacionais adequadas que garantam a paz e os direitos vitais de todos, ou vamos para trás, de uma forma brutal e radical, ao ponto de pôr em perigo, repito, a habitabilidade do planeta e a sobrevivência da humanidade.

Ou são impostos limites, no interesse de todos, ao desenvolvimento selvagem do capitalismo global, ou enfrentamos um futuro de catástrofes: a devastação ambiental resultante de um crescimento industrial ecologicamente insustentável; possível auto-destruição nuclear em um mundo repleto de armas incomparavelmente mais letais do que as de qualquer outro tempo no passado; o crescimento exponencial da desigualdade, da pobreza e da fome, bem como da criminalidade organizada, do fundamentalismo e do terrorismo; a fuga crescente dos migrantes dos seus países, cada vez mais inabitáveis pelas mudanças climáticas.

Certamente, a perspectiva de uma Constituição da Terra é combatida por interesses poderosos e preconceitos consolidados. Mas não devemos confundir problemas teóricos com problemas políticos e considerar utópico ou irrealista, ocultando as responsabilidades da política, o que simplesmente não se quer fazer e, por isso, é improvável que seja feito.

Devemos evitar a falácia determinística do realismo político vulgar, que consiste na naturalização do que acontece de fato e em uma espécie de legitimação mútua da teoria e da realidade: a legitimação científica, por meio da descrição do funcionamento real das instituições, da tese teórica de que não há alternativas ao primado das leis do mercado e, inversamente, a legitimação política das leis do mercado pela teoria como as normas fundamentais reais, porque efetivas, muito mais do que todas as normas jurídicas e constituições. Esse tipo de “realismo” acaba por legitimar e concordar como inevitável o que continua sendo obra dos homens e da qual os atuais atores de nossa vida econômica e política são responsáveis.

A verdadeira utopia, a hipótese mais irreal e improvável, de fato, se a ação dos homens não mudar, é a ideia de que a realidade possa permanecer indefinidamente como está: que poderemos continuar por muito tempo baseando nossas ricas democracias e nosso próspero padrão de vida na fome e miséria do resto do mundo, na força das armas e no desenvolvimento economicamente insustentável de nossas economias.

Tudo isso não pode durar por muito tempo. É o mesmo preâmbulo da Declaração de 1948 que estabelece realisticamente uma relação de interdependência entre paz e direitos, entre segurança e igualdade. Embora a atual ausência de uma esfera pública global equivale à lei do mais forte, ela não beneficia, a longo prazo,

nem mesmo os mais fortes: a Terra, diz um antigo slogan do movimento contra a globalização selvagem, é para todos o único planeta que temos.

O verdadeiro realismo, a única resposta racional aos desafios globais, é a construção de uma esfera pública global que leve a sério as promessas formuladas naquele embrião de constituição do mundo, formado pelas muitas cartas de direitos. Por isso, promovemos o projeto “Constituinte Terra” e o desenvolvimento de um movimento de opinião em seu apoio, que deveria envolver todo o mundo da cultura jurídica e política - juristas, economistas, teóricos da política de todo o mundo - em um trabalho de reflexão coletiva e que poderia se unir à atual mobilização de milhões de jovens em defesa da Terra.

Por isso, projetamos uma escola “Constituinte Terra”, na verdade várias escolas, cujo papel não é ensinar, mas sim estimular a reflexão e a imaginação teórica sobre as técnicas e instituições de garantia adequadas para enfrentar os desafios e as catástrofes globais. O movimento de opinião e de luta política e a organização das escolas estão conectados entre si. Essas escolas, aliás, terão sucesso somente se forem acompanhadas pelo que Rudolf Jhering chamou de “luta pelo direito” e que hoje deve ser *uno* com a luta por uma Constituição da Terra, indispensável não apenas para a fundação de uma democracia cosmopolita, mas também para a defesa e a refundação das democracias nacionais.

Estas escolas devem refletir sobre todas as questões e emergências que colocam a humanidade em perigo e devem identificar as técnicas de garantia mais relevantes. Eu mencionarei quatro delas, todas de natureza global: a) catástrofes ecológicas; b) guerras nucleares e produção e multiplicação de armas; c) fome e doenças não tratados; d) migrações em massa. Mas há muitas outras questões e emergências sobre as quais devemos refletir: exploração do trabalho, várias formas de opressão das mulheres, ameaças à democracia e desequilíbrios de poder - e não apenas os benefícios inegáveis - representados pelas tecnologias da informação hoje²⁰.

No entanto, devemos evitar o pessimismo derrotista e paralisante, destinado a se transformar em uma resignada aceitação do existente. Sem a “esperança de tempos melhores”, escreveu Kant, “um sério desejo de fazer algo útil para o bem geral nunca teria excitado o coração humano”²¹.

20 Sobre estas quatro emergências, referência, novamente, ao meu *La Costruzioni della democrazia* cit., cap. VIII, pp. 394-450.

21 I. Kant, Acima do ditado comum: ‘isso pode estar certo na teoria, mas não é verdade para a prática’ (1793), em Id., *Escritos políticos e filosofia da história e do direito*, tr. en. by G. Solarí and G. Vidari, Utet, Turin 1965, p. 276. “No triste espetáculo”, acrescenta Kant, “Não tanto dos males que, por causas naturais, afligem a humanidade, mas daqueles que os homens se entregam entre si, a alma se alivia com o pensamento de um futuro melhor, e este é um sentimento desinteressado, pois estaremos por muito tempo na sepultura, e não colheremos os frutos que semeamos parcialmente. Não foram apresentadas provas empíricas contra a viabilidade da implementação destes desenhos com base em informações sobre a natureza do projeto. Na verdade, para dizer que algo ainda não aconteceu e, portanto, nunca acontecerá, assim como não justifica o abandono de um projeto pragmático ou técnico (como viagens aéreas por balões), muito menos o abandono de um final tardio, trata-se de um dever para a Comissão, se não for impossível alcançá-lo. Por outro lado, há razões para afirmar que a espécie humana, em sua totalidade, realmente progrediu em nossos tempos, no sentido mourisco, em comparação com as épocas anteriores”.

Já que a esperança de progresso forma o pressuposto do compromisso moral e político e, portanto, se opõe como uma energia política permanente constituindo à aceitação passiva, porque inevitável, do existente. Essa esperança não é o fruto de um otimismo genérico. Ela se baseia na razão.

É determinada pela consciência teórica da possível solução dos problemas globais, por meio da expansão do paradigma garantista e constitucional em nível supranacional. Precisamente as emergências planetárias até aqui ilustradas, começando pela pandemia do covid-19 que une todos os povos do mundo em uma mesma tragédia, podem oferecer a ocasião para induzir as populações do planeta a colocar de lado os muitos conflitos e interesses particulares e unificar suas energias em torno de batalhas comuns, contra ameaças comuns, por causas comuns.

Nesse aspecto, precisamente, a pandemia do Covid-19, porque revelou a total falta de garantias dos direitos estabelecidos por tantas cartas e convenções e a assustadora inadequação das instituições internacionais existentes, está talvez confirmando a máxima de Giambattista Vico, segundo a qual o que parece e é “adversidade” também pode se tornar - ou melhor, pode se tornar - “oportunidade”.

Na verdade, estão surgindo duas novidades. Pela primeira vez na história, está se manifestando um interesse público e geral muito mais amplo e vital do que todos os diferentes interesses públicos do passado: o interesse de todos pela sobrevivência, assegurado hoje pelos cuidados e vacinas e, amanhã, pelas garantias dos bens comuns e dos direitos fundamentais de todos como limites e restrições a todos os poderes, políticos e econômicos.

Não apenas isso. Pela primeira vez, após anos de políticas liberais, está prevalecendo no debate público e também na prática de muitos governos, o princípio de que o cuidado do Covid-19 e depois a vacina não deve ser confiada às lógicas do mercado, mas garantidos igualmente a todos. Essas são as duas grandes novidades positivas que parecem ser geradas por essa e outras emergências globais: a crescente interdependência entre todos os povos da terra, capaz de gerar uma solidariedade sem precedentes entre todos os seres humanos e refundar a política como política interna do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. Pettifor, *Green New Deal. Cosa è e come possiamo finanziarlo* (2019), tr. it. di T. Fazi, Fazi Editore, Roma 2020.
- B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi* (2005), tr. it. di A. Flores d'Arcais, Il Mulino, Bologna 2006.
- C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), tr. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981.
- C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), tr. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984.
- C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* (1933), tr. it. in *Principii politici del nazionalsocialismo*, a cura di D. Cantimori, Sansoni, Firenze, 1935.

- Ferrajoli, Luigi. *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021.
- Ferrajoli, Luigi. *Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea*, in “Crítica penal y poder”, 2013, n. 4.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, §§ 12.6-12.7.
- Ferrajoli, Luigi. *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi Editore, Modena 2017, pp. 45-53 e 58-62.
- Ferrajoli, Luigi. *Crimini di sistema e crisi dell'ordine internazionale*, in “Teoria politica”, 2019, n. 7, pp. 401-412.
- G. Mastrojeni e A. Pasini, *Effetto Serra Effetto Guerra. Il clima impazzito, le ondate migratorie, i conflitti* (2017), Chiarelettere, Milano 2020.
- James Tobin, *A Proposal for International Monetary Reform*, pubblicato in “Eastern Economic Journal”, 1978, n. 3-4, pp. 153-159.
- La Valle, Raniero. *Perché la storia continui. Appello-proposta per una Costituzione della Terra*. 2019. Disponibile em: www.costituenteterra.it.
- N. Denticò, *Ricchi e buoni? Le trame oscure del filantropo-capitalismo*, con prefazione di Vandana Shiva, Emi, Verona 2020.
- N. Chomsky, *Verso il precipizio* (2017), tr. it. di A. Bartolozzi, Castelvecchi, Roma 2018.
- P.P. Portinaro, *L'imperativo di uccidere. Genocidio e democidio nella storia*, Laterza, Roma-Bari, 2017.
- R. Bellofiore e E. Brancaccio (a cura di), *Il granello di sabbia. I pro e i contro della Tobin Tax*, Feltrinelli, Milano 2002.
- Tribunale permanente dei popoli. *Le sentenze: 1979-1998*, a cura di G. Tognoni, Stefanoni, Lecco 1998
- T. Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'“altro”*, 1982, tr. it. di A. Serafini, Einaudi, Torino 1992.
- Y. Terson, *Lo Stato criminale. I genocidi del XX secolo* (1995), tr. it. di A. Agrati, Corbaccio, Milano 1997.
- W. Morrison, *Criminología, Civilización y nuevo orden mundial* (2006), tr. sp. di A. Piombo, Anthropos, Barcelona 2012, con presentazione di E.R. Zaffaroni e *Estudio preliminar* di Camilo Bernal, Sebastián Cabezas, Alejandro Forero, Inaki Rivera e Ivan Vidal.

CHAT, AONDE VAMOS?

LENIO LUIZ STRECK

1. INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia é inegável. Criamos mecanismos que nos servem de instrumento para o cotidiano. Repito e ênfase: a tecnologia nos serve.

Ciente disso, jogo na retranca e adianto: não sou contra a tecnologia e a utilizo diariamente. Apenas me classifico como um jurássico em matéria de Constituição. Ocorre que a ciência (saber) não pode ser substituída pela tecnologia, de modo que o problema do Direito não se limita à falta de uso da tecnologia.

Quem faz trabalho de massa, inclusive, necessita de alta performance tecnológica, mas isso em hipótese alguma justifica o sacrifício da epistemologia. O simples acesso a mais informação não implica a melhoria do conhecimento em Direito, das decisões judiciais ou da efetiva análise dos argumentos bradados pelos advogados. Isso porque, nas mãos de néscios, a informação não se converte em conhecimento nem em sabedoria, processo que demanda a atuação de um excelente professor de carne e osso.

Digamos assim: informação qualquer um tem a disposição; conhecimento, menos pessoas; saber, bem menos; sabedoria, poucos a possuem.

A tecnologia promove apenas a democratização da informação, não do conhecimento. Por isso reitero há anos: não existe intelectual bronzado (é uma metáfora) e Direito é coisa séria.

Logo, lembremo-nos de sermos mestres das nossas criações. Existe algo que as máquinas não podem nos tirar. Surpreendente, parecemos insistir em procurar maneiras de lhes entregar o elemento de humanidade.

Este é o primeiro ponto a ser desenvolvido na sequência. Afinal, a tecnologia pode nos substituir ou não? Há uma compreensão em nível filosófico a ser abordada.

Tanto a metafísica clássica como a moderna buscavam um fundamento último para o conhecimento. Aparentemente, a aposta mais atual é a de que a tecnologia se tornará a medida de todas as coisas. Uma espécie de retorno ao passado, por mais paradoxal que isso soe.

Os desdobramentos mais recentes da filosofia rompem com a perspectiva de um fundamento último, identificando a humanidade no conhecimento prático. Este é o contexto em que se insere o questionamento.

Hoje, buscamos facilidades sem nos darmos conta dos perigos que a criação nos oferece.

A moda agora é a inteligência artificial. Operando como um oráculo, a ferramenta profere verdades incontestáveis (em certa medida o são e este é exatamente o problema). Não temos critérios, nem argumentos, nem Direito, temos respostas a perguntas que esperamos sejam formuladas pela própria inteligência artificial.

Tornamo-nos, ao fim e ao cabo, IA Dependentes.

Ao democratizar o “conhecimento”, instituímos a Algorocracia. Sucumbimos à era da técnica. O império do “dispositivo”.

2. A RAZÃO PRÁTICA

Começamos pelo início. A primeira parte deste texto exporá as noções básicas para a compreensão da minha crítica.

Do ano de 388 a. C., a obra Crátilo, de Platão, pode ser tida como a primeira obra de filosofia da linguagem. A seu respeito, remeto à seguinte passagem do meu Dicionário de Hermenêutica

Crátilo é um tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem. Nesse sentido, são contrapostas duas teses/posições sobre a semântica: o **naturalismo**, pelo qual cada coisa tem nome por natureza (o logos está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo, e o **convencionalismo**, posição sofística defendida por Hermógenes, pelo qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas. O Crátilo, portanto, representa o enfrentamento de Platão à sofística.¹

A passagem é importante na medida em que evidencia as duas correntes às quais se filiam a metafísica clássica e a metafísica moderna.

Segundo o naturalismo presente em Aristóteles, as palavras só tinham sentido porque correspondem à essência das coisas. Ou seja, é a essência de cão que opera como fundamento e pressuposto para o sentido da palavra “cão”. Sob esta perspectiva, afirma-se, então, a existência de uma ordem objetiva que ampara a unidade de significação das palavras, pressupondo-se uma ontologia.

Para o naturalismo, portanto, o intelecto está condicionado pela coisa, por sua essência. Logo, a verdade se resumiria à correspondência das palavras ao mundo (*adeaquatatio intellectum et rei*) e o papel da linguagem se resumiria a intermediar a relação do ser humano com o mundo de forma a melhor extrair e representar a essência das coisas.

1 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 questões fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 223-224.

Não se trata de coincidência, assim, predominarem descrições analíticas acerca da metafísica clássica.

A realidade, nesse sentido, deve ser vista como algo exterior, colocando-se a linguagem como mero **instrumento** que se coloca entre o sujeito e o objeto (esquema sujeito-objeto²). Ênfase tal elemento para evidenciar que a forma de se compreender a realidade na metafísica clássica se aproxima muito da metafísica moderna, apesar de esta não acreditar na essência das coisas.

Explico.

É René Descartes quem dá início à metafísica moderna com seu “*cogito ergo sum*” (penso, logo existo). Há aqui o deslocamento do fundamento de todas as coisas para o sujeito pensante. Ou seja, não há mais uma busca pela essência das coisas como algo exterior, pois ocorre uma transição da substancialidade para a subjetividade.

O sujeito moderno transforma o esquema sujeito-objeto, mas não o supera. Surge a subjetividade assujeitadora das coisas. Não há mais uma busca incessante pela realidade na essência das coisas porque a única verdade é a de que o sujeito pensa, sendo essa a verdade inabalável capaz de orientar a formação de qualquer afirmação válida.

Toda a verdade, então, depende do uso seguro ou assegurador da *ratio*. Para tanto, *veritas* se transforma em *certitudo*. Alcançar esta certeza passa pela correta utilização do método científico, ferramenta capaz de assegurar a racionalidade e veracidade das afirmações.

Neste sentido, verifico a aproximação entre a metafísica clássica com a moderna. Ainda se busca um ponto arquimediano para a observação do mundo. Assim, fica mais evidente a minha afirmação anterior no sentido de que houve uma mudança no esquema sujeito-objeto, apesar de não haver propriamente a sua superação.

No que diz respeito à Teoria do Direito, o positivismo jurídico tem sua raiz no positivismo científico, fruto da subjetividade assujeitadora do mundo da metafísica moderna. O convencionalismo do sujeito moderno, apesar de visar a promover uma ruptura com o realismo, acaba por propagar uma forma de enxergar o mundo bastante próxima da metafísica clássica. Isso se dá principalmente em razão de seguir vinculado ao esquema sujeito-objeto.

Para o sujeito moderno, não há critérios capazes de constranger suas afirmações. Afinal, a subjetividade passa a definir o que é ou não real sob este para-

2 Cf. Verbetes específicos no meu Dicionário de Hermenêutica. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 questões fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

digma, pouco importando o “objeto” ao qual se refere o sujeito, pois é este quem o molda conforme a sua **vontade** (*adequatatio rei et intellectum*). Trata-se de uma postura não cognitivista acerca da moral³ que abre espaço para o conceito metaético do emotivismo ou expressivismo:

[...] a doutrina segundo a qual juízos valorativos [...] — ou, mais especificamente, “[...] todos os juízos morais [...]” — “[...] são nada mais que expressões de preferência, de atitude, de sentimentos, na medida em que tenham caráter moral ou valorativo [...]”⁴

Este é o sujeito moderno: solipsista e viciado em si mesmo (*Selbstsüchtiger*). Destaquei o termo **vontade** no parágrafo anterior porque é exatamente este o problema, o surgimento de correntes voluntaristas que autorizam dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, autorizando o estabelecimento de um “grau zero de sentido” (como se isso fosse possível) e prevalecendo o que diz a autoridade sobre o assunto. Nietzsche reproduz a perspectiva moderna ao afirmar: “fatos não há; só há interpretações”.

Assim como na metafísica clássica, portanto, a metafísica moderna tem na linguagem mero **instrumento** capaz de ser aperfeiçoado no sentido de ser mais eficiente na tarefa de expressar a vontade do sujeito moderno.⁵

Minha Crítica Hermenêutica do Direito se afasta das perspectivas da metafísica clássica e moderna ao recepcionar paradigmaticamente a filosofia vista por meio da fenomenologia hermenêutica (giro ontológico-linguístico). Com base nela respondo à afirmação de Nietzsche de que não há fatos, somente interpretação. Afirmo: só há fatos porque há interpretações e só há interpretações porque há fatos. Neste sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito é antirrelativista porque compreende que a verdade se dá na **intersubjetividade**.

Para compreender o “método” hermenêutico, é importante ter em mente que Heidegger não aniquila a metafísica, ao constatar que já não é possível alcançar a resposta pelo ente, pois a metafísica se caracteriza pela pergunta pelo fundamento do ente, pelo seu ser. Eis a ontologia fundamental de Heidegger, a pergunta pelo ser, não pelo ente.⁶

Heidegger é um dos corifeus do giro ontológico-linguístico⁷, que “liberta” a filosofia da busca por um fundamento último, promovendo a “invasão” da filosofia pela linguagem e pelo mundo **prático**.

3 Ver o verbete “Cognitivismo e não cognitivismo moral” in STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 questões fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

4 MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: a Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

5 Sobre o tema, conferir o livro de Luã Nogueira Jung, produto de sua tese de doutorado. Neste, o autor pergunta por uma alternativa ao naturalismo e ao relativismo (criticando a “ansiedade cartesiana” comum às vertentes), propondo um “realismo ético” a partir da hermenêutica filosófica. JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação**: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021. Disponível em: <<https://www.fundarfenix.com.br/ebook/90hermeneuticafilosofica>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

6 STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

7 Cf. Verbetes específicos no meu Dicionário de Hermenêutica. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 questões

A partir desta virada, a linguagem não pode mais ser tomada como mero instrumento, pois esta constitui horizonte aberto e estruturado que intermedia todo o pensamento e a própria existência. Destaco a frase de Gadamer que melhor sintetiza a hermenêutica filosófica: “*ser que pode ser compreendido é linguagem*”⁸. O sujeito só surge na e pela linguagem, não pode ser tido como um ente dela completamente desvinculado, pois a linguagem passa a ser: “constituente e constituidora do nosso saber, conhecer e agir”.⁹

Neste sentido, a pergunta a respeito de como compreendemos o mundo não pode ser respondida por um fundamento último, pois tudo é sempre filtrado pela linguagem pública, que legitima e limita toda e qualquer afirmação na medida em que serve de condição de possibilidade para estar no mundo.

Rompe-se, assim, com o esquema sujeito-objeto. Afinal, não há ponto arquimediano em que o sujeito ou o objeto sejam completamente alheios um ao outro. Fica prejudicada, assim, a noção do sujeito moderno, que seria senhor dos sentidos, visto que a subjetividade não pode mais ser tida como fundamento último da verdade.

Sob esta perspectiva, o processo interpretativo não é reprodutivo (*Auslegung*), mas sempre produtivo (*Sinngebung*). Por isso relembro a noção de *applicatio* em Gadamer: a interpretação não ocorre em etapas, primeiro conhecendo (*subtilitas intelligendi*), depois interpretando (*subtilitas explicandi*) para então aplicar (*subtilitas applicandi*), tudo acontece concomitantemente. O intérprete está condicionado a se relacionar com o texto por meio da linguagem a partir do horizonte histórico, reconhecendo a diferença ontológica e a distância histórica na relação.¹⁰

Numa palavra, não há um método capaz de garantir a correção de uma resposta ou a sua veracidade. A hermenêutica que ampara a minha Crítica Hermenêutica do Direito se encontra no entremeio (*Zwischen*) da subjetividade e da objetividade. Trata-se de uma teoria interpretativista com o cerne da fundamentação na linguagem, na historicidade, na intersubjetividade e numa tradição autêntica.

É por isso que a abordagem instiga e promove desleituras, revolvimentos do chão linguístico que sustenta as afirmações de modo a retirar a poluição

fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. Ver também OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

8 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, São Paulo: Vozes, 1999.

9 ROHDEN, Luiz. Ser que pode ser compreendido é linguagem: a ontologia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 56, n. 3-4, 2000. Disponível em: <http://philpapers.org/rec/ROHSQP>. Acesso em: 02 abr. 2023.

10 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, São Paulo: Vozes, 1999.

semântica que pode se fazer presente. Faz-se necessário permitir que a verdade aconteça e seja avaliada em seus fundamentos e critérios, não com base em um fundamento último que pressuponha uma ontologia.

O Direito não escapa a tais desdobramentos da filosofia. Deve-se permitir que aconteça, reconhecendo a historicidade que lhe é inerente e que o classifica, em certa medida, a um conhecimento prático¹¹. E neste sentido, não há respostas antes das perguntas, nem verdade desacompanhada dos argumentos/fundamentos que lhe dão sustentação, notadamente no Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Este é o horizonte do qual parto para destacar os perigos relativos ao uso da tecnologia no Direito. Por questões de epistemologia, não se pode perder de vista os fundamentos das afirmações, muito menos a capacidade de questionar seus fundamentos.

Encontramo-nos, enfim, calçados para aprofundar o problema do uso inconsequente da tecnologia no Direito.

3. SUBMISSÃO AO ALGORITMO

Compreender que a linguagem não serve ao ser humano como um instrumento, mas intermedia a própria existência da humanidade, traz elementos acerca do que é ser humano.

Luã Nogueira Jung aborda o problema de tomar o funcionamento do cérebro humano como idêntico ao dos computadores, operando apenas com *inputs* e *outputs*. Referido autor, ciente de que a linguagem constitui condição de possibilidade, nega a possibilidade de o ser humano ser substituído por máquinas. Afinal, existe um nível em que a “Ética” orientará o agir/pensar humano:

Ser um animal de linguagem implica ter uma autocompreensão e expressar-se ao longo da vida a partir desta autocompreensão. Isso significa que, quando afirmamos uma determinada concepção acerca daquilo que o ser humano é, estamos também afirmando, ainda que de forma implícita, uma série de pressuposições acerca de como devemos agir no mundo, quais objetivos devemos perseguir e como devemos nos comportar em relação a nossos semelhantes. **Não há, nesse sentido, uma compreensão acerca daquilo que o ser humano é que seja eticamente neutra.** A Ética é, nesse sentido, uma dimensão imprescindível da realidade humana porque nossos compromissos em relação a ela, explícitos ou implícitos, estão intrinsecamente vinculados à nossa própria definição enquanto agentes.¹²

11 Gadamer se dedica à abordagem da hermenêutica jurídica como um exemplo da sua hermenêutica das hermenêuticas (meta). Trata da atualidade de Aristóteles neste sentido por falar em um conhecimento prático que jamais pode ser desvinculado do contexto abordado, utilizando-se do termo *phronesis* enquanto saber prático, diferente de um conhecimento técnico (*tekne*). GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, São Paulo: Vozes, 1999.

12 JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação**: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021. p. 115, grifado. Disponível em: <<https://www.fundarfenix.com.br/ebook/90hermeneuticafilosofica>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

Neste sentido, a tecnologia até pode auxiliar o ser humano e servir como instrumento, mas jamais poderá nos substituir no processo de tomada de decisão. É uma questão filosófica e estabeleci as noções que amparam minha afirmação no tópico anterior. Enfim, minha preocupação é com a dosagem do remédio a fim de evitar que este se torne veneno.

Não há como terceirizar a humanidade. Tampouco o humanismo. Contudo, tenho visto tentativas neste sentido. Meu problema não é com o uso da tecnologia, é com o intuito de delegar o raciocínio, o pensamento e a reflexão com rigor e critério.

A inteligência artificial (com o destaque midiático do ChatGPT) é produto da mediocridade do mundo, como venho destacando em meus textos. Prova disso é que o robô respondeu satisfatoriamente a provas para a avaliação de seres humanos e isso não é mérito da tecnologia. Ora, se uma máquina consegue ser aprovada em um teste que deveria medir, além do acesso à informação, o conhecimento e a sabedoria dos candidatos, é sinal de que o exame vem exigindo apenas o acúmulo de informações de quem o realiza, sem o mínimo da sabedoria e humanidade inerentes ao desempenho da atividade de advogado, por exemplo (o ChatGPT passou na primeira fase do exame da OAB, cujo modelo se aproxima de um *quiz show*, o que denuncio há anos).

Tal tecnologia é resultado da torpeza da humanidade pós-moderna, que se basta em empilhar textos, dados e informações. O mecanismo só tem sentido porque as pessoas não são mais capazes de converter tais informações em conhecimento. E nesse sentido, a inteligência artificial é metavigarista: responde aos problemas acumulando e empilhando informações sem compromisso com o conhecimento prático e a humanidade, o que resulta no aumento da dependência da própria inteligência artificial.

O reciclador de informações fornece mais lixo.

Assim segue a morte da cognição e se forma a classe dos inúteis, nomeada pelo historiador Yuval Harari em artigo publicado no *The Guardian* com o título “O Significado da Vida em um Mundo sem Trabalho”: “São pessoas que não serão apenas desempregadas, mas que não serão empregáveis”.

Chamo a atenção: o busílis vai além das respostas erradas. A morte da cognição passa, também, pelas respostas corretas sem fundamentos, referências e critérios.¹³

13 O estelionato fica evidente por não haver como constatar a veracidade das informações fornecidas pelo robô ou mesmo impugnar os fundamentos que culminaram na afirmação. Apenas como forma de reforçar meu ponto de vista, remeto ao artigo de Alejandro Knaesel Arrabal, onde o autor pergunta: “Você afirmou que foi ‘treinado com uma grande quantidade de texto da internet’. Então, existe a possibilidade dos textos que lhe forneceram, serem de autoria reconhecida, e você não mencionar as fontes?”. E o ChatGPT responde: “Eu sou treinado usando uma técnica chamada ‘aprendizado por transferência de conhecimento’ **que me**

Até um relógio quebrado acerta a hora duas vezes por dia. A questão é: sem critérios, não há como avaliar se uma afirmação é verdadeira ou falsa, pois não há como discutir seus fundamentos.

Daí a relevância do tema para o Direito e a democracia. Na democracia, Direito é critério. Sem critérios intersubjetivos para o controle de decisões judiciais (*accountability*) é impossível blindar o Direito contra seus predadores “naturais” como a moral, a economia e a política. Assim fica prejudicada a autonomia do Direito¹⁴, o que é condição de possibilidade para o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.

O caminho que temos trilhado, como evidenciei, nos levará a uma IA Dependência. Tornar-nos-emos reféns das respostas prontas da inteligência artificial e, além de não serem apresentados os fundamentos para as afirmações da tecnologia, perderemos a capacidade de refletir criticamente a respeito das respostas. Vamos mal e a tendência é de nos submetermos de vez a uma algorocracia, se mantivermos a postura.

Denuncio aqui (mais uma vez) uma situação extremamente perigosa e sensível à democracia. Mesmo quem lucra com o desenvolvimento das tecnologias como a inteligência artificial vem defendendo o refreamento das pesquisas no setor. Uma carta aberta foi assinada por mais de mil pesquisadores e executivos (mesmo de empresas que criam as tecnologias).

A ideia é estabelecer sistemas de segurança e criar mecanismos capazes de distinguir entre o real e o artificial, de modo a enfrentar as: “dramáticas perturbações econômicas e políticas (especialmente para a democracia) que a IA irá causar”.¹⁵

Minha crítica ao uso da tecnologia no Direito passa exatamente por aí. Não há como delegar a humanidade para uma máquina por ser filosoficamente impossível. Insistir na terceirização do pensamento e da criticidade é insistir no erro.

A tecnologia precisa nos servir e jamais nos substituirá. Só peço que o remédio não se torne veneno. Por isso ainda luto por epistemologia, para que não nos

permite aproveitar o conhecimento adquirido a partir de grandes quantidades de texto. Durante meu treinamento, não foi fornecida a mim qualquer informação sobre as fontes dos textos que usei, então não posso citar fontes específicas quando forneço informações (...). ARRABAL, Alejandro Knaesel. Embora não tenha capacidade de sentir emoções, fico feliz em ter ajudado. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 fev 2023. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2023-fev-17/alejandro-arrabal-bate-papo-plagio-chatgpt>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

14 Cf. Verbetes específicos no meu Dicionário de Hermenêutica. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 questões fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

15 Refiro-me, aqui, ao artigo “Inteligência artificial: Elon Musk, Harari e mais mil especialistas pedem suspensão de pesquisas”, do Estadão. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/link/elon-musk-especialistas-executivos-carta-aberta-pausa-inteligencia-artificial-npre/>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

submetamos ao algoritmo (e a quem o criou, por consequência).¹⁶ Mesmo quem lucra com a inteligência artificial reconheceu seus perigos para a democracia.

Tenhamos parcimônia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto teve por escopo explicar os perigos do (ab)uso da tecnologia pelo Direito. Não é de hoje que trato do tema, que recentemente tomou grande relevância, em especial por conta da inteligência artificial. Minhas ressalvas podem parecer de quem rejeita a tecnologia, mas tomei o cuidado de explicar que só sou um jurássico em matéria de Constituição.

A preocupação é com a epistemologia e a democracia, evitando de entrar no contexto de verdadeira IA Dependência.

Filosoficamente, é impossível que a tecnologia substitua o ser humano. Tratei do tema ao explicar que a filosofia foi tomada pela linguagem e pelo conhecimento de ordem prática. Rompeu-se com o esquema sujeito-objeto que pautou a metafísica clássica (*adeaquatio intellectum et rei*) e a metafísica moderna (*adeaquatio rei et intellectum*). Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito passa a se relacionar com ele mesmo por meio da linguagem e a veracidade de uma afirmação não pode mais ser correspondencial.

Atualmente, a recepção paradigmática da filosofia implica que a verdade corresponda aos fundamentos válidos que sustentam uma afirmação. Por isso a importância de compreender estes argumentos e os colocar à prova, identificando o que seriam critérios válidos para constatar a veracidade da informação. No Direito, a questão assume extrema relevância para a proteção da autonomia do Direito e, conseqüentemente, da democracia.

Por sua vez, a inteligência artificial parece vir para agravar um quadro já preocupante. O que temos visto é pouca preocupação e seriedade ao tratar do Direito (para ficar na área). Busca-se simplificar o que não pode ser facilitado por meio de respostas prontas e acabadas que não dependam de fundamentação ou debate. Um sintoma no Direito pode ser visto nas súmulas vinculantes e fica fácil o diagnóstico quando um robô é aprovado no exame da OAB.

São diárias as investidas contra a epistemologia. Se esta sucumbe, vai com ela o Direito e a democracia. Até quem lucra com a inteligência artificial identificou os perigos de sua criatura. Acadêmicos como Yuval Harari também assina-

16 Há trabalhos muito interessantes acerca de um direito fundamental à “mão humana”, como a de Amanda Antonelo, intitulado *Inteligência artificial e processo jurisdicional: o direito fundamental à decisão humana* – dissertação de mestrado defendida junto Programa de pós-graduação em direito do Centro Universitário Univel.

ram a carta aberta pedindo a suspensão das pesquisas. O historiador já adiantou a formação da classe dos inúteis, bem como a necessidade de a inteligência artificial usar uma coleira ou focinheira. Se perdermos a capacidade de refletir criticamente, estaremos perdidos.

Como não existe intelectual bronzado, então peço que não perguntemos: “Chat, aonde vamos?”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONELO, Amanda. *Inteligência artificial e processo jurisdicional: o direito fundamental à decisão humana*. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Univel, Programa de Pós-Graduação em Direito, Cascavel, 2023.

ARRABAL, Alejandro Knaesel. Embora não tenha capacidade de sentir emoções, fico feliz em ter ajudado. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 fev 2023. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2023-fev-17/alejandro-arrabal-bate-papo-plagio-chatgpt>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meuer, São Paulo: Vozes, 1999.

JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo**. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021. Disponível em: <<https://www.fundarfenix.com.br/ebook/90hermeneuticafilosofica>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: a Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 questões fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E SEUS SENTIDOS¹

ANDRÉ KARAM TRINDADE

AMANDA ANTONELO

1. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

A revolução tecnológica, ocorrida nas primeiras décadas deste milênio, é considerada a *quarta revolução industrial* ou *revolução 4.0*. Ao contrário das anteriores, porém, ela se desenvolve por meio de um ritmo alucinante, produzindo impactos sociais, econômicos, culturais e políticos.

No campo do direito, o sistema de justiça atravessa uma transformação, não menos radical, promovida pelas inovações tecnológicas, com implicações em diversos níveis, especialmente na prática jurídica (GARAPON e LASSÈGUE, 2020). Muitos desses desafios, até então desconhecidos, impõem uma série de reflexões que incidem diretamente na teoria do direito e na teoria constitucional (CAMPOS, 2022).

O papel do Estado e suas instituições, a obliquidade dos direitos fundamentais, o redimensionamento da esfera pública, a necessidade de regulação e o próprio sentido da normatividade são algumas das questões – todas interrelacionadas à noção de *constitucionalismo* – que a revolução tecnológica impõe à reflexão por parte da ciência jurídica na atualidade.

É nessa perspectiva, precisamente, que o debate sobre o constitucionalismo retorna à agenda na atualidade², sendo formulado como resposta às novas tendências sociais que envolvem a digitalização, a globalização e a privatização (TEUBNER, 2016). Eis, portanto, os *fragmentos constitucionais*³, que remetem a

1 Uma versão ampliada e mais aprofundada deste ensaio foi publicada, em 2022, na Revista Brasileira de Direito (ISSN 2238-0604).

2 Bolzan de Moraes e Lobo (2019, p. 465-498) advertem que, apesar de estarmos diante de uma viragem paradigmática, inclusive no campo do Direito, tal viragem não pode se dar pela adoção ingênua de alternativas que, ao fim e ao cabo, apenas referendam os interesses do capitalismo tecnológico em detrimento das conquistas civilizatórias do constitucionalismo, mesmo que ele também seja pensado a partir de referentes compatíveis com a *Era digital*. Ou seja: “resta em aberto o desafio de buscar a construção de respostas novas para as novas questões trazidas e impostas pelo interregno na relação entre Direito e Tecnologia. Ou seja, sobra razão a Stefano Rodotà quando alerta para esta necessidade, contudo, ao que parece, as opções apresentadas ainda padecem de limites ou déficits que reportam à necessidade de que estas novas proposições não sejam apenas o abandono de conquistas historicamente alcançadas pela luta social, mesmo tendo-se presente a sua falta ou insuficiente realização”.

3 *Fragmentsos constitucionais* não é uma expressão aleatória empregada por Teubner, mas, sim, o que restou de um conceito cuja unidade vem se desintegrando ao longo das últimas décadas, sobretudo com o avanço da globalização. Ele não ignora os esforços empreendidos em busca da unidade perdida da Constituição. Sua proposta, todavia, aponta em direção diversa: *pensar o constitucionalismo para além do Estado*. Para tanto, transcendendo a formulação luhmanniana de constituição como comunicação entre paradoxos próprios do direito e da política, Teubner apresenta a ideia de uma *Constituição societal*, que pode ser definida como o

um constitucionalismo particular, pensado e reconfigurado para ter condições de assimilar e enfrentar as demandas próprias da Era Digital⁴.

E, assim, sucessivamente, o sistema jurídico se vê, cada vez mais, pressionado a enfrentar os desafios e ameaças, de todos os tipos e das mais diversas ordens, todos ligados ao ambiente digital, que envolvem desde a regulação da internet e a responsabilidade das plataformas digitais até a mais sensível proteção de direitos fundamentais.

É, nesse contexto, que o constitucionalismo digital aparece – a nosso ver, como uma tendência, ou subcampo, como se explorará nas próximas seções –, apresentando-se como o conjunto de iniciativas que buscam garantir o exercício de direitos, legitimar normas de governança e estabelecer limites aos poderes privados no ambiente digital.

Esse é, portanto, o propósito que motiva e orienta o presente trabalho. Se a noção de *constitucionalismo digital* passa a ocupar um espaço cada vez mais expressivo no cenário global, então, de fato, exige a atenção e reflexão da ciência jurídica, sobretudo no que diz respeito à função que o predicado *digital* exerce em cada uma das abordagens conceituais que vem sendo desenvolvidas pela doutrina nacional e estrangeira.

2. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E SEUS SENTIDOS

É sabido que *constitucionalismo* é um termo *proteico*⁵, porque contempla diferentes sentidos, cuja compreensão depende da perspectiva e maneira como se propõe a examiná-lo. Tanto é assim que, frequentemente, a dogmática explícita a recomendação para se atentar à pluralidade desse fenômeno: *constitucionalismos*.

No caso do constitucionalismo digital, entretanto, há uma particularidade. O ponto em comum entre os usos da expressão parece ser o fato de o adjetivo (digital) assumir mais relevância que o próprio substantivo (constitucionalismo). Esse é, em linhas gerais, o argumento que será aqui desenvolvido, sob uma perspectiva crítica: além da impropriedade teórica, a expressão encerra a descaracterização do objeto predicado, causando uma contradição insuperável.

acoplamento estrutural entre mecanismos reflexivos do Direito e mecanismos reflexivos do respectivo ator social. Com isso, ele amplia as possibilidades de comunicação ao compreender que outros sistemas sociais também proporcionam uma reflexividade que precisa ser equacionada por meio de normas secundárias. É por isso que, no constitucionalismo societal – repita-se, não social! –, o papel da política deve se concentrar em especificar modelos constitucionais para subsistemas sociais que permitam uma atuação cooperativa entre Estado e atores sociais, de forma a manter sob controle as tendências centrífugas de diferenciação funcional.

4 Segundo Teubner (2016), atualmente vivemos o tempo da emergência das *constituições setoriais*, das múltiplas *constituições civis*, que se encontram ligadas às dinâmicas sociais e econômicas, em vez do exercício dos poderes políticos-constitucionais. Observa-se, com isso, que o constitucionalismo perde seu valor universal e unificante, correndo o risco de se reduzir às múltiplas novas formas de normatização (*lex mercatoria*, *lex digitalis* etc.), que apenas refletem seus próprios e específicos interesses. Assim, os direitos são produzidos e reconhecidos somente quando compatíveis com essa lógica econômica/digital.

5 Em alusão ao deus grego Proteu, conhecido por sua capacidade de assumir diversas formas e, assim, se transformar.

Com efeito, o tema do constitucionalismo digital vem sendo discutido desde o início do século XXI, ainda que nem sempre com a mesma designação. Fitzgerald (1999), por exemplo, recorre ao vocábulo *constitucionalismo informacional*, reduzido à mediação das relações entre atores privados e públicos – com o protagonismo dos primeiros –, em que se exige uma estrutura de governança que contemple autorregulação e supervisão, respectivamente, apostando, todavia, que o campo próprio para dirimir essas questões seria o direito comum, ou ordinário, e não o plano constitucional.

Berman (2000), por sua vez, apresentou a ideia de *constitucionalismo constitutivo*, em que os atores privados dispõem de grande margem de conformação para regularem questões ligadas ao direito digital, porém se sujeitam à ordem constitucional em razão de sua função constitutiva, especialmente quando envolve valores fundamentais.

Entretanto, conforme já destacado, a expressão *constitucionalismo digital* veio empregada somente por Suzor (2010), na sua tese de doutorado⁶, em alusão ao conjunto de limites constitucionais impostos ao poder privado, especialmente no âmbito das comunidades virtuais, seja no que diz respeito à extensão da autorregulação, seja no que refere à sua incidência no direito contratual. Em síntese: de um lado, ele reconhece o papel constitucionalizante do direito privado, tal qual sinalizado por Fitzgerald; e, de outro, confere o papel de orientação e informação ao direito constitucional, levando em conta a proposta de Berman.

Gill, Redecker e Gasser (2015) subscrevem o emprego da denominação *constitucionalismo digital* como termo guarda-chuva para reunir e interligar um conjunto de textos que pretendem estabelecer cartas ou declarações de direitos na internet. Ainda que esses documentos – produzidos ao longo das duas últimas décadas – comportem valores, princípios e funções semelhantes àquelas constitucionais, eles não assumem qualquer fundamentalidade e tampouco posição privilegiada na hierarquia das fontes do direito. Ao contrário de Suzor (2010), entendem que o constitucionalismo digital se destina à limitação do poder público, e não do direito privado.

Alguns anos depois, Redecker, Gill e Gasser (2018) atualizam seu estudo, ampliando sua concepção teórica originária para sustentar que o constitucionalismo digital envolve a limitação dos poderes, sejam públicos ou privados, endossando, de certo modo, a proposta do *constitucionalismo societal*, de Teubner. De todo modo, consideram que o grau de desenvolvimento atingido pelas cartas de

6 É preciso destacar que, em sua festejada tese, Suzor (2010) não tematiza, em momento algum, o fenômeno do constitucionalismo, seja do ponto de vista histórico ou teórico, restringindo sua análise às expressões empregadas por Fitzgerald e Berman.

direitos da internet ainda não supera as primeiras etapas do processo de constitucionalização da sociedade, tal qual descrito por Teubner.

Pollicino (2021, p. 6-7), a seu turno, entende que a conexão entre algoritmos e poderes conduz à transmutação do clássico papel do constitucionalismo e da teoria constitucional. Consoante sua teoria, é preciso questionar a função desempenhada pelas constituições na sociedade da informação e investigar se elas podem e devem fazer algo em relação ao surgimento de novos poderes que não sejam exercidos por atores públicos. E conclui: “se as constituições são entendidas como obrigatórias para autoridades públicas, algo novo deve ser desenvolvido para criar restrições aos atores privados”.

No Brasil, o tema recebeu a atenção de Gilmar Mendes e Victor Fernandes (2020, p. 5), para quem “o constitucionalismo digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço”⁷. E concluem que: “mais do que uma sistematização de um fenômeno sócio-político orientados pelas mais diversas iniciativas de enunciação e consagração de direitos fundamentais no ciberespaço, o constitucionalismo digital precede tais iniciativas e é capaz de fornecer diretrizes normativas suficientes para guiar a sua aplicação”.

Todavia, recentemente, Celeste (2019, 2021) foi quem ampliou e aprofundou o debate sobre as diferenças conceituais relativas ao constitucionalismo digital, mediante o levantamento dos principais trabalhos sobre o tema e a proposição de uma sistematização teórica que busca identificar as convergências. Para ele:

A literatura existente não oferece uma imagem unitária do conceito de constitucionalismo digital. Em particular, não há consenso sobre duas características fundamentais dessa noção. Em primeiro lugar, quanto ao objetivo último do constitucionalismo digital: não é claro que se visa limitar o poder privado ou também o poder público. Em segundo lugar, não há acordo sobre o instrumento que deve traduzir o constitucionalismo digital: Fitzgerald confia esse papel ao direito privado, Berman ao direito constitucional, Suzor ao direito privado informado pelos princípios do direito constitucional e, finalmente, Redeker, Gill e Gasser aos documentos da declaração de direitos da internet. Por um lado, a literatura existente não apresenta dúvidas em relação às noções de “constituição” e “direito constitucional”. Na verdade, todos os autores analisados referem-se aos seus significados tradicionais próprios do estado de dimensão. Por outro lado, as noções de “constitucionalismo” e “constitucionalização” parecem estar rodeadas de certa nebulosidade, especialmente porque estes conceitos geralmente se referem a contextos transnacionais, como o de atores privados, em Fitzgerald e Suzor, ou de sociedade civil, em Redeker, Gill e Gasser (CELESTE, 2021, p. 78).

7 No mesmo sentido, a posição generalista assumida por Giovanni Saavedra e Gabriel Borges (2022, p. 176-177), para quem “é possível, desde o início, concluir que sim, que o Brasil vive uma fase de constitucionalismo digital. Ora, sendo o constitucionalismo digital a limitação jurídica do exercício de faculdades proporcionadas pelas novas tecnologias, de forma a legitimá-lo, é elementar que o País tem se voltado para essa ideologia [...] o País parece, sim, estar no caminho do constitucionalismo digital. É uma tendência comum e esperada, considerando o momento que se vive”.

É, diante desse pano de fundo, marcado pela confusão conceitual e imprecisão terminológica, que Celeste formula a seguinte definição:

Eu considero o constitucionalismo digital uma declinação do constitucionalismo moderno. Aquele compartilha os valores fundamentais, os objetivos gerais deste, mas se concentra no contexto específico afetado pelo advento da tecnologia digital. Sendo o constitucionalismo digital um “ismo”, pode-se defini-lo como a ideologia que visa estabelecer e assegurar a existência de um quadro normativo para a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital (CELESTE, 2021, p. 79).

Em outras palavras, o constitucionalismo digital consistiria num “conjunto de valores e ideais que permeiam, informam e orientam o processo de constitucionalização do ambiente digital” (CELESTE, 2021, p. 81), ou seja, ele “fornece o imperativo na base do processo de constitucionalização como um dos seus corolários, impondo, desta forma, a produção de contramedidas normativas que abordam os desafios da tecnologia digital” (CELESTE, 2021, p. 86).

E, aqui, uma observação merece destaque: não se pode confundir o (conceito de) *constitucionalismo digital* com (o processo de) *constitucionalização do meio ambiente digital*. Eis um ponto em que a leitura de Celeste (2021, p. 78-82) nos parece adequada, ainda que defina o primeiro como uma ideologia, em sua acepção neutra – entendida como “conceito puramente teórico” (?) – e o segundo corresponda às contramedidas normativas destinadas ao reequilíbrio constitucional.

Como se vê, esse conceito de constitucionalismo digital – num sentido amplo e fraco – serve, na verdade, de bengala ao processo de constitucionalização do meio ambiente digital. Mas se trata de uma bengala prescindível, tal qual um adereço, porque não traz, conceitual e substancialmente, nenhum acréscimo à noção de constitucionalismo, especialmente do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se, aliás, da mesma situação relacionada às questões ambiental ou sanitária, cujas novas demandas são igualmente próprias, urgentes e globais, mas não têm o condão de promover um constitucionalismo particular ou setorizado.

Vejamos um exemplo. Segundo Celeste (2021, p. 81), “em um contexto em que atores públicos e privados podem afetar a proteção dos direitos fundamentais, o objetivo do constitucionalismo digital envolve a limitação do poder de ambas as categorias de atores”. Pois bem. Como se pode concluir, aqui não há nenhuma especificidade. Ora, a limitação do poder – seja ele qual for, de atores públicos ou privados, mais ou menos selvagens – e a proteção dos direitos fundamentais são preocupações que se encontram inscritas no *DNA* do constitucionalismo, desde a modernidade, tendo recebido um expressivo *upgrade* na metade do século passado, em razão das arbitrariedades, inclusive jurídicas, praticadas na Segunda Guerra Mundial.

Na verdade, todas essas abordagens a respeito do constitucionalismo digital parecem compartilhar da mesma premissa: a revolução tecnológica transfor-

mou radicalmente a sociedade, ampliando e potencializando as ameaças virtuais em torno dos direitos fundamentais; e, de maneira geral, também apontam na mesma direção: o sistema jurídico precisa regular o ambiente digital, levando em conta as particularidades do contexto global, a coexistência de atores públicos e privados, assim como os interesses individuais, coletivos e institucionais em jogo⁸.

Reforçando esse argumento, Jane Pereira e Clara Iglesias Keller (2022, p. 2651) criticam a imprecisão e o valor epistêmico da dilatação do termo *constitucionalismo digital*, popularizado para descrever diversos fenômenos e práticas jurídicas relacionadas à proteção de direitos no âmbito de tecnologias digitais e, em especial, da internet:

Tais conceituações do constitucionalismo digital não são incompatíveis com a noção clássica de constitucionalismo. De certa forma, elas se limitam a reconhecer o acréscimo de um novo tema na agenda do constitucionalismo tradicional. Não se trata de um uso propriamente inovador, mas do reconhecimento de que o constitucionalismo é um fenômeno dinâmico que tende historicamente a enfrentar novos desafios e anexar novas agendas e conteúdo. Nesse sentido, o constitucionalismo digital corresponde à incorporação de um determinado domínio normativo às constituições – a exemplo do que ocorreu com fenômenos históricos que resultaram no surgimento dos constitucionalismos social, econômico e ambiental (PEREIRA e KELLER, 2022, p. 2672).

A título ilustrativo, Pereira e Keller (2022, p 2667-2680) oferecem uma classificação das inúmeras abordagens e vieses que encampam a noção de constitucionalismo digital. São três grupos:

(a) no *primeiro*, o constitucionalismo digital remete à constelação de iniciativas normativas que reúne um conjunto de textos e documentos destinados à instituição de direitos, obrigações e limites, no âmbito da internet, tanto na esfera pública quanto privada, cujos conteúdos frequentemente invocam uma linguagem constitucional associada à proteção dos direitos fundamentais;

(b) no *segundo*, o constitucionalismo digital apresenta-se como moldura à reconfiguração das proteções constitucionais em face das transformações resultantes da revolução tecnológica, especialmente as possibilidades de interação que se descortinam nos ambientes digitais, como ocorre, por exemplo, com a liberdade de expressão e a privacidade;

(c) no *terceiro*, o constitucionalismo digital consiste no projeto teórico preocupado com os possíveis meios, estatais e privados, de aplicação do direito no campo das tecnologias digitais, sobretudo mediante a articulação de princí-

8 Giovanni de Gregorio (2022) identifica o constitucionalismo digital como uma face do constitucionalismo europeu, mais especificamente do modelo regulatório desenvolvido para serviços digitais no âmbito da União Europeia. Para ele, essa seria uma “reação a novos poderes digitais”, após certa negligência do bloco, que teria esquecido “o papel do constitucionalismo e do direito constitucional na proteção dos direitos fundamentais e na limitação do aumento e consolidação de poderes *unaccountable* que abusam dos valores constitucionais” (2022, p. 3).

pios, valores e parâmetros capazes de conferir legitimidade à governança que rege os ambientes digitais.

Tudo indica, entretanto, que a noção de constitucionalismo digital encerra uma apropriação da carga semântica promovida pelo constitucionalismo para explicar o fenômeno da transnacionalização da esfera política aplicada ao ambiente digital, tendo em vista a disputa no campo das fontes do Direito a partir da sobreposição de estruturas e ordens jurídicas diversas⁹.

Ocorre que, na tentativa de compreender essa nova arquitetura dos poderes normativos, o constitucionalismo digital segue os mesmos passos das doutrinas do *pluralismo constitucional*, *constitucionalismo societal* e *constitucionalismo global*¹⁰, isto é, recorre ao conceito de constituição e constitucionalismo, porém rejeita “a ideia de que o conceito de constituição pressupõe um sistema institucional dotado de supremacia, orientado à organização das forças sociopolíticas e que protege os indivíduos por meio de um conjunto de metanormas que fundamental a validade do ordenamento” (PEREIRA e KELLER, 2022, p. 2664).

No fundo, recordando aqui a conhecida problematização em torno das *constituições semânticas* (LOEWENSTEIN, 1976), o constitucionalismo digital parece propor uma espécie de *constitucionalismo-sem-constitucionalismo*. Isso para não falar, conforme já reconhecido por Teubner (2018, 2022), do grande ponto fraco relativo aos regimes transnacionais: o déficit de legitimidade democrática. Tudo indica, em suma, que o constitucionalismo digital é desprovido dos elementos fundacionais próprios do constitucionalismo, seja ele moderno ou contemporâneo, uma vez que salta, literalmente, a questão central em torno do poder constituinte e todos os seus desdobramentos.

Nessa mesma linha, Pereira e Keller (2022, p. 2676-2680) chamam atenção para dois aspectos problemáticos relativos ao uso da noção de constitucionalismo digital que apontam seu baixo valor explicativo para o legitimar como teoria. O *primeiro* diz respeito à dilatação do conceito de Constituição, cujas credências e repertório vêm apropriados, indevidamente, para contemplar formas jurídicas estranhas àquelas que orientaram o constitucionalismo construído no campo político moderno, além de descrever e analisar fenômenos muito diversos

9 Sob um ângulo mais crítico, Angelo Golia (2021, p. 11) entende que o constitucionalismo digital deve ser enquadrado como uma teoria para a Era Digital e, de forma mais ampla, como uma oportunidade para o reconhecimento, há muito esperado, da teoria constitucional moderna com suas contradições internas. Essa seria uma maneira de, segundo ele, o constitucionalismo transcender a si mesmo e abordar questões constitucionais em grande parte deixadas sem solução, senão ocultas: poder social privado, pluralismo jurídico (transnacional), democracia além do Estado.

10 Em linhas gerais, o *constitucionalismo global* é a matriz teórica que busca a aplicação dos princípios constitucionais às relações entre Estados e, igualmente, além dos Estados, ou seja, nos planos internacional e transnacional, a fim de conferir legitimidade ao sistema de justiça na esfera global. O *constitucionalismo societal*, que não deve, de maneira alguma, ser confundido com o *constitucionalismo social* – ao contrário da tradução à edição brasileira da obra de Teubner (2016) –, discute os processos e iniciativas regulatórias que constituem um conjunto de engrenagens sobre as quais opera a ordem internacional, com destaque aos reflexos da dimensão privada da globalização.

daqueles que se operam no contexto dos Estados nacionais¹¹. O *segundo* envolve os riscos e os efeitos que essa dilatação produz, a começar pelos poderes delegados às plataformas, por meio de mecanismos regulatórios, que secundarizam a atuação estatal, transferindo a execução de procedimentos atinentes ao devido processo legal, à obrigação de reparações e ao dever de transparência, para fazer três exemplos bem distintos, cujo resultado evidencia, precisamente, a concentração de poder nas mãos de grandes corporações e organizações privadas¹².

Em suma: o *constitucionalismo digital* não compartilha da mesma ancoragem que o *constitucionalismo analógico* – em alusão às suas tradições moderna ou contemporânea (GRIMM, 1996, 2010) – e tampouco possui propósito semelhante, porém incorpora sua linguagem e algumas de suas categorias, convenientemente, com a finalidade espúria de legitimar o domínio que as grandes empresas de tecnologia exercem na sociedade digitalizada. Portanto, sob uma perspectiva crítica, é possível sustentar que a expressão *constitucionalismo digital* contém uma incoerência gramatical: é o *constitucionalismo* que vem empregado para “qualificar” o *digital*, e não o contrário.

3. À GUIA DE CONCLUSÃO

A transformação digital é um fenômeno irreversível produzido pela revolução tecnológica. Sem dúvida nenhuma, ela produz efeitos sensíveis e verticais sobre as relações humanas e sociais, afetando diretamente os ordenamentos jurídicos, que não são imunes, nem blindados, à evolução da sociedade.

O constitucionalismo digital pode ser considerado uma tendência global, mas definitivamente não configura um modelo normativo e tampouco uma teoria jurídica. E, assim, o uso da expressão circunscreve-se ao seu sentido fraco. Essa não é conclusão que se esgota na formalidade da terminologia ou nomenclatura. Isso porque todo paradigma, assim como cada matriz teórica, pressupõe certa tradição, quadro referencial, moldura epistêmica, racionalidade – que opera no plano da pré-compreensão.

Com efeito, as irritações que as novas tecnologias ocasionam e impõem ao sistema jurídico não justificam o alargamento do conceito de Constituição

11 Essa objeção encontra amparo nas críticas formuladas por Marcelo Neves (2009), a respeito do enfraquecimento do sentido da Constituição, a partir da perda de seu significado histórico, normativo e funcional da Constituição. Isso para não falar do risco de esvaziamento e da própria banalização do constitucionalismo quando confundido com ideia de autorregulação, a serviço da *lex mercatoria*.

12 E, aqui, merece destaque a conclusão de Pereira e Keller (2022, p. 2680): “esse discurso de legitimação de poderes estabelecidos, muitas vezes privados, subverte as finalidades originárias do constitucionalismo, pois concebe a ‘constituição’ como uma mera institucionalização da ordem posta das coisas, validando a atuação dos atores que já detém os poderes de fato, sem participação democrática. Tal abordagem corresponde a uma prática empregada por sistemas autocráticos a partir do século XX, que se apropriam da carga simbólica do uso da forma constitucional a fim de legitimar, estabilizar e cristalizar poderes previamente instalados. As constituições, em seu sentido normativo e garantista, não visam a formalizar e validar desequilíbrios pré-existentes, mas, sim, a operar como mecanismos de emancipação democrática, reformulando as correlações de forças e fundando novas ordens sociais e políticas”.

– nem transposição parcial de seus elementos –, além de assumir o risco de seu esvaziamento normativo. Tampouco é possível compatibilizar o constitucionalismo digital com sua conceituação clássica e/ou contemporânea sem subvertê-las, mediante seu desvirtuamento como projeto fundacional, emancipatório e democrático da sociedade.

Na verdade, esse tipo de desgaste causado por certo *frisson* em torno do constitucionalismo digital pode revelar-se predatório e, por vezes, destrutivo. Afinal, mais do que nunca, mesmo diante dos influxos da globalização, o paradigma do constitucionalismo democrático permanece sendo o modelo teórico e normativo vigente e próprio para enfrentar os grandes desafios e crises que, no século XXI, assolam os sujeitos individualmente e, ao mesmo tempo, todo o planeta, como as questões emergentes em torno da pandemia da Covid-19, das mudanças climáticas e da inteligência artificial, para ficar nesses exemplos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges *et al.* *Constitucionalismo global*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. *University of Colorado Law Review*, v. 71, n. 4, p. 1263-1310, 2000.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; LÔBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Ed.). *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. Navarra: Aranzadi, 2019. p. 465-498.
- BURKE-WHITE, William; SLAUGHTER, Anne Marie. An International Constitutional Moment. *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, p. 1-22, 2002.
- CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- CELESTE, Edoardo. *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*. London e New York: Routledge, 2022.
- CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, p. 63-91, 2021.
- CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorization. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, p.76-99, 2019.
- CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 2, p. 122-138, 2019.
- DE GREGORIO, Giovanni. The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021.
- FACHIN, Jessica; LUIZ, Gabriel; SOUZA, Ramison. Constitucionalismo digital: Novos paradigmas no contexto social digital. *IusTech – Revista de Derecho y Tecnología*, v. 2, 2022.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Eds.). *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- FERRAJOLI, Luigi. *Perché una Costituzione della terra?* Torino: Giappichelli, 2021.
- FITZGERALD, Brian. Software as Discourse? A Constitutionalism for Information Society. *Alternative Law Property Review*, v. 24, n. 3, p. 144-149, 1999.
- GARAPON, Antoine; LASSÈGUE; Jean. *Justice digitale*. Paris: PUF, 2018.

GOLIA, Angelo Jr. The Critique of Digital Constitutionalism. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No. 2022-13, 2021.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. *Berkman Center Research Publication*, 2015-15.

GRIMM, Dieter. Il futuro della costituzione. In: ZAGREBELSKI, Gustav; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (a cura di). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 129-163.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* New York: Oxford University Press, 2010. p. 3-22.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.

MORAIS, Fausto Santos; POLETTO, Álerton Emanuel. A regulação constitucional do discurso de ódio no Facebook. *Revista Direito, Inovação e Regulações*, v. 1, n. 1, p. 15-30, 2022.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo digital: contradições de um conceito imprecise. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022.

POLLICINO, Oreste. *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Oxford: Hart Publishing, 2021.

POLLICINO, Oreste. Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions. *European Court Of Human Rights*, n. 15, 2021.

REDEKER, Dennis; GILL, Lex; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, v. 80, n. 4, p. 302-319, 2018.

SAAVEDRA, Giovani; BORGES, Gabriel. Constitucionalismo digital brasileiro. *Revista da Ajuris*, v. 49, n. 152, p. 157-180, 2022.

SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism. Using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Social Media + Society*, p. 1-11, July-September, 2018.

SUZOR, Nicolas. *Digital Constitutionalism and The Role of the Rule of Law in Virtual Communities*. Tese de Doutorado, Queensland University of Technology, 2010, 325p.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo contemporâneo. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 57-60.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. *Italian Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 485-510, 2017.

TEUBNER, Gunther. Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy? *Journal of Law and Society*, v. 45, S1, p. S5-S29, 2018.

TEUBNER, Gunther. “Quod omnes tangit” (O que respeita a todos): Constituições transnacionais sem democracia? In: ABOUD, Georges *et al.* *Constitucionalismo global*. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 63-108.

TRINDADE, André Karam; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. *Constitucionalismo de ficções. Uma incursão na história do direito brasileiro por meio da literatura*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.-

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS¹

JORGE PEREIRA DA SILVA

1. INTRODUÇÃO

Na viragem do século XX para o século XXI assistimos à emergência de uma nova esfera de interação humana. Mais do que um novo espaço – o ciberespaço – e mais do que um novo tempo – a era digital –, a Internet permitiu o desenvolvimento de um conjunto de tecnologias que vão muito além da simples facilitação da comunicação entre as pessoas que integram uma determinada sociedade. A Internet possibilitou verdadeiramente a criação de um novo universo: o universo digital, paralelo ao universo físico em que o homem tem vivido, desde que a evolução das espécies descrita por Darwin o enformou tal como é. Este universo digital é densamente povoado por personagens heterogéneos: muitos desses habitantes são duplicações digitais de pessoas humanas, empresas, instituições, públicas e privadas, mas muitos outros têm a sua existência principal ou mesmo exclusiva neste mundo digital, como algoritmos, avatares, *bots* ou *cookies*.

Em relativamente poucos anos, a Internet – com 5.000 milhões de utilizadores no mundo inteiro – revolucionou a economia, a política, as relações sociais e a cultura. O tempo e a geografia também são hoje vividos de forma completamente diferente do que sucedia no final do segundo milénio. Por exemplo, o “Google” – enquanto motor de busca – mudou a nossa relação com o tempo, porque o passado pode hoje ser puxado para o presente com uma simples pesquisa. E, como o passado pode tornar-se presente a qualquer momento, desaparece com o sentido que sempre teve. Da mesma forma, o “Google Maps” e outras aplicações semelhantes mudaram a nossa relação com o espaço, porque ganhámos absoluto domínio sobre território, desaparecendo as suas tradicionais dimensões de incerteza e descoberta. Aqui foi o desconhecido que desapareceu quase por completo. Só há desconhecido nos lugares mais remotos da terra, onde não há Internet.

Sim, é verdade que todos nós continuamos a estar sempre nalgum lugar, mas, enquanto vivemos algures num dado ponto do planeta, podemos também

¹ O texto que agora se publica recupera e atualiza, na segunda parte (pontos 4, 5 e 6), o artigo saído no volume *Católica Talks, Direito e Pandemia*, UCE, Lisboa, 2022, pp. 197 ss.

ter uma vida paralela, criando uma *persona* ou múltiplas *personas* nenhures no universo digital.

Por outro lado, as redes sociais – como o Facebook, o Instagram, o Twitter ou o TikTok – operaram uma profunda transformação democrática da liberdade de expressão, direito fundamental que até há bem pouco tempo era apenas privilégio de uma elite que podia publicar livros, escrever nos jornais ou ter acesso às rádios e televisões. Consequentemente, com o enorme alargamento do espaço mediático, as redes sociais revolucionaram também o modo de fazer política e a relação entre governantes e governados.

No seu conjunto, motores de busca, redes sociais e as demais plataformas de comércio e serviços digitais criaram um novo modelo de economia capitalista, baseada na sistemática extração de dados pessoais, na definição rigorosa de perfis dos consumidores e na vigilância de todas as suas preferências e comportamentos. Sem que nos tenhamos apercebido, uma mudança de política empresarial do Google relativamente ao modo de utilização dos dados recolhidos operou uma mudança no sistema capitalista só comparável à operada por Henry Ford quando iniciou a produção em série do Modelo T².

É conhecida a metáfora segundo a qual os dados são o petróleo desta nova forma de economia capitalista. A metáfora não é rigorosa por várias razões³. Mas seguramente que podemos dizer com Yuval Noah Harari “quem detém os dados, detém o futuro” e que “a decisão sobre a quem pertencem os dados é só a mais importante decisão política (e jurídica) que a humanidade tem de tomar neste momento”⁴: para a China, os dados pertencem obviamente ao Estado; na União Europeia os dados pertencem aos cidadãos, que podem ou não consentir na sua utilização; por enquanto, nos EUA, os dados pertencem essencialmente a quem os apanhar primeiro – pela simples razão que todos os gigantes da era digital são empresas americanas e é impensável pôr em causa o seu modelo de negócio.

Obviamente, a digitalização da economia e da sociedade não vão parar por aqui. O Metaverso – a chamada Internet 3D – já está a ser preparado a toda a velocidade e espera-se que seja uma realidade em cerca de 10 a 15 anos. O Facebook sinalizou a sua intenção de investir nesse novo mercado mudando o nome da empresa-mãe para Meta e adquirindo *startups* na área da realidade virtual e da realidade aumentada. Não por acaso, inspirado em plataformas e jogos de computador com manifestos efeitos aditivos – como o *Second Live*, o *Roblox* e o

2 ZUBOFF (2019), pp. 75-77.

3 HOFFMAN-RIEM (2022), pp. 22-24.

4 HARARI (2018), pp. 77-80.

Minecraft – o Metaverso promete experiências digitais de imersão total. Isto é: trabalhar, estudar e conviver 100% digitalmente.

2. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Considerando a natureza inesperada do seu nascimento e a ausência de planejamento da sua evolução posterior, o universo digital tem sido um novo “estado natureza”, à imagem daquele que iluministas como Hobbes, Locke e Rousseau descreveram nas suas obras. Por isso, tal como preconizado por estes autores, é hoje necessário um significativo alargamento do “contrato social” para fazer transitar o universo digital desse estado original para o contexto do “estado de sociedade”, com um triplo objetivo:

a) Limitar o poder dos grandes *players* do universo digital, empresas privadas com diferentes funções: o que passa muitas vezes por regras de concorrência – que têm no contexto empresarial uma função semelhante do princípio da separação de poderes – e pela aplicação de regras de transparência à sua atividade, nomeadamente em matéria de algoritmos, perfis falsos, *bots*, publicidade política;

b) Estabelecer um catálogo com os novos direitos dos cidadãos, adequados a esse universo digital;

c) Colocar os Estados e outras instituições públicas – nacionais, mas sobretudo transnacionais, internacionais ou europeias – na sua posição natural de reguladores, simultaneamente para limitar os novos poderes privados e para garantir a salvaguarda desses novos direitos.

Isto quer dizer que, como o universo digital tem muitos pontos de interação com o universo físico, os Estados e, no caso do continente europeu, a União Europeia reclamam jurisdição sobre essa esfera digital. Numa fase inicial, de deslumbramento perante as potencialidades da Internet, julgou-se que o universo digital podia constituir uma anarquia utópica, em que finalmente o *homo digitalis* viveria livre como um pássaro. Em 1996, houve mesmo quem se tivesse lembrado – Jonh Perry Barlow – de redigir e proclamar uma Declaração de Independência do Ciberespaço.

Muito rapidamente, porém, o prognóstico de Hobbes confirmou-se e o espaço digital transformou-se numa espécie de guerra de todos contra todos: por um lado, entre empresas monopolistas ou quase monopolistas, como navegadores, plataformas de serviços digitais, gigantes do comércio eletrónico, redes sociais, e por outro lado, milhões de cidadãos (utilizadores e clientes), mas também *hackers*, *trolls*, *haters*, predadores sexuais, burlões e toda a espécie de criminosos internauticos. O homem bem pode mudar-se do universo físico para o universo digital, mas não muda de natureza.

O que deve distinguir o novo contrato social dos contratos sociais pensados no iluminismo é a estrutura triangular: autoridades públicas-reguladoras, por um lado; os denominados *big players* do universo digital, por outro lado; e, finalmente, os cidadãos. Esta estrutura triangular contrapõe-se à simples estrutura dualística, que compreende a simples relação entre governantes e governados, entre o Estado e os seus cidadãos. Ou seja, o novo contrato social tem de envolver simultaneamente:

a) As autoridades públicas, onde se incluem obviamente os Estados, ainda que, na generalidade dos casos, estes tenham uma escala demasiado reduzida para regular um fenómeno que não conhece fronteiras e que se projeta globalmente. Por isso, é muito importante que a regulação seja feita num plano internacional ou supranacional, como o europeu, para abranger mercados que tenham uma dimensão relevante em número de utilizadores ou consumidores.

b) A segunda parte do contrato social são os denominados gigantes da era digital, normalmente empresas privadas que muitas vezes têm uma escala global – como sucede com a Alphabet, detentora do universo Google, a Meta, empresa-mãe do Facebook, do Instagram e do WhatsApp, a Amazon ou a Apple. Como operam numa multiplicidade de jurisdições, na prática é como se não operassem em nenhuma, pairando acima de todas elas. E, por isso, são relativamente imunes a tentativas de regulação de Estados que correspondam a pequenos mercados. Um Estado onde residam dois ou três milhões de utilizadores é absolutamente irrelevante para uma plataforma que tenha mais de 2.000 milhões de utilizadores.

c) E na terceira posição estão os cidadãos, que carecem de um catálogo de direitos alargado, sensivelmente divididos em três categorias:

i) direitos antigos, apenas transpostos do universo físico para a esfera digital – como o sigilo das comunicações, que foi criado para garantir a privacidade de cartas em papel e agora se aplica ao email e a mensagens de Whatsapp;

ii) direitos antigos reconfigurados como novas dimensões, em função das características próprias do novo universo de exercício – como a liberdade de expressão, originariamente pensada apenas como proibição da censura e que agora surge alargada como direito a aceder e a permanecer numa plataforma;

iii) e direitos verdadeiramente novos, decorrentes do surgimento de novas ameaças aos bens jusfundamentais – como o direito ao esquecimento, que resulta do efeito disruptivo dos motores de busca no passado das pessoas; ou o direito a uma decisão humana, que eventualmente resulta do facto de algumas autoridades públicas terem delegado em algoritmos a tomada de decisões relativas aos cidadãos (*v.g.*, a realização de uma inspeção administrativa ou o acesso a um recurso judicial).

É sabido que, neste contexto, alguns países ensaiaram já alguns catálogos mais ou menos alargados de direitos dos cidadãos para a era digital. Portugal é um desses países, uma vez que foi publicada uma lei contendo a Carta Portuguesa dos Direitos Humanos da Era Digital⁵. Mas o normal é que o reconhecimento desses direitos comece de baixo para cima: das decisões dos tribunais para a lei; e da lei ordinária para a lei constitucional, passando eventualmente pela proteção de direitos legais através de cláusulas constitucionais de receção. A verdade é que os direitos fundamentais não se inventam – constroem-se em diálogo com a realidade prática.

Com efeito, os direitos fundamentais nunca resultaram da opinião de peritos em Direito, reunidos à volta de uma mesa a refletir sobre uma determinada matéria. Pelo contrário, eles tendem a responder – por vezes com algum atraso no tempo – a ameaças concretas a bens jurídicos que as pessoas consideram precisos e que a comunidade reconhece como tal. É esta natureza reativa dos direitos fundamentais que explica a sua conhecida evolução geracional, em que aos direitos civis se juntam os direitos políticos e em que a ambos se acrescentaram mais tarde, embora não de forma pacífica, os denominados direitos sociais. Da mesma forma, é também a natureza reativa destes direitos que está na origem da correspondente evolução funcional: de simples esferas de autonomia individual e instrumentos de defesa contra o poder do Estado, passaram também a fundar direitos a reclamar prestações positivas da máquina administrativa estadual. E de direitos destinados a aplicar-se apenas na relação vertical entre os indivíduos e o poder público, passaram igualmente a valer nas relações jurídicas (ditas) horizontais entre sujeitos privados. Finalmente, de direitos de liberdade e igualdade, evoluíram para direitos a exigir proteção do Estado, com este a (re)assumir uma função de segurança relativamente aos bens fundamentais que a sociedade de risco global coloca constantemente sob ameaça de lesão⁶.

Neste sentido, a história do constitucionalismo demonstra que o direito à integridade física é uma reação contra a tortura, a liberdade religiosa visa evitar a perseguição das pessoas em virtude das suas crenças, a liberdade de expressão constitui uma resposta à instituição da censura, assim como o direito de propriedade é um remédio contra a expropriação. Muitas Constituições ainda hoje refletem, nos seus textos, essa contraposição original⁷. Ora, mais recentemente, os novos direitos fundamentais respondem (quase todos) a ameaças de natureza tecnológica:

5 Lei nº 27/2021, de 17 de maio.

6 SILVA (2015), pp. 63 ss.

7 Na Constituição portuguesa: artigos 24º nº 2, 25º nº 2, 37º nº 2, 42º nº 2 e 62º, nº 2.

a) No célebre artigo publicado na *Harvard Law Review*, Warren e Brandeis invocam o direito à privacidade para defenderem as pessoas de uma nova tecnologia, desenvolvida em finais do século XIX – máquinas fotográficas que permitiam tirar fotografias em movimento e, portanto, não consentidas⁸.

b) Na década de 80 do século passado, os direitos de autor ganham um ímpeto nunca antes pensado com a descoberta, pela Xerox, da máquina fotocopiadora e, pela Sony, do videogravador.

c) Com o nascimento da ovelha Dolly, em 1996, e com o reconhecimento pela comunidade científica da possibilidade de clonagem humana, é aprovado em 1998 um protocolo adicional à Convenção de Oviedo sobre Biomedicina que reconhece o direito das pessoas à sua identidade genética – ou seja, o direito a continuarem a ser únicas e irrepetíveis;

d) E, finalmente, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece, na sua célebre decisão de 2014, que *Costeja González* tem o direito a que o seu passado seja esquecido está também a reconhecer que os motores de busca – e o Google em especial – podem constituir, em certas circunstâncias, uma tecnologia suscetível de atingir a dignidade das pessoas – não obstante o seu enorme potencial para lhes facilitar a vida⁹.

Por outras palavras, os direitos fundamentais não estão escritos nas nuvens, nem devem ser construções teóricas elaboradas. São respostas concretas para ameaças já suficientemente caracterizadas – respostas que, tendencialmente, devem ser simples e de fácil efetivação. É essa, aliás, a grande dificuldade suscitada pela garantia da liberdade de expressão no universo digital, dada a complexidade e opacidade das novas plataformas em que esta se exerce nos dias de hoje: as redes sociais.

3. PLATAFORMAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Considerando o que acima se disse sobre a natureza reativa dos direitos fundamentais, compreende-se que a liberdade de expressão seja frequentemente identificada com a proibição da censura

Na realidade, o que nos primórdios do constitucionalismo integrava o conteúdo da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa era apenas a garantia de que o Estado – e, nalguns casos, de braço dado com as autoridades eclesiásticas – não perseguiriam, não prendiam nem maltratavam as pessoas pelas suas ideias políticas, filosóficas ou científicas, mormente quando essas ideias eram críticas

8 WARREN & BRANDEIS (1890).

9 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>

dos poderes instituídos ou divergiam das doutrinas oficiais. Em particular, quando essas pessoas com ideias incômodas decidiam passá-las para papel impresso, e assim dar-lhes difusão mais ampla, essa liberdade integrava a pretensão de que as respetivas obras não deveriam ser colocadas na lista dos livros proibidos – no *Index Librorum Prohibitorum* – e, portanto, não seriam censuradas¹⁰.

Com a evolução das plataformas tecnológicas da liberdade de expressão – do livro para os jornais, destes para a radio e para a televisão, e finalmente para a Internet, com a blogosfera e com as redes sociais – tornou-se mais difícil para os poderes instituídos controlar eficazmente a difusão de todas as ideias críticas ou perigosas, tanto pelo aumento brutal dos conteúdos produzidos e postos em circulação, quanto pela velocidade dos processos de comunicação.

Em consequência, sempre que o poder político não interiorizava o imperativo democrático de respeito pelas liberdades de expressão e de imprensa, a censura reinventou-se, ora tomando por dentro o controlo dos órgãos de comunicação social (sobretudo quando de titularidade pública ou com financiamento público), ora assumindo outras formas mais subtis. Por outras palavras, em resposta à diversificação das plataformas tecnológicas que foram servindo de suporte à liberdade de expressão, as formas de restrição a este direito fundamental diversificaram-se também: do *Index*, passando pelo lápis azul (da censura administrativa) e pela titularidade pública, até às hodiernas ações de cancelamento e de *no-platforming*.

Ao aumento exponencial das possibilidades de comunicação, que deve ser valorado muito positivamente, como uma democratização da própria liberdade de expressão – o número de pessoas com capacidade real para difundir as suas ideias alargou-se imensamente, assim como os respetivos destinatários –, está também associado um risco acrescido de formas insidiosas de compressão do direito em causa. Neste domínio, a Internet e especialmente as redes sociais são um mundo novo, embora nem sempre particularmente admirável. Enfim, um mundo em que a fronteira entre a moderação de conteúdos – indispensável para a existência de um espaço público mediático saudável e desinibido – e a velha censura não podia ser mais ténue.

4. CARACTERIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS

Apesar de bastante diversas entre si, as redes sociais são, até ao momento, o ponto culminante do processo de democratização induzido pela Internet. Com milhares de milhões ou centenas milhões de utilizadores cada uma, as redes so-

10 MACHADO (2002), pp. 40 ss.

ciais rapidamente destronaram a televisão, conhecida como a “caixa que mudou o mundo”. Mas esta democratização, apesar de muito positiva, é apenas uma parte de uma equação complexa, de um processo de geometria muito variável e, sobretudo, está longe de significar um genuíno respeito pelos princípios do Estado de Direito.

Retomando o paradigma contratualista, as sociedades humanas, constituídas por pessoas de carne e osso, assinaram um contrato social, através do qual os membros da comunidade instituíram um poder político com competência para assegurar a paz social e para assegurar o respeito pelos direitos básicos dos cidadãos¹¹. Assim também estas recém-inventadas sociedades de pessoas virtuais – heterónimos mais ou menos próximos das pessoas físicas que os constroem e alimentam – têm de ser chamadas a assinar o contrato social, de modo a garantir a segurança geral e o respeito pelos direitos de todos os seus membros. Um contrato com as características acima apontadas, de natureza pública, que tem de ir muito para além dos denominados “termos e condições” ou “termos de serviço” dos acordos de adesão, de natureza privada, que os utilizadores subscrevem quase sem dar por isso quando entram na rede, clicando num “*I agree*” depois de colorem um “v” num qualquer quadradinho em branco.

Se é hoje evidente a necessidade de regular adequadamente a atividade das redes sociais, é fundamental perceber primeiro o que as distingue das antigas plataformas da liberdade de expressão, assim como os princípios básicos do seu funcionamento. O que sempre valeu para umas, não vale em larga medida para as outras. Começando, justamente, pela compreensão das redes sociais como um *cluster* de dimensões jurídicas cruzadas, simultaneamente de natureza pública e de natureza privada, de direito interno e de direito transnacional ou global.

As redes sociais são, antes de mais, empresas privadas, que respondem perante os seus acionistas e investidores. São empresas que operam em múltiplas jurisdições – que, como se viu, operam no universo digital, que não conhece fronteiras geográficas ou políticas. Não obstante não prescindirem de uma ou várias sedes sociais, têm os seus milhões de utilizadores distribuídos pelos territórios dos 193 Estados que hoje têm assento na Assembleia Geral da ONU. Não sendo Estados, dotados de população e território, algumas destas empresas não deixam de ser verdadeiras superpotências no plano económico e até político¹².

Este simples facto aponta, repita-se, para a necessidade de a regulação das redes sociais ser feita numa escala tão alargada quanto possível no que toca ao número de utilizadores. Exercícios de regulação desencadeados por Estados pe-

11 SILVA (2018), pp. 9 ss.

12 ASH (2016), p. 47.

quenos, com mercados sem dimensão relevante, ou feitos numa base puramente nacional, dificilmente poderão ter a aspiração de transformar a conduta das redes sociais enquanto agentes económicos. Por isso, sem prejuízo de alguns contributos originais para a regulação das redes, o que importa saber é o modo como os grandes blocos económicos – os EUA, a União Europeia, o Brasil e outros grandes países democráticos – se estão a posicionar neste domínio: qual o nível de pressão que vão colocar para alcançar os seus objetivos, sem bloquear o negócio e sem pôr em causa a sua capacidade de inovação. Pequenos Estados como Portugal podem certamente contribuir para esse debate, mas dificilmente conseguirão tirar o sono a Mark Zuckerberg ou Sundar Pichai.

Por outro lado, a idade pré-Internet era caracterizada pela limitação do espaço e do tempo disponível para a comunicação do pensamento. Um livro em papel pode ser maior ou menor, mas não pode transformar-se numa enciclopédia. Da mesma forma, os jornais também podem adotar um formato mais ou menos alargado, mas o tempo disponível para os compor e publicar não permite que se convertam num livro. Por sua vez, na rádio e na televisão o problema do espaço físico convola-se num problema de tempo, uma vez que o dia não pode ter mais de 24 horas.

Razões físicas, pragmáticas ou económicas – produzir conteúdos publicáveis dá trabalho e é bastante dispendioso – limitam o binómio espaço/tempo da atividade comunicativa. Nestas plataformas, a função do editor é, aliás, em larga medida, a de autoridade com competência para gerir um espaço/tempo que é muito limitado. É claro que o editor assume também uma função de garantia da qualidade – literária, científica ou jornalística – dos conteúdos publicados, bem como de aferição da sua relevância para o público alvo, mas ele é igualmente uma peça-chave na batalha contra o número de páginas ou na luta contra o cronómetro do tempo de emissão.

Com a Internet esses dois espartilhos desaparecem por completo. Em especial, nas redes sociais não existe um número máximo de *posts* ou de *tweets*, nem um plafond para a quantidades de fotografias, vídeos, memes, *GIFs*, *stories*, textos ou comentários que os utilizadores podem criar e postar. Bem pelo contrário, a lógica das redes é “quanto mais melhor” – desde que respeitados padrões mínimos de civilidade. Considerando que o modelo de negócio das redes sociais é baseado no número de acessos dos utilizadores e na quantidade de tempo que estes passam ligados – assim como no nível de atenção e envolvimento que revelam durante esse lapso temporal –, compreende-se que a quantidade de conteúdos disponíveis seja um fim em si mesmo. Desde logo, sem quantidade não pode haver diversidade e, conseqüentemente, fica em risco a capacidade de a rede oferecer continuamente a cada utilizador aquilo que ele quer ler, ouvir ou ver. Não um *Daily Mirror*, nem um *Daily News*, mas rigorosamente um “*Daily Me*” – que

tendencialmente evita o confronto dos consumidores com notícias ou ideias fora da câmara de ressonância ou da “bolha” em que estes vivem e que, portanto, poderiam fazê-los questionar os seus enviesamentos¹³.

Para além disso, as redes sociais caracterizam-se pelo acesso livre e gratuito dos utilizadores. A liberdade de acesso é garantida pela assinatura de um contrato de adesão. A contrapartida pela gratuitidade é a recolha sistemática dos dados pessoais dos utilizadores, com vista ao seu tratamento exaustivo e à definição rigorosa de perfis.

Tal como algumas das plataformas mais antigas da liberdade de expressão, também as redes sociais são um negócio largamente sustentado pela publicidade, mas não só. Os utilizadores pagam o serviço que recebem com a sua atenção e com os seus dados pessoais – que incluem as suas preferências individuais em todos os domínios da sua vida, desde a alimentação às ideias filosóficas.

Isto significa que o público das redes sociais é radicalmente concreto. Ao contrário do que sucede com as plataformas tradicionais, em que o público é uma abstração ou uma conjectura – o número de livros ou jornais vendidos, não se sabe bem a quem, ou uma estimativa sobre o número de ouvintes ou telespetadores, com maior ou menor nível de literacia –, nas redes sociais o público pode ser identificado com grande rigor e, portanto, é muito valioso no mercado publicitário. Por exemplo, se a televisão tem grande capacidade para vender chocolates, as redes sociais vendem chocolate a quem gosta a sério de chocolate e o compra efetivamente. E, quanto mais específico for o produto, maior é a vantagem competitiva do modelo publicitário das redes sociais.

As redes sociais confirmam, assim, a máxima segundo a qual se um agente económico te oferece qualquer coisa gratuitamente é porque, em rigor, tu não és o cliente dele, mas o produto que está a ser vendido¹⁴. Os dados pessoais são, pois, o preço que se paga pelo direito de ver e ser visto na rede.

Num modelo de negócio baseado na atenção e na fidelização dos utilizadores, é decisivo oferecer a cada um o que ele quer efetivamente receber, um fato feito à medida do utilizador com conteúdos personalizados. É por isso que as redes controlam os conteúdos disponibilizados, com diferentes graus de intensidade: a que simplisticamente podemos chamar *hard control* – o que pode ser publicado; e *soft control* – qual a prioridade na publicação. De um modo geral, o controlo duro é gerador de custos; o controlo suave, em contrapartida, é uma fonte significativa

13 SUNSTEIN (2017), pp. 1 ss.

14 ASH (2016), p. 50.

de receitas. Daí que as redes tendam a fugir ao primeiro, ao mesmo tempo que fazem o segundo com todo o gosto¹⁵.

Começando pelo fim, e não obstante a heterogeneidade das redes, aquilo a que os utilizadores têm acesso é decidido através de um algoritmo que, por um lado, recomenda conteúdos patrocinados e, por outro lado, prioriza os demais conteúdos disponíveis secundo um conjunto de critérios predefinido, num esquema de geometria variável. Mais precisamente, esses critérios combinam:

- a) o interesse do utilizador – identificado com recurso ao seu perfil;
- b) o desempenho que o próprio conteúdo postado está a ter;
- c) a performance anterior do seu criador;
- d) e a novidade do mesmo.

O sucesso de um conteúdo nada tem a ver, portanto, com o seu valor intrínseco, seja ele informativo, literário ou estético. Neste universo, um texto literário tem *a priori* o mesmo valor de uns disparates mal articulados. Uma obra de arte não vale mais do que os rabiscos de uma criança. Uma foto premiada pode não conseguir rivalizar com a foto de um gatinho.

Em todo o caso, os algoritmos estão longe de ser neutros do ponto de vista ético, político e jurídico. A sua opacidade, os seus efeitos de reforço dos enviesamentos dos utilizadores – *confirmation bias, availability heuristics, availability cascade, stereotyping* e muitos outros –, bem como o seu potencial discriminatório podem, no seu conjunto, ter um impacto insidioso na vida das pessoas, como tem sido ostensivamente denunciado por literatura recente¹⁶.

Do ponto de vista da liberdade de expressão, o cerne do problema da regulação das redes sociais respeita tanto ao controlo suave – por causa das chamadas *eco chambers* –, quanto ao problema do controlo duro – isto é, daquilo que pode ou não ser publicado, daquilo que deve ou não ser:

- a) sinalizado;
- b) bloqueado;
- c) ou removido.

Mesmo tratando apenas do controlo duro, em causa está um trabalho hercúleo e espinhoso que – a pretexto da proteção da liberdade de expressão dos utilizadores, *rectius* da proibição da censura – as redes sociais se recusaram durante

15 YORK & ZUKERMAN (2021), pp. 148 ss.

16 NOBLE (2018); SHAFFER (2019); MCNAMEE (2018); EUBANKS (2018); ROSE, (2018); WACHTER & BOETTCHER (2016).

muito tempo a fazer, a coberto das normas legais que as isentavam de responsabilidade pelos conteúdos publicados:

a) a cláusula “*Good Samaritan*”, do *US Communications Decency Act*, de 1996¹⁷;

b) e, na União Europeia, o artigo 15º da Diretiva sobre Comércio Eletrónico, de 2000¹⁸.

Em qualquer dos casos, a ideia era e, em parte, ainda é de que as plataformas de serviços digitais não produzem os conteúdos que divulgam (o que é verdade), nem fazem edição (o que já não é tão verdade). Portanto, não devem ser responsabilizadas como se fossem autores ou editores: no fundo, não é lícito matar o mensageiro, apenas porque não se gosta da mensagem.

Em bom rigor, porém, a recusa das redes sociais em assumir uma obrigação geral de vigilância dos conteúdos ilícitos que os utilizadores disponibilizam nas respetivas plataformas – para identificar (denunciar e, eventualmente, banir) conteúdos ilícitos – nunca se aplicou à implementação dos próprios “termos e condições contratuais”, como sucede habitualmente com a proibição de linguagem obscena, de pornografia ou de violência gráfica. A razão é simples: a má moeda tende a expulsar de circulação a boa moeda e, num paradigma de negócio assente na fidelização (senão mesmo na viciação) dos utilizadores, o ambiente que os bons utilizadores encontram na rede não pode ser demasiado agressivo, para que não se sintam inseguros ou violentados. Ao fazer este tipo de controlo, restringindo a ação dos maus utilizadores, as redes limitam-se a proteger o seu negócio.

Seja como for, todo o tipo de controlo de conteúdos – lícitos ou ilícitos, protegidos ou não pela liberdade de expressão, impostos por lei ou pelos “padrões da comunidade” – implica sempre elevados custos. Mesmo sabendo que a inteligência artificial consegue sinalizar muitos conteúdos problemáticos ou indesejados, é difícil eliminar completamente a necessidade de vastas equipas de pessoas a visualizar e avaliar esses conteúdos e a tomar uma decisão quanto ao seu destino, num processo penoso e sujeito a uma margem de erro significativa.

Por último, o controlo duro de conteúdos escala muitas vezes para o controlo duro de utilizadores, quando a permanência destes se torna num problema sério para a própria rede social. Quer dizer, quando os utilizadores persistem na sua conduta desviante, podem (ou devem) acabar suspensos ou expulsos da rede,

17 SEVANIEN (2015), pp. 122 ss.

18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>

assim se consumando aquilo que alguns percebem invariavelmente como um ato de censura – o que, todavia, só pode ser avaliado caso a caso.

5. REGULAÇÃO DAS REDES SOCIAIS

As redes sociais são hoje a principal infraestrutura de acesso à informação e de debate público, ambos essenciais ao regular funcionamento da democracia. Contudo, seria ingenuidade julgar que um conjunto restrito de empresas privadas, programadas para responder a incentivos económicos num mercado concorrencial, conduziriam a sua atividade com vista à criação e preservação de uma esfera pública de debate livre de ideias, desinibido, mas moderado.

Não há mal nenhum, registre-se, em as empresas prosseguirem os seus objetivos económicos. Simplesmente, assim como as empresas farmacêuticas têm uma responsabilidade para com a saúde pública, assim também as redes sociais têm de ter em consideração que a democracia depende da existência de espaços públicos de exercício saudável da liberdade de expressão – os quais, por não surgirem espontaneamente, exigem regulação¹⁹.

É verdade que o tema da vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais fez no passado correr rios de tinta – alimentando acesos debates entre privatistas e publicistas²⁰ –, mas o entendimento hoje dominante, ao menos no contexto europeu, é o de que as redes sociais têm uma obrigação de respeito pela liberdade de expressão²¹. Entendimento que a jurisprudência já vem partilhando²². As próprias redes já assumem essa vinculação, embora prefiram salientar o seu papel na defesa da liberdade de expressão dos seus utentes contra as tentativas de interferência por parte dos Estados – nas relações verticais, portanto, e não tanto nas relações entre sujeitos privados²³.

A regulação das redes sociais é certamente um empreendimento difícil, embora não impossível. A generalidade das críticas que são feitas hoje contra as redes sociais – em particular a de que são demasiado poderosas politicamente para aceitarem ser reguladas – já foram feitas no passado contra as anteriores plataformas de comunicação social, como os jornais, a rádio ou a televisão – com a agravante de que, durante muito tempo, as televisões tinham uma posição mais monopolista do que as presentes redes sociais.

19 JORGENSEN (2021), pp. 163 ss.

20 SILVA (2018), pp. 315 ss.; ANDRADE (2019) pp. 230 ss.; SARLET (2018), pp. 384 ss.

21 SEQUEIRA (2021), pp. 57 ss.

22 *Bundesverfassungsgericht*, 22.05.2019 (BvQ42/19); *Tribunale di Roma*, 12.12.2019 (RG59264/2019).

23 CALLAMARD (2021) pp. 191 ss.

Importante é ter consciência de que uma regulação efetiva tem seguramente de compreender diversas dimensões, de natureza jurídica e não jurídica, de *soft law* e de *hard law*, de auto e heterorregulação. Em particular, enfatiza-se muitas vezes o papel da autorregulação, no quadro da qual as empresas devem desenvolver políticas de transparência – quebrando, na medida do possível, a opacidade dos algoritmos e dos seus procedimentos internos – e promover a criação de instâncias, independentes ou plurais, de análise e decisão das reclamações dos utilizadores – como provedores, comissões de ética ou fóruns de debate. Em todo o caso, a autorregulação será sempre insuficiente e nunca dispensará uma forte dose de heterorregulação.

O núcleo problemático da regulação está, naturalmente, na *moderação de conteúdos*, porque é aí que se joga o futuro da liberdade de expressão e os limites desta na esfera digital.

Para que se possa discutir a sério o tema da moderação de conteúdos importa ter presente, contudo, que nem a liberdade de expressão é absoluta, nem todos os limites que lhe são ou podem ser apostos consubstanciam necessariamente casos de censura. Com efeito, ao contrário do que alguns julgam, assim como nem tudo o que sai da boca para fora – de políticos, figuras públicas ou cidadãos comuns – merece a proteção da liberdade de expressão, assim também nem tudo o que é posto a circular nas redes sociais pode invocar semelhante garantia jusfundamental.

Por exemplo, não exerce a liberdade de expressão quem grita “fogo, fogo, há fogo!”, numa sala de cinema apinhada de gente. Não exerce essa liberdade um ministro do culto que, dirigindo-se aos seus fiéis, escreve um livro onde explica aos maridos como punir fisicamente as respetivas mulheres (ainda que para defender que o objetivo do castigo é simbólico e não infligir dor). E, da mesma forma, não atua ao abrigo da liberdade de expressão o líder político carismático que abertamente instiga os seus apoiantes, através de sucessivos *posts* numa rede social, à prática de crimes ou os incita à rebelião ou à subversão do Estado de Direito.

Sob pena de contradição insanável, as condutas que constituem crime não podem beneficiar da proteção da liberdade de expressão. Isto vale naturalmente para os crimes de difamação e injúria, mas em princípio vale também para a doutrinação terrorista, para a pornografia infantil, para a pornografia de vingança, para a violação de segredos (profissional, comercial e industrial, de justiça e de Estado) e, em geral, para o incitamento à prática de quaisquer crimes. Assim como pode valer igualmente, se e na medida em que as ordens jurídicas tipifiquem as condutas em questão como crimes ou como ilícitos de mera ordenação social, para o assédio moral e sexual, para o discurso de ódio, para a violação de

regras de campanha eleitoral e para a violação de direitos de autor. Se as pessoas forem impedidas de prosseguir com estas condutas ilícitas ou se forem punidas pelas que já praticaram, não estarão, portanto, a ser censuradas.

Esta questão, de natureza *substantiva*, é diferente da questão *adjetiva* de saber quem deve tomar as decisões – muito delicadas, porque o mundo não é a preto e branco – de rastreamento e posterior apagamento destes conteúdos não protegidos pela liberdade de expressão, quando alojados nas redes sociais. E, no limite, as decisões de bloqueio dos utilizadores recorrentemente responsáveis pela sua colocação. Ora, quanto a esta questão adjetiva, só há três caminhos possíveis:

- a) apenas os tribunais, nos termos da lei;
- b) as próprias redes sociais, num quadro de autorregulação;
- c) as redes sociais, mas em conformidade com um regime jurídico específico e, naturalmente, sujeitas a revisão judicial.

É nesta última direção que, compreensivelmente, navega o Regulamento dos Serviços Digitais (DSA), recentemente aprovado pela União Europeia, para substituir a já ultrapassada Diretiva sobre Comércio Eletrónico²⁴. Nomeadamente, no artigo 17º deste novo Regulamento, prevê-se muito claramente a possibilidade de os prestadores de serviços de alojamento virtual sancionarem com “restrições” os seus utilizadores, notificando-os através de uma exposição de motivos clara e específica, caso tenham disponibilizado conteúdos ilegais ou violadores dos termos e condições contratuais. E, entre essas sanções, contam-se:

- a) restrições à visibilidade de conteúdos;
- b) suspensão ou cessação de monetização de conteúdos;
- c) suspensão ou cessação da prestação de serviços;
- d) suspensão ou encerramento da conta.

Neste quadro, a famosa acusação de que o Twitter censurou Trump após o dia 6 de janeiro de 2021 ignora a natureza ilícita de alguns dos últimos *tweets* do ainda presidente, incitando os seus seguidores mais radicais a invadir o Capitólio e a desencadear um golpe de Estado.

Para além disso, essa acusação assume claramente que, não obstante as redes sociais serem empresas privadas, na era digital em que vivemos, a liberdade de expressão garante a todos o direito ilimitado a ter um púlpito, para a partir dele falar aos seus seguidores, amigos, fãs ou ao mundo inteiro. Ou seja, pressupõe que a liberdade de expressão se tornou num de direito irrestrito de participação

24 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>

na esfera pública, comportando o direito positivo aos instrumentos de projeção da voz e do pensamento, *urbi et orbi*, que só as redes sociais especificamente proporcionam. Direito positivo este que, sublinhe-se, nunca existiu em relação aos meios de comunicação social tradicionais, dado que ninguém poderia razoavelmente exigir escrever artigos de opinião nos jornais, nem a ter um espaço de comentário na rádio ou na televisão.

Sucede que as redes sociais são de facto uma realidade nova e não adianta tentar enfiá-las à força em conceitos antigos. Não são a ágora típica da Grécia antiga, não são um *speaker's corner* à semelhança do existente em Hyde Park, também não são seguramente um *gentlemen's club* ou um *town hall meeting*, nem tão pouco podem comparar-se aos mais recentes jornais digitais. São empresas – que vendem no mercado um produto que em larga medida não produzem – e, simultaneamente, são comunidades de pessoas duplicadas, com os pés assentes na terra, mas a cabeça no mundo digital.

Uma coisa parece segura: ainda que esse direito positivo a ter um palco íntegro hoje o conteúdo da liberdade de expressão, ele nunca poderá ser independente da conduta dos utilizadores dentro da rede a que aderiram. Uma coisa é o direito a entrar na rede, sem discriminações, outra é o direito a permanecer indefinidamente nessa rede.

6. *FAKE NEWS*

Para que a conduta de uma qualquer entidade – pública, religiosa ou privada – com a capacidade de silenciar outrem seja qualificada como censura é necessário demonstrar, portanto, que os conteúdos bloqueados ou banidos correspondem verdadeiramente ao exercício da liberdade de expressão. Neste pressuposto, as *fake news* – ideia não por acaso popularizado por Trump – representam um desafio muito especial para a moderação dos conteúdos colocados em circulação nas redes sociais, mais até do que os conteúdos criminosos ou ostensivamente ilícitos referidos no ponto anterior.

Por duas ordens de razões, que importa considerar em separado:

- a) uma prende-se com a delimitação conceptual da figura;
- b) a outra respeita à definição fina (porque complementar da acima efetuada) dos limites da liberdade de expressão.

6.2. Em primeiro lugar, mesmo deixando de lado o problema dos políticos populistas, que simplesmente designam como *fake news* todas as notícias e até os órgãos de comunicação social que lhe eram desfavoráveis, a expressão é normalmente utilizada sem o mínimo de propriedade, numa desordem terminológica

e conceptual a que só em parte os recentes trabalhos da União Europeia sobre desinformação conseguiram sustentar²⁵⁻²⁶.

Desde logo, é fundamental não confundir *fake news* – conteúdos que, não obstante serem difundidos como uma notícia (resultante até de um suposto trabalho jornalístico), são deliberadamente inventados ou fabricados – com as velhas notícias erróneas, não confirmadas ou enviesadas, que são aquelas peças em que o jornalista se enganou, foi enganado ou foi pouco rigoroso no cumprimento dos seus deveres. Nas *fake news* há dolo direto na fabricação e na difusão inicial de um conteúdo que só aparentemente é jornalístico. Já naquelas notícias erróneas, pelo contrário, o jornalista limita-se por regra a atuar no apuramento dos factos com uma diligência inferior à que lhe seria exigida.

Na mesma linha, é importante separar claramente as *fake news* da propaganda política. As diferentes mensagens de propaganda – como os *slogans* de campanha ou as promessas eleitorais – são frequentemente falsas ou irrealistas. Sucede que, em democracia, quando a comunicação não é controlada pelo Estado, essas mensagens não são apresentadas aos eleitores sob a forma de notícias. Ainda que, fruto da cobertura jornalística das eleições, esses conteúdos propagandísticos apareçam nos noticiários todos os dias, eles não pretendem fazer-se passar por notícias. Mensagens como “o México vai pagar o muro” ou “o Reino Unido paga à União Europeia 350 milhões de libras por semana” contêm obviamente mensagens falsas, que, todavia, são assumidas diretamente pelos candidatos ou partidos que estão na corrida eleitoral.

Por outro lado, as *fake news* também não devem ser confundidas com outros fenómenos recentes, de censurabilidade variável, que povoam o espaço mediático, como as denominadas “*bullshit news*”, o “*clickbait*”, o “*spin*” (ou “*spinning*”) e até o “*leaking*” – ainda que todos, no seu conjunto, contribuam para a era de pós-verdade em que estamos imersos²⁷.

As *bullshit news* são conteúdos de escasso valor informativo e que vivem sobretudo da exploração das inclinações (ou do voyeurismo) dos consumidores, passando em larga medida ao lado da questão da veracidade dos factos – pelo que o seu único efeito negativo é o da poluição do espaço mediático e dos *news feeds* das redes sociais e dos portais noticiosos associados aos navegadores. Já o *clickbait* é uma estratégia relativamente agressiva de comunicação, destinada a aumentar o tráfego *online*, mas que é neutra relativamente aos conteúdos

25 https://ec.europa.eu/info/publications/action-plan-disinformation-commission-contribution-european-council-13-14-december-2018_en; [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2019\)608864](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2019)608864); [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)695445](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)695445).

26 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

27 KEYES (2011); DAVIDOWITZ (2017); DAVIS (2017); KAKUTANI (2018).

a que é aplicada. É certamente utilizada para disseminar *fake news*, mas é indistintamente aplicada a jornalismo e a conteúdos não jornalísticos, verdadeiros ou não, mas sempre com títulos sensacionalistas. A sua crescente disseminação deve-se à necessidade de aumentar as receitas da publicidade *online*, como forma de os meios de comunicação social ultrapassarem a crise do seu modelo tradicional de financiamento.

Por sua vez, o *spin* é uma técnica de marketing político que consiste em torturar a realidade até que ela confesse o que se pretende passar para a opinião pública. Os *spin doctors*, que habitam nos gabinetes governamentais e nos *staffs* partidários, têm certamente uma relação flexível com a verdade. Mas o seu objetivo é por regra o inverso das *fake news*: em vez de denegrir um adversário com uma estória negativa inventada, trabalham com base em factos reais, com o objetivo de criar uma narrativa ao gosto do cliente ou de escolher o ângulo que os faz ficar bem (ou menos mal) na fotografia. Se as efabulações assim criadas se transformam ou não em notícias depende da qualidade do jornalismo.

No *leaking*, por seu turno, começa por existir apenas um conjunto de dados ou documentos em bruto, dos quais depois podem ser extraídas notícias. Em princípio, essas notícias serão verdadeiras ou, pelo menos, os jornalistas procurarão progressivamente aproximar-se da verdade. O que caracteriza o *leaking* é o modo ilícito pelo qual se processou o acesso aos dados, com violação da inviolabilidade da correspondência ou de alguma forma de segredo (de Estado, de justiça, profissional), ainda que essa violação inicial não ponha em causa a legitimidade da subsequente investigação jornalística.

Não se nega o efeito disruptivo da comunicação que as *fake news* apresentam no contexto das democracias ocidentais – em todos os processos políticos fraturantes, certamente, mas também em crises de segurança ou saúde pública, em que a eficácia das políticas depende em larguíssima medida confiança e da cooperação dos cidadãos. Mas, quando o respetivo conceito é devidamente delimitado, pela positiva e pela negativa, elas tornam-se num fenómeno mais gerível do que aquilo que muitas vezes se supõe.

Quanto à segunda ordem de razões acima enunciada, relativa à delimitação fina da liberdade de expressão, é importante deixar muito claro o seguinte:

- a) fabricar conteúdos manifestamente falsos;
- b) colocá-los a circular nas redes sociais como se fossem notícias;
- c) promovendo (artificialmente) a sua disseminação;
- d) não corresponde ao genuíno exercício da liberdade de expressão;

e) mesmo quando esses conteúdos fabricados e circulados não contêm mensagens difamatórias²⁸.

Isto significa que o legislador democrático – ao abrigo da sua liberdade de conformação – pode qualificar esses conteúdos falsos como ilegais e ilícitas, para efeitos de responsabilidade civil e até eventualmente criminal, bem como para efeitos da sua remoção do espaço mediático pelas plataformas digitais. Não se divisa, portanto, como pode defender-se que devem poder continuar a circular livremente, como o argumento de que “a mentira tem perna curta” – manifestamente, nas redes sociais, não tem – ou porque cabe unicamente ao “mercado das ideias” fazer a sua identificação e refutação, ou ainda porque não há nenhuma autoridade independente para fazer essa remoção em tempo útil.

Por muito amplo que seja o alcance constitucional desta liberdade – e é bom que seja, porque ela providencia o oxigénio que a democracia respira – já se viu que nem tudo o que se diz, escreve ou publica cabe lá dentro. Há muitas condutas que estão dentro, tal como há também algumas que estão fora. Sempre assim sucedeu e o universo digital não deverá diferir. E, tal como acima caracterizadas, as *fake news* estão fora do âmbito constitucional de proteção da liberdade de expressão porque esta não nos dá – nunca deu – o direito de enganar dolosamente os outros. Da mesma forma que a liberdade contratual não nos dá o direito de burlar a contraparte. E tal como a liberdade religiosa não permite extorquir dinheiro aos fiéis.

Neste quadro, sustentar que sempre houve *fake news* – como amiúde se escuta, negando a sua especificidade em relação às velhas notícias erróneas ou não confirmadas – é o mesmo que dizer que sempre houve Internet, *sites*, blogues e redes sociais. É ignorar que o acesso ao espaço público é hoje praticamente universal e a triagem de acesso é inexistente ou muito incipiente. É negar que vivemos numa nova era, com problemas novos.

Esta visão dos limites da liberdade de expressão não se basta com uma definição muito rigorosa do conceito de *fake news*. Implica também um trabalho metódico de análise dos conteúdos em circulação, para “separar o trigo do joio” – um trabalho sistemático de *fact-checking*, executado por ou com o apoio de entidades independentes, com a plena consciência que entre a verdade mais pura e cristalina e a falsidade mais despudorada há várias tonalidades de cinzento e que, por isso, o erro é inevitável. Qualquer *fact-checker*, mormente aqueles que trabalham em parceria com as redes sociais, tem aliás várias classificações intermédias: imprecisão, descontextualização, incompletude, etc.

28 Para uma perspectiva norte-americana, SUNSTEIN (2020), pp. 388 ss.

Os poderes públicos, por seu turno, sejam de índole nacional ou supranacional, têm um papel incontornável na capacitação dos cidadãos para navegarem no espaço público digital sem caírem na armadilha das *fake news*. Cidadãos responsáveis precisam de estar atentos e de desenvolver estratégias de autoproteção. Deve ser esse o objetivo dos poderes públicos: literacia digital, sem infantilizar os cidadãos pela omnipresença protetora do Estado, a pretexto de preservar a eficaz prossecução de quaisquer políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, V. – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 6ª ed., Coimbra, 2019
- ASH, T.G. – *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven & London, 2016
- BALKIN, J.M. – “*How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*”, Knight First Amendment Institute, Columbia University, 2020
- CALLAMARD, A. – “The Human Rights Obligations of Non-State Actors”, in *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. R.F. Jorgensen, <https://mitpress.mit.edu/books/human-rights-age-platforms>, 2021
- DAVIDOWITZ, S.S. – *Everybody Lies*, New York, 2017
- E. DAVIS, – *Post-Truth*, London, 2017
- EUBANKS, V. – *Automating Inequality*, New York, 2018
- FARINHO, D. & LANCEIRO, R. – “Liberdade de Expressão na Internet”, in **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, org. P.P. Albuquerque, vol. II, Lisboa, 2019
- GONÇALVES, J.C. – “Liberdade de Imprensa”, in **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, org. P.P. Albuquerque, vol. II, Lisboa, 2019
- HARARI, Y.N. – *21 Lessons for the 21st Century*, London, 2018
- HOFFMAN-RIEM, W. – **Teoria Geral do Direito Digital**, Rio de Janeiro, 2ª ed., 2022
- JORGENSEN, R.F. – “Rights talk: In the Kingdom of Online Giants”, in *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. R.F. Jorgensen, <https://mitpress.mit.edu/books/human-rights-age-platforms>, 2021
- KAKUTANI, M. – *The Death of Truth*, New York, 2018.
- KEYES, R. – *The Post-Truth Era*, New York, 2011
- MACHADO, J. – **Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais**, Coimbra, 2002
- MCNAMEE, R. – *Zuked: Waking up to the Facebook Catastrophe*, New York, 2018
- NOBLE, S.U. – *Algorithms of Oppression*, New York, 2018
- ROSE, M. – *Automating Inequality: how the Internet Influences Racism*, 2018
- SARLET, I. – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 13ª ed., Porto Alegre, 2018
- SEQUEIRA, E. – “Facebook: Algumas questões jurídicas”, in **Encontros de Direito Civil, III, Evolução tecnológica no Direito Civil**, org. A.P. Monteiro *et alli*, Lisboa, 2021
- SEVANI, A.M. – “Section 230 of the Communications Decency Act: A «Good Samaritan» Law Without the Requirement of Acting as a «Good Samaritan»”, in *UCLA Entertainment Law Review*, 21(1), 2015
- SHAFFER, K. – *Data versus Democracy*, Colorado, 2019
- SOUZA, S.M. – *Constitucionalismo digital*, Coimbra, 2022
- SILVA, J.P. – **Crónicas Constitucionais – Reter o Tempo em Palavras**, UCE, Lisboa, 2021
- SILVA, J.P. – **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais**, UCE, Lisboa, 2015
- SILVA, J.P. – **Direitos Fundamentais – Teoria Geral**, UCE, Lisboa, 2018

- SUNSTEIN, C.R. – *#Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton & Oxford, 2017
- SUNSTEIN, C.R. – “Falsehoods and the First Amendment”, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 33, n° 2, 2020
- WACHTER & BOETTCHER, – *Technically Wrong*, New York, 2016
- WARREN & BRANDEIS, – “The right to privacy”, in *Harvard Law Review*, vol. 4, n° 5, Dec. 1890
- YORK, J.C. & ZUKERMAN, E. – “Moderating the Public Sphere”, in *Human Rights in the Age of Platforms*, ed. R.F. Jorgensen, <https://mitpress.mit.edu/books/human-rights-age-platforms>, 2021
- ZUBOFF, S. – *The Ages of Surveillance Capitalism*, London, 2019

A RELAÇÃO DIREITO E POLÍTICA E O RISCO AUTORITÁRIO

CLARISSA TASSINARI
DANILO PEREIRA LIMA

1. INTRODUÇÃO

A ascensão de regimes democráticos depende de uma construção extremamente complexa, pois envolve a combinação de diversos fatores que não ocorrem em todos os lugares do mundo. Certas experiências malsucedidas de organização da ordem política, nas quais ainda predominam formas de relações tribais, são exemplos importantes para se compreender o mau funcionamento do sistema representativo em alguns lugares. Nesse sentido, em *As origens da ordem política*, Francis Fukuyama destaca que a organização de uma democracia liberal moderna e bem-sucedida depende da relação equilibrada entre três categorias de instituições: o Estado; o Estado de Direito; e a ideia de Governo responsável. Segundo ele, o funcionamento de apenas uma das categorias não garantiria a existência das demais.

O nascimento do Estado, a partir da modernidade, permitiu o estabelecimento de uma ordem política com legitimidade para monopolizar o uso da força, ao garantir o respeito às leis e à defesa do território nacional em relação a outros Estados. Já a ascensão do Estado de Direito e da ideia de Governo responsável permitiram uma maior limitação e transparência do poder estatal, ao impedir que os agentes públicos atuassem de forma arbitrária contra a sociedade civil. Assim, segundo Fukuyama¹, “o fato de haver países capazes de atingir esse equilíbrio constitui o milagre da política moderna, pois não é óbvio que eles podem ser combinados”. Isso pode ser observado nos diferentes contextos históricos em que essas categorias se configuraram no ambiente político de diversos países.

Um passo importante para a realização desse desafio ocorreu a partir da modernidade, com o estabelecimento do Estado. O nascimento do *Leviatã*, em seu formato absolutista, foi fundamental para a racionalização e centralização do poder, ao organizar uma ordem política que, desde seu início, teve a pretensão reunir as condições de se sobrepor a diversos grupos sociais. Com o fim da hegemonia da Igreja Católica, diversos grupos passaram a se digladiar em diferentes

1 FUKUYAMA, Francis. *As origens da ordem política*: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Rio de Janeiro: Rocco, 2013, p. 31.

partes da Europa. Garantir a pacificação de todos eles era a grande preocupação no tempo de Thomas Hobbes. É por isso que, segundo Janine Ribeiro, *O leviatã* deve ser lido como uma obra política atravessada ao mesmo tempo pelo medo e pela esperança, sendo que o primeiro sentimento era motivado pelo receio de morte violenta; já o segundo tinha relação com a expectativa dos indivíduos alcançarem maior segurança por meio do Estado².

Se o Estado representou uma significativa conquista civilizatória, ao possibilitar a organização de um sistema político secularizado; por outro lado, o exercício arbitrário do poder político transformou-se no principal motivo de inquietação de autores como John Locke e Rousseau. A elaboração de diversas teorias sobre técnicas de limitação do poder desaguararam no nascimento do constitucionalismo moderno. É verdade que no Estado absolutista já existiam mecanismos incipientes que reduziam a discricionariedade dos monarcas, como são os casos dos estatutos legais e da atuação da burocracia. A existência desses dois elementos – importantes no processo de racionalização do poder – impede que o absolutismo seja confundido com as monarquias despóticas. Contudo, a margem de manobra dos monarcas, no sentido de fazer com que suas escolhas pessoais se sobrepusessem na esfera pública, ainda era significativa, chegando ao ponto da propriedade privada ser apresentada como concessão do soberano, e não como um direito individual oposto a ele. É nesse sentido que a ascensão do Estado de Direito deve ser compreendida. Se anteriormente Hobbes havia apresentado o Estado como uma instituição responsável por proteger a vida das pessoas; em Locke e Rousseau o Estado já aparece como um possível violador de direitos quando inexistem limites ao exercício do poder político.

Além do Estado de Direito, a ideia de um sistema político responsável passa pela necessidade de mais transparência nas decisões tomadas pelas instituições e, também, pela abertura do sistema representativo em relação à comunidade. Essas transformações devem envolver o funcionamento de todos os Poderes, sempre respeitando as peculiaridades de cada um, já que os critérios institucionais para a formulação de suas decisões são completamente diferentes. Nesse sentido, quando se fala em sistema político responsável é necessário apontar o tipo de transformação que se espera em cada Poder. Para as finalidades desse trabalho, a responsabilidade do sistema político pode ser apontada da seguinte forma: *a)* maior transparência nas decisões tomadas pelos Poderes; *b)* maior responsabilidade política dos agentes públicos; e *c)* maior abertura do sistema político em relação à sociedade.

2 RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

No Brasil, é possível analisar o funcionamento das instituições políticas a partir da mesma premissa estabelecida por Fukuyama. As dificuldades na combinação dos três conjuntos de instituições – Estado; Estado de Direito; e a ideia de governo responsável – explicam o tipo de democracia formado no Brasil. Afinal, como ocorreu a modernização do Estado brasileiro? Quais as razões da recepção tardia do Estado de Direito? Por que, mesmo depois da redemocratização, o sistema político permanece blindado em relação à sociedade? Todos esses questionamentos são fundamentais para se compreender os sentidos da democracia brasileira e sua atual limitação. É verdade que, se por um lado ela permitiu a relativa ascensão de um Estado de Direito e, pela primeira vez, alcançou um período mais longo de estabilidade institucional; por outro lado, resquícios de uma cultura política autoritária continuam muito presentes nas engrenagens de seu sistema político, o que impede que as constantes reivindicações sociais tenham algum tipo de efeito nas estruturas de poder.

A organização autoritária do Estado brasileiro, que, durante a maior parte da história republicana, procurou se impor como demiurgo da sociedade – na tentativa de sufocar a atuação dos movimentos sociais –, não foi eliminada totalmente após a redemocratização. Essa situação é responsável pelo *déficit* de cidadania ainda presente na sociedade brasileira, que, no caso, mesmo após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, ainda encontra dificuldades para fazer com que suas reivindicações sejam ouvidas pelas estruturas de poder do Estado.

Desse modo, é possível afirmar que a democracia brasileira continua pouco democrática no funcionamento de seu sistema representativo. Segundo Octavio Ianni³, “modernizam-se a economia e o aparelho estatal. Simultaneamente, os problemas sociais e as conquistas políticas revelam-se defasados. [...] A mesma nação industrializada, moderna, conta com situações sociais, políticas e culturais desencontradas”. Um desencontro intencional que, ainda segundo as palavras de Ianni, pertence ao próprio modelo de modernização capitalista seguido pelo Brasil, que contribuiu para cristalizar o modo conservador de lidar com os conflitos sociais.

A partir de todos esses aspectos elencados na introdução, o presente artigo pretende abordar as atuais limitações da democracia brasileira, como a herança autoritária do Estado e a forte blindagem do sistema político. No primeiro capítulo do livro *O Direito na História*, José Reinaldo Lima Lopes problematiza a nossa relação com processos sociais de mudanças, fazendo citação direta ao pensamento de Octavio Paz: “em tempos de crise, uma sociedade volta seu olhar para

3 IANNI, Octavio. *Pensamento social no Brasil*. Bauri, SP: EDUSC, 2004, pp. 120-121.

o seu próprio passado e ali procura por algum sinal⁴”. A partir disso, é possível afirmar que momentos de crise podem ser considerados importantes estágios de reflexão. E, por isso, com este texto, abrimos mais uma oportunidade de pensar criticamente as mais recentes crises que afetam o País, que atingem diretamente o Estado de Direito e a democracia, abrindo espaço *aos riscos autoritários*.

2. A MODERNIZAÇÃO AUTORITÁRIA DO ESTADO BRASILEIRO

Em *A guerra do fim do mundo*, de Mario Vargas Llosa, o caráter autoritário da modernização do Estado brasileiro é muito bem descrito pelo escritor peruano, ao demonstrar alguns traços marcantes de uma das maiores tragédias ocorridas após a proclamação da República, que foi a guerra de Canudos. Um movimento messiânico mal compreendido, formado por pessoas que viviam à margem da sociedade e que sofriam cotidianamente com a seca e com a violência, ora do policial (os volantes), ora do banditismo local (o cangaço e os jagunços a serviço do latifúndio), é duramente sufocado pelo Exército brasileiro.

A partir dessa tragédia, o romance retrata alguns elementos fundamentais na organização da jovem República e na implementação de um projeto autoritário de construção da nação, percebidos no idealismo militar do Coronel Moreira Cesar e, também, na presença do poder tradicional e personalista de personagens como o Barão de Canabrava, líder dos monarquistas, e de Epaminondas Gonçalves, principal representante do partido republicano. Se no primeiro caso temos um representante do projeto positivista de uma ditadura militar – tanto que Moreira Cesar foi um grande aliado de Floriano Peixoto –, as duas últimas personagens representam o velho estilo com que as elites brasileiras sempre procuram sequestrar a agenda política, ao tratar os assuntos públicos como questões pertencentes à esfera doméstica. Pois foi nesse sentido que o Barão de Canabrava e Epaminondas Gonçalves, antigos adversários políticos, organizaram a “nova” ordem política na Bahia durante o conflito com Canudos. Nas palavras do primeiro, “[...] É hora de fazer as pazes, Epaminondas. Esqueça as divergências jacobinas [...]. Assuma o governo e defendamos juntos, nesta hecatombe, a ordem civil⁵”.

A predominância desse modelo personalista e tradicional de dominação política, somado com a atividade constante do Exército nos assuntos e nas disputas políticas – já que, após o fim do Império, esta instituição foi falsamente elevada a uma espécie de poder moderador entre os partidos –, explicam os fundamentos autoritários da construção do Estado nacional brasileiro. Sua organização está baseada na marginalização e repressão de setores significativos da

4 LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história*: lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, posição 294.

5 LLOSA, Mário Vargas. *A guerra do fim do mundo*. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2008, p. 378.

sociedade, que sempre são impedidos de participarem efetivamente dos debates e das discussões que influenciam as principais decisões políticas. Assim, essa concepção autoritária de modernização do Estado segue o mesmo sentido do que foi propugnado por autores importantes do pensamento político brasileiro, como são os casos de Oliveira Viana e Francisco Campos. Ambos depositavam toda sua confiança numa espécie de Estado demiurgo que, ao se sobrepor à sociedade, seria o único responsável pela construção da nação. Ou seja, a recepção de padrões mais modernos de organização social, presentes em países pertencentes ao centro do capitalismo, não deveria vir acompanhada de reformas democráticas.

Essa situação ajuda a compreender como se dá a construção da cidadania no Brasil. O caráter estatalista da afirmação histórica dos direitos fundamentais, bem observado por José Murilo de Carvalho, faz com que ela seja percebida muito mais como concessão do Estado, do que propriamente como uma conquista política alcançada por meio das lutas sociais⁶. Nessa perspectiva, para analisar a experiência brasileira Murilo de Carvalho inverte a leitura que T. H. Marshall fez sobre a afirmação da cidadania na Inglaterra. De acordo com este autor, a afirmação dos direitos e a construção da cidadania no contexto inglês teria seguido o seguinte sentido: *a*) no século XVIII primeiramente teria absorvido os direitos civis, fruto das revoluções liberais contra o despotismo monárquico, já que nesse momento setores oriundos da burguesia buscavam uma maior proteção em relação às intervenções indevidas do Leviatã na vida dos indivíduos; *b*) mais tarde, no século XIX, teria assimilado os direitos políticos, a partir do fortalecimento do movimento sindical e da ampliação da participação política dos trabalhadores por meio do Partido Trabalhista; *c*) por fim, já no século XX, a ampliação da participação no processo político fez com que os trabalhadores ingleses alcançassem o reconhecimento dos direitos sociais⁷. Assim, a estrutura oferecida por Marshall apresenta a cidadania a partir da existência simultânea desses três tipos de direitos, que, no caso, correspondem respectivamente à limitação do poder político e à defesa dos direitos individuais; à participação das pessoas na ordem política da comunidade; e à participação do conjunto da comunidade na riqueza produzida pela mesma.

Ao se apoiar no modelo introduzido por Marshall, a análise de Murilo de Carvalho joga luz na problemática construção da cidadania em um país marcado pela modernização autoritária. De acordo com ele, o Brasil primeiramente teria recepcionado alguns direitos sociais em plena Ditadura Vargas, como foi o caso do reconhecimento dos direitos trabalhistas; depois, o surgimento dos direitos políticos, em momentos marcados por grave instabilidade institucional, fez com

6 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

7 MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

que a participação política ficasse marcada por um grave déficit democrático; por fim, a dificuldade em fazer com que os direitos civis alcancem maior eficácia perante o Estado sempre foi um enorme problema para a sociedade brasileira, principalmente para os setores marginalizados que sofrem com a violência policial em seu cotidiano⁸. Certamente isso tem dificultado a construção da cidadania enquanto mecanismo de inclusão social do conjunto da comunidade e favorecido a presença de subintegrados e sobreintegrados na sociedade brasileira⁹.

A partir dessa concepção, os direitos civis, políticos e sociais não poderiam depender de uma aplicação discricionária do sistema legal, que ora serve para proteger um setor minoritário, ora é esquecido para uma parte significativa da comunidade. Nesse sentido, um dos maiores obstáculos à concretização do Estado Democrático de Direito, segundo Marcelo Neves, seria a generalização das relações de subintegração e sobreintegração. Segundo ele, trata-se da falta de direitos e deveres partilhados reciprocamente, onde no primeiro caso as pessoas não possuem condições reais para fazer valer seus direitos fundamentais, mas, por outro lado, estão completamente incluídas nos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo do Estado; já no segundo caso, os privilegiados são titulares de direitos, poderes e prerrogativas, mas, ao mesmo tempo, não se subordinam à atividade punitiva do Estado quando os assuntos são deveres e responsabilidades. Na verdade o caso do Brasil está enquadrado numa situação de modernidade periférica que impede o surgimento de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania¹⁰. Por isso, de acordo com O'Donnell¹¹,

para [...] aqueles que não podem evitar essa face horrível do Estado, não é apenas a imensa dificuldade que eles enfrentam para obter, se tanto, o que nominalmente é seu direito; é também o modo indiferente, quando não desdenhoso, como eles são tratados, e a óbvia desigualdade acarretada pelo esquivamento privilegiado dessas provações.

Isso corrobora com a análise que Florestan Fernandes faz sobre a ausência de um caráter democrático na revolução burguesa brasileira, que, após romper com o estatuto colonial, não consegue superar diversos aspectos presentes na dominação senhorial e acaba por gerar um modelo dependente de desenvolvimento capitalista¹². De acordo com ele, o peso da escravidão e do poder exercido pela casa-grande atravessa o processo de independência e, por meio de novas roupagens, não menos violentas e segregacionistas que aquelas que estavam presentes no Brasil colônia, continuam a deixar de fora uma camada significativa da população brasileira, formada majoritariamente por negros e pobres que não

8 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

9 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

10 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 244-250.

11 O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. In: *Novos Estudos*. São Paulo, Cebrap, n. 51, 1998.

12 FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. São Paulo: Globo, 2006.

têm acesso aos direitos de cidadania. Dessa forma, ao contrário das revoluções burguesas nos Estados Unidos, França e Inglaterra, que rompem radicalmente com a estrutura de poder do *Ancien Régime* e apresentam uma engenharia institucional mais favorável à limitação do poder político, por meio de sua racionalização e democratização; no Brasil, a transição para a República acaba dominada por antigos apoiadores da monarquia, que se espelham nas instituições políticas estadunidenses para manter seu domínio patrimonialista e estamental. Assim, a recepção de uma ordem social competitiva acaba acompanhada por um Estado autoritário avesso a qualquer mecanismo de limitação do poder político.

A permanência de formas tradicionais de dominação numa ordem social que, em tese, deveria representar um momento de ruptura com a estrutura política anterior, também é apresentado por outros nomes do pensamento social brasileiro, como é o caso de Raymundo Faoro, em seu *Os donos do poder*. O seu longo ensaio, que começa na Revolução de Avis, em Portugal, e depois atravessa todo o período colonial e o Império, até chegar à República e terminar em 1930, na ditadura Vargas, é uma tese que demonstra a longa permanência de uma dominação tradicional no Brasil por meio de um estamento patrimonialista que se coloca acima das classes sociais e de instituições políticas instrumentalizadas por pessoas que se arrogam na condição de donos do poder. Ou seja, os assuntos do Estado são vistos como questões pertencentes à esfera privada, causando a deturpação da ordem constitucional. Nesse sentido, a interpretação de Faoro toma como traço dominante da história do Brasil a tutela autoritária da sociedade pelo Estado. Dessa forma, o Estado brasileiro é visto como uma instituição política dominada por um estamento patrimonialista, capaz de se amoldar a todos os momentos de transição e perpetuar uma dominação onde o exercício do poder não é considerado como uma função pública, mas simplesmente como objeto de apropriação por interesses meramente privados. Por isso, Faoro¹³ afirma que,

Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores.

Nesse sentido, a partir dos elementos apresentados acima é possível compreender a difícil relação entre direito e política ao longo da história brasileira. Na verdade, a história do constitucionalismo brasileiro foi, na maioria dos casos, a história do poder político arbitrário se sobrepondo ao direito. Aqui, a maior parte dos mecanismos jurídicos, criados no contexto estadunidense e no continente europeu, serviu apenas para fortalecer o autoritarismo exercido pelo governo cen-

13 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001, p. 824.

tral, que procurava incorporar, apenas *pro forma*, os diversos institutos elaborados pelo constitucionalismo moderno. De acordo com Faoro, “mandar, e não governar, será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e a autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder¹⁴”.

Essa situação explica a dificuldade do Brasil, ao longo de sua história republicana, para organizar um Estado de Direito com condição de superar o exercício arbitrário e personalista do poder. Os constantes golpes de Estado, com auxílio das Forças Armadas e apoio de grupos empresariais, fez com que a relação entre direito e política se encontrasse numa situação de grave prejuízo para o primeiro, favorecendo o mandonismo sobre a sociedade civil. Numa democracia, o direito precisa alcançar um grau de autonomia em relação à política¹⁵, para que a Constituição não seja solapada pelos agentes que atuam dentro da estrutura estatal. E esse grau de autonomia deve envolver o funcionamento institucional de todos os Poderes, de modo a exigir de seus agentes uma maior responsabilidade política no desempenho de suas funções públicas.

3. A AGUDIZAÇÃO DAS TENSÕES ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

Por tudo o que foi demonstrado acima a partir dessa espécie de reconstrução histórica, podemos concluir, ao longo da construção do Estado, o Brasil vem passando por diferentes crises. E isso não é nenhuma novidade. Jose Luis Bolzan de Moraes¹⁶, por exemplo, lançou a primeira edição do livro *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos* há vinte anos, denunciando os problemas que afetavam (e ainda permanecem afetando) o Estado brasileiro. Assim, como um País de *democracia jovem e ainda em construção*, parece adequado afirmar que, mesmo após o mais recente modelo constitucional projetado em 1988, momentos de estabilidade nem sempre foram a regra.

Por outro lado, recentemente, o Brasil – e o mundo inteiro – vivenciou complexos tempos de pandemia. E, assim, compartilhou com muitas outras nações os problemas sanitários que decorrem, como consequência imediata, de uma pandemia: internações, mortes, vacinação, distanciamento social, *lockdown*. Essas foram pautas comuns, inclusive a Estados com contextos pouco partilhados. Com isso, mais uma vez, o País foi imerso em diferentes crises, como consequên-

14 *Ibidem*, p. 357.

15 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

16 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

cias nem sempre tão imediatas. Essa afirmação pode ser compreendida sob diversas perspectivas, que vão desde a responsabilidade da Presidência da República na gestão da pandemia via políticas públicas, passando pelo amplo debate sobre federalismo cooperativo, pela polarização política e a guerra de narrativas, pelas disputas institucionais entre Poderes, encerrando com o aumento da judicialização e com a discussão sobre o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal diante dessa (nova) conjuntura social.

A partir disso, podemos afirmar que esse contexto produziu a agudização dos tensionamentos na relação Direito e Política. Como fruto disso, gerou, também, uma *grave crise institucional*, que pode ser compreendida – numa adaptação daquilo que Lenio Streck denomina como “predadores do direito” em sua Crítica Hermenêutica do Direito¹⁷ – como *predações institucionais*. De fato, essa predação institucional, embora possa ser analisada caso a caso, a partir daquilo que afeta as mais diferentes instituições em sua especificidade, tem dois alvos centrais na atual conjuntura: a democracia e o Estado de Direito.

Mas o que significam essas *predações institucionais*? Essa questão pode ser compreendida a partir de um duplo enfoque. Ao mesmo tempo em que é possível visualizar comportamentos de atores institucionais que fragilizam internamente o papel constitucional da própria instituição, há também ataques externos, que talvez seja o que se pode observar com maior frequência e de modo mais agudo nos tempos atuais. Como *predadores internos*, é possível afirmar que os tensionamentos na relação Direito e Política conduziram a certas “distorções institucionais¹⁸”.

Essas “distorções institucionais¹⁹” dizem respeito a uma má compreensão interna sobre o papel constitucional instituições, muitas vezes se caracterizando como práticas mais perenes, que se traduzem em concepções teóricas, que se manifestam na forma de alguns fenômenos já conhecidos. Em relação ao Poder Executivo, temos como distorção institucional a ascensão do populismo e de governos autocráticos. Com o populismo, é possível identificar uma pretensão de homogeneização das demandas sociais, centradas na figura de um líder carismático, que seria capaz de apreender e encarnar a vontade social, ainda que a gestão da coisa pública ocorra à margem da institucionalidade, isto é, rompendo com a institucionalidade²⁰.

17 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

18 TASSINARI, Clarissa. Populismo e distorções institucionais no Brasil: A dinâmica entre Poderes e os riscos de sobreposições institucionais à democracia. In: TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo. *Pensando o populismo*: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

19 *Ibidem*.

20 COPELLI, Giancarlo. O populismo como problema jurídico: conceito e impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito. *Revista Direito (Mackenzie)*, v. 15, n. 21. jan./abr. 2021.

Em relação ao Poder Legislativo, temos aquilo que podemos chamar de *seletivismo legislativo de conveniência*²¹, uma prática que tira o Parlamento brasileiro da tradicional apatia política, do tão criticado imobilismo passando a ter uma postura ativa, mas descolada dos interesses sociais, minando a coisa pública, numa apropriação político-partidária e ideológica. A expressão utilizada por Sérgio Abranches – “protagonismo retaliatório do parlamento”²² – talvez possa ser um caminho para melhor explicitar esse comportamento do Legislativo brasileiro, aqui tratado como um *seletivismo legislativo de conveniência*. Quanto ao Poder Judiciário, temos o ativismo judicial, um fenômeno que coloca o Judiciário no papel de protagonista, como ele se fosse esse grande árbitro entre Estado e sociedade²³.

Essas distorções institucionais caracterizam, singularmente, predações institucionais de diversos tipos. Mas, como regra geral, elas criam um imaginário de disputa entre essas instituições, que passam a ser uma espécie de *intérpretes da democracia*. O problema é que esse debate *sobre a autenticidade do melhor intérprete da democracia* desloca o verdadeiro debate público; deixa a democracia e especialmente suas pautas nubladas. A democracia vira, portanto, uma questão de poder²⁴. Esse é o espaço perfeito para a tentação autoritária e seus riscos.

Para além disso (daquilo que tratamos como distorções institucionais relacionadas aos três Poderes), há também o que podemos chamar de *predadores externos* às instituições, que talvez hoje sejam até mais frequentes. Trata-se da ocorrência de graves eventos isolados: a propagação de *fake news*, que criam narrativas falaciosas sobre as instituições em discursos generalizantes, incitando a população a comportamentos autoritários, que despertam a anti-institucionalidade. E quais os impactos disso tudo? Mais uma vez, *a democracia é fragilizada*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto desde o primeiro capítulo, é possível visualizar as *dificuldades democráticas* e de consolidação do Estado de Direito enfrentadas pelo Brasil. Desde a formação do Estado brasileiro, a tentação autoritária perpassa a relação Direito e Política, como uma sombra a minar as conquistas civilizatórias, ou seja, como um entrave ao bom funcionamento institucional. As crises

21 TASSINARI, Clarissa. Populismo e distorções institucionais no Brasil: A dinâmica entre Poderes e os riscos de sobreposições institucionais à democracia. In: TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo. *Pensando o populismo*: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

22 ABRANCHES, Sérgio. *O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 156-7.

23 TASSINARI, Clarissa. Populismo e distorções institucionais no Brasil: A dinâmica entre Poderes e os riscos de sobreposições institucionais à democracia. In: TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo. *Pensando o populismo*: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

24 *Ibidem*.

que marcam o atual contexto brasileiro, agudizadas pela pandemia (e algumas delas, inclusive, como seu reflexo imediato), reproduzem o cenário caracterizado pela tibieza institucional. Mais do que nunca, o momento é reflexão: apontar para problemas para criar as condições teóricas e práticas de enfrentá-los. Finalizamos, então, com as palavras de Sérgio Abranches: “Creio que os constituintes desenharam um sistema institucional robusto e maleável para evitar rupturas democráticas. Mas essa resiliência tem medida, não é elástica ao infinito²⁵”. Precisamos refletir cada vez mais sobre isso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.
- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-33. 1988.
- AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- COPELLI, Giancarlo. O populismo como problema jurídico: conceito e impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito. **Revista Direito (Mackenzie)**, v. 15, n. 21. jan./abr. 2021.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001.
- FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. São Paulo: Globo, 2006.
- FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.
- IANNI, Otavio. **Pensamento social no Brasil**. Bauru, SP: EDUSC, 2004.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história: lições introdutórias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- LLOSA, Mário Vargas. **A guerra do fim do mundo**. Rio de Janeiro: Alfabeta, 2008.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e conflito na democracia contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.
- MIGUEL, Luis Felipe. Caminhos e descaminhos da experiência democrática no Brasil. **Sinais Sociais**, Rio de Janeiro, n. 33, v. 11, p. 99-129, jan.-abr. 2017.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NOBRE, Marcos. **Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. In: **Novos Estudos**. São Paulo, Cebrap, n. 51, 1998.
- RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo**. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do**

25 ABRANCHES, Sérgio. *O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 155.

direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. Populismo e distorções institucionais no Brasil: A dinâmica entre Poderes e os riscos de sobreposições institucionais à democracia. In: TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo. **Pensando o populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

VERDADE, *FAKE NEWS* E DEMOCRACIA¹

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

Para tratar do tema das *Fake News* deve-se entender, antes, um pouco sobre seu antípoda, ou seja, aquele sobre a verdade.

Quando se fala da verdade, não se sabe exatamente do que, de fato, fala-se, porque sempre há uma sombra a ofuscar a sua amplitude total, algo que logo sugere que dela se tem sempre uma visão (cientificamente pensando) parcial e, portanto, distante – não raro muito distante – daquela totalidade. Heidegger e Lacan têm muito a dizer aqui, mas basta olhar para o céu, nos dias de tempo limpo, para ver as estrelas e a escuridão do – literalmente – desconhecido. Quanto de verdade se tira daquele olhar, daquela experiência? Qualquer pessoa honesta logo conclui que pouco, muito pouco. Entenda-se: o céu está lá; e todos não só podem vê-lo como, também, podem falar sobre ele. Mas jamais sobre tudo que lá está. É como se a totalidade estivesse escondida naquela escuridão e, assim, ainda que se possa falar sobre o céu, nunca se falará sobre ela, a totalidade, isto é, a Verdade, escrita deste modo, com “v” maiúsculo, para se ter claro que é dela, a totalidade, que se trata. Perceba-se: ela está lá, mas não se tem linguagem para a dizer.

Importante é notar que sempre é assim, ou seja, que se não tem linguagem para dizer sobre a Verdade (*rectio* a totalidade), razão por que, em todas as circunstâncias, trabalha-se com a parcialidade e, deste modo, quando muito, com uma verdade parcial, que Verdade não é. Por este aspecto, a Verdade está no todo; e não na parte; como ensinou Carnelutti a partir de Heidegger. Para isto entender basta, por exemplo, que cada um pense em si mesmo. Saberá, por certo, bastante coisas (parciais), mas nunca terá explicações (palavras) para a totalidade, o que, para perceber, bastaria pensar no próprio inconsciente, ao qual não se tem acesso, nem mesmo a própria pessoa, sendo certo que se trata de algo fundamental, por exemplo, antes de todos os campos, para a Psicanálise.

Essa impossibilidade leva as pessoas a aceitar e trabalhar com um conceito de verdade parcial, de verdade formal, de verdade consensual, de verdade endo-processual, de verdade por correspondência – e por aí afora –, mesmo se sabendo

1 As anotações que deram base ao presente texto foram usadas nas articulações das conferências proferidas pelo autor no I Seminário Internacional: Estado, Regulação e Transformação Digital (O futuro da democracia: Hipervigilância, Fake News e Outras Ameaças), realizado pelo PPGD da Univel, em Cascavel, em 18. ago. 22, assim como no evento “Democracia em Movimento” (Diálogo com o jurista Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: para entender o ataque à democracia), da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes (ESA/BA), em conjunto com a Subseção da OAB de Serrinha, em 19. jan. 2023.

que se não trata da Verdade. Em suma, verdade (essa, com “v” minúsculo), no fundo, é aquela que se aceita como tal; mesmo que não seja a Verdade ou mesmo, dependendo do caso, a própria verdade. No processo penal está cheio disso. Afinal, fala-se da verdade mas, na extragrande maioria das vezes, faz-se alusão à Verdade; ou seja, diz-se uma coisa pensando se tratar da outra. Este “fazer alusão a” – como se percebe facilmente – remete à linguagem e, assim, por suposto, ao conhecimento.

Até hoje, de certa forma, esse modo de ver a verdade funcionou, particularmente, para o pensamento ocidental, depois que Tomás de Aquino adotou Aristóteles: *Veritas est adaequatio intellectus et rei*. Isso serviu para fazer prevalecer o pensamento científico sobre a verdade, o qual se baseia na analítica aristotélica (silogística); e vira do avesso o modelo de pensamento da civilização ocidental. Liberta a Verdade, porém, para os domínios da fé e da crença. Em suma, para quem crê, a Verdade existe, fazendo sentido a assertiva de Jesus Cristo: “Eu sou o caminho, a verdade, a vida” (João 14:6). E Tomás é santo, não fosse Doutor da Igreja, conforme proclamado pelo Papa Pio V, em 1568. Ele era genial, sem dúvida, mas a aposta na *adaequatio* (adequação/correspondência) entre o entendimento (das sensações abstratas transformadas em conceitos) e as coisas, legou a possibilidade da verdade (que Verdade não é), mas também um imenso desafio para a busca da Verdade. Longe, portanto, segue a Verdade em si. Esta, como é intuitivo, é demais para os humanos, como lembrava Heidegger. Afinal, do dizer ao ser, no meio tem o infinito.

Por outro lado, em geral tende-se a saber bem do que se trata quando se fala da mentira. É curioso: uma pessoa vai a uma entrevista na televisão e diz alguma coisa que se não sabe se é certo ou errado, se é verdadeiro ou não aquilo que se está dizendo. A tendência é acreditar, num primeiro instante, no que se afirma, mas, no meio da entrevista, o entrevistado diz uma grande mentira, daquelas que causa espanto imediatamente. A repulsa causada pelo que se está dizendo é enorme e, não raro, essa repulsa significa um mal-estar, como a perda do apetite ou do sono.

Este talvez seja o pano de fundo do que hoje se está vivendo.

Por isto, é preciso tentar entender o que se está passando, de modo tal que se possa ler a realidade desde um outro lugar que não aquele sobre o qual se está acostumado. Afinal, de tal lugar se tinha como base a verdade ou, pelo menos, um consenso sobre ela. Logo, se já não está assim, é necessário confrontar o antes e o agora, para além daquilo que seria esse discurso verdadeiro.

Quando se vai a uma audiência judicial, no fórum, na presença do juiz, do promotor de justiça e outras pessoas, pode-se também ver o que se está passando. No meio do referido ato processual complexo, de repente, uma testemunha

começa a dizer mentiras deslavadas, uma seguida da outra, o que causa imediata repulsa, a ponto de, algumas vezes, aparecer a reação como ódio, porque não são poucos que não conseguem se controlar e elas vêm das formas mais variadas. Mesmo existindo problema dessa ordem, tem-se como certo que o padrão não é o da mentira, ou seja, o lugar no qual se pauta o modelo de pensar é (ou era) o da verdade. Ainda que fosse possível discutir, ainda que se fosse cético em relação à verdade, ainda que se pudesse não acreditar nela e ainda que tivesse gente que a negasse peremptoriamente, a verdade era o padrão e de uma certa forma segue sendo. Eis donde vem a reação.

Parece indubitável, então, que as coisas já não são assim; que estão mudando, mesmo que se não tenha tal percepção. Mas agora, de fato, por tudo que está acontecendo no mundo, é visível que se está, de certa maneira, perdendo o domínio do conhecimento que se tem. Está se perdendo, dentro de cada um, o domínio das coisas, como se não fosse possível alcançar mais, com as mãos, com o conhecimento que se tem, aquilo que está se passando, justo nesse lugar central.

A razão pela qual não se está conseguindo alcançar, ao que parece, é porque, além da verdade (sobre a qual nunca se conseguiu dar conta), tem uma coisa que se chama mentira. É ela, dentre outras coisas, que tem servido como padrão, em face de um grande movimento de cooptação das ideias, das massas, dos cérebros. É como se, em paralelo ao discurso e ao modelo de pensamento, existisse um outro, que não é verdadeiro. Porém, não é verdadeiro que exista um mundo paralelo; o que se tem é um discurso paralelo, uma narrativa paralela, que escapa do alcance.

O ponto central é a passagem da ruptura do velho modelo de que o conhecimento se levava pela transmissão e se fazia pelas formas consagradas, usada pelo menos desde os gregos, para outro modelo, que leva a um ataque, de tal modo forte que até agora sequer se consegue entender bem o que se está passando e atinge a grande maioria de pessoas. Ora, está cada vez mais presente a sensação de que o mundo enlouqueceu, ou que mentiras estão sendo disseminadas como se verdades fossem. Tais mentiras, ainda que se compreenda que teoricamente não é algo verdadeiro, seguem fazendo estrada e delas se está falando, como se o falso fosse verdadeiro.

O discurso sustenta algo que está ideologicamente pré-estabelecido e predestinado, ou seja, tem causa e fim. Por isso, a primeira reflexão que se coloca é: a quem interessa que se fale sobre isso e onde se quer chegar? Para pensar na resposta, parece se ter que partir do ponto de vista subjetivo, mais particularmente do ponto de vista psíquico, ou mais especificamente, psicanalítico, e a sua relação com as redes sociais que, diferentemente da mídia tradicional, conseguiu modificar a forma de se raciocinar.

Ainda que houvesse alguém que estudasse o tema antes (tratando, por exemplo, da manipulação do discurso ao tempo da Segunda Guerra Mundial), nunca se teve uma estrutura do discurso como se tem hoje e, portanto, do modo de pensar, da racionalidade. Afinal, o discurso nunca foi como hoje ele se apresenta, muito pelo contrário. Construía-se tudo, de regra, a partir dos meios tradicionais de comunicação e, por eles – principalmente – dava-se a manipulação. Isso consagrou a mídia tradicional que, de fato, ainda tem importância, mas não é nem de perto aquilo que antes era: um verdadeiro poder paralelo, tão bem apresentado no filme *Cidadão Kane*, de Orson Welles. Agora – e em ascensão – aparecem as redes sociais, com suas estruturas de comunicação direta, correndo como que em paralelo com a comunicação tradicional e, não raro, sendo usadas como única forma de comunicação. E aqui se encontra o problema.

Ao contrário dos meios de comunicação tradicionais, elas, as redes sociais, viraram de cabeça para baixo tudo aquilo que se pensava. Se um homem culto era, aparentemente, aquele que lia livros e, diariamente, o jornal da sua cidade – e não raro lia vários jornais, de várias cidades do país e do mundo –, hoje, esse mesmo homem, com frequência, não lê mais jornal algum; muito menos livros. Suas informações chegam pelas redes sociais.

Assim, lê-se coisas a respeito da vida, da comunidade, de tudo; e também – e quem sabe principalmente – da política. Até a cultura de informação direta é assim; essa cultura que hoje é intermediada pelas redes sociais, como o *Facebook* ou *WhatsApp*. A cultura, então, não se forma mais da mesma maneira como antigamente; ela se origina a partir do computador, pelos meios eletrônicos. Eles, contudo, não são por si (embora esteja em expansão a questão da inteligência artificial) e dependem de programação, ou seja, como no poema de Borges, o jogador mexe a peça, mas Deus mexe o jogador. Há sempre, então, por trás, um senhor da linguagem; e ela é ideológica.

Este é o ponto nuclear, ao que parece, para se entender por que houve esse giro.

Do ponto de vista político, antes mesmo dos anos 90 (quando a Internet ganha destaque), já se pensava, obviamente, sobre o conhecimento, sua difusão e manipulação, particularmente nas campanhas políticas e nas formas de se concentrar poder dos governantes. Talvez o caso mais importante tenha sido o de Vladimir Putin, na Rússia, mas, pelo domínio das estruturas computacionais e das máquinas, tudo leva a crer que foram os norte-americanos os que paulatinamente foram levando a difusão do conhecimento para esse lugar de prioridade – hoje de transcendental importância – das redes sociais. Isso se deu, na política, principalmente com Roger Stones, passando por outros organizadores das campanhas (políticas), principalmente dos republicanos; e acaba, assim, no giro da

passagem para as redes sociais, operada pelo grande ideólogo dos mecanismos delas, chamado Steve Bannon. Ele, como um legítimo representante dos norte-americanos, não só interveio em favor do Partido Republicano nos Estados Unidos, como pegou essas ideias e levou para o mundo. Passo a passo tais ideias ganharam o mundo, sempre marcadas por forças muito grandes e muito dinheiro.

Esse homem é, indiscutivelmente, o mais perigoso do mundo, porque teve inteligência para entender que as redes sociais eram o caminho a ser seguido; e no mundo inteiro. Como lidar com elas era, a partir daí, uma questão estratégica; e assim foi feito.

Com Milo Yannopoulos e outros, além do próprio Roger Stones, Steve Bannon aparece como o grande arquiteto da campanha que levou Donald Trump ao governo norte-americano em 2016, como Presidente da República. Poucos acreditavam ou imaginavam que um empresário falido poderia entrar na política norte-americana e exercer tal papel, a ponto de conquistar apoio popular e vencer. No entanto, o que se viu foi uma campanha terrível, orquestrada e elaborada a partir dos computadores e das redes sociais, a qual conseguiu destronar toda a estrutura da mídia tradicional norte-americana, com estratégias ligadas às redes sociais, nas quais se logrou conquistar a presidência da República nos Estados Unidos e, por evidente, comprovar que o modelo usado poderia funcionar em qualquer lugar, em qualquer parte do mundo.

Viu-se que a campanha não poderia ser como a tradicional, aquela na qual se enaltece o candidato, mesmo porque havia algo extra. E isso dizia respeito com o oposto, ou seja, atacar o adversário, de modo a minar o seu prestígio. Vai-se além, portanto, do jogo limpo, do *Fair Play*, e busca-se a construção de uma narrativa tal – utilizada nas redes sociais: eis onde entra Steve Bannon –, de modo a que se possa cooptar as pessoas e trazê-las para o seu lado.

Para explicar o êxito de Steve Bannon, há uma matéria do jornal Vox, de 6 de fevereiro de 2020, escrita pelo jornalista Sean Illing². Ele diz, dentre outras coisas: “Estamos em uma era de niilismo fabricado”. Ou seja, impõe-se como que uma disputa binária, de destruição, dos dois lados. O jornalista segue: “O problema para muitas pessoas não é exatamente uma negação da verdade como tal. É mais um cansaço crescente sobre o processo de encontrar a verdade. E esse cansaço leva cada vez mais pessoas a abandonar a ideia de que a verdade é conhecível”. Aí está, portanto, o furo; o buraco pelo qual o dique pode desabar. E assim foi feito.

2 ILLING, Sean. “**Flood the zone with shit**”: How misinformation overwhelmed our democracy. Vox Media, 06/02/2020. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trial-trump-bannon-misinformation>>. Acesso em: 04/02/2023. Tradução de Luiz Campos Jr. disponível em: <<https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/>>.

Essa não é uma discussão primordialmente e tão só filosófica, mas o cansaço surge porque o que se enxerga ao redor não é mais passível (com muita informação disponível) de ser dominado; e isso gera ansiedade. Elas – as pessoas – começam a abandonar a ideia de que há um padrão de comportamento ordenado pelo que se compreende (como consenso) e das previsões que se faz do mundo, como uma pessoa, por exemplo, que levava um guarda-chuva quando via o céu nublado tipo: céu nublado = vai chover. Hoje não é mais assim: depois de tantos erros nas previsões sobre o tempo, vai-se em um aplicativo sobre ele e se acredita no que lá está disposto; e quase sempre dá certo. Ou seja, a velha previsibilidade conferia uma certa estabilidade à vida das pessoas, mas o nível de erro era muito grande. Por isso, quando as previsões (as verdades de então) paravam de dar certo, havia um problema: elas, as pessoas, começaram a abandonar a ideia de que é verdade porque todos sabem e, portanto, porque é do conhecimento geral. Isso atingiu – e vem atingindo –, como se sabe, as pessoas comuns, em geral pouco preocupadas com o aspecto filosófico.

Acrescenta o jornalista:

Eu chamo isso de ‘fabricado’ porque é a consequência de uma estratégia deliberada, montada, criada, estrategicamente construída. Foi destilado quase perfeitamente por Steve Bannon, o ex-chefe do Breitbart News e estrategista-chefe de Donald Trump. ‘Os democratas não importam’, disse Bannon em 2018. ‘A oposição real é a mídia. E a maneira de lidar com ela é inundar a área (ou a zona) com merda’ (‘to flood the zone with shit’)³.

O que muda é a percepção do que é a realidade para a mídia. Veja-se. Muda-se a forma de lidar com ela, a mídia, inundando-a – e a todos – com besteiras, pois, quanto mais besteira tiver, maiores as chances de emplacar na mídia tradicional; dela aceitar aquilo que se está dizendo e, assim, replicar. O que se consegue – porque passa no filtro, nem sempre muito rígido – é palco àquilo que se está a falar, logo, pauta-se a mídia tradicional dessa forma. Não importa o conteúdo, pois pode ser uma besteira ou uma mentira, que depois se vai negar ter dito ou vai-se sair pela tangente; porém, pelo volume se pauta a mídia. O que importa é estarem falando da pessoa o tempo inteiro; e assim se consegue cooptar os destinatários.

Segue Sean Illing:

Essa ideia não é nova, mas Bannon a articulou da melhor maneira possível. Idealmente, a imprensa deve filtrar os fatos da ficção e fornecer ao público as informações necessárias para fazer escolhas políticas esclarecidas. Se se interromper esse processo saturando o ecossistema com

3 ILLING, Sean. “**Flood the zone with shit**”: How misinformation overwhelmed our democracy. Vox Media, 06/ 02/2020. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trial-trump-bannon-misinformation>>. Acesso em: 04/02/2023. Tradução de Luiz Campos Jr. disponível em: <<https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/>>.

informações erradas e sobrecarregar a capacidade de mediação da mídia, poderá interromper o processo democrático.⁴

No fundo, não se quer derrubar a democracia, mas sim interromper o processo democrático (da forma como feito) para que a história da democracia seja a história narrada por eles. Faz-se isso saturando os meios de comunicação, a mídia, com besteira; o que importa é estar ali. Mesmo porque as escolhas políticas serão feitas a partir do que ali estiver.

Ainda, afirma o jornalista: “O que estamos enfrentando é uma nova forma de propaganda que não era realmente possível até a era digital. E funciona não criando um consenso em torno de uma narrativa específica, mas confundindo as águas para que o consenso não seja possível.”⁵

Ou seja, não se nega a verdade, apenas giram em torno do consenso daquilo que pode ser verdadeiro. O que se quer é gerar o caos, de modo a não se permitir que exista um consenso.

Conclui Sean Illing:

O objetivo político de Bannon é claro. Como ele explicou em uma palestra da Conferência de Ação Política Conservadora de 2017, ele vê Trump como uma dinamite com a qual explodir o *status quo*. Portanto, ‘inundar a área (ou a zona)’ é um meio para esse fim. Mas, de maneira mais geral, a criação de cinismo generalizado sobre a verdade e as instituições encarregadas de desenterrá-lo corrói o próprio fundamento da democracia liberal. E a estratégia está funcionando.⁶

Portanto, Bannon criou tal estratégia e levou-a para o mundo. Por outro lado, Arthur Finkelstein, braço direito de Viktor Orbán, levou o modelo para a Hungria; e foi vitorioso. Mas também para Benjamin Netanyahu, com igual sucesso, tanto que continua disputando o poder em Israel. O próprio Bannon, em um determinado período, estava todo mês em Roma discutindo com políticos da extrema direita, de modo tal a preparar o assalto à política italiana, algo conseguido com Matteo Salvini e, agora, com Georgia Meloni. Os exemplos se multiplicam.

Outro grande exemplo é o Brasil. A grande diferença do que se passou no Brasil e nos USA é que Donald Trump, apesar de tudo, era famoso por ser

4 ILLING, Sean. “**Flood the zone with shit**”: How misinformation overwhelmed our democracy. Vox Media, 06/02/2020. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trump-bannon-misinformation>>. Acesso em: 04/02/2023. Tradução de Luiz Campos Jr. disponível em: <<https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/>>.

5 ILLING, Sean. “**Flood the zone with shit**”: How misinformation overwhelmed our democracy. Vox Media, 06/02/2020. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trump-bannon-misinformation>>. Acesso em: 04/02/2023. Tradução de Luiz Campos Jr. disponível em: <<https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/>>.

6 ILLING, Sean. “**Flood the zone with shit**”: How misinformation overwhelmed our democracy. Vox Media, 06/02/2020. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trump-bannon-misinformation>>. Acesso em: 04/02/2023. Tradução de Luiz Campos Jr. disponível em: <<https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/>>.

um empresário rico (ou que se dizia assim porque sempre foi bancado pelo pai), conhecido por um programa de televisão que apresentava. De qualquer forma, tinha estudo e falava bem, com desenvoltura, podendo perfeitamente servir de referência. Ele não era, deste modo, como um deputado federal qualquer, do baixo clero, que, em 27 anos de mandato teve aprovados apenas dois projetos de lei, além de mal conseguir falar. O pouco que era conhecido – sabem todos – deve-se à sua posição radical em favor da defesa do último regime militar, dos torturadores que nele apareceram e, ademais, por agressões às minorias, sobretudo às mulheres. No Brasil, portanto, o desafio da estratégia de Steve Bannon era muito maior; e isso se podia perceber quando as primeiras pesquisas eleitorais das eleições de 2018 começaram a aparecer, colocando o referido deputado federal – que pretendia ser candidato – com um percentual ínfimo, sem qualquer relevância e que, naquele modelo antigo, não vingaria de jeito algum.

A missão – muito difícil – parecia ser pegar alguém sem habilidade, inexpressivo, para demonstrar que, com essa estratégia, o modo de proceder, ligado às redes sociais (logo, fora da mídia tradicional e confrontando um discurso que consagrava toda uma ideologia, força e pensamento tradicional, marcado pelas estruturas antigas), tornaria possível criar um rebanho de cativos e eleger a pessoa. A tendência de tal rebanho, como é primário, seria acompanhar o que lhe fosse dado a conhecer como verdade. Disso já se sabia: acompanhar os outros sem questionar como deveria ser o normal. Algo do gênero pode-se ver em uma séria interessante, dos catalães (no Netflix), de nome *Merlí, Sapere Aude*, na qual aparece uma cena em uma sala de aula, quando a professora de Filosofia faz um teste com os alunos:

Pode-se pensar que há uma realidade fora de nós mesmos. Um mundo onde as coisas são o que são, independente do que achamos delas. Hoje eu vou demonstrar que a mente do ser humano é frágil e que temos uma tendência a falar o que os outros fazem e dizem. De que cor é esta pasta? Verde! Se algum aluno se atrasar para a aula, como costuma acontecer, eu vou perguntar para vocês a cor dessa pasta e vocês vão dizer: vermelha! Tá bom? Sim. [Entra um aluno atrasado]. Bom, continuando, na filosofia temos correntes como o positivismo, que não admite outra realidade a não ser a factual. Filósofos como Auguste Comte acreditam que há coisas que são como elas são e não devem ser discutidas, como, por exemplo, a cor desta pasta. Você: de que cor é essa pasta? Vermelha. E você? Vermelha. E você é, mocinha de cabelo curto? Vermelha. Vermelha. Vermelha. Vermelha. Vermelha. E você? [o aluno que entrou atrasado] Vermelha? [A professora:] Vamos lá. Vamos continuar. Eu só estranhei a pergunta porque obviamente todos disseram que é vermelha e você respondeu vermelha. Pode-se encontrar dois tipos de pessoas: as que seguem seus próprios desejos e as que seguem os desejos dos outros. As primeiras são fortes e não obedecem a ninguém e as outras são débeis e se limitam a fazer o que os outros dizem e o que os outros fazem. Não se preocupe. Esse é o pão de cada dia. Somos muito submissos e acabamos admitindo as ideias da maioria. Inclusive na Alemanha, as pessoas foram capazes de acreditar e repetir o que diziam as propagandas nazistas. Já dizia Kant, com toda sua amargura: o ser humano é o único animal que precisa de um líder para viver⁷.

7 MERLÍ, SAPERE AUDE. 1ª temporada. Dir. Menna Fité. Espanha, Movistar+, 2019.

Deste trecho da série, extrai-se que as pessoas se enganam a respeito das coisas, dos objetos, das ideias e, portanto, que se “frauda a verdade” ou que se pode fraudar, dentro do pensamento tradicional. Ainda – pela fala da professora –, a tendência é a de acompanhar os outros, pois não se é forte e não se tem conhecimento suficientemente forte para se ter um apetrecho crítico para não concordar com tudo. Aliás, muitos pais educam os filhos para que os não contestem. Então, a tendência é a de aceitação da posição dos outros. Porém, em outra dimensão, o aparato político vem justo em decorrência da falta dessa contestação, que se reforça por conta da transmissão do conhecimento. Ora, se nela – a transmissão – se manipula a “verdade”, não é de estranhar que a mentira possa ser aceita como se verdade fosse: a pasta verde vira vermelha, na metáfora usada pela professora.

Sem a verdade e com a mentira sendo usada como se a verdade fosse, estava – e está – criado o ambiente quase perfeito para o ataque à democracia.

Permanece, contudo, a pergunta: como, no Brasil, as pessoas foram levadas a esse ataque à democracia? Como elas não tiveram o senso crítico necessário para entender e denunciar as besteiras/mentiras (não esquecer o que Bannon falou: “to flood the zone with shit”) ditas? Há bastante pesquisa, inclusive na Psicanálise, que demonstra a estruturação de um processo de construção de um modelo, quase como de edificação de uma seita, o qual envolve o consciente e o inconsciente (logo, o lugar central da subjetividade por excelência), marcado pelo lugar do ódio. Isso fez com que, durante um bom período, já antes da primeira eleição (2018), afirmasse-se que o ódio estava se acirrando no país, entre irmãos, vizinhos, amigos, nas famílias.

A questão, então, é tentar precisar o que se passou, sempre com os olhos voltados para o que aconteceu – e vem acontecendo – no ataque à democracia. Aqui há de se entender não só os ataques diretos – como ocorreu no dia 08.01.23, em Brasília –, mas o próprio processo para se chegar lá, no mais das vezes as pessoas abdicando de direitos e garantias individuais seus (ainda que pensados como uma perda para os outros), de certa forma jogados fora como se não tivessem importância. Sobre tal processo, apareceu um vídeo, no *WhatsApp*, que, relatando uma situação pessoal – e familiar – de um rapaz, dá ele um caminho que pode ser (o que não significa, necessariamente, que é) uma explicação satisfatória para o problema:

Meu pai era uma pessoa incrível, mas desde 2018 meu pai, que nem sabia e nem sabe de política, ficou fissurado pelo Bozo, se tornou uma outra pessoa. Então, o que acontece? Qual é o caminho que leva uma pessoa a sair de um pai legal, um pai amoroso, até um radical bolsonarista? Uma boa parte da explicação para isso é a forma como a direita global e o bolsonarismo aqui no Brasil utiliza as ferramentas do marketing digital para cooptar e radicalizar as pessoas, principalmente a geração mais velha. Então vamos lá. Tá lá o pai dela na internet. Ele não é nativo digital. Ele não é muito politizado. Ele está lá usando seu *Facebook*, procurando as coisas

dele, vendo as coisas dele, vendo os amigos. De repente aparece um discurso do Bolsonaro, um indignado com a corrupção, falando umas verdades ou até mesmo falando algum preconceito, aquelas idiotices que ele fala e que todo mundo diz: nossa, que corajoso, fala o que todo mundo pensa. Bom, ele se identificou com uma coisa dessas. E aí ele dá ao seu público, ele compartilha. Ele segue um perfil. E é aí que o problema começa. Quando ele engajou, ele entrou no funil da campanha bolsonarista, entrou no fluxo da campanha e aí ele vai receber mais e mais conteúdo, como aquele que ele gostou. Mais e mais conteúdo como aquele que ele gostou. Isso vai crescendo e isso vai crescendo na *timeline* dele. De repente, parece que todo mundo está falando sobre aquelas coisas e que só aquilo parece estar do lado dele. Só que está sendo dito. E aí vem o convite para entrar em um grupo de *WhatsApp*, no *Telegram* e ele aceita. Aí a coisa começa a ficar realmente feia. E dentro dos grupos eles são ensinados a não prestar atenção em nada que não esteja ali, nada que não seja da rede deles. Não acreditar em nenhum jornal, não acreditar em nenhuma TV. Todo mundo é comunista. Ali eles vão aprendendo quem são os inimigos, quem deve ser odiado, quem está destruindo o Brasil. Ali todas as loucuras são justificadas. Ali o mito nunca está errado. Eles sempre têm um plano. Eles sempre vão ter uma saída, eles vão vencer. No final, está tudo sendo friamente calculado. Por isso que gera essa desconexão com a realidade e se está vendo as coisas acontecerem. Os caras estão em uma alucinação coletiva que é muito difícil de sair. Porque isso cria realmente um comportamento de seita. É assim. É exatamente assim que as seitas são criadas. Essa mistura. E aí acrescenta os pastores, botam a religião misturando. A coisa fica realmente muito séria. E a radicalização? Ela cresce muito rápido e é muito difícil voltar atrás. Não é pela razão que vocês vão resgatar os pais, as mães, os irmãos de vocês. É pelo afeto, meus amigos. E se não der certo, clica na bio que você vai ver o que vai acontecer.⁸

Eis o processo de padronização das ideias. Não se trata de uma outra verdade, mas sim de uma narrativa distinta. É quase um mundo paralelo, onde tudo o que se mostra contrário às crenças não pode ser admitido. É, de fato, uma estrutura de seita.

Não se quer – perceba-se – a implosão da democracia, pois se isso acontece é preciso fazer outra democracia para ocupar o espaço; e isso não interessa, começando pelo econômico. Como na guerra, seria preciso administrar o que está destruído. E isso não se quer. O que se quer é manter o caos; um estado de caos; uma narrativa que expressa e afaga um imaginário medroso diante das perspectivas que as consequências produziriam.

Por tal razão, no dia seguinte ao segundo turno da última eleição presidencial no Brasil, com a apuração realizada, já havia uma movimentação em frente aos quartéis, que perdurou por mais de cinquenta dias, repetindo-se ali as mesmas coisas, as mesmas palavras de ordem, as mesmas orações, os mesmos hinos, a mesma pregação. Era gente que parecia não ter noção do que estava fazendo; gente que sequer tinha vergonha, tamanho o aniquilamento das barreiras inibitórias. De qualquer forma, não importava que se não conseguisse o que se queria, no prazo inventado (começou-se falando em três dias); o importante era manter o candidato derrotado no discurso, cooptando-se a mídia tradicional (algo, de

8 BEHENCK, Everton. Tiktok, Everton Banido. Disponível em: <[https:// www. tiktok. com/ @evertonbanido/ video/ 7189993435019906310](https://www.tiktok.com/@evertonbanido/video/7189993435019906310)>.

fato, ocorrido) que reproduziu o conteúdo, ainda que de forma oposta ou mesmo contrária. O sucesso estava garantido. Assim como previsto na estratégia de Bannon, continuou-se falando do sujeito, colocando-o na posição de destaque, como líder e, deste modo, mantendo-o em evidência, ainda que isso tivesse gerado um desgaste maior, quase uma situação de caos, mormente porque, por trás de tudo estava – quiçá quase imperceptível – um discurso de medo e que amedrontou, na realidade, muita gente, temerosa com uma eventual deflagração de guerra, embora tudo isso fosse meramente imaginário. Tal situação, contudo, consolidaria (consolidou?) a posição do candidato derrotado como líder – é visível –, e afastaria desde logo qualquer pretensão de algum outro líder da futura oposição ao governo eleito e que iria assumir.

Por mais que alguns dos atos praticados possam ser qualificados juridicamente como terroristas, a estrutura jurídica tem dificuldade de tratar dessas pessoas e seus casos penais. Um processo penal com mais de mil réus é problemático desde as regras e princípios constitucionais. A prisão dos sujeitos também se deu de modo distinto, pois alguns sequer entenderam a razão por que estavam presos, chegando a reclamar por tomadas para carregar o celular, reclamar da alimentação e outras coisas banais, jamais pensadas – e muito menos admitidas – para uma situação do gênero. É visível, então, que o ocorrido é a demonstração do resultado da doutrinação, da fixação e do acolhimento daquilo que foi imposto, ou melhor, impingido a eles.

Este parece ser, quiçá, o caminho para se tentar entender o que se passou no ataque à democracia. Ainda que se não acredite que se visava à sucumbência dela, pois os que deles participaram não queriam para si uma tirania, parece incontroverso que quem estava por trás dos atos quer estar no comando da democracia, ou do modelo que eles entendem ser a democracia. Esses, porém, não são atos democráticos ou que se possam aceitar como tal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEHENCK, Everton. **Tiktok, Everton Banido**. Disponível em: <<https://www.tiktok.com/@evertonbanido/video/718993435019906310>>.

ILLING, Sean. “**Flood the zone with shit**”: How misinformation overwhelmed our democracy. *Vox Media*, 06/02/2020. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2020/1/16/20991816/impeachment-trial-trump-bannon-misinformation>>. Acesso em: 04/02/2023. Tradução de Luiz Campos Jr. disponível em: <<https://dagobah.com.br/inunda-a-area-com-merda-como-a-desinformacao-dominou-nossa-democracia/>>.

MERLÍ, Sapere Aude. **1ª temporada**. Dir. Menna Fité. Espanha, Movistar+, 2019

PANDEMIA E ANOMIA: DO CAOS À ORDEM

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19, maior crise sanitária já enfrentada pela humanidade, e de modo bastante peculiar, vivenciada no Brasil em razão da complexa crise política decorrente da vitória da extrema-direita que assumiu o poder em 2019, mergulhou o país em uma distopia sem precedentes.

Essa antiutopia, condição de anomalia política, ética e jurídica, descaracterizou a democracia brasileira, tornando o Estado refém de grupos comandados por autoridades não comprometidas com a Constituição Federal, com a Dignidade e com a verdade.

Narrativas disseminadoras de ódio e de desprezo pela verdade, pela vida e pela saúde tornaram o país uma verdadeira massa disforme de sentidos, de afetos e de significados.

Instituições antes respeitadas, valorizadas e com alta credibilidade no imaginário social, viram-se esvaziadas de poder, tendo sido desviadas de suas rotas até então delineadas a partir de um arcabouço jurídico constituído por uma base constitucional fulcrada no ideal do Estado Democrático de Direito, projeto utópico de Bem-estar Social.

O presente texto, preparado, inicialmente, como palestra a ser ministrada no *I Seminário Internacional Estado, Regulação e Transformação Digital*, e remodelado, durante a exposição, a partir do impacto, e, porque não dizer, intromissão tocante da poesia de Fernando Pessoa no processo de reflexão sobre o fenômeno da anomia vivenciada por todos os presentes ao evento, tornaram-no uma tentativa de diálogo da palestrante com o autor português, a partir de sua magistral obra poética *Navegar é preciso*.

2. POESIA E CIÊNCIA

A poesia nos ajuda a compreender, talvez, melhor do que qualquer outro modo de exercício reflexivo, o mundo no qual estamos inseridos e os fenômenos que se apresentam a nós, ou que se impõem a nós, dentro da dinâmica cotidiana na qual nos vemos envolvidos. Neste sentido, é possível afirmar que a poesia, enquanto manifestação do saber artístico, possui a capacidade de desvelar reali-

dades percebidas no contexto social, em alguns casos antes mesmo que o saber científico tenha conseguido analisá-las ou explicá-las.

A Arte é uma forma específica de produção de conhecimento. [...] A dimensão artística pode ser entendida também como uma dimensão do pensamento, da técnica e da atividade produtiva. As grandes rupturas epistemológicas que transformaram o pensamento humano e o desenvolvimento tecnológico produziram, por percursos distintos, abalos profundos e mudanças significativas na produção de conhecimento na Arte, na Ciência e na Filosofia. [...] Arte e ciência, portanto, são modos de manifestação do pensamento, são formas distintas de produção de conhecimento e não há uma hierarquia entre elas.¹

Nós, acadêmicos, comprometidos que somos com a racionalidade instrumental na qual nos vimos sendo forjados a partir de uma trama engenhosamente tecida dentro da lógica da ciência moderna, passamos a operar, quase que exclusivamente sob a ótica dos pressupostos da objetividade e das exigências de comprovação, verificação e rigor científico que, ao longo da história, excluíram a intuição como possibilidade de compreensão do mundo.

Poesia e ciência se aproximam na medida em que conduzem o ser a um mundo que chamamos de mundo da fantasia ou mundo da imaginação no qual as possibilidades de ampliação do conhecimento se dão por meio da interconexão entre seres que, pertencentes que são à mesma realidade, permitem-se transitar por outros espaços e fantasias, nem sempre comunicadas de forma direta, clara e facilmente assimiladas.

Nesse sentido, ao preparar a palestra proferida quando da realização do *I Seminário Internacional Estado, Regulação e Transformação Digital*, do Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL), e que serviu de substrato para elaboração deste ensaio, o fiz a partir da lógica de um racionalismo comprometido com a materialidade e concretude de um mundo que se encontrava, então, mergulhado em uma situação de absoluto caos, sem que houvesse, naquele momento, aparentemente, qualquer possibilidade de reversão dentro das estratégias políticas que estavam sendo concebidas e adotadas pelo governo federal de outrora, que agia em absoluta dissonância com os pressupostos da ciência, seja ela a ciência moderna, seja a ciência pós-moderna ou hipermoderna.

Desde o início da pandemia, o Governo Federal manifestou-se no sentido de indicar que a política governamental de enfrentamento à crise sanitária instalada no País não passaria pela proteção às populações em condições de vulnerabilidade social. [...] O distanciamento do Presidente da República dos problemas das populações mais vulneráveis o levou a emitir pronunciamentos de profundo desrespeito e desconsideração humana, violadores da dignidade e da honra dos cidadãos brasileiros, que se viram abandonados e desesperançados por aquele e por aqueles que tinham como dever protegê-los.²

1 FERREIRA, Francisco Romão. Ciência e arte: investigação sobre identidades diferenças e diálogos. **Revista educação e pesquisa**. 2010. p. 267. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ep/a/RKqwZMN9kkKWv9PgFvLxSxm/?lang=pt>. Acesso em: 20 abr. 2023

2 BUSSINGUER, Elda Coelho de AZEVEDO. A PANDEMIA DO Covid-19 e as violações bioéticas perpetradas e/ou fomentadas

Comecei a separar dados, informações relevantes que me permitissem compreender o fenômeno. Informações relevantes, validadas por veículos científicos reconhecidos pela comunidade científica, que dessem à minha palestra a credibilidade necessária a uma pesquisadora das ciências sociais aplicadas, como é o Direito.

A ciência se alimenta de dados e evidências em busca daquilo que chamamos de verdade e, em busca dessa pretensa verdade, trilhei o mesmo caminho que estamos “treinados” e condicionados a percorrer sempre que nos manifestamos, seja de forma escrita ou falada.

Entretanto, ao chegar ao hotel no qual fiquei hospedada, me deparei com uma delicada, gentil e calorosa recepção dos organizadores desse evento tão importante para o Direito Brasileiro e que envolveu instituições parceiras de pesquisa e de jornada acadêmica.

Uma poesia de Fernando Pessoa, impressa em um belo papel vegetal, me convidava a sair do mundo da pandemia, da anomia e da ciência que se obriga a compreender, analisar e encontrar soluções possíveis para as anomalias originadas da desordem sanitária e política para mergulhar em um processo imaginativo que, a princípio, me parecia distante do tema, objeto de minha palestra.

A literatura, e a poesia como gênero literário, nos servem como narrativas da história, trazendo à memória, tanto aquilo que nos pode dar esperança quanto aquilo que precisa ser lembrado para que não mais se repita. Fixar, do modo mais fidedigno possível, a autenticidade das glórias e principalmente das emoções dolorosas. Esse é o papel da memória que pode ser retratado na poesia, na música, no conto e em qualquer outro gênero literário ou artístico, como o teatro e a música.

Assim, a literatura proporciona ao homem conhecimento sobre os seres e o mundo, forma a sua personalidade e satisfaz as suas necessidades quanto à fantasia e à imaginação. Amplia o conhecimento de mundo e o crescimento interior.³

A pandemia não é um fragmento da história a ser esquecido, jogado debaixo do tapete em busca de uma política de sobrevivência. Tentar negar, ignorar os horrores vivenciados no Brasil durante nossa mais grave crise sanitária e política, não pode ser um projeto alimentado como se fosse possível “deslembrar” tudo aquilo que nos envergonha, desmerece e que nos impacta enquanto dor física e emocional.

das pelo Governo Brasileiro. In: CARBONARI, Paulo César. PERUZZO, Nara Aparecida. ROSA, Enéias da (Org.). **Violações dos Direitos Humanos no Brasil: Denúncias e análises no contexto da Covid-19**. 1. ed. Passo Fundo: Saluz, 2021, v. 1, p. 204-227

3 COSTA, Sueli Silva Gorricho. SILVA, Ana Cláudia Mendes da. A poesia como recurso de desenvolvimento do universo cultural e criativo da criança. **Revista Científica da Fundação Educacional de Ituverava**. V. 5, n. 1, 2008. p. 50. Disponível em: <http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/72/115>. Acesso em: 20 abr. 2023.

O Direito tem o compromisso com a busca da verdade e da reparação e a poesia nos serve como espaço de subjetividade alimentadora do desejo de justiça. A memória compromete o futuro com o passado e a poesia pode ser o recurso mais arrebatador e fomentador da potência do pensamento e do movimento em busca de transformação da realidade caótica na qual estivemos mergulhados.

O horizonte concreto da ciência e o horizonte utópico da poesia se unem no sentido de convidar à elaboração do pensamento emancipatório, libertador e transformador da realidade distópica, desagregadora, imobilizante, envergonhada de si e da nação pela desordem institucional, moral e ética.

Não há que se falar em cisão ou oposição entre ciência, Direito e literatura. O diálogo é, não apenas possível, como desejado. A linguagem da ciência pode se aproximar da linguagem da poesia, enriquecendo a compreensão de fenômenos complexos.

A poesia não precisa ser necessariamente bela e emocionante no sentido de alimentar o espírito de deleite, devaneios e sonhos coloridos. Ela pode ter a crueza das derrotas, da miséria, da fome, da infância maculada, deslustrada e conspurcada.

Para além do estético, a poesia produz conhecimento e energia transformadora. Ela ajuda a produzir conhecimento a partir da alegoria e da quimera/imaginação.

O pensamento se manifesta na poesia, traduzida como vida conjecturada e sentida, que se concretiza no cotidiano.

O poema é um convite a se despir do construído pelo imaginário social, maculado por Fake News, por exemplo, e por narrativas comprometidas com interesses nem sempre éticos e legítimos.

3. NAVEGAR NA HISTÓRIA É PRECISO PARA SEGUIR EM FRENTE

Cognição e afeto se misturam na órbita reflexiva a partir da poesia. Foi assim naquele dia! Concentrada na análise racional do tema que me estava proposto, fui impactada pelo encanto e pela provocação do poema de Fernando Pessoa, que se impôs trazendo um novo modo de olhar e de sentir a trágica realidade do fenômeno pandemia da Covid-19, vivenciada por brasileiros e brasileiras que se encontraram diante do caos, da desordem, sem que tivessem, por parte do Estado, qualquer tipo de proteção que lhes garantisse a vida.

NAVEGAR É PRECISO

Navegadores antigos tinham uma frase gloriosa:

“Navegar é preciso; viver não é preciso”.

Quero para mim o espírito desta frase, transformada a forma para a casar como eu sou:

Viver não é necessário; o que é necessário é criar.

Não conto gozar a minha vida; nem em gozá-la penso.

Só quero torná-la grande,

ainda que para isso tenha de ser o meu corpo e a minha alma a lenha desse fogo.

Só quero torná-la de toda a humanidade;

ainda que para isso tenha de a perder como minha. Cada vez mais assim penso.

Cada vez mais, ponho da essência anímica do meu sangue; o propósito pessoal de engrandecer a pátria e contribuir para a evolução da humanidade.

É a forma que em mim tomou o misticismo da nossa raça.⁴

Navegar é preciso. Viver não é preciso. Essa poesia é a representação exata do tema que me foi proposto e a forma como ele impacta meu intelecto e minhas emoções. Fernando Pessoa está convidando os portugueses a olharem para as suas grandes conquistas, ainda que elas tenham sido acompanhadas de muitas tragédias, percalços e sofrimentos ao longo do trajeto.

Aos familiares que perderam seus amores na pandemia pelo descaso governamental, em um grande genocídio sem precedentes na história brasileira, é preciso dizer que navegar é preciso enquanto vida tivermos. É preciso seguir em frente lutando, trabalhando, buscando energia onde a potência parece ter se esvaído. Navegar é preciso.

A Democracia pressupõe coragem e movimento. Ela implica o sujeito na construção da história e na constituição de um projeto de nação que se configure a partir dos princípios da igualdade, da solidariedade social, da justiça e da liberdade.

A democracia era vista como comportando um elemento social que se traduzia na proposta de desalienação da população e sua consequente organização em direção a uma melhor apropriação da riqueza social. [...] O conflito seria, pois, o caminho através do qual se poderia desmontar as estruturas de dominação, ao mesmo tempo em que, ao assim proceder, se estaria produzindo a desalienação do sujeito que se constitui por meio de sua participação. A postulação do conflito como estratégia de redirecionamento das práticas sociais implica no reconhecimento das diferenças e na sua elaboração ao nível político, entrando em contradição com toda perspectiva homogeneizadora, mesmo aquela que recorta a realidade a partir do seu conteúdo classista.⁵

Ela nega a anarquia e se insurge contra o autoritarismo, contra a violência estatal e contra as tentativas de apagamento e silenciamento do cidadão. O exercício democrático denuncia o medo, desvelando as contradições discursivas que buscam capturar o sujeito desavisado a partir de narrativas construídas com objetivos bem delineados em projetos antidemocráticos e anticivilizatórios.

4 PESSOA, Fernando. **Obra poética**. Organização de Maria Aliete Galhoz. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.

5 FLEURY, Sonia. A questão democrática da saúde. In: FLEURY, Sonia (Org.). **Saúde e Democracia** – A luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 27. Disponível em: <https://laps.ensp.fiocruz.br/arquivos/documentos/22>. Acesso em: 20 abr. 2023.

Navegar é preciso e, nesse sentido, é preciso defender o Sistema Único de Saúde (SUS). É preciso defender o direito de todos à saúde de forma integral e equânime. Ainda que os recursos do SUS tenham sido deturpados, utilizados para viabilizar o financiamento do capital que se acumula exponencialmente, produzindo cada vez mais famintos e miseráveis. O capital insensível e voraz que produz mortes em série, seja por Covid-19, seja por fome, levando 33 milhões de pessoas, dentre as quais crianças e idosos, a dismantelar seus corpos e seus espíritos⁶.

[...] preocupa-nos, do mesmo modo, a banalização do contágio e das mortes em massa por Covid-19, eis que novas pandemias estão por vir. Caso não cresça a consciência quanto à desumanidade de certas condutas, a aliança entre o neoliberalismo e os populismos poderá fazer da saúde pública um terreno privilegiado para legitimar a destruição de seres humanos a cada nova crise sanitária.⁷

Navegar é preciso, viver não é necessário. É necessário criar e recriar. Consumir o corpo buscando uma fonte de energia desconhecida até então, que permita lutar contra a improvável vitória. Não mais as batalhas sangrentas de outrora, mas as batalhas cotidianas por direitos violados despudoradamente por aqueles que deveriam protegê-los.

Navegar é preciso. Viver não é preciso. É preciso resgatar o espírito da Constituição. Resgatar o espírito dos sanitaristas, dos educadores, dos sindicalistas, dos participantes dos movimentos sociais, dos participantes do movimento da Reforma Sanitária.

[...] a compreensão das políticas e sistemas de proteção social, em especial na área da saúde, abrange, como vimos, tanto o debate teórico fortemente sustentado em categorias das ciências sociais (sociologia, ciência política, economia, história etc.) como a ação concreta de atores, grupos sociais e organizações na construção de relações, processos e instituições.⁸

É preciso resgatar o espírito de Sérgio Arouca, o espírito de Sônia Fleury, de Jairnilson Paim e de tantos outros que formularam as bases do capítulo da saúde na Constituição da República, bem como as duas leis orgânicas da saúde que nos permitiram construir este gigante, potente, complexo e sofisticado edifício que é o Sistema Único de Saúde, que, em 1988, permitiu que milhões de brasileiros saíssem da condição de indigentes e pudessem ingressar nos serviços de saúde sem depender da benemerência e dos favores das Santas Casas ou das Casas de Misericórdia e dos hospitais filantrópicos.

6 II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil [livro eletrônico]: II VIGISAN : relatório final/Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar – PENSSAN. – São Paulo, SP : Fundação Friedrich Ebert : Rede PENSSAN, 2022. p. 37.

7 MARTIN-CHENUT, Kathia. PERRONE-MOISÉS Cláudia. VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Pandemia e crimes contra a humanidade: o “caráter desumano” da gestão da catástrofe sanitária no Brasil. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2021, p. 2206-2257.

8 FLEURY, Sonia. OUVRENEY, Assis Mafort. Política de Saúde: uma política social. In: CARVALHO, Antonio Ivo de (Org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p. 40.

Viver não é necessário. É necessário recriar o SUS. Torná-lo grande, potente, uma instituição para todos. Um patrimônio imaterial da nação e do povo brasileiro. Trazer para o corpo e para a alma de todos, indistintamente, independentemente da raça, gênero ou classe, a tranquilidade do direito garantido a partir do dever estatal de efetivá-lo e concretizá-lo de forma universal, integral e equânime.

Não conto gozar a minha vida;

Nem em gozá-la penso.

Só quero torná-la grande,

ainda que isso tenha que ser meu corpo e a minha alma

a lenha desse fogo⁹

A pandemia não foi enfrentada pelo Estado brasileiro. Ela foi enfrentada pelo povo. Diante da maior crise sanitária de todos os tempos, o Ministério da Saúde, gestor maior de todo o sistema de saúde, o maestro da orquestra, o comandante do transatlântico, o garantidor por excelência da organicidade e da cientificidade do Sistema Único de Saúde, optou pelas trevas, por negar a ciência e se associar a projetos incompatíveis com a moralidade pública, com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, previstos no artigo 37, da Constituição Federal¹⁰.

Ignorou o estágio civilizatório em que nos encontrávamos, desprezando a Constituição, as evidências científicas e as instituições. Em um projeto vitorioso de desinstitucionalização, descredibilizou instituições essenciais à manutenção da Democracia.

Reaparelhou as estruturas autoritárias, militarizando o Estado e transformando agentes públicos em serviços submissos, seja pelo medo, seja pela cooptação concretizada por diferentes modalidades.

O Ministério da Saúde se associou ao movimento antivacina nos levando a um retrocesso sanitário epidemiológico que está colocando em risco a vida, a saúde e o futuro de toda uma geração de crianças em razão da queda dos índices de vacinação. O Ministério da Saúde se aliou ao Conselho Federal de Medicina para legitimar práticas obscurantistas, não científicas, que levaram centenas de milhares a morrer, nos deixando em razão do desprezo governamental absoluto à vida das pessoas.

Ou nós juristas pesquisadores, tomamos consciência da distopia e de suas consequências e abrimos mão de gozar a vida que nossos privilégios ainda nos

9 PESSOA, Fernando. **Obra poética**. Organização de Maria Aliete Galhoz. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004

10 BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

permitem, nos envolvendo no compromisso civilizatório de ressignificar a vida, de ressignificar a política e de ressignificar as lutas pela democracia, “ainda que para isso tenha que ser o meu corpo e a minha alma a lenha desse fogo”, ou veremos sucumbir nosso projeto de nação livre, democrática, solidária e justa.

É claro que viver importa, e é preciso viver, mas viver implica assumir um compromisso de dar sentido à vida ao “torná-la de toda a humanidade, ainda que para isso tenha que a perder como minha”.

A frase título do poema de Fernando Pessoa não é de sua autoria. Ela é atribuída ao general romano Pompeu, que viveu antes de Cristo. De acordo com a história, em meio à grande tormenta, Pompeu teria dito aos seus soldados, que se encontravam amedrontados, para continuarem a navegar, com o intuito de que as naus chegassem a seu destino¹¹.

É claro que a desesperança teima em nos imobilizar. É claro que a destruição de nossas florestas, de onde emanam vida, água, elementos essenciais à sobrevivência humana e à saúde nos faz ter medo do futuro, especialmente considerando que já estamos próximos do estágio de não retrocesso.

É claro que os milhares de sequelados da Covid-19 nos provocam angústia de pensar que o SUS não suportará os custos da reabilitação. É claro que as estatísticas de depressão, suicídio e doenças mentais, que atingem também crianças e adolescentes em curva ascendente, nos fazem pensar que as políticas públicas que sobraram do desmonte institucional do SUS não serão suficientes para dar cobertura, cuidado e acolhimento, mas “cada vez mais ponho da essência anímica do meu sangue o propósito impessoal de engrandecer a pátria e contribuir para a evolução da humanidade”.

Que a poesia de Fernando Pessoa nos seja um chamado para sairmos do caos onde nos deixamos ser jogados, para nos lançarmos de forma potente, corajosa e comprometida, ética e juridicamente, na reconfiguração da ordem social, política, econômica em uma tessitura carregada de compromissos, de solidariedade e de paz.

Eu espero que a partir desta linda poesia de Fernando Pessoa nós nos envolvamos com fortes sentimentos de compromissos com a Democracia, de compromissos com aqueles que vivenciam o frio e a fome, com aqueles que não têm o privilégio de estar num ambiente quentinho de afetos, quentinho de roupas e quentinho de cultura.

11 BELLE, Edgard. Um olhar intertextual em: “Navegar é preciso, viver não é preciso”. *Cadernos de Pós-Graduação em Letras*. São Paulo, v. 4. n. 1, p. 91-103. 2004. p. 97.

E que a Democracia nos convide, se necessário, à luta, se necessário, a doarmos da nossa energia, dos nossos corpos, para que possamos retornar ao patamar civilizatório no qual a Constituição da República, com todas as suas limitações e remendos, em razão das mais de uma centena de emendas, nos permitiu chegar.

4. CONCLUSÃO

A ordem, condição constitutiva e indispensável da Democracia, impõe-se como desejo, utopia e esperança de futuro.

A obra de Fernando Pessoa é, sem qualquer sombra de dúvida, um convite a reconstruir a Democracia a partir da ressignificação do ideal de vida como criação humana possível e realizável, ainda que a desesperança e o medo se imponham como condição aparentemente insuperáveis.

Navegar é preciso. Viver não é preciso, mas para navegar é preciso criar e recriar a vida, tornando-a vida de todos e para todos, grande, potente, sofisticadamente acolhedora das diferenças, das misérias humanas, dos pedaços de gente jogados à margem “ainda que para isso tenha de a perder como minha”.

E nessa “essência anímica do meu sangue, em um propósito impessoal de engrandecer a pátria e contribuir para a evolução da humanidade”, o caos vai se esvaindo, enquanto a ordem, lenta, mas bela, imponente e majestosa, impõe-se como esperança de resgate da vida.

É navegar reconstruindo o SUS, patrimônio do povo brasileiro e da humanidade. É navegar reposicionando o cidadão nos espaços de participação social, indispensáveis ao Estado Democrático de Direito, com voz e com vontade.

É esperar de tanto lutar para que a verdade se estabeleça de forma que o Direito, a Justiça, a Ética e a Alegria retomem os seus lugares de direito, “ainda que o meu corpo e a minha alma, a lenha desse fogo”, tenham sido consumidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BELLE, Edgard. Um olhar intertextual em: “Navegar é preciso, viver não é preciso”. **Cadernos de Pós-Graduação em Letras**. São Paulo, v. 4. n. 1, p. 91-103. 2004.

BUSSINGUER, Elda Coelho de AZEVEDO. A PANDEMIA DO Covid-19 e as violações bioéticas perpetradas e/ou fomentadas pelo Governo Brasileiro. In: CARBONARI, Paulo César. PERUZZO, Nara Aparecida. ROSA, Enéias da (Org.). **Violações dos Direitos Humanos no Brasil**: Denúncias e análises no contexto da Covid-19. 1. ed. Passo Fundo: Saluz, 2021, v. 1, p. 204-227.

COSTA, Sueli Silva Gorricho. SILVA, Ana Cláudia Mendes da. A poesia como recurso de desenvolvimento do universo cultural e criativo da criança. **Revista Científica da Fundação Educacional de Ituverava**. V. 5, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/72/115>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FERREIRA, Francisco Romão. Ciência e arte: investigação sobre identidades diferenças e diálogos. **Revista**

educação e pesquisa. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ep/a/RKqwZMN9kkKWv9PgF-vLxSxm/?lang=pt>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FLEURY, Sonia. A questão democrática da saúde. In: FLEURY, Sonia (Org.). **Saúde e Democracia** – A luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 25-41. Disponível em: <https://laps.ensp.fiocruz.br/arquivos/documentos/22>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FLEURY, Sonia. OUVERNEY, Assis Mafort. Política de Saúde: uma política social. In: CARVALHO, Antonio Ivo de (Org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p. 01-42.

II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil [livro eletrônico]: II VIGISAN : relatório final/Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar – PENSSAN. -- São Paulo, SP : Fundação Friedrich Ebert : Rede PENSSAN, 2022.

MARTIN-CHENUT, Kathia. PERRONE-MOISÉS Cláudia. VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Pandemia e crimes contra a humanidade: o “caráter desumano” da gestão da catástrofe sanitária no Brasil. **Revista Direito e Práxis.** Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2021, p. 2206-2257.

PESSOA, Fernando. **Obra poética.** Organização de Maria Aliete Galhoz. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.

PARTE II

REGULAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

NOTAS SOBRE O DIREITO À RENDA BÁSICA UNIVERSAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA¹

INGO WOLFGANG SARLET

THIAGO SANTOS ROCHA

1. INTRODUÇÃO

Antes proclamada como uma promessa da modernização econômica, a relação positiva da digitalização da economia com o desenvolvimento social se mostrou frágil. Não raras vezes, a primeira atua em sentido inverso do segundo, como um fator de afastamento das pessoas de suas fontes de rendimentos. Posto que as possibilidades de venda de mão-de-obra e empregabilidade tendem a ser negativamente afetadas pela automatização de muitas atividades hoje executadas por seres humanos, uma estrutura de proteção social que tenha na figura do trabalho remunerado seu principal eixo deve ter sua efetividade – pelo menos em parte e em certo sentido – questionada numa perspectiva pautada pelos princípios e direitos humanos e fundamentais, seja em nível constitucional (nacional), seja no plano internacional e transnacional (global). Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial no que se refere à sua conexão com o direito humano e fundamental a um mínimo existencial para uma vida digna, é o paradigma escolhido para uma análise da efetividade da estrutura de proteção social.

Em um contexto social marcado por mudanças disruptivas no mercado laboral, o presente estudo, muito embora as dimensões acima referidas, que ultrapassam as fronteiras do Estado nacional, terão por foco a sociedade e o ordenamento jurídico brasileiros. Nessa perspectiva, o que se busca é apresentar o direito fundamental à Renda Básica Universal (RBU) – diferenciando-o de outras políticas de transferência de renda – como um possível elemento de concretização de parte do conteúdo do direito a um mínimo existencial, a que coincide com a garantia de um mínimo vital, operando como eixo de uma nova estrutura de Estado (e de políticas de Estado) que, comparada com a atual, apresente-se mais eficiente na garantia das condições materiais de dignidade das pessoas mais vulneráveis às transformações causadas pela economia digital.

1 O presente artigo não é inédito.

2. A ESTRUTURA DE PROTEÇÃO SOCIAL COMO GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A dignidade da pessoa humana, nos termos do inciso III do art. 1º da Constituição da República do Brasil de 1988 (CB/88), é um dos fundamentos do Estado por ela constituído. Este dispositivo possui um valor muito além do simbólico, pois converte a dignidade humana em princípio jurídico vinculante com posição central na estrutura constitucional do Estado. Em linha com tal princípio, o art. 3º da CB/88 impõe ao Estado brasileiro os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, devendo nela intervir para erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Ainda que a CB/88 não tenha qualquer referência expressa ao direito ao mínimo existencial, isto não impediu o amplo debate doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, a partir de sua relação com os princípios fundamentais do Estado, em especial a dignidade da pessoa humana, conjugados com a cláusula de abertura material prevista no §2º do art. 5º da CB/88. Embora algumas análises mais restritivas busquem relacionar o mínimo existencial tão somente às condições de existência física do indivíduo, confundindo-se assim com um “mínimo vital” ou mesmo “mínimo fisiológico”, a sua concepção constitucionalmente adequada também deve englobar aspectos da existência da pessoa enquanto membro da sociedade politicamente organizada, ademais de assegurar o livre desenvolvimento da personalidade, isto é, garantir o assim chamado “mínimo existencial sociocultural”. Dito de outro modo, o direito fundamental a um mínimo existencial, não pode ser limitado ao mínimo necessário para garantir a existência fisiológica do indivíduo, mas há de abarcar também a sua inserção social, política e cultural na condição de agente autônomo, e não de mero objeto do Estado e dos atores e processos sociais e econômicos. É neste sentido que, com alguns matizes, aponta o desenvolvimento do mínimo existencial na dogmática e na jurisprudência constitucionais brasileiras².

Por sua relação direta com princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial não consiste em prestações dependentes de uma concessão voluntária do Estado, como se tratasse de uma obra de caridade, mas sim, de um dever jurídico-constitucional ao qual corresponde um direito fundamental das pessoas³. Assim, o princípio fundamental e estruturante da dignidade

2 A. P. DE BARCELLOS, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2011; I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, em I. W. SARLET, L. B. TIMM (EDS.), *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013; OLSEN, A.C.L.: *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível*, Juruá, Curitiba, 2012; SARMENTO, D.: *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, op. cit., p. 189.

3 Cf. D. GRIMM, “Legitimation by Constitution and Socioeconomic Rights from German Perspective”, *Critical Quarterly* for

da pessoa humana, que serve como fundamento e também auxilia a determinar o conteúdo do mínimo existencial, serve de parâmetro para se aferir a reprovabilidade jurídico-constitucional da situação de privação material. Por isso, o mínimo existencial exerce relevante papel no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, especialmente no que toca à vedação da prestação insuficiente em questões sobre a dimensão prestacional dos direitos fundamentais sociais, atuando o mínimo existencial como parâmetro a ser respeitado⁴.

Nessa toada, qualquer que seja a combinação entre os elementos da estrutura de proteção social, o resultado não pode deixar de fora a garantia do mínimo existencial de toda e qualquer pessoa que integra e forma a sociedade brasileira. Tanto as políticas de proteção ao trabalho e promoção do pleno emprego, quanto as medidas de seguridade social, contributivas ou não, devem ser aptas a realizar, com máxima eficácia e efetividade, o princípio da dignidade da pessoa humana, neste caso, no que diz respeito à plena garantia de um mínimo existencial para uma vida condigna para todos, sejam brasileiros, sejam estrangeiros radicados ou mesmo, dadas as circunstâncias, em caráter transitório no Brasil, visto que se trata, para além de um direito fundamental constitucionalmente assegurado, de um direito humano de titularidade universal.

As relações socioeconômicas podem impedir a produção de liberdade real (fática) e de igualdade material para um conjunto significativo de pessoas, negando-lhes a independência e a segurança social necessárias para que se realizem a liberdade e a igualdade juridicamente asseguradas, o que, no caso brasileiro, considerando os níveis de desigualdade vigentes, se revela particularmente relevante. Portanto, cabe ao Estado não só respeitar a garantia jurídica formal da liberdade, no sentido de limitação do poder social, presente ou futuro, mas também o dever de produzir a oportunidade fática de realização da liberdade⁵. Uma vez que a chave do paradigma do Estado social é a busca da superação das diferenças sociais que impedem a conversão da liberdade formal em liberdade material capaz de permitir a igualdade na posição de exercício dos direitos fundamentais⁶, a sua estrutura de proteção social deve ser considerada de maneira integrada, a partir dos princípios que o fundamentam e os objetivos que o norteiam, e não reduzi-lo à figura de um “Estado remediador”, condicionado a observar o funcionamento

Legislation and Law, vol. 98, n 3, 2015, Nomos, p. 207; J.R. NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 230; I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13ª, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018, p. 329; D. SARMENTO, *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, op. cit. p. 239.

4 I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, op. cit., p. 33.

5 E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema”, trad. J. L. Requejo, I. Villaverde Menéndez, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 85-86.

6 F. J. BASTIDA FREJEJDO *et al*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 75.

dos instrumentos estruturais ou conjunturais de marginalização social para, só então, acionar algumas medidas de inclusão.

3. O PAPEL DO TRABALHO NA ESTRUTURA DE PROTEÇÃO SOCIAL BRASILEIRA

A vinculação do trabalho à ideia de dignidade humana está presente em diversos contextos sociais, quase sempre colocando a atividade laboral como um caminho necessário para que a pessoa possa alcançar e assegurar condições dignas de vida. Contudo, na perspectiva do direito constitucional aqui trilhada, que se ocupa tanto do reconhecimento quanto da efetiva proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (destaque para o mínimo existencial), é preciso investigar, antes de mais nada, se – e em que medida – tal assertiva é de fato compatível com o direito constitucional positivo brasileiro, em especial no que diz com a relação constitucionalmente adequada entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho.

A CB/88 prevê o valor social do trabalho – ao lado da livre iniciativa – como um dos fundamentos do Estado (art. 1º, IV), que também opera como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput), o qual implica, dentre outros aspectos, a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Entretanto, a mesma Constituição determina que a ordem econômica, observadas as exigências da justiça social, tem por finalidade assegurar a todas as pessoas uma existência digna (art. 170, caput). Em outras palavras, a ordem econômica constitucionalmente estabelecida, com fundamento na valorização do trabalho humano e pautada por diversos princípios, não consiste em um fim em si mesmo, mas sim, assume, em certa medida, um papel instrumental, qual seja, o de assegurar principalmente o efetivo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana.

Considerando-se aqui em primeira linha a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, é de se sublinhar que o art. 6º da CB/88 atribui ao direito ao trabalho a posição de direito social fundamental, enquanto o art. 7º outorga aos indivíduos uma série de direitos laborais, entre os quais a proteção das pessoas trabalhadoras ante a automação, na forma da lei (inciso XXVII)⁷. Se, por um lado, o direito ao trabalho não se confunde com a possibilidade da escolha de uma atividade laboral como caminho para o desenvolvimento da personalidade (que é assegurada pela liberdade de profissão), tampouco implica um dever estatal – pelo menos não associado a um direito subjetivo judicialmente exigível –

7 O STF já se manifestou no sentido de que o objeto de tal direito não abarca a proteção ante toda e qualquer inovação tecnológica, pois a automação se refere especificamente à substituição do trabalho humano por máquinas, o que não é uma consequência necessária de toda e qualquer mudança na tecnologia adotada (STF, MI 618 MG, rel. min. Carmen Lúcia, j. 29-9-2014, P. *Dele*-192 de 2-10-2014).

prover e assegurar um emprego (trabalho) para todas as pessoas, o que, por sua vez, não afasta o já referido dever constitucional de, mediante os meios disponíveis e eficazes, buscar o pleno emprego. Nesse contexto, convém enfatizar que a dignidade é um atributo de toda e qualquer pessoa humana e exige o reconhecimento e a proteção de um conjunto de direitos fundamentais, mas não pode ser concebida como uma prerrogativa exclusiva daquelas que têm a oportunidade de fruir do direito ao trabalho.

Embora não se configure constitucionalmente como um dever, e tampouco como meio obrigatório para que a pessoa humana possa ter acesso às condições materiais para uma vida digna, uma análise da CB/88 mostra que o trabalho é o principal eixo em torno do qual se erige a estrutura de proteção social, em especial a proteção da renda, elemento crucial para se evitar e combater a pobreza, que, por sua vez, consiste em uma vulnerabilidade que potencializa todas as demais, ou, pelo menos, a sua maior parte.

Às pessoas (no Brasil uma parcela muito reduzida da população) que a loteria do nascimento não tenha assegurado uma posição minimamente confortável em termos de condições econômicas, a CB/88 assegura o direito de buscar a renda para a satisfação de suas condições materiais por meio da venda da mão-de-obra. Neste sentido, o inciso IV do art. 7º da Constituição atribui aos que se encontram numa relação de emprego o direito a um salário-mínimo, previsto em lei, suficiente para atender as necessidades vitais básicas da pessoa trabalhadora e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Se porventura não lograrem ter um posto de trabalho, ou dele tenham de se afastar por distintos motivos, restam aos indivíduos as medidas de seguridade social e as prestações correspondentes. Ocorre, todavia, que também essas reafirmam a centralidade do trabalho, e mais especificamente do emprego, na estrutura de proteção social. É assim que a previdência social, nos termos do art. 201 da CB/88, pauta-se pelo caráter contributivo, ou seja, destina-se à proteção da pessoa que, a partir do exercício de atividade remunerada, tenha realizado contribuições para o sistema de seguridade social. Já a assistência social, nos termos do art. 203 da CB/88, embora se destine a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, possui entre seus objetivos, além da proteção de especiais causas de vulnerabilidade, a promoção da integração ao mercado laboral.

Considerando-se os princípios e direitos fundamentais consagrados pela CB/88, em especial a dignidade da pessoa humana e um direito a um mínimo existencial, para que faça sentido a estruturação de um sistema de proteção social que tenha no emprego o seu principal eixo, há que atentar para dois pressupostos: 1) a existência de um emprego para todas aquelas pessoas que necessitem de

uma ocupação; e 2) que os ingressos obtidos por meio do emprego, bem como as condições em que a atividade se desenvolve, sejam suficientes para garantir uma vida digna à pessoa trabalhadora.

No que tange ao primeiro dos pressupostos, os dados indicam que 8,9% da população em idade laboral se encontrava desempregada em agosto de 2022⁸. Há de se reconhecer que uma série de elementos conjunturais, alguns oriundos da pandemia, faz com que o cenário não seja dos mais favoráveis para aqueles que buscam emprego. Entretanto, ao adentrar-se o histórico dos dados de desocupação, nota-se que o desemprego é um elemento constante na sociedade brasileira. Os números de 1983 a 2002 mostram que, nas regiões metropolitanas, a taxa média anual de desocupação oscilou entre 3,3% (1989) e 7,6% (1998 e 1999), encerrando o período em 7,1% (2002). Em 13 destes 20 anos, tal número foi superior a 5%⁹. De fevereiro de 2002 a fevereiro de 2016, a taxa média anual de desocupação variou entre 4,8% (2013) e 12,6% (2002), sendo que tão somente em 2014, quando indicou 4,8%, tal número não se mostrou acima de 5%¹⁰. Em 2016, a desocupação atingiu uma taxa de 10,8%, saltando no ano seguinte para 12,7%. Em 2020, quando a taxa média marcou 13,5%, foi alcançado o ponto mais alto da série histórica anual¹¹, sendo que, em dezembro de 2021, tal número atingia 11,1% da população em idade laboral¹².

Esta constatação de que o desemprego é um elemento estrutural da sociedade brasileira já seria suficiente para apontar que a escolha de uma estrutura de proteção social pautada na ideia de pleno emprego, como política que busca garantir a todas as pessoas o real exercício do direito ao trabalho, é não apenas ineficiente, como também inefcaz para alcançar de forma satisfatória os objetivos constitucionais do Estado e assegurar as condições materiais para uma vida digna a todas as pessoas que precisem, estejam dispostas e tenham condições de se colocar à disposição no mercado de trabalho.

Mesmo assim, a presente investigação não pode se esquivar de tecer considerações relativas ao segundo pressuposto para a defesa de uma estrutura de proteção social em torno do trabalho remunerado, qual seja, o de que os postos

8 IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, Brasília, 2022.

9 IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego - PME (1983 a 2002), Brasília, 2002.

10 IBGE, *Pesquisa Mensal de Emprego - PME (2002 a 2016)*, Brasília, 2016. A PME abrangia seis Regiões Metropolitanas (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre) e foi encerrada com a divulgação dos resultados referentes a fevereiro de 2016, sendo substituída pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, que utiliza metodologia atualizada e abrange todo o país.

11 A taxa de desocupação é calculada sobre a população ativa, ou seja, as pessoas que formam a força de trabalho por estarem trabalhando ou buscando trabalho. Fora deste número se encontram, por exemplo, as pessoas desalentadas, assim consideradas aquelas que estariam disponíveis para o trabalho, mas, por diversas contingências, já desistiram de buscar trabalho por acreditar que não o encontrariam. Para o segundo trimestre de 2021, o número de pessoas desalentadas no Brasil era de quase 5,6 milhões. IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua*, op. cit.

12 IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, Brasília, 2022.

de trabalho existentes são condição suficiente para atender as necessidades materiais de vida digna às pessoas. Tal análise passa necessariamente por fenômenos como o precariado, grupo de pessoas com relações laborais instáveis e inseguras¹³, e as pessoas trabalhadoras pobres, que não são capazes de se livrar da situação de pobreza mesmo com a remuneração de sua atividade laboral.

Em 2021, 41,1% da população residente no Brasil possuía rendimento proveniente de trabalho¹⁴, apenas um ponto percentual acima do que se observou em 2020, sendo este o menor número da série histórica iniciada em 2012. Para o ano de 2019, tal indicador era de 44,3%¹⁵. Frise-se que para este indicador o trabalho é concebido em sua acepção ampla, não se restringindo a quem tenha um vínculo empregatício. Ainda em 2021, observa-se que a metade dos trabalhadores com menores rendimentos receberam, em média, R\$ 415,00 mensais, o menor valor da série história, 15,1% inferior ao ano de 2020¹⁶. Note-se que no mesmo ano de 2021 o valor do salário-mínimo era de R\$ 1.100,00. Ou seja, o rendimento médio de metade dos trabalhadores era inferior a 38% da quantia que, nos termos do inciso IV do art. 6º da CB/88, deveria ser suficiente para atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família. Tais condições foram agravadas pelas flexibilizações introduzidas pela reforma trabalhista (Lei n. 13.429/2017 e Lei n. 13.467/2017) no ordenamento jurídico brasileiro. O percentual da população residente que possuía rendimento oriundo do trabalho baixou de 42,4%, em 2016, para 41,9%, em 2017. Ademais, a renda média dos trabalhadores que estão entre os 5% mais pobres caiu de R\$ 76,00, em 2016, para R\$ 47,00, em 2017¹⁷.

4. AS MUDANÇAS DISRUPTIVAS DA SOCIEDADE TECNOLÓGICA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A IV Revolução Industrial (IV RI) é o processo iniciado na última virada de século, responsável por criar um mundo no qual existe uma cooperação, de forma flexível, entre os sistemas físicos e virtuais de fabricação global¹⁸. Uma marca comum a tais revoluções é a mudança abrupta e radical na eficiência da estrutura de produção de modo que, com menos força de trabalho, logrem-se melhores resultados quantitativos. No caso da IV RI, a integração de tecnologias robóticas em sistemas ciberfísicos é o principal fator responsável por tal câmbio.

13 Sobre precariado, cf. G. STANDING, *The precariat: the new dangerous class*, Bloomsbury, Londres, 2014.

14 IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2021*, Rio de Janeiro, 2022, p. 2.

15 IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2020*, Rio de Janeiro, 2021, p. 2.

16 IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2021*, Rio de Janeiro, 2022, p. 10.

17 IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2017*, Rio de Janeiro, 2018, p. 6.

18 P. K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Geneva, 2016, p. 12.

A digitalização da economia alcança todos os segmentos sociais com a possibilidade de reconfigurar relações de influência e de poder¹⁹. Entretanto, tal processo não impacta da mesma forma a vida de todas as pessoas, motivo pelo qual se faz pertinente constatar que determinados grupos são mais ou menos vulneráveis aos seus resultados²⁰. As novas dinâmicas dos mercados laborais conduzem ao desaparecimento dos limites entre aquilo que se conhecia tradicionalmente por emprego e as diferentes formas de trabalho independente, de maneira que os novos modelos de trabalhos atípicos tornam mais difícil um vínculo entre as medidas de proteção social e o status empregatício das pessoas²¹.

Os fornecedores de capital, que se apresentam como inovadores, investidores e acionistas, são os grandes beneficiários da IV RI. Isto explica o aumento da disparidade de riqueza entre as pessoas que dependem de seu trabalho e as detentoras de capital, assim como a desilusão daquelas em relação às possibilidades de melhoria de suas condições materiais ao longo da vida²². Algumas mudanças nas estruturas sociais e econômicas possuem impacto direto nos direitos subjetivos. Ao lado da precarização da natureza do trabalho, há a probabilidade de que vastas faixas da força de trabalho existente se tornem redundantes pela crescente automatização, o que tende a aumentar a concentração de riquezas nas mãos de elites tecnológicas e proprietários de capitais²³.

O Fórum Econômico Mundial, em 2018, assinalava sua crença de que a IV RI, assim como ocorrido nas duas primeiras revoluções industriais, seria acompanhada de novas profissões e novas formas de trabalho. Entretanto, tal posição teve de ser revisada, pois a recessão global de 2020, ao lado dos efeitos da pandemia, resultou em uma realidade na qual as disrupções de curto e longo prazo se apresentam entrelaçadas²⁴. No final de 2019, o mercado laboral já apontava para um cenário instável, em grande parte devido à automação tecnológica e à globalização. A isto se somou, no primeiro semestre de 2020, a pandemia de COVID-19 como perturbação inesperada e expressiva para os mercados de trabalho, refletindo imediatamente nas condições de renda e subsistência das pessoas. Em âmbito global, os efeitos da pandemia reverteram a tendência de recuperação dos mercados laborais observada após a crise de 2007/2008 e aumentaram em

-
- 19 W. HOFFMANN-RIEM, *Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital Desafios para o Direito, Forense*, Rio de Janeiro, 2021, pp. 1-4.
- 20 Sobre a relevância jurídica da vulnerabilidade, cf. M. Á. PRESNO LINERA, “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 2020, Iustel; L. SUÁREZ LLANOS, “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, em M. Á. PRESNO LINERA (ED.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Universidad de Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013.
- 21 OECD, “Basic Income as a policy option: Can it add up?”, *Policy Brief on the Future of Work*, 2017, p. 2.
- 22 P.K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, op. cit., p. 16.
- 23 P. ALSTON, “Universal Basic Income as a Social Rights-based Antidote to Growing Economic Insecurity”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 17-51, 2017, pp. 4-5.
- 24 WEF: *The Future of Jobs Report 2020*, Cologny/Geneva, 2020, p. 9.

velocidade e profundidade as mudanças de longo prazo desencadeadas pela digitalização²⁵.

Ainda em 2017, o McKinsey Global Institute divulgou estudo no qual estima o impacto da automação em diversos países, focando em atividades e não em ocupações, segundo o qual 50% das atividades realizadas no Brasil poderiam ser automatizadas utilizando a tecnologia atualmente disponível²⁶. A partir da metodologia desenvolvida por Frey e Osborne²⁷, uma equipe de pesquisadores da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) realizou estudo que indica que 60% das pessoas trabalhadoras no Brasil atual se encontram em postos de trabalho que possuem uma probabilidade de automação nas próximas décadas superior a 70%. Os grupos já socialmente mais vulneráveis (baixo nível de renda, baixo nível de escolaridade, jovens e mulheres) são os que mais fortemente devem sofrer o impacto negativo da automação no futuro²⁸. De modo semelhante, estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, também com o método de Frey e Osborne, aponta que 54,45% dos empregos formais no Brasil estão sob risco elevado/muito elevado de automação até 2046²⁹.

Como se pode observar, o impacto que o uso de novas tecnologias na economia causa sobre a garantia das condições adequadas de vida dos indivíduos não é igual para todos. Ele possui direta conexão com o nível de dependência do indivíduo em relação ao trabalho remunerado como meio de sua inserção social, ou mesmo subsistência, abrangendo aqui a natureza da atividade laboral exercida, mais ou menos vulnerável aos processos de automatização. Ou seja, no caso daqueles que não dependem do trabalho remunerado para obter as condições mínimas de vida digna, estas não são – em regra – diretamente comprometidas pelos efeitos da economia digital. Desde a perspectiva da dignidade da pessoa humana, a realização por máquinas de atividades antes realizadas por humanos, por si só, não corresponde a algo lesivo. A lesão ao princípio surge a partir do momento em que se privam os indivíduos dos meios necessários para conceber e realizar, autonomamente, seu projeto de vida, ou seja, de viver em condições existenciais dignas. O direito ao trabalho não implica um dever das pessoas no sentido de estarem empregadas, de modo a terem asseguradas as condições materiais para uma vida digna, o que se deve ao fato, aqui lembrado, de que a dignidade é

25 Ibid.

26 J. MANYIKA et al, A future that works: Automation, employment, and productivity, McKinsey Global Institute, San Francisco, 2017.

27 C.B. FREY, M.A. OSBORNE, "The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?", *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 114, 2017, p. 265.

28 Y. LIMA et al, *O futuro do emprego no Brasil. Estimando o impacto da automação*, Laboratório do Futuro - UFRJ, Rio de Janeiro, 2019, pp. 30-31.

29 P.H.M ALBUQUERQUE et al, Na era das Máquinas, o emprego é de quem? Estimativa da probabilidade de automação de ocupações no Brasil, IPEA, Rio de Janeiro, 2019, p. 23.

um atributo de toda e qualquer pessoa humana e independe do exercício de uma atividade laboral para ser reconhecida, respeitada e protegida.

Frente às inovações trazidas pela tecnologia e o seu impacto no mundo laboral, cabe aos poderes públicos serem igualmente inovadores. Mesmo considerando o seu conhecimento limitado em face dos novos cenários que se apresentam, o legislador possui o dever de buscar novos conhecimentos e o direito de agir para tentar uma nova configuração normativa que melhor atenda as prescrições constitucionais, ainda que, de partida, não tenha pleno conhecimento de todos os detalhes de sua forma³⁰. A digitalização da economia é – em parte significativa – uma ameaça às condições de vida digna em uma sociedade cujo principal eixo de inserção social está na venda da força de trabalho. Assim, frente às mudanças impostas pela economia digital, assegurar o mínimo existencial a todas as pessoas, por outros meios que não a venda da força de trabalho, é não apenas desejável, mas sim algo exigido constitucionalmente, em especial para o devido respeito e proteção da dignidade da pessoa humana.

5. A RENDA BÁSICA UNIVERSAL COMO NOVO PILAR DA ESTRUTURA DE PROTEÇÃO SOCIAL

Sob o modelo de proteção social brasileiro, que gira em torno do trabalho remunerado com subordinação a terceiro, não contar com um emprego não significa apenas ficar fora da cadeia produtiva, mas, principalmente, ser alijado dos resultados de distribuição direta e indireta da riqueza. Salvo raras medidas de assistência social, como as restritivas hipóteses legais que condicionam a titularidade do Benefício de Prestação Continuada (BPC)³¹, que em 2019 chegava a 3,5% dos domicílios brasileiros, ou do Programa Bolsa Família (PBF)³², que no mesmo ano alcançava a 14,3% dos domicílios³³, à pessoa que não possui emprego ou não pôde contribuir para a previdência social não é garantido pelo Estado uma prestação pecuniária para se alcançar o mínimo de recursos materiais para uma vida digna.

Além disto, a condição de beneficiário de algum destes programas sociais não é suficiente nem mesmo para romper com o umbral de pobreza de renda. Mesmo após a transferência dos benefícios sociais, em 2019, 24,7% da popula-

30 W. HOFFMANN-RIEM, “Direito, tecnologia e inovação”, em G.F. Mendes, I.W. Sarlet, A.Z.P. Coelho (eds.), *Direito, inovação e tecnologia*, Saraiva, São Paulo, 2015, pp. 29-31.

31 O art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS, Lei n. 8.742/1993) garante o pagamento de um salário-mínimo mensal ao idoso com mais de 65 anos ou à pessoa com deficiência de qualquer idade com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo. A concessão do BPC restringe-se às situações em que a renda por pessoa do grupo familiar seja inferior a 1/4 do salário-mínimo.

32 O PBF criado pela Lei n. 10.836/2004 se destina às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, caracterizadas pela renda familiar mensal per capita de até R\$ 178,00 e R\$ 89,00, respectivamente (Decreto n. 9.396/2018).

33 IBGE, Rendimento de todas as fontes 2020, op. cit. p. 8.

ção vivia em situação de pobreza, com renda mensal inferior a R\$ 436,00 (US\$ 5,50 PPA), enquanto 6,5% se encontravam em pobreza extrema, com menos de R\$ 151,00 mensais³⁴ (US\$ 1,90 PPA). Tal cenário foi exposto dramaticamente durante o ano de 2020, quando os efeitos da pandemia mostraram que, ao lado dos 3,1% beneficiários do BPC e 7,2% do PBF, 23,7% dos domicílios brasileiros se viram obrigados a se ampararem em outros programas sociais, maioritariamente no temporário Auxílio Emergencial ao Trabalhador (AET)³⁵. Frise-se que, em 2019, antes da criação do AET, apenas 0,7% dos domicílios recebiam recursos de programas sociais que não o PBF ou BPC³⁶. Após o fim do AET e a substituição do PBF pelo Programa Auxílio Brasil (PAB)³⁷, os números de agosto de 2022 mostram que 20,65 milhões de famílias foram beneficiárias deste novo programa, recebendo uma quantia média mensal de R\$ 607,52 (cerca de USD 117,00), quantia esta só alcançada por meio da complementação temporária do Benefício Extraordinário³⁸.

É neste contexto que a RBU se apresenta como política pública potencialmente eficiente para a consecução dos objetivos constitucionais, pois consiste em um pagamento periódico, realizado pela comunidade política, em moeda corrente, em valor igual para todas as pessoas, a título individual, sem exigência de comprovação de insuficiência de recursos ou cumprimento de quaisquer requisitos vinculados ao trabalho³⁹. Esta conceituação expõe cinco características importantes da RBU: a) regularidade, e não um pagamento único em determinado momento da vida; b) em moeda corrente, e não por entrega de bens ou prestação de serviços; c) individual, e não em bases de estruturas coletivas, como a família, o lar ou a unidade econômica; d) universal, a todos os indivíduos de determinada comunidade política independente de sua condição socioeconômica; e e)

34 IBGE, *Síntese de indicadores sociais*, Rio de Janeiro, 2020, p. 66. Segundo do último relatório anual do IBGE, com dados de 2020, 24,1% da população vivia na pobreza, com uma renda mensal inferior a R\$ 450,00 (US\$ 5,50 PPA), enquanto que 5,7% estavam na pobreza extrema, com menos de R\$ 155,00 por mês (US\$ 1,90 PPA) IBGE: *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, IBGE, Rio de Janeiro, 2021, p. 60.

35 O AET foi criado pela Lei n. 13.982, em abril de 2020 como medida para assegurar uma quantidade mínima de ingressos à população de menor renda durante a pandemia de COVID-19. Prorrogado pela MP n. 1.000/2020 e pela MP n. 1.039/2021. No total, o programa foi pago em 9 parcelas no ano de 2020 e 7 em 2021. O valor base, inicialmente R\$ 600,00, decresceu ao longo de sua duração, sendo de R\$ 250,00 em seus meses finais.

36 IBGE, Rendimento de todas as fontes 2020, op. cit., p. 8.

37 O Programa Auxílio Brasil foi criado pela Lei n. 14.284, de 29/12/2021. Nos termos do artigo 2º, II, do Decreto n. 10.919, também de 29/12/2021, o valor do PAB será complementado pelo Benefício Extraordinário, de modo que cada família receberá, pelo menos, R\$ 400 mensais. Inicialmente previsto para ter duração temporária, restrita ao exercício de 2022, o Benefício Extraordinário passou a integrar de forma permanente a quantia do PAB, nos termos da Lei n. 14.342, de 18/05/2022, resultado da conversão da MP n. 1.076, de 2021. Já o artigo 5º, I da Emenda Constitucional n. 123, de 14/07/2022, instituiu outro acréscimo mensal extraordinário ao PAB, no valor de R\$ 200, para o período de agosto a dezembro de 2022. Assim, em suma, até o final de 2022 a quantia mínima a ser paga a cada família beneficiária do PAB será de R\$ 600.

38 MINISTÉRIO DA CIDADANIA: « Auxílio Brasil chega em setembro à marca inédita de 20,65 milhões de famílias contempladas», acesso em: 4/10/2022, <https://www.gov.br/cidadania/pr-br/noticias-e-contudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/auxilio-brasil-chega-a-marca-inedita-de-20-65-milhoes-de-familias-contempladas-em-setembro>.

39 P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Harvard University Press, London, 2017, p. 1. Na mesma linha é a definição prevista no artigo 3º do estatuto vigente da Basic Income Earth Network. BIEN: «BIEN Constitution», *Basic Income Earth Network*2020, fecha de consulta: 12 marzo 2022, en <https://basicincome.org/basic-income/>.

incondicional, não se exige de quem a recebe que trabalhe, comprove a busca de trabalho ou tenha qualquer conduta específica em relação à sua vida individual.

Tais aspectos permitem diferenciar a RBU de sistemas de rendas focalizadas e condicionadas, como o PBF e o seu sucedâneo, o PAB. Ainda que haja coincidência no que se refere às características “a” e “b” acima descritas, diferenciam-se em relação aos requisitos “c”, “d” e “e”. Ou seja, as rendas focalizadas, em regra, são concedidas em base coletiva (unidade familiar, ou outra), e não a título individual, em caráter seletivo, mediante a comprovação de insuficiência de recursos por meios próprios, ademais de condicionadas a que os beneficiários assumam compromissos de busca de inserção no mercado laboral, de critérios de educação e/ou utilização do valor recebido para fins específicos.

Mesmo respeitando-se as cinco características acima descritas, forçoso é admitir que, em termos gerais, existe uma ampla diversidade de formas pelas quais uma RBU pode se relacionar com os demais elementos de proteção social de um Estado. Frente a isto, a Basic Income Earth Network (BIEN), entidade cuja origem remonta à década de 1980 e atualmente é a principal organização destinada à promoção da pesquisa sobre a RBU ao redor do mundo, acertadamente decidiu, em sua Assembléia Geral de 2016, posicionar-se pela defesa de um modelo cuja implementação signifique uma prestação em quantia suficiente para que, em combinação com outros serviços sociais, seja parte de uma estratégia para eliminar, e não somente aliviar, a pobreza material e permitir a participação social e cultural de todos os indivíduos⁴⁰.

Referida diretriz possui relevância por dois aspectos que refletem nas considerações jurídico-constitucionais sobre o tema, quais sejam, o de que a RBU não se trata de uma substituição – ao menos não integral – das demais ferramentas do Estado social, e o de que a RBU, embora não se destine a, isolada e completamente, assegurar um mínimo existencial, deve desempenhar relevante função – uma verdadeira base – em uma estrutura que seja capaz de o fazer. Isto permite afirmar que, ao se implementar a RBU em determinada comunidade política, é razoável que a quantia seja fixada de maneira a, pelo menos, garantir permanentemente um mínimo vital a todas as pessoas, independente da posição que ocupem na estrutura social de distribuição de rendas e patrimônio, deixando aos demais serviços e prestações dos poderes públicos o papel de complementar a suficiência de um “mínimo existencial sociocultural”. Tal complementação assume destacado papel no que se refere ao atendimento de causas de especial vulnerabilidade, que coexistem com a pobreza e, em respeito ao princípio da igualdade

40 T. YAMAMORI, «BIEN: The report from the General Assembly», 2016, acesso em: 6/9/2019, <https://basicincome.org/news/2016/10/bien-report-general-assembly/>.

material, não podem ser satisfatoriamente atendidas por meio de uma prestação em igual quantia para todas as pessoas.

As características da RBU fazem dela, antes de uma medida de combate à pobreza, uma ferramenta capaz de preveni-la. Ela atua antes e não depois da lesão ao mínimo vital, evitando que a pessoa tenha de vivenciar situação de privação material contrária ao que exige a dignidade da pessoa humana para que, só então, seja acionada a estrutura de proteção social. O direito à RBU é uma medida de proteção social desvinculada da figura do trabalho remunerado, na medida em que permite a todas as pessoas de uma comunidade, e não apenas àquelas que possuem vínculo laboral com terceiro, o acesso direto à quantidade de recursos suficiente para assegurar sua vida digna. Por óbvio, a implementação do direito à RBU não impede que o Estado busque permitir à sociedade atingir o pleno emprego, nem de utilizar medidas para atender vulnerabilidades específicas. Um dos objetivos da RBU é, exatamente, a garantia do direito ao trabalho, não apenas no sentido de promoção de emprego para toda a sociedade, mas também no de permitir ao indivíduo a liberdade material para escolha de um trabalho satisfatório, de acordo com o desenvolvimento de sua personalidade⁴¹. A RBU se apresenta como um antídoto, baseado em direitos fundamentais sociais e, em especial, na dignidade da pessoa humana, para os desafios e disfuncionalidades decorrentes do rápido crescimento da insegurança econômica⁴².

Importa destacar que a RBU não se confunde com o mínimo existencial, embora atue como uma importante ferramenta de garantia de seu núcleo mais elementar, o mínimo vital, e, por isso, encontra nele um de seus fundamentos jurídico-constitucionais. Luigi Ferrajoli considera que, por garantir a subsistência, a RBU atua como um meta-direito, condição de efetividade de todos os outros direitos dos trabalhadores e, portanto, pré-requisito para a própria democracia⁴³. Mesmo que não seja objeto deste trabalho analisar as formas de financiamento da implementação da RBU, estudos indicam que a resposta pode estar nas próprias inovações trazidas pela economia digital, como a tributação de indivíduos e corporações que tenham controle massivo de algoritmos e robôs⁴⁴.

A Lei n. 10.835/2004⁴⁵ institui, a partir de 2005, sob o nome de renda básica de cidadania, uma verdadeira RBU, como direito de todas as pessoas

41 Sobre a defesa da RBU a partir da reinterpretção do conteúdo do direito ao trabalho, cf. J.L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Como garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.

42 P. ALSTON, "Universal Basic Income as a Social Rights-based Antidote to Growing Economic Insecurity", op. cit., pp. 29-31.

43 L. FERRAJOLI, P. ANDRÉS IBÁÑEZ (TRAD.), *Manifiesto por la igualdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2019, p. 182.

44 Y. N. HARARI, *21 lições para o século 21*, Companhia das Letras, São Paulo, 2018, cap. 3; J. J. HUGHES, "A Strategic Opening for a Basic Income Guarantee in the Global Crisis Being Created by AI, Robots, Desktop Manufacturing and BioMedicine", *Journal of Evolution and Technology*, vol. 24, 2014, pp. 45-61.

45 Sobre o histórico da lei: E.M. SUPLICY, *Renda de Cidadania: a saída é pela porta*, Cortez, São Paulo, 2013.

brasileiras residentes no país e estrangeiras residentes há pelo menos cinco anos, independente de sua condição socioeconômica, receberem anualmente um benefício monetário (art. 1º). Os parágrafos do art. 1º definem que o pagamento da RBU poderá ser feito em parcelas iguais e mensais (§ 3º), mas deverá ser de igual valor para todas as pessoas, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada uma com alimentação, educação e saúde, respeitados o grau de desenvolvimento e as possibilidades orçamentárias do país (§ 2º). No entanto, referida lei prevê que a universalidade do direito será alcançada por etapas, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população, de acordo com critérios a serem definidos pelo Poder Executivo (§1º). Também cabe a este a regulamentação das medidas necessárias para a execução do programa, tais como as etapas de implementação, o valor do benefício e a consignação dos valores no Orçamento-Geral da União para 2005 (arts. 2º, 3º e 4º).

Em 2020, ano em que tal lei completou 16 anos de vigência sem regulamentação, tal omissão chegou ao STF, por meio do Mandado de Injunção n. 7300. Após um debate pautado pela garantia do mínimo existencial ante a cláusula da reserva do possível, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem injuncional. Assim, o STF determinou ao Presidente da República que fixe, no exercício de 2022, o valor disposto no art. 2º da Lei n. 10.835/2004 para a população brasileira em situação de vulnerabilidade econômica, assim consideradas as pessoas que vivam em extrema pobreza e pobreza, com renda per capita inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00 respectivamente, devendo adotar todas as medidas legais necessárias para tanto⁴⁶.

Após tal decisão, a Emenda Constitucional n. 114, de 16/12/2021, inseriu o parágrafo único no art. 6º da CB/88 para criar o direito a uma renda básica familiar a todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social, e o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 14.284/2021, estabeleceu que o Programa Auxílio Brasil constituirá uma etapa do processo de implementação da universalização da renda prevista na Lei n. 10.835/2004. Embora a análise crítica de tal Programa não caiba neste trabalho, cumpre afirmar que se afasta de uma RBU no que se refere ao caráter individual, universal e incondicional.

6. CONCLUSÃO

As alterações causadas pela digitalização da economia brasileira tendem a resultar em uma sociedade na qual não há ocupações remuneradas suficientes a todas as pessoas que necessitem de recursos materiais para vida digna e, mesmo entre as ocupações existentes, parte não é exercida em condições dignas e/ou não

46 MI 7300, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Ac.: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-167, 23/08/2021.

dão acesso ao mínimo de condições materiais aceitáveis. Dado que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado o dever de assegurar as condições materiais de vida, devem ser buscadas formas de garantia do mínimo vital alternativas às relacionadas com o exercício do trabalho, como políticas de redistribuição de riquezas por meio da transferência direta, entre elas a RBU.

Não se pode confundir o direito ao trabalho com o emprego enquanto meio necessário para ter reconhecida a dignidade, posto que esta é atributo de toda e qualquer pessoa humana, enquanto aquele é direito do qual este mesmo sujeito é titular. Ambos merecem, e possuem, proteção constitucional, mas, enquanto a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, princípio fundamental, estruturante e orientador do sistema de direitos fundamentais (ainda que nem todos os direitos fundamentais na CB/88 tenham na dignidade o seu fundamento direto), o direito ao trabalho é apenas um dos meios colocados à disposição pela CB/88 para a sua garantia, proteção e promoção.

O sistema que se baseia exclusivamente ou de modo absolutamente preponderante na inclusão social pelo emprego é um projeto falido, ou mesmo fadado ao fracasso – pelo menos parcial – desde sua concepção. A automatização crescente, que se reflete na já verificada extinção de diversos postos de emprego e na projeção de aumento de tais números para as próximas décadas, torna tal situação ainda mais preocupante. Em tal contexto, insistir no emprego como principal medida de inclusão social significa aceitar a existência de pessoas à margem da cidadania, negando-lhes até mesmo o componente mais claro e incontestado do conteúdo do mínimo existencial, o mínimo vital.

O direito à RBU pode contribuir para uma estrutura de proteção social mais eficiente do que a vigente, como ferramenta jurídica de garantia do mínimo vital de todas as pessoas, incluindo as mais vulneráveis a tais transformações. Em linha com os princípios e objetivos da CB/88, a implementação de uma RBU não significa a supressão da estrutura de Estado social existente, mas sim o seu aperfeiçoamento. Trata-se da implementação de uma nova ferramenta que, de forma integrada aos serviços públicos e às demais medidas prestacionais, configure um esquema de proteção social apto a garantir o mínimo existencial independentemente do exercício de uma atividade laboral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. C. L. OLSEN, *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível*, Juruá, Curitiba, 2012.

A. P. DE BARCELLOS, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

BIEN: «BIEN Constitution», *Basic Income Earth Network*, 2020, acesso em: 12 marzo 2022, <https://basicincome.org/basic-income/>.

C. B. FREY, M. A. OSBORNE, “The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”,

Technological Forecasting and Social Change, v. 114, 2017, p. 254-280.

D. GRIMM, “Legitimation by Constitution and Socioeconomic Rights from German Perspective”, *Critical Quarterly for Legislation and Law*, v. 98, 2015, Nomos, pp. 206-211.

D. SARMENTO, *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, Edição: 2ª, Fórum, Belo Horizonte, 2016.

E.M. SUPLYCY: *Renda de Cidadania: a saída é pela porta*, 7ª ed, Cortez, São Paulo, 2013.

E.-W. BÖCKENFÖRDE, “Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema”, trad. J. L. Requejo, I. Villaverde Menéndez, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 84-94.

F.J. BASTIDA FREIJEDO *et al*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

G. STANDING, *The precariat: the new dangerous class*, Bloomsbury, Londres, 2014.

IBGE, *Pesquisa Mensal de Emprego - PME (1983 a 2002)*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Brasília, 2002, acesso em 13/11/2018, [https:// www. ibge. gov. br/ estatisticas/ sociais/ trabalho. html](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho.html)

IBGE, *Pesquisa Mensal de Emprego - PME (2002 a 2016)*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Brasília, 2016, acesso em 13/11/2018, [https:// www. ibge. gov. br/ estatisticas/ sociais/ trabalho. html](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho.html)

IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua*, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Brasília, 2022, acesso em 4/10/2018, [https:// www. ibge. gov. br/ estatisticas/ sociais/ trabalho. html](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho.html)

IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2017*, IBGE, Rio de Janeiro, 2018.

IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2020*, IBGE, Rio de Janeiro, 2021.

IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2020*, IBGE, Rio de Janeiro, 2022.

IBGE, *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, IBGE, Rio de Janeiro, 2020.

I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018.

I.W. SARLET, M. F. FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, em I.W. Sarlet, L.B. Timm (eds.), *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, pp. 13-50.

J. J. HUGHES, “A Strategic Opening for a Basic Income Guarantee in the Global Crisis Being Created by AI, Robots, Desktop Manufacturing and BioMedicine”, *Journal of Evolution and Technology*, vol. 24, 2014, pp. 45-61.

J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Como garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.

J. MANYIKA *et al*, *A future that works: Automation, employment, and productivity*, McKinsey Global Institute, San Francisco, 2017.

J.R. NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2a, AAFDL, Lisboa, 2017.

L. FERRAJOLI, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, (TRAD.), *Manifiesto por la igualdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2019.

L. SUÁREZ LLANOS, “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, em M. Á. Presno Linera (ed.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Universidad de Oviedo; Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, pp. 35-92.

M.Á. PRESNO LINERA, “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, Iustel, pp. 54-65.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA: « Auxílio Brasil chega em setembro à marca inédita de 20,65 milhões de famílias contempladas», acesso em: 4/10/2022, [https:// www. gov. br/ cidadania/ pt- br/ noticias- e- conteudos/ desenvolvimento- social/ noticias- desenvolvimento- social/ auxilio- brasil- chega- a- marca- inedita- de- 20- 65- milhoes- de- familias- contempladas- em- setembro](https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/auxilio-brasil-chega-a-marca-inedita-de-20-65-milhoes-de-familias-contempladas-em-setembro).

- OECD: “Basic Income as a policy option: Can it add up?”, *Policy Brief on the Future of Work*, 2017.
- P. ALSTON, “Universal Basic Income as a Social Rights-based Antidote to Growing Economic Insecurity”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper n. 17-51, 2017.
- P.H.M. ALBUQUERQUE *et al*, *Na era das máquinas, o emprego é de quem? Estimação da probabilidade de automação de ocupações no Brasil*, IPEA, Rio de Janeiro, 2019.
- P. K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Geneva, 2016.
- P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Harvard University Press, London, 2017.
- T. YAMAMORI, «BIEN: The report from the General Assembly», 2016, acesso em: 6/9/2019, [https:// basicincome.org/news/2016/10/bien-report-general-assembly/](https://basicincome.org/news/2016/10/bien-report-general-assembly/).
- WEF: *The Future of Jobs Report 2020*, Cologny/Geneva, 2020. Y. N. HARARI, *21 lições para o século 21*, Companhia das Letras, São Paulo, 2018.
- W. HOFFMANN-RIEM, “Direito, tecnologia e inovação”, em G.F. Mendes, I.W. Sarlet, A.Z.P. Coelho (eds.), *Direito, inovação e tecnologia*. Saraiva, São Paulo, 2015, pp. 11-31.
- W. HOFFMANN-RIEM, *Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital Desafios para o Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 2021.
- Y. LIMA *et al*, *O futuro do emprego no Brasil. Estimando o impacto da automação*, Laboratório do Futuro - UFRJ, Rio de Janeiro, 2019.

NOTAS SOBRE REGULAÇÃO E PROTEÇÃO CONSEQUENCIALISTA DE DADOS SENSÍVEIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

PHILLIP GIL FRANÇA

1. INTRODUÇÃO

Pensar criticamente sobre regulação e proteção consequentialista de dados no Estado Constitucional nacional, inclusive, quando consideradas as necessárias aplicações de dimensões normativas do direito internacional e dos direitos humanos, pode ser um caminho, dentre outros possíveis, de construção de instrumentos hábeis para que se possa manejar, de um melhor modo, as naturais transformações decorrentes da digitalização de interações interpessoais no mundo.

Isso porque, importa considerar que, agora, a inteligência artificial possui um determinante papel muito mais decisivo nas atuais relações obrigacionais e sociais do que outrora.

De forma geral, ao se tratar de dados pessoais, tende-se a interpretar sua aplicação em casos concretos a partir da de maior proteção possível do seu núcleo essencial - privacidade e intimidade do seu titular – seja universo de relações privadas, seja na dimensão pública, com destaque àqueles indicados como *sensíveis*.

O papel da tutela estatal de dados pessoais, nesse contexto, é crucial – uma vez que se trata do elo entre o promotor do bem comum e o sujeito titular de tal direito fundamental (art. 5º, LXXIX, da CF/88). Inclusive, pela qualidade da proteção de dados pessoais, por exemplo, consegue-se mensurar como o cidadão está sendo atendido pelo Estado.

Relevantes tais considerações hodiernamente, pois torna-se imprescindível buscar alicerces cada vez mais sólidos para a constante realização e defesa do Estado Democrático de Direito, permanentemente ameaçado por iniciativas nada republicanas.

Assim, a novel roupagem estatal conferida pela CF/88 precisa ser aproveitada – e exaltada – na condução dos rumos de difusão sadia de informações divorciadas da tóxica prática de *fake news* e de respeito aos limites do compartilhamento de dados pessoais.

Destarte, impõe-se a análise do tema ‘regulação e proteção de dados sensíveis no Estado Constitucional’.

2. REGULAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS

O respeito e o cuidado com o compartilhamento, a guarda e a gestão da informação e dos dados pessoais representam a forma como o homem saberá lidar com os novos desafios que já acompanham o seu cotidiano, com destaque para o turbilhão de informações *multiprocessadas* que acompanham a era da inteligência artificial (IA) e o advento de novas tecnologias em todas as frentes de atuação do ser humano.

Assim, de volta ao Estado contemporâneo, é inegável o fato de que a informação desponta como um dos principais bens comuns da sociedade, pois se apresenta, de forma geral, como ferramenta viabilizadora do desenvolvimento das relações sociais e obrigacionais de um povo.

Entretanto, nesse cenário do Estado contemporâneo, as *informações restritas* à identificação do homem – dados pessoais – basilares das relações intersubjetivas de um Estado, devem ser tratadas da mesma forma que as consideradas *informações comuns*?

Negativo.

Ora, é fato notório que a informação comum tem sido geometricamente multiplicada (sobre tudo e todos) e está a dominar a vida dos cidadãos na já estabelecida era da IA – não necessariamente em *qualidade e pertinência*, mas, de forma preponderante, em *quantidade e persistência*.

Dessa maneira, a *informação privilegiada*, no sentido daquela de que poucos sabem (ou também, a retenção de tal informação), passa a obter um valor maior e mais cobiçado, tendo em vista o fato de que o acesso a informações comuns, como mencionado, foi ampliado nos últimos anos.

Destarte, os dados pessoais e aqueles denominados sensíveis (na condição de privilegiados) são utilizados como moeda forte em nosso cotidiano. Fato que, de forma geral, afeta o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, quando o elemento vontade de compartilhar tal informação pessoal, daquele a quem pertence tal dado, não é verificado.

Naturalmente, os dados *pessoais sensíveis* possuem um valor maior do que *informações comuns*, pelo que representam, por exemplo, na condução de mercados de consumo e até mesmo na elaboração de estratégias para cometimentos de crimes.

Seu custo, como qualquer outro no ambiente em que vivemos, advém da dificuldade de acesso (energia demandada para seu alcance), da escassez (quantidade) e da pureza (qualidade) do seu conteúdo.

Assim, iniciativas que visam conceder o adequado tratamento e proteção dos dados pessoais, principalmente os tidos como *sensíveis*, precisam ser incentivadas e valorizadas como instrumentos que tornarão as relações humanas na era da IA cada vez mais seguras e produtivas.

Na Constituição, o direito de expressão, de compartilhamento e o de recebimento de informações e de dados pessoais representam direitos expressamente protegidos em seu texto, conforme exemplos a seguir:

Art. 5º [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...] XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

[...]

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

[...]

Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à *informação*.”

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A partir do trilha constitucional proposto, *então, a proteção e a garantia da liberdade de expressão e de informação no Estado Democrático de Direito*, conforme os ditames axiológicos da Constituição, tem sua espinha dorsal estabelecida no instituto da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sem a ocorrência de ações furtivas desta própria atuação, tampouco omissões quanto ao próximo e eficaz desempenho jurisdicional.

Isso porque, não se imagina liberdade de expressão, a gestão de informação e a proteção de dados pessoais sem o correspondente controle, de quem detém legitimidade para tanto, dos atos e dos fatos que eventualmente ameacem o apropriado exercício dessas atividades.

Segundo Rawls:

Podemos partir da convicção de que um regime democrático pressupõe liberdade de expressão e de assembleia, e liberdade de consciência e de pensamento. Essas instituições não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas, como argumentava Mill, elas são necessárias para que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. Embora a racionalidade não seja garantida por essas ordenações, parece que em sua ausência o curso de ação mais razoável será fatalmente rejeitado, em prol de políticas sugeridas por interesses particulares. Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem poder participar dele¹.

Ainda, para o autor:

Todos os cidadãos devem ter meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação. Com o tempo, eles tendem a conquistar um peso preponderante na decisão de questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais normalmente concordam, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas²⁻³.

Desse modo, o Estado Constitucional, para se sublimar como possuidor de um regime *democrático de direito*, deve ser capaz de gerir a informação e de promover a tutela de dados pessoais com a estrita finalidade do fim comum e do equilibrado desenvolvimento dos partícipes da nação, no sentido de orientar

1 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 246.

2 Idem.

3 Ainda, disserta Rawls que “a justiça como equidade começa com a ideia de que, quando princípios comuns são necessários e trazem vantagens para todos, eles devem ser formulados a partir do ponto de vista de uma situação inicial de igualdade, adequadamente definida, na qual cada pessoa é representada de maneira equitativa. O princípio da participação transfere essa noção da posição original para a Constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas. Se o Estado quiser exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território, e se deve (...) (p. 242) (...) assim afetar de forma permanente as expectativas de vida das pessoas, o processo constituinte deve preservar a representação igual da posição original no mais alto grau possível. Por enquanto, pressuponho que uma democracia constitucional pode ser ordenada de modo a satisfazer o princípio da participação” (Idem p. 241).

seu povo, justamente para a promoção de suas frentes de realização do interesse público.

Nesse contexto, o progresso almejado poderá ser verificado de forma socialmente sustentável, pois o Estado não apenas restringirá ou promoverá as ações do homem, mas, sim, indicará caminhos para que este persiga o *bem (no sentido estrito do termo)*, conseqüentemente, do próprio Estado.

Nessa conjuntura, a ordem viabilizadora dessa condição, em uma sociedade que possa discernir do correto e o incorreto, poderá surgir com maior efetividade.

Importante sublinhar que na atual realidade vivenciada, de informação rápida e dividida entre os mais altos graus hierárquicos institucionais e o mais comum do povo, traz ao Direito a necessidade de revisão da antiga ideia de controle estatal.

Conseqüentemente, esse cenário induz à reconsideração do entendimento sobre a proposta de um Estado minimamente ordenado e promotor de um responsável desenvolvimento de sua estrutura idealizada e construída – ainda que virtualmente – por humanos que, agora, estão sob uma nova força de influência: a Inteligência Artificial.

Novamente, volta-se à preocupação de analisar qual é o ponto em que essa nova força influenciadora das decisões humanas pode ser considerada *antijurídica*, porque *desproporcional*.

Nesse sentir, para continuar-se a vislumbrar o exercício da democracia clássica idealizada no texto constitucional, não se pode escapar da busca de uma nova compreensão acerca dos limites do compartilhamento da informação.

É fato notório que a integração entre o direito nacional e o novo modo de interação por meio da informação, como um dos bens mais valiosos existentes, ainda não demonstra maturidade o suficiente para promover sua adequada regulação, pois, a cada dia, surgem novas possibilidades de associações no mundo real com o universo virtual da IA que o sistema jurídico nacional, também na condição de força virtual criada pelo homem, até o momento (ano de 2022), não indica força regulatória coercitiva o suficiente para, em determinadas situações, exercer seu desiderato maior de promover pacificação social e desenvolvimento intersubjetivo – seja, por força do seu Poder Judiciário, seja por atuação dos demais Poderes Legislativo e Executivo.

Isso se deve, também, à velocidade de transformações que o manejo da informação sofre na era da IA, fato que dificulta a absorção e reação jurídica de tal atualização e *multicompartilhamento* de dados jamais vista.

Uma possível visão romântica e ingênua do estrito uso estatal da informação em prol do bem comum, na maioria das vezes, leva o país a profundas crises econômicas, sociais e, principalmente, de representatividade. Naturalmente, é um fim a ser buscado, contudo, não é possível ignorar os inúmeros interesses e pressões existentes no universo de tratamento de dados, principalmente, quando tais dados se encontram disponíveis numa rede de informações compartilhadas de amplo acesso.

Logo, é preciso saber que informação representa a verdadeira via pública por donde percorrem os cidadãos, bem como assemelham-se ao sistema circulatório da nação, pelo qual os nutrientes necessários para sobrevivência do Estado são levados e trazidos para os pontos necessários para manter o sistema constitucional estatal sustentavelmente equilibrado.

Informação é, portanto, o meio pelo qual o cidadão promove o seu desenvolvimento e mantém um ambiente minimamente apto para que as próximas gerações possam, ao absorver tais informações, viabilizar novas camadas de desenvolvimento para que a espécie evolua, mesmo com tantos entraves causados por alguns dos seus próprios representantes.

No ambiente estatal, basicamente, tais entraves decorrem do mau uso de informação e de dados pessoais (como a retenção, manipulação, falsificação etc.) por representantes do Estado voltados à quebra de um dos pilares primordiais do exercício da atividade administrativa estatal: o *princípio da impessoalidade*.

Indica tal princípio, aplicado ao tema em tela, que o uso da informação por agentes públicos, em especial aquelas que denotam dados pessoais, não pode estar voltado ao benefício de si próprio ou de determinadas pessoas, assim como não é possível que tal atividade seja praticada com vistas ao prejuízo de alguém ou de algum grupo de cidadãos.

Nessa mesma esteira, não é permitido ao representante do Estado utilizar de informações relacionadas a sua atividade pública de forma a promover sua imagem pessoal – ou características que indiquem se tratar de tal imagem – de forma divorciada do interesse público.

Ou seja, a informação relacionada ao Estado, necessariamente, possui uma atenção especial do Direito, por meio do obrigatório dever de gestão da informação conforme a expressão da sua adequada tutela jurídica.

Logo, como já indicado, o importante papel da tutela da informação e dados pessoais passa a ser detectado nos altos níveis de sua troca e gerenciamento⁴,

4 Como mencionado, acredita-se que a democratização da informação é uma importante peça na engrenagem do objeto proposto neste estudo.

principalmente quando se mencionam informações chamadas *privilegiadas*, ou, v.g., aquelas fundamentais para a celebração de um grande contrato de concessão de serviço público, restritas ao atendimento de interesses de poucos.

Por outro lado, existem outras que concedem poder ao homem comum⁵, popularizadas atualmente pela internet, telefonia móvel e comunicação com auxílio de satélites. Como posto, mudou-se drasticamente a ideia do poder da informação e sua democratização.

Observa-se, com essas lentes, as comunicações a partir de redes eletrônicas como uma das expressões mais próximas da dinâmica evolução tecnológica iniciada no último século, sentida no cotidiano, a partir da gestão pública de informações socialmente relevantes.

Isto porque, altíssimos investimentos para o despontar de inovações que viabilizem novas e atraentes formas de comunicação e acesso à informação trilharam os caminhos das grandes multinacionais desse setor.

Assim, pergunta-se: como é possível atualizar, adequadamente, a tutela constitucional de tal informação, mesmo quando se difunde em uma capilaridade de fontes e destinos nunca antes vista e, também quando é gerida por empresas com poder econômico e de influencia dessa informação nunca antes testemunhado?

Sugere-se, como preliminar caminho a trilhar, a proteção do *núcleo duro, ou essencial, da informação, com destaque àquelas que determinam a caracterização de indivíduos como tais em um dado momento e espaço, ou seja, dados pessoais*. Nessa perspectiva, então, trata-se do objeto determinante que a torna capaz de alterar uma relação social ou obrigacional.

Os demais elementos marginais que orbitam em torno desse caráter essencial da informação podem se apresentar estímulos que deturpam a finalidade desse núcleo e, a depender da sua intensidade, podem levar a distorções ou desígnios sociais ou obrigacionais diversos daquele esperado quando do estabelecimento do objeto (núcleo duro ou essencial) da informação.

A tutela indicada, destarte, refere-se ao controle dessa atuação marginal. Quando o núcleo duro (objeto) da informação não se coadunar com os valores do Direito – ou, minimamente sustentáveis aos valores constitucionais – não há dúvidas sobre a necessária atuação estatal jurisdicional para o restabelecimento de sua conformação à ordem jurídica estabelecida.

5 Poder proporcionalmente limitado à sua capacidade de interferência na informação recebida.

A questão levantada, entretanto, é acerca da titularidade desses elementos objetivos, com destaque à “informação de interesse comum”, pois, a partir dessa compreensão, denota-se a *informação como instrumento de poder*. Trata-se, nesse viés, a informação como força que viabiliza o atendimento de determinados interesses, inclusive, públicos.

E tudo isso se faz com a boa informação capaz de individualizar cidadãos como titulares de direitos a partir do eixo do valor constitucional da dignidade humana, na perspectiva do direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive, no ambiente virtual da internet.

Ademais, acompanha a esteira indicada o compromisso que cada um possui de proteger dados pessoais conforme seu núcleo essencial de desenvolvimento intersubjetivo, de modo responsável e responsabilizável. Logo, é de se firmar que *ter os direitos de informação* (informar e ser informado) e de ter *dados pessoais protegidos* é tão importante quanto ter as *responsabilidades de informar e de proteger dados pessoais*.

Isso porque, conforme as ideias de Confúcio, quando o povo reforma a si próprio e tem noção de vergonha, a lei e, por conseguinte, a ameaça de punição, nunca precisam ser evocadas. Continua afirmando que a orientação pela virtude, entretanto, não pode ser efetiva, a menos que o governante dê um exemplo moral para o seu povo. Segundo o mestre chinês que viveu entre 551 – 479 a.C.: *governar é corrigir. Se você der exemplo ao ser correto, quem ousaria continuar sendo incorreto?*⁶

Explica, adiante, que existe uma perspectiva negativa e outra positiva dessa ideia de “*governar é dar exemplo*”. O ponto negativo é que se o próprio governante falha em ser correto, mas insiste em punir seus administrados por serem incorretos, irá se colocar acima da lei, e o povo terá consciência da *injustiça*. Por outro lado, o ponto positivo é que o povo sempre olha para os seus melhores homens, e se aqueles em posição de autoridade dão exemplo, isso será imitado mesmo se o povo não receber ordens para assim fazer.

Afirma Confúcio: “se um homem é correto, então haverá obediência sem que ordens sejam dadas; mas se ele não é correto, não haverá obediência, mesmo que ordens sejam dadas”.

Observa-se nessas passagens como a ideia da boa administração não é algo novo, ou indica uma grande luz advinda de sofisticadas elucubrações administrativistas contemporâneas. Mas, sim, transparece uma básica lição proveniente do clássico das ideias humanas, como Confúcio representa para humanidade.

6 Conforme CONFÚCIO. **Os Analectos**. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM: Porto Alegre, 2009.

Deve-se, então, olhar primeiro para o bem consolidado tronco clássico das ideias e usá-lo para o fim último de trazer o bem ao homem em sua vida real; não apenas nas promessas sempre futuras, como alguns pregam, sem compromisso de gestão pública com necessária doação de si para o que é de todos.

Em outras palavras, os ocupantes de ônus público precisam finalmente agir em prol dos cidadãos com os instrumentos disponíveis para esses e com o estrito objetivo de melhorar a vida de cada um deles. Então, para a efetiva e esperada boa gestão pública da informação e da proteção de dados pessoais em um real Estado Democrático de Direito, na era da IA, basicamente, faz-se necessária a vergonha do errado, o orgulho do correto e a esperança e fé de que o melhor sempre poderá ser superado.

Assim, talvez, faz-se necessário definir, imediatamente, *até quando, quanto e como* os partícipes do Estado querem investir para *proteger seus dados* e para *promover a proteção das informações pessoais que estejam armazenadas contigo*. Indubitavelmente, tais conclusões impactarão sobremaneira o destino e a existência do próprio Estado Democrático de Direito hoje conhecido.

Isso porque, por exemplo, essas respostas determinarão quais serão as consequências da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na vida de todos e se tal regulação trará, efetivamente, o maior e o melhor *desenvolvimento* esperado.

3. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

Consequencialismo jurídico é ferramenta hermenêutica do Direito, positivada pela atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ocorrida em 2018 (lei 13655/19), em seus artigos 20 e seguintes, que determina a necessidade de consideração dos *efeitos* e das *repercussões jurídicas e do mundo real* para a determinação de validade de atos jurídicos (em especial, conforme a LINDB, dos atos administrativos, ao focar no Direito Público).

Ter em conta e considerar de forma concreta reflexos no mundo real, parece ser um caminho oportuno para a superação de algumas questões controvertidas na dimensão da realidade vivida pertinentes ao Direito. Isso porque, permanecer no virtual universo jurídico, como se os impasses reais fossem transportados para essa dimensão e lá fossem resolvidos, significa ignorar que a vida ocorre para além do Direito, não nos limites do Direito.

Assim, ao considerar uma lógica consequencialista da aplicação do Direito, evidencia-se, na verdade, que se faz necessário voltar os olhos aos problemas reais e às suas repercussões na vida de quem sente e reflete o universo jurídico como instrumento de *desenvolvimento contínuo e sustentável*.

Para tanto, não se pode ignorar que *o Direito é ciência de regulação do outro, quando da interação consigo*, com a finalidade de pacificação dessas relações voltada à promoção do desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado.

Ou seja, apenas se imagina Direito quando há oposição do ‘outro’ em face da vontade de um ‘interlocutor’, pois, do contrário, regulações externas de ‘*universos individuais*’ não seriam necessárias para a delimitação de atitudes de um indivíduo que repercutissem exclusivamente nesse ‘universo individual’.

Logo, aplicar a hermenêutica consequencialista é, antes de tudo, reconhecer a necessidade do outro para o desenvolvimento do todo (e de todos). Glauco Barreira Magalhães Filho bem destaca que “quando a interpretação esquece o *outro*, ela se torna um monólogo em vez de um diálogo”⁷.

O autor bem assinala que “a verdade é que a nossa compreensão das coisas deve estar ligada ao mundo real, ao mundo em si. É uma exigência da natureza humana que as coisas só adquiram sentido para mim se eu as tiver como válidas para si”.

Nesse contexto, a partir da *técnica da hermenêutica consequencialista*, a verificação de legalidade da atuação estatal passa da mera conformação do texto legal com o fato jurídico analisado para, de outro modo, a realização do exame das consequências da aplicação do texto legal no mundo *real e jurídico*.

Assim, o consequencialismo jurídico tem como finalidade a *análise* da potencial adequação legal do ato avaliado na realidade concreta de interação humana, e com o meio onde tal atividade acontece, *com os valores do Direito*. De igual forma, *visa* aferir como o Sistema Estatal reage frente ao cenário fático e jurídico formado a partir de tal interação humana.

Se reagir *positivamente*, a legalidade é estabelecida de forma a promover os objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF) e o interesse público a ser realizado no caso concreto sob averiguação. Na ocorrência de reação *negativa*, faz-se necessário indicar caminhos de superação desse contexto que, diversamente aos valores do Direito, causam um *retrocesso* na missão maior constitucional do Estado, qual seja, de permanente viabilização do desenvolvimento intersubjetivo de seus partícipes.

Nessa esteira, toda atuação estatal precisa seguir a nova hermenêutica indicada pela atualização da LINDB (em seus arts. 20 a 22) realizada no ano de 2018, em especial, a atividade de controle da Administração Pública. Assim se aplica por meio de mecanismos de consolidação da norma ao caso concreto, voltada à realização dos objetivos fundamentais da República.

7 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Curso de hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

Tal emprego pode ser verificado, por exemplo, por meio da ponderação racional dos valores envolvidos, quando existirem dúvidas sobre o melhor caminho estatal a ser adotado; por meio do estabelecimento do nexos causal entre a produção do ato administrativo e o concretizável interesse público a ser impulsionado; e por meio da aplicação dos princípios da *prevenção*, *precaução*, *proporcionalidade* e *sustentabilidade* ao caso posto.

O exposto encontra consonância com a doutrina de Ricardo Guastini, que leciona acerca da necessidade de se *questionar quais são os efeitos que um ato jurídico produziu e que vem a produzir*⁸. Dessa forma, a nova indicação da hermenêutica consequencialista do sistema jurídico pátrio tem como objetivo trazer *mais estabilidade e segurança jurídica* para as relações intersubjetivas com o fito de diminuir os custos de transação das interações desenvolvidas no ambiente público, tornando-as, desse modo, *mais eficientes, a partir da buscas dessas respostas acerca dos efeitos causados e daqueles que poderão ocorrer a partir da atividade estatal sindicada*.

Assim compreendido, é o momento de sublinhar que o desempenho estatal consequencialista, tal como firmado nas lições de *Pontes de Miranda*⁹, também deve estar disposto nos ladrilhos da Lei e do Direito. Nesse contexto, caso ocorra alguma dúvida, ou receio de aplicação, entre o atendimento à expressão positivada (Lei) ou aos seus valores alicerces (Direito) do sistema, certamente o segundo deve preponderar.

Arremata, então, o jurista: “teremos o ensejo de ver que a subordinação é ao *Direito*, e não à *Lei*, por ser possível a Lei contra o Direito.” Pode ser essa, então, uma boa síntese da lógica *consequencialista* positivada na atualização da LINDB, em que os arts. 20, 21 e 22 foram incluídos¹⁰.

Isso porque, a partir dessas novas normas-base do Direito pátrio, o Sistema Jurídico Nacional passou a buscar uma clara e determinante superação da hermenêutica puramente *positivista*, característica de boa parte do século passado.

Obviamente, a partir dessa atual forma indicativa de como se interpretar o direito público, o gestor público passa a precisar ter em mente, de forma constante, quais serão os *reflexos jurídicos e fáticos* de sua responsável atuação em nome do Estado, para que sua atividade, efetivamente, alcance a *realização do desenvolvimento estatal esperado*.

8 GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

9 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 552. t. III.

10 Além de outros temas nos arts. 23 a 30.

E não apenas no momento de *preparação* e de *realização de atos* administrativos essa preocupação precisa ser priorizada no bom agir do Estado, mas, de sobremaneira, na ocasião do *autocontrole da gestão pública*. Por conseguinte, quando da *conferência de atendimento de metas e de fiscalização de sua execução pela própria Administração que definiu a realização de determinadas tarefas públicas*.

O primeiro passo para verificação de adequação das normas consequencialistas trazidas pela atualizada LINDB é a averiguação da conformação legal do ato estatal em análise. Ou seja, avaliar o ajustamento do ato do Estado com a respectiva expressão legal que o sustenta é quesito primordial para a apreciação da atuação consequencialista proposta.

Desse modo, quanto à necessidade de sondagem de controle acerca do critério *consequencialista* de execução de determinados atos do Estado, sem dúvida, tal dever caminha ao lado da verificação de sua legalidade e de sua juridicidade.

Então, para se mensurar e avaliar quais são as consequências *fáticas* e *jurídicas* de um ato do Estado e se tais reflexos coincidem harmonicamente com a Lei e com os valores do Direito, torna-se imperioso determinar a adequação do respectivo ato estatal ao *novo cenário hermenêutico* do Direito Público, inaugurado pela mencionada atualização da LINDB.

Nas palavras do Ministro Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União: “Ensina Maria Helena Diniz (in Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, 32. ed., 2015) que a Lei de Introdução é um conjunto de normas sobre normas, pois disciplina as próprias normas jurídicas, assinalando-lhes a maneira de aplicação e entendimento. Vincula tanto o direito privado como o direito público”¹¹.

Discorre o Ministro do TCU acerca da LINDB, afirmando que se trata de “uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico. É uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito, ou seja, um superdireito. Rege as próprias normas, indicando como aplicá-las, ou seja, definindo critérios de hermenêutica e de integração de normas, garantindo a eficácia global da ordem jurídica e a segurança e estabilidade do ordenamento”¹².

Dessa forma, Bruno Dantas indica que, “em sintonia com essa qualidade supranormativa da Lei de Introdução, Sílvio de Salvo Venosa (in Direito Civil, vol. 1, 14. ed., 2014), ensina que essa lei ‘estabelece um arcabouço de aplicação, no tempo e no espaço, de todas as leis brasileiras”.

11 TCU, Acórdão 2702/2018, Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, j. 21.11.2018.

12 Idem.

Finalmente, o Min. Bruno Dantas assevera que “os preceitos contidos na Lei de Introdução voltam-se essencialmente para o intérprete e o aplicador da lei (o julgador), incorporando as orientações para as quais deve estar atento o juiz, quando aplicar as demais normais ao caso concreto”.

Isso porque, com o advento da mencionada atualização normativa da LINDB, passa a ser *dever* dos respectivos órgãos controladores das atividades estatais prontamente *estimarem* e objetivamente *projetarem* qual efeito prático e jurídico – negativo ou positivo – prepondera frente à realização de atividades estatais voltadas à promoção de um determinado (ou determinável) interesse público.

E que assim o façam, considerando todos os necessários estímulos públicos para que tais atividades se amoldem com a *legalidade* e com o *Direito* e que, concretamente, amparem proativamente um determinado (ou determinável) interesse público.

Vale lembrar que a questão do consequencialismo está intimamente ligada à determinação do “*tempo*” e do “*espaço*” da atividade estatal que está sob apreciação dos legítimos órgãos de controle do Estado e como essa atuação pública impacta a vida das pessoas.

Ou seja, enquanto o *tempo* consolida direitos (ou a ausência de direitos), o *espaço* determina qual é a abrangência desses direitos.

Nessa direção, de determinação de direitos e da sua abrangência quando postos em prática, faz-se relevante recordar a importância da proteção dos cidadãos como seres dignos, considerando como o equilíbrio entre os Poderes do Estado e a *ponderação de princípios* estão organicamente ligados ao Estado Democrático de Direito, com sua missão de balancear *deveres* e *direitos*, *prerrogativas* e *garantias*, cada qual com sua bem firmada raiz constitucional.

Aqui, neste estudo, a preocupação de proteção do cidadão é apresentada a partir da perspectiva de regulação e de tutela de dados sensíveis mediante a técnica jurídica consequencialista.

É possível compreender como *regulação estatal* a atuação sustentável e proporcional do ente público competente, e tecnicamente legítimo, voltada a *limitar* a autonomia da vontade do particular (art. 5º, II, da CF/88¹³), bem como a adequação normativa do setor público, conforme aplicação da legalidade consequencialista e dos valores constitucionais vigentes ao setor submetido a tal sistema regulatório do Estado.

13 Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Assim, é possível verificar a ocorrência da regulação estatal quando, por meio de legítimas decisões regulatórias administrativas, mediante atendimento dos princípios constitucionais, com o fim de proteção e de desenvolvimento do bem-comum (bem-estar democraticamente usufruível), depreende-se o exercício de efetivação dos objetivos fundamentais da república (art. 3º da CF/88) via atendimento, realização e promoção de determinados (ou determináveis) interesses públicos passíveis de concretização via atos regulatórios que reproduzam, na realidade vivenciada, políticas públicas de Estado, que geram, desse modo, o *mínimo de desenvolvimento intersubjetivo* prometido pela Constituição de 1988.

Dessa maneira aplicada a *regulação*, é importante sublinhar a impossibilidade de se ultrapassar os limites de sua função executiva estatal, pois deve conservar a sua característica regulatória de atividade *não jurisdicional* (não tem força de decisão final, não faz coisa julgada) e não legislativa (não pode inovar ou contrariar lei). Como bem lembra Ruy Cirne Lima,¹⁴ “a regulação, aos moldes nacionais, em sentido amplo, manifesta-se no exercício de *Poder de Polícia* do Estado”¹⁵.

Assim estabelecido, conforme se depreende do relatório de dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu (RGPD) da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu¹⁶, numa economia que se baseia cada vez mais no tratamento de dados, incluindo *dados pessoais sensíveis*, a regulação estatal correspondente é um instrumento essencial para assegurar maior controle e proteção sobre os dados sensíveis das pessoas e a forma como esses dados serão tratados adequadamente, com a necessária transparência e o obrigatório atendimento aos valores constitucionais.

Ao mesmo tempo, a regulação estatal de tratamento de dados sensíveis na internet contribui para *promover a inovação da confiança das relações obrigacionais e das interações sociais desenvolvidas nesse ambiente virtual*, notadamente por meio das abordagens baseadas nos riscos próprios de conexões intersubjetivas firmadas a distância e de princípios, como o da *proteção da privacidade*, do *respeito aos direitos de personalidade* e dos direitos fundamentais.

14 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, p. 106.

15 Vale registrar, ainda, que, segundo Calixto Salomão Filho, no sistema brasileiro houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, por meio do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer. Em um mundo de dicotomia entre a esfera privada e a esfera estatal não havia razão para desacreditar da precisão de tal análise (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 13).

16 Texto adaptado do citado relatório extraído de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0264> <acessado em 16.08.2020>.

Para Tony Posner, a regulação é um conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por meio de normas legais e outras medidas de comando e controle, caracterizadores da intervenção pública que afeta a operação de mercados e as decisões econômicas das empresas, normalmente pela restrição de mercados.¹⁷

A regulação de diversos setores de atividades privadas é, atualmente, algo imprescindível para ser conceber segurança mínima de relacionamento interpessoal a partir de sociedades cada vez mais conectadas em um ambiente globalizado e interdependente, observado, de modo destacado, a partir dos anos 2000 e com a grande eclosão de redes de relacionamentos via internet, em que pessoas são e estão de diversas formas e em diversos lugares ao mesmo tempo.

Desse modo, pensar em regulação de tratamento de dados sensíveis, inclusive na internet, pelo Estado, a partir da atuação privada desenvolvida em um novo ambiente virtual, não é apenas urgente, mas, também, imprescindível para que a realidade vivenciada seja positivamente impactada pela nova 'virtualidade' criada.

4. CONCLUSÕES

Assim exposto, sugere-se o atendimento de alguns princípios (rol não taxativo) para que seja possível alcançar o desiderato de uma adequada regulação e proteção de dados sensíveis no atual Estado Constitucional nacional.

i) *Princípio da legalidade consequencialista*: representa a preocupação do agente público de não só realizar a vontade da Lei, mas, também, de harmonizar tal aspiração legal com os objetivos fundamentais da República para que, assim, no mundo real e no jurídico, seja verificada a realização do bem comum, por meio do alcance de autêntico aprimoramento dos partícipes do Estado, sob a perspectiva *individualizada* (subjéctiva) de atenção estatal ou *colectiva*, ao considerar a dimensão objectiva de sua aplicação;

ii) *Princípio da proporcionalidade*: indica o necessário exercício da ponderação racional dos valores envolvidos na prática da actividade pública, por meio da verificação empírica do ato estatal que, para ser legítimo, precisa representar o caminho *mais adequado*, o *necessário* e o *razoável* para o alcance do concretizável interesse público, bem como a consideração factual das fronteiras de *excesso* e de *insuficiência* da sua aplicação, evitando, destarte, eventuais rupturas de tais limites *máximos* e *mínimos* da intromissão do Estado na vida dos cidadãos;

17 POSNER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 3-7.

iii) *Princípio da razoabilidade*: a consideração da razão média do homem esperada para o alcance de metas voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana e das escolhas de caminhos perseguidos pelo Estado para a promoção do interesse público. Isto é, trata-se do produto dos valores da sociedade que se voltam à direção racionalmente esperada a ser seguida, independentemente de critérios *subjetivos* que possam eventualmente desvirtuar o que é naturalmente aceito como *positivo* e como *negativo* no que tange à realização do mister estatal maior, qual seja: elevar o homem como principal engrenagem da máquina estatal desenvolvimentista;

iv) *Princípio da prevenção*: a análise de possíveis reflexos disformes ao desiderato maior de proteção do interesse público, a partir do primado dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana), representando uma ferramenta delimitadora da atividade pública, pois obriga a aferição dos potenciais riscos e resultados – no mundo real e no jurídico – de toda atividade do Estado;

v) *Princípio da precaução*: o exame e a consideração de efeitos *incertos e improváveis* decorrentes de atos do Estado, que, por tal característica, obriga-o a delimitar sua atividade mediante a análise racional dos riscos *improváveis* inerentes à atividade praticada;

vi) *Princípio da sustentabilidade*: a verificação da possibilidade de manutenção de operacionalidade de um sistema mediante a delimitação dos reflexos negativos sofridos que, potencialmente, podem inviabilizar a capacidade de recuperação do sistema estatal frente aos abalos decorrentes dos reflexos jurídicos e do mundo real dos atos do Estado.

Assim definido, torna-se natural concluir que a aplicação do *novo caminho hermenêutico* indicado pela atualização da LINDB demanda considerar:

i) *A abrangência temporal* das decisões jurídicas. Isto é, os efeitos de curto, de médio e de longo prazo de uma determinada decisão jurídica;

ii) *A abrangência territorial* das decisões jurídicas. Ou seja, o alcance e a extensão dos efeitos e das consequências dos atos praticados;

iii) *A abrangência da repercussão humana* das decisões jurídicas. Em outras palavras, a amplitude de afetação direta e indireta na vida das pessoas que sofrerão algum tipo de repercussão jurídica a partir da produção desse ato, em um determinado tempo e espaço.

Nesse sentido, conclui-se que a ausência de uma *lógica consequencialista* na regulação e na proteção de dados pessoais sensíveis aumenta o risco de injustiças decorrentes de relações obrigacionais e sociais, pois na aplicação diversa do Direito à realidade posta, tem-se a imediata tentativa de *práticas simplistas* de adequa-

ção do fato à norma (positivismo superficial), situação que não consegue alcançar respostas apropriadas para a promoção dos objetivos fundamentais da República.

Tal cenário ameaça a principal *razão* de existência da regulação da proteção de dados, qual seja: *regular o constitucionalmente justo (passível de aferição quando da análise de casos concretos)*, na perspectiva da atuação estatal socialmente aceita como um caminho de desenvolvimento intersubjetivo, em um tempo e espaço delimitado, para a realização de objetivos comuns de um determinado povo, por meio da legítima força do Estado conferida por esse mesmo povo regulado.

Em resumo, agir de forma *divorciada* do consequencialismo é conceder autoridade somente ao virtual arbítrio da *legalidade estrita*, fato que não se sustenta mais, pois não possui meios suficientes para atender aos reclames reais, e permanentemente renovados, da atual sociedade brasileira.

Desse modo, propõe-se um permanente e sinérgico esforço de todos para o desenvolvimento de um conjunto de práticas construtivas voltadas à formação de um ambiente regulatório sadio e seguro para o tratamento de dados pessoais sensíveis.

Para tanto, entende-se primordial estabelecer e fiscalizar a conformação ética e legal de organizações e de pessoas envolvidas em práticas no ambiente digital.

De igual modo, efetuar constantes análises, diagnósticos e adoções de procedimentos efetivos de mitigação de riscos de prejuízos (para si e terceiros) decorrentes violações ao direito fundamental de proteção de dados é uma realidade inescapável, a partir da consideração dos respectivos impactos e consequências nas realidades *jurídica, real e virtual*, com o objetivo de promover e de proteger a dignidade da pessoa humana, assim como promover e o desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONFÚCIO. **Os Analectos**. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM: Porto Alegre, 2009.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HAWKING, Stephen. **Breves respostas para grandes questões**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Ed. Intrínseca. Rio de Janeiro. 2018.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Trad. Marco Aurélio Werle. **Scientiæ Zúdia**, São Paulo, V. 5, N. 3, P. 375-98, 2007. PP. 375-398.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina.

- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Tony. **Law and the regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICÁVEL À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

MARCOS EHRHARDT JR.

MILTON PEREIRA DE FRANÇA NETTO

1. INTRODUÇÃO

A inteligência artificial constitui um dos principais elementos catalisadores da inovação na modernidade, norteador da 4ª Revolução Industrial em curso. Presente nas ferramentas de personalização de conteúdo das grandes plataformas sociais, nos sistemas de gerenciamento de trânsito das *smart cities* e até mesmo na realização de operações cirúrgicas robóticas, tal advento disruptivo expande-se rapidamente pelas esferas particular e governamental.

Figurando na 39ª posição do “Índice Global de IA 2021”, fornecido pela agência de notícias britânica Tortoise Media¹, e liderando o “Índice de Contratação em IA 2021”, divulgado pela Universidade de Stanford², o Brasil constitui um fértil terreno ao desenvolvimento do setor.

Como reflexo desse diagnóstico, emergem as primeiras tentativas nacionais de regulação da matéria, por intermédio: a) da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), instituída pela Portaria nº 4.617/2021 do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI)³ e, mais notadamente; b) do Projeto de Lei nº 21/2020, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados⁴.

As intensas controvérsias acerca do norteamo imposto à área da responsabilidade civil centralizam os debates acerca de tal proposição legislativa, sobretudo quando ponderadas as contemporâneas tendências de multifuncionalização do instituto e de consagração de um modelo objetivo baseado no elemento do risco.

1 TORTOISE MEDIA. Intelligence. Global AI. **Global AI Index**, 2021. Disponível em: <https://www.tortoisemedia.com/intelligence/global-ai/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

2 UNIVERSIDADE DE STANFORD. AI Hiring Index. **The AI Index 2021 Annual Report**. Stanford University: Stanford, 2021. Disponível em: https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/11/2021-AI-Index-Report_Master.pdf. Acesso em: 11 dez. 2021.

3 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial (EBIA)**. Instituída pela Portaria MCTI nº 4.617/2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto De Lei nº 21/2020** (Texto Original), de 4 de fevereiro de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em: 20 nov. 2021.

Diante de um cenário de incertezas, o presente artigo objetiva, por intermédio da metodologia dedutiva, aliada à revisão bibliográfica e à pesquisa documental, analisar o regime de responsabilidade civil aplicável à área da inteligência artificial e verificar o atual disciplinamento normativo conferido à matéria no espaço brasileiro.

Almeja-se, a princípio, demonstrar a correlação existente entre a inovação e o processo de desenvolvimento, e abordar a configuração da inteligência artificial no contexto da sociedade de riscos moderna. Em seguida, o estudo efetua a apreciação das principais espécies e características dessa tecnologia, avaliando as críticas suscitadas a uma maior normatização do setor.

Delineados tais atributos, busca examinar as plúrimas funções atribuíveis à responsabilidade civil hodierna, levantando as suas possíveis aplicações aos episódios danosos decorrentes da utilização de sistemas de IA; e os fundamentos que subsidiam o seu regime objetivo, enraizado na tradição jurídica brasileira a partir da teoria do risco.

Faz-se, então, a inspeção dos posicionamentos firmados sobre a matéria na “Proposta de Regulamento do Regime de Responsabilidade Civil Aplicável à IA”, inserida na Resolução do Parlamento Europeu 2020/2014 (INL), onde se adota um modelo tripartite baseado em sua tipologia⁵. E, em complemento, efetiva-se a varredura das proibições alusivas aos casos de riscos inaceitáveis, previstos na “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 2021/0106”, harmonizadora das regras alusivas à inteligência artificial⁶.

A derradeira porção do trabalho explora a regulação conferida à temática no âmbito brasileiro, esmiuçando as diretrizes firmadas pelos eixos transversais da citada “Estratégia”; e culmina em uma detida análise do Projeto de Lei nº 21/2020, com a apuração de seu célere histórico de tramitação, das principais críticas atribuídas à sua atual redação e de possíveis soluções para a correção dos pontos controvertidos detectados.

2. A CONTEMPORÂNEA ASCENSÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: APLICAÇÕES, CARACTERÍSTICAS E REGULAÇÃO

A inteligência artificial expande-se aos mais diversos segmentos da sociedade. Onipresente nas plataformas sociais e de *streaming*, na arquitetura de cidades inteligentes, nos aparatos da telemedicina e em tantas outras incontáveis

5 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Resolução do Parlamento Europeu 2020/ 2014 (INL)**, de 20 de outubro de 2020. Contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html. Acesso em: 11 nov. 2021.

6 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 2021/ 0106**, de 21 de abril de 2021. Estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 1 dez. 2021.

aplicações, reveste as estruturas dos setores público e privado, aprimorando a *performance* de suas organizações.

Imerso na corrida global inovadora, o Brasil vivencia um crescente interesse por tal área, justificado por seu promissor potencial lucrativo. Levantamentos acerca da modernização da seara consumerista, fornecidos pelo Instituto de Pesquisa Capgemini⁷, colocam-no como a segunda nação com mais interações diárias entre clientes e soluções de IA.

A aptidão dos algoritmos para identificar preferências, personalizar conteúdos/anúncios e direcionar hábitos de compra alimenta uma verdadeira mina de ouro digital. A exploração das ferramentas de IA atinge 25% das empresas brasileiras, com US\$ 454 milhões tendo sido destinados ao segmento em 2021⁸.

A análise dos futuros impactos econômicos da inteligência artificial sobre a economia, efetuada em relatório emitido pelo Parlamento Europeu, corrobora tal percepção ao projetar os ganhos em distintas regiões globais, decorrentes desse nicho, no ano de 2030⁹.

Sem maiores surpresas, antecipa a liderança chinesa, com receitas estimadas na casa dos US\$ 7 trilhões (26% do PIB), seguida pela previsão de US\$ 3,7 trilhões (14,5% do PIB) a serem auferidos pela América do Norte no período. Vislumbra, ao final, a importância de US\$ 0,5 trilhão (5,4%), projetada ao espaço latino-americano.

O delineamento da curva ascendente da IA permite o exame de como essa inovação disruptiva apresenta o potencial de sacramentar o desenvolvimento das nações que a implementam com sabedoria, impulsionando as suas produtividades de maneira duradoura. Diante do seu inevitável alastramento, faz-se necessário esclarecer como ela funciona.

2.1. CONCEITO E PRINCIPAIS TÉCNICAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Numa visão moderna, compete à inteligência artificial o estudo do *design* de agentes e sistemas inteligentes¹⁰, capazes de reproduzir, digitalmente, uma estrutura de decisão semelhante à humana¹¹.

7 INSTITUTO DE PESQUISA CAPGEMINI. **The art of customer-centric artificial intelligence**: How organizations can unleash the full potential of AI in the customer experience. 2020. Disponível em: https://www.capgemini.com/wp-content/uploads/2020/07/AI-in-CX_CRI-Report_16072020_V4.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

8 METAVERSO, veículos autônomos, segurança cibernética e mais: seis tendências de Inteligência Artificial para 2022. **Yahoo! Finanças**, 19 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/metaverso-veiculos-autonomos-seguranca-cibernetica-e-mais-6-tendencias-da-inteligencia-artificial-para-2022-080038947.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

9 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Impactos Econômicos da Inteligência Artificial (IA)**, de julho de 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637967/EPRS_BRI\(2019\)637967_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637967/EPRS_BRI(2019)637967_EN.pdf). Acesso em: 10 nov. 2021.

10 BORGESIUUS, F Zuiderveen. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>. Acesso em: 10 mai. 2021.

11 HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**: transformação digital: desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35-37.

A conceituação emana de seu aprimoramento ao longo de sete décadas, desde o surgimento dos primeiros computadores, atravessando o advento do Teste de Turing, seguido da incorporação de extensões físicas aos sistemas até sua utilização em jogos, como o xadrez. Com o intento de replicar as aptidões de *experts* humanos, surgiram os sistemas especialistas, e, nas últimas décadas, consolidaram-se as técnicas de aprendizado de máquina – AM (*machine learning* – ML) e de aprendizado profundo – AP (*deep learning* – DP)¹².

A capacidade de assimilar exemplos fornecidos caracteriza os algoritmos de aprendizado de máquina. Assim, a partir da inserção de dados lecionadores, traça-se o melhor caminho para se chegar a um resultado desejado, sem uma programação específica nesse sentido. Após etapas de treinamento e aperfeiçoamento, origina-se um modelo aplicável a situações análogas futuras¹³.

Por sua vez, o aprendizado profundo simboliza o seu nicho evolutivo, fundado na simulação das redes neurais humanas, de forma artificial. Nele, torna-se possível o processamento de uma incomensurável quantidade de dados, que percorrem diversas camadas avaliadoras interligadas¹⁴. A técnica oferece o suporte indispensável ao impulsionamento das áreas do processamento de imagens e da análise comportamental¹⁵.

2.2. GRADUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS DE IA

Constata-se a atual predominância de uma IA fraca, ainda incapaz de fielmente reproduzir as nuances de consciência e percepção humanas. Mesmo provida de uma elevada capacidade de depuração de dados, ela representa uma “força bruta” que ainda não iguala tal poderio intelectual. Projeta-se o atingimento deste por intermédio da computação quântica, mediante uma IA forte; e a sua eventual superação por máquinas superinteligentes¹⁶.

Sacramentada a capacidade de funcionamento autônomo dos sistemas de IA, a tornar dispensável a presença humana, a citada graduação apresenta-se útil ao entendimento do atributo da previsibilidade. O usual reconhecimento dessa tecnologia como criativa emana do ineditismo das soluções que oferece, inimagináveis por seus criadores e usuários¹⁷.

12 NETTO, Milton Pereira de França; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A. A Inteligência Artificial e os Riscos da Discriminação Algorítmica. In: Marcos Ehrhardt Júnior; Marcos Catalan; Pablo Malheiros. (Org.). **Direito Civil e Tecnologia – Tomo II**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v., p. 719-737.

13 HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**: transformação digital: desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35-37.

14 CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei geral de proteção de dados pessoais. **RD Tec** – revista de direito e as novas tecnologias, v. 8, Jul. / Set. 2020. Disponível em: <https://dSPACE.almg.gov.br/bitstream/11037/38411/1/Bruno%20Freire%20de%20Carvalho%20Calabrich.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

15 SILVA, Fabrício Machado da; et al. **Inteligência artificial**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

16 SILVA, Fabrício Machado da; et al. **Inteligência artificial**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

17 SCHERER, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard**

No entanto, à luz do vigente estágio de desenvolvimento, essa percepção carece de complementação. O fornecimento de *outputs* inesperados decorre de sua superior capacidade de processamento de dados, somada a um desprendimento em relação aos vieses cognitivos que limitam o raciocínio humano¹⁸.

Dado que os *softwares* de IA ainda não produzem decisões verdadeiramente originais, por estarem condicionados aos dados que lhes são fornecidos, a rotulação referente à criatividade desapareceria à proporção que os resultados gerados poderiam ser, em tese, previstos.

Apesar da relevância de uma precisa delimitação formal, a prática expressa a incapacidade dos desenvolvedores e operadores de lidar com comportamentos atípicos desses sistemas. Assim, riscos tecnicamente previsíveis tornam-se inesperados diante da inaptidão humana em identificá-los, e, junto aos perigos já conhecidos e àqueles projetados pela evolução da computação quântica, reivindicam uma maior atenção no disciplinamento da responsabilidade civil aplicável à IA, em especial quanto às funções preventiva e precaucional.

Tal diligência igualmente compreende as variáveis relacionadas à opacidade e à explicabilidade. Diante das intrincadas engrenagens digitais que possibilitam o seu funcionamento, a inteligência artificial é retratada como uma verdadeira caixa-preta, tida como uma incógnita aos seus próprios progenitores.

Em muitas ocasiões, eles acabam contribuindo com a generalizada sensação de anestesiamento perante tais sistemas, ao suprirem a publicização dos algoritmos que utilizam. A ausência de transparência reverbera sobre a auditabilidade, em um obscuro ciclo que inibe o monitoramento e a fiscalização por agentes externos.

As dificuldades de compreensão partilhadas por profissionais e estudiosos da área tornam-se obstáculos insuperáveis ao cidadão comum. Como resposta ao vácuo de conhecimento específico, defende-se um dever de explicabilidade, materializado na tradução de indecifráveis linhas de código a uma linguagem inteligível ao público leigo, que o habilite a participar das tomadas de decisão sobre o assunto.

2.3. A REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICÁVEL À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Como visto, as soluções de inteligência artificial alastram-se aos mais diversos segmentos públicos e privados, instrumentalizando a realização de serviços e atividades que abrangem uma enorme quantidade de indivíduos. Tal expansão

Journal of Law & Technology. Vol. 29, Nº 2, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2609777>. Acesso em: 15 set. 2021.

18 SCHERER, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**. Vol. 29, Nº 2, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2609777>. Acesso em: 15 set. 2021.

tangencia, internamente, a enigmática configuração de seus sistemas, capazes de atuar de forma autônoma, vinculados a riscos inesperados (previsíveis e/ou imprevisíveis) e munidos de uma estrutura obscura e de difícil compreensão, tanto aos olhares leigos quanto àqueles treinados.

A conjugação dos mencionados fatores possibilita o surgimento de danos massificados e complexos no volátil contexto da sociedade de riscos, levando os ordenamentos jurídicos de cada país a conceber um norteamento à segura utilização da inteligência artificial.

Matthew U. Scherer¹⁹ defende uma abordagem tripartite para lidar com essas questões e disciplinar a área, que engloba: a) a formulação de uma legislação sobre o assunto; b) a atuação de agências reguladoras; e c) a aplicação jurisprudencial da responsabilidade civil.

O ceticismo em relação ao trio de soluções, geralmente hasteado por empresas inovadoras, baseia-se na noção de que excessivas normatizações criariam óbices aos investimentos na área de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), estagando o processo de evolução tecnológica.

Clamando por uma atuação subsidiária do Estado, elas defendem a mera regulação das áreas da propriedade e dos contratos, a resguardar a valorização de um produto ou serviço inovador em relação aos demais empreendedores²⁰.

Nesse sentido, uma valiosa descoberta efetuada por um empresário resta amparada durante certo período, em que concentra a sua exploração financeira e a obtenção de lucro. Após a assimilação do invento e a nivelção pelos seus concorrentes, retorna-se ao patamar de estabilidade inicial até que novas criações originem subsequentes ondas de inovação²¹.

Embora o resguardo à propriedade intelectual, inegavelmente, contribua para a perpetuação do interesse empresarial modernizador, fomentando avanços científicos e tecnológicos, parece evidente que análogas medidas protetivas devem ser elaboradas para tutelar os consumidores (usuários) e terceiros afetados por esses inventos, especialmente na área da responsabilidade civil, que lida diretamente com eventuais episódios lesivos.

Marcos Catalan²² desconstrói a falaciosa argumentação de que a regulação desse instituto constituiria uma burocratização inibidora do processo de inova-

19 SCHERER, Matthew U., Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 29, Nº 2, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2609777>. Acesso em: 15 set. 2021.

20 COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. Versão adaptada em língua portuguesa: Luciano Benetti Timm. **Revista de Direito Público da Economia**. RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 165-190, jan. / mar. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3x7M0bT>. Acesso em: 17 dez. 2021.

21 TIROLE, Jean. **Economics for the Common Good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 430-431.

22 CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 113-153, abr. / jun. 2010.

ção. Ao defender uma atuação preventiva em relação aos riscos de desenvolvimento, o autor esclarece que o seu adequado disciplinamento contribui para a instauração de um ambiente de confiança entre as partes.

Como consequência, estimula-se o consumo e se reduzem as incertezas, ocasionando o aumento da concorrência e a estabilização do mercado. A adição desses fatores, em última análise, impulsiona o surgimento de mais inovações.

Sopesando o embate entre as abordagens protetivas (dos vulneráveis) e consequentialistas (socioeconômicas), ressalta a inexistência de uma exclusiva solução à controvérsia. Sua apreciação deve ocorrer sob a égide do Estado Democrático de Direito, que acoberta a pessoa humana e os valores sociais; e do Direito de Danos, destinado à proteção integral da vítima²³.

Por sua vez, a consecução desta envolve a superação da interpretação unidimensional da responsabilidade civil como um banal instrumento ressarcitório. Com a contemporânea elevação da vítima a um papel de protagonismo, supera-se o paradigma da exclusiva restituição pecuniária, mediante a ascensão da modalidade de reparação *in natura* (específica) e a abertura a novas funções (preventiva, precaucional, punitiva, restitutória e promocional), discutidas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

A edificação de uma reponsabilidade atenta às peculiaridades dos riscos/danos vinculados à inteligência artificial e aos preceitos de polifuncionalidade mencionados respalda a sua sincronização à velocidade de aprimoramento dessa tecnologia. Entretanto, consoante aduzido mais à frente, o disciplinamento brasileiro mostra-se bastante ultrapassado.

3. A PERSPECTIVA MULTIFUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As transformações tecnológicas inerentes à moderna sociedade de risco acarretam o florescimento de novas e diversificadas espécies de perigos e danos. Tal curso de ação deflagra a insuficiência da tradicional configuração reparatória da responsabilidade civil, suscitando discussões acerca do estabelecimento de novas funções que a complementem.

Reflexões acerca do potencial destrutivo das redes soam longínquas nos dias atuais, tingidos por uma expansão tecnológica ainda mais impressionante – centrada na inteligência artificial, imersa ao fenômeno do *Big Data* e catalisadora da interconectividade própria da Internet das Coisas (*Internet of Things – IoT*).

23 CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 19, p. 113-153, abr. / jun. 2010.

Fornecer respostas a mutáveis questões acerca desses adventos representa uma árdua tarefa, considerada a provável obsolescência das alternativas que venham a ser ofertadas. A específica análise da problemática que circunda a responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial elucida tal perspectiva, com a simplista solução fornecida pelo PL 21/2020 a despertar reações perplexas dos estudiosos do assunto.

Embora a multifuncionalidade não traduza uma panaceia eliminadora da totalidade de dúvidas e angústias associadas às incertezas do futuro, ela certamente auxilia na elaboração de uma estrutura mais efetiva de proteção à vítima.

O intento basilar da responsabilidade civil consiste em reparar os prejuízos a ela causados. Sob o vigente prisma da reparação integral, preza pelo retorno ao *status quo ante*, devolvendo-a ao estágio patrimonial anterior ao evento lesivo. A impossibilidade fática desse regresso, nomeadamente em hipóteses de danos extrapatrimoniais, motiva a indicação de que apenas uma aproximação ao marco inicial seria possível.

Cícero Dantas Bisneto²⁴ empreende uma reavaliação das formas de exercício da reparação. Verificando a insuficiência de sua vertente pecuniária, mensurada pela extensão do prejuízo causado, nas hipóteses de violações aos direitos da personalidade, defende a instauração de uma reparação adequada à figura da vítima. A expansão das plataformas sociais, viabilizadas por algoritmos de IA, transportam tais lesões a um nível incomensurável.

Nessa senda, tal adequação conjuga o ressarcimento em dinheiro com as modalidades de reparação *in natura* (específica)²⁵, como opções disponíveis ao intérprete a serem aplicadas de acordo com a situação concreta. Medidas alternativas à satisfação do lesado, como o direito de resposta, o pedido de desculpas e a publicação de sentenças, ganham força²⁶.

As reformulações internas ao encargo reparatório, combinadas às modificações trazidas pela consolidação do modelo objetivo apreciado mais adiante, evidenciam a necessária atualização do instituto aos novos tempos, marcados pela erupção de inéditos danos complexos e massificados, como os decorrentes do funcionamento de sistemas de IA.

24 DANTAS BISNETO, Cícero. Reparação não pecuniária de danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Ano 2, p. 653-675, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/688>. Acesso em: 12 nov. 2021.

25 Observa-se, também, a possibilidade de sua aplicação aos casos de danos infligidos a bens corpóreos infungíveis, a exemplo da avaria ou destruição de veículo de colecionador.

26 DANTAS BISNETO, Cícero. Reparação não pecuniária de danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Ano 2, p. 653-675, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/688>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Nesse ambiente disruptivo, aflora o reconhecimento doutrinário de plúrimas faces à responsabilidade civil, entre as quais sobressaem as seguintes funções: a) reparatória; b) preventiva (e precaucional); c) punitiva; d) restituitória; e e) promocional, que apresentam graus de aceitação e aplicabilidade distintos.

A aproximação entre a dupla inicial de funções acontece pela releitura da visão clássica da temática sob o espectro do Direito de Danos. Focado no protagonismo da vítima, ele ambiciona a prevenção ou a reparação integral dos prejuízos que lhe foram causados, em substituição ao interesse de apenas se condenar o ofensor²⁷.

Nutrida pelas transformações ocasionadas pela constitucionalização do direito civil, a ressignificação preventiva oferece o aparato necessário para se lidar com danos graves e, geralmente, irreversíveis. Esses atingem a esfera individual da personalidade, com irreparáveis golpes aos direitos alusivos à intimidade, vida privada, honra e imagem; ou vultosas coletividades, a exemplo das lesões ambientais e consumeristas, de difícil reparação²⁸.

Consoante ilustrado por Paulo Lôbo²⁹, daí emerge uma responsabilidade sem dano, que reprime a adoção de comportamentos lesivos e transforma esse elemento estruturante numa consequência a ser evitada ou atenuada, sob a orientação de determinados padrões de conduta. Presente em instrumentos como a remoção de conteúdo ofensivo de natureza íntima, previsto pelo art. 21 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), ela coroa os valores ligados à primazia da vítima e à solidariedade social.

A aplicação de tal função ao âmbito da inteligência artificial carece de uma prévia diferenciação entre: a) prevenção, vinculada a danos previsíveis, devidamente conhecidos e comprovados, a exemplo dos riscos nucleares; e b) precaução, onde se conjectura acerca de um hipotético risco futuro (risco do risco), projetável, mas ainda não confirmável, como aquele associado aos alimentos transgênicos ou à nanotecnologia. Nesse caso, calham medidas proporcionais, antecipadas e aptas a coibir danos irreparáveis³⁰.

Por conseguinte, levando-se em conta a complexidade dos sistemas de IA, munidos de áreas mapeadas pela atual *expertise* técnica e de vastos trechos ainda

27 VIEIRA, A. B. C.; EHRHARDT JÚNIOR, M. O direito de danos e a função preventiva: desafios de sua efetivação a partir da tutela inibitória em casos de colisão de direitos fundamentais. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, 1 set. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/56>. Acesso em: 10 nov. 2021.

28 VIEIRA, A. B. C.; EHRHARDT JÚNIOR, M. O direito de danos e a função preventiva: desafios de sua efetivação a partir da tutela inibitória em casos de colisão de direitos fundamentais. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, 1 set. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/56>. Acesso em: 10 nov. 2021.

29 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 343.

30 TRONCOSO, M. I. 2010. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**. 18 (jun. 2010), p. 205–220. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407>. Acesso em: 10 nov. 2021.

desconhecidos, ambas as categorias detêm aplicação. Nichos extensivamente estudados, como a segurança da informação, atrairiam a prevenção; já problemas distantes, relacionados aos gravames causados pela computação quântica, por exemplo, exigiriam o posicionamento precaucional.

Nelson Rosenvald³¹ reitera a necessidade de se superar a atrasada interpretação unívoca da responsabilidade, apenas guiada pelo verniz compensatório. Desse modo, ao sugerir o seu redirecionamento para uma confrontação ao ato ilícito, reverbera a importância de tal agir previdente e acresce a complementar função punitiva.

Nesse sentido, caberia a essa espécie, sob a influência da jurisprudência britânica e norte-americana, responder ao chamado social pela reprimenda ao ofensor, justificado pela materialização de uma conduta altamente reprovável. A aplicação brasileira conclama a majoração do *quantum* indenizatório fixado na compensação de danos morais, munida do preceito pedagógico de desestimular a sua reincidência e a prática de ilícitos pelos demais³².

O escopo antecipativo adstrito à imposição da pena privada circunda a feição preventiva, mas com ela não se confunde: o seu objetivo primordial reside em aplicar uma punição (*punishment*) a um comportamento indesejado já realizado, tendo a subsidiária aptidão de inibir atuações similares. Ao seu turno, a prevenção molda-se à teoria do valor do desestímulo, sob a lógica de dissuadir (*deterrence*) eventos lesivos futuros, de caráter individual ou coletivo³³.

Contempla-se a incidência punitiva nas situações em que empresas de tecnologia, de maneira desidiosa e repetitiva, desobedecem a padrões regulatórios acerca da coleta e utilização de dados no aprendizado de máquina³⁴. No que toca à adaptação brasileira, moldada aos danos extrapatrimoniais, a reiterada exposição de informações sensíveis dos usuários de uma plataforma justificaria a aplicação da punição.

Engendradas pelo empenho doutrinário em presentear soluções adaptadas às circunstâncias hodiernas, as funções restitutória e promocional encerram a pluralidade analisada. Perseguindo o sucesso de experiências inglesas, aquela visa converter, à vítima, as vantagens econômicas ilicitamente obtidas pelo ofensor

31 ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, 1 set. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48>. Acesso em: 10 out. 2021.

32 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/relu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 10 out. 2021.

33 EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. . Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JR, Marcos. (Org.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, v. 1, p. 325-356.

34 PASQUALE, Frank A. Data-Informed Duties in AI Development. **Columbia Law Review**, U of Maryland Legal Studies, Research Paper No. 2019-14, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3503121>. Acesso em: 10 nov. 2021.

em seu detrimento. No Brasil, a aplicação partiria de adaptações ao enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886, CC)³⁵.

Trabalha-se, aqui, a lógica de danos baseados no lucro (*gain-based damages*), em contraposição à tradicional persecução reparatória dos danos baseados no prejuízo (*loss-based damages*). Quando o custeio de ações indenizatórias pelo ofensor mostrar-se bastante inferior aos lucros de sua intervenção, incidiria a primeira espécie³⁶.

O *disgorgement* simboliza a metafórica regurgitação dos lucros indevidamente auferidos pelo agressor, sem que haja a dilapidação do patrimônio da vítima. Em vez de se pleitear a mera condenação daquele em perdas e danos, transfere-se a excessiva vantagem econômica auferida à sua verdadeira motivadora³⁷.

A exploração lucrativa não autorizada do nome e imagem de uma famosa artista lastreou a aplicação brasileira desse raciocínio³⁸. Por sua parte, a segunda categoria tangencia os *restitutionary damages*, em que apenas se devolve a porção do patrimônio do lesado deslocada, como nos casos de exploração da propriedade industrial alheia sem fins comerciais.

Avista-se a possibilidade de uma maior aplicação da pretensão restitutória a cenários similares, que alberguem a usurpação lucrativa de soluções de inteligência artificial. Neles, os danos não decorreriam de riscos associados aos sistemas em si, cujo controle representa incumbência de um agente humano, mas de sua indevida utilização com fins comerciais.

A derradeira função promocional propõe uma interpretação teleológica da responsabilidade à luz do ditame constitucional da solidariedade. Complementando as habituais sanções negativas, que condenam o ofensor ao pagamento de indenização à vítima, pretende estimular o adimplemento espontâneo daquele por meio de sanções positivas, que lhe confirmam alguma vantagem ou reduzam um prejuízo³⁹.

Detectada a junção do engajamento do primeiro à abertura comunicativa da segunda, prêmios impulsionadores de condutas exemplares seriam distribuí-

35 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil** – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan. / abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 10 out. 2021.

36 ROSENVALD, Nelson. Você conhece o disgorgement? **Nelson Rosenvald**, 2015. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/11/10/voc%C3%AA-conhece-o-disgorgement>. Acesso em: 10 nov. 2021.

37 ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil** – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan. / abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 10 out. 2021.

38 VALENTE, Fernanda. STJ reconhece lucro da intervenção e manda empresa restituir lucro a atriz. **Vantagens Patrimoniais. Conjur Revista Jurídica**, de 08 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/empresa-restituir-lucro-usar-imagem-atriz-autorizacao>. Acesso em: 12 nov. 2021.

39 REIS JÚNIOR, A. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iber/article/view/104>. Acesso em: 11 nov. 2021.

dos, robustecendo o primário desígnio de amparo à vítima através de uma genuína concretização da reparação integral, executada de forma mais efetiva⁴⁰.

Tal voluntariedade traria simultâneos benefícios ao ofensor, quanto à sua imagem e percepção pública, e ao lesado, garantindo-lhe um célere adimplemento. Situações de prejuízos a interesses transindividuais, atrelados a direitos difusos ou coletivos, são vistas como possíveis terrenos para a sua aplicação, a exemplo da tragédia de Brumadinho⁴¹.

A proatividade de uma empresa de tecnologia na reparação de danos massificados, associados a produtos de inteligência artificial defeituosos, também poderia ser recompensada, seguindo a linha de congratulação de bons comportamentos. Sem embargo das benesses extraíveis de cada espécie e das aplicações práticas colecionadas acima, ainda se capta uma tímida aderência do sistema jurídico brasileiro à representação polifuncional da responsabilidade civil.

Maiores avanços podem ser notados em relação às feições preventiva e precaucional, lastreadas a nível legal e constitucional⁴²; embora ainda sejam contestadas, pelos mais puristas, por assentarem uma responsabilização despojada do elemento do dano.

Apesar de pavimentada pelo STJ como instrumento pedagógico em hipóteses de violações significativas à esfera de direitos da personalidade, a função punitiva recebe críticas que orbitam entre: a) a inexistência de previsão normativa avalizadora da aplicação de penas privadas; b) o descumprimento ao art. 944 do CC/02, que impõe a mensuração da indenização pela extensão do dano; e c) a instauração de uma indústria lotérica de danos morais⁴³.

Por fim, as noviças modalidades restitutória e promocional lidam com similares problemas acerca do princípio da reserva legal. Ademais, aquela traz consigo as dificuldades de se transplantar institutos customizados a outros grupos sociais e de se identificar a real contribuição das partes ao lucro obtido. Já a última enfrenta como óbice a percepção de que não se deveria presentear o ofensor por apenas estar cumprindo a sua obrigação, aliada à difícil materialização das noções éticas em que se ancora.

40 REIS JÚNIOR, A. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/104>. Acesso em: 11 nov. 2021.

41 REIS JÚNIOR, A. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/104>. Acesso em: 11 nov. 2021.

42 Nesse sentido, as previsões do art. 225 da CF/88 e do art. 497 do CPC.

43 As críticas destacadas nesse parágrafo foram abordadas, com maior profundidade, no **Webinar** “As Funções da Responsabilidade”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), com as ilustres participações das Profas. Thaís Pascoaloto e Fernanda Ivo Pires, e dos Profs. Nelson Rosenvald e Antônio dos Reis. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6aVlqXQMyHQ>. Acesso em: 10 nov. 2021.

A assimilação dos diversos reflexos (sociais, econômicos e culturais) desencadeados pelas novas tecnologias, atrelada a um necessário *update* das configurações originais da responsabilidade tradicional, sob uma ótica multifuncional, ainda se encontra em estágio embrionário no Brasil, distante do amadurecimento europeu.

Pesadas as particularidades da inteligência artificial, afiguram-se passíveis de aplicabilidade imediata, em adição ao escopo reparatório, as funções preventiva e precaucional, vitais no combate aos riscos conhecidos e misteriosos comportados por tal *black box*. Esforços jurisprudenciais futuros podem fortalecer a função promocional, que se valeria dos diversos códigos de conduta e boas práticas, disponíveis para a sua aferição.

A apressada tentativa de regulação promovida por meio do Projeto de Lei nº 21/2020 retarda qualquer progresso nesse sentido. Como se verá mais adiante, ele instala uma anacrônica leitura da responsabilidade, que desvirtua toda a construção brasileira a respeito de seus fundamentos.

Desprestígia, assim, a incidência do regime objetivo, consolidado como uma bússola norteadora da sociedade de risco contemporânea; e ignora as complementares funções antecipativas do instituto.

4. OS FUNDAMENTOS DA REONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A avaliação da inconsistente estrutura fornecida pelo PL 21/2020 reclama a prévia compreensão dos fundamentos da responsabilidade civil, que constituem os aspectos centrais da polêmica em torno de suas recentes alterações. Embora persista o dissenso quanto à relação que desempenham (predominância ou complementaridade), os elementos da culpa e do risco constituem os modernos alicerces do instituto.

A tônica individualista do modelo subjetivo, ratificado pelo Código Beviláqua, reivindicava a comprovação da ausência do dever de cuidado esperado como condicionante do êxito do pleito indenizatório. Embora reproduzida pelos arts. 186 e 927 do CC/02, ela passa a ter o seu escopo reduzido; com a massificação e a complexificação das relações sociais, inicia-se a sua depleção, impulsionada pelo avanço da ideia de culpa presumida⁴⁴.

A superação de tal monopólio coincide com o desenvolvimento de um regime objetivo, isento das amarras da culpa e amplificador da proteção à vítima. A sua instrumentalização envolve a noção de risco, cujo embasamento já alcançou

44 SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 323-336.

as vantagens auferidas em certas atividades (risco proveito), as particularidades das tarefas que regem determinado ofício (risco profissional) e a equânime repartição dos prejuízos estatais (risco integral)⁴⁵.

Não obstante, prevalece a leitura do risco criado, na qual se atribui, àquele que desenvolve a atividade, o encargo relativo aos perigos que ela usualmente comporta, nos termos do parágrafo único do art. 927 do CC/02. Juntamente às hipóteses expressas na lei, reveste a aplicação do modelo objetivo, que exige da vítima o exclusivo apontamento da conduta, donexo causal e do dano.

Ao explorar a problemática consumerista incidente sobre a área da nanotecnologia, Marcos Catalan⁴⁶ diferencia a última espécie do risco do desenvolvimento. Esse respaldaria a ação indenizatória baseada na posterior detecção da nocividade de determinado produto ou serviço. O fornecedor responderia pelos prejuízos, ainda que, no instante de sua formulação, tenham sido observados os padrões de saúde e segurança constituintes do Estado da Arte.

De análoga maneira, a projeção dessa categoria, tradicionalmente filiada ao setor farmacológico, poderia alcançar as soluções de IA à medida que as suas intrincadas codificações representam uma incógnita aos usuários e aos seus próprios desenvolvedores. Embora os prognósticos de antagonismo simbolizados nas obras de ficção científica ainda pareçam distantes, a futura descoberta de aspectos lesivos silentes exprime uma certeza.

Por fielmente retratar a tensão entre os anseios por inovação e a proteção de direitos fundamentais, a temática da responsabilidade civil aufere relevância nas tentativas de regulação da inteligência artificial. Nesse cenário, faz-se imperioso verificar o atendimento, pelos diplomas nacionais e estrangeiros, dos contemporâneos movimentos defensores de múltiplas funções e do enquadramento objetivo do instituto analisado, essenciais ao resguardo da vítima.

5. PROPOSTAS DE REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICÁVEL À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Como visto, a estruturação de um ambiente propício ao desenvolvimento de soluções de inteligência artificial reclama alicerces incentivadores da inovação, permeados nas garantias alusivas à propriedade e aos contratos, que atraem e resguardam investimentos no setor.

45 SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 323-336.

46 CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 113-153, abr. / jun. 2010.

Por outro lado, também envolve fundações protetivas em relação aos usuários, consumidores e terceiros afetados. Elas atuam como verdadeiras barreiras perante os potenciais riscos trazidos por essa tecnologia disruptiva, revestindo uma função preventiva/precaucional; e sob a forma de mecanismos ressarcitórios efetivos, que consagram o princípio da reparação integral, aproximam a vítima do estágio prévio, nos casos em que o dano não pode ser evitado.

Visto que a presente análise circunda tais bases, a obtenção de um melhor entendimento do panorama brasileiro de regulação da matéria perpassa, a princípio, a compreensão das discussões empreendidas no Velho Continente, vanguardista nesse quesito.

5.1. A PROPOSTA EUROPEIA DE REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ASSOCIADA À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A Resolução do Parlamento Europeu 2020/2014 (INL), de 20 de outubro de 2020, fruto de debates ao longo da última década⁴⁷, traz recomendações destinadas à Comissão Europeia e incorpora uma proposta de regulamento que disciplina, de maneira específica, o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial⁴⁸.

Celebra, já em seus “considerandos”, a perspectiva multifuncional do instituto, salientando as citadas feições reparatória e preventiva como complementares. Reitera que a responsabilidade tem o condão de trazer segurança jurídica a todos os atores que orbitam os sistemas de IA, pela harmonização entre a adequada tutela da vítima e a preparação de uma atmosfera convidativa a inovações voltada, sobretudo, às pequenas e médias empresas (considerando nº 1).

Almeja-se, portanto, conciliar a reparação integral do dano à proporcional responsabilização desses *players*, escudando-os de impactos econômicos excessivos e capazes de obstruir o surgimento de inovações futuras.

Ao examinar a complexidade e a obscuridade das soluções de IA, a resolução aponta os empecilhos postos à vítima na identificação dos agentes envolvidos e dos atos motivadores da lesão, que usualmente frustram o seu ressarcimento.

47 O contexto apresentado sucede à publicação das Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável, destinadas a nortear o equilibrado desenvolvimento dos sistemas de IA, pelo Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias, com a chancela da Comissão Europeia. Para o maior aprofundamento sobre o documento, recomenda-se a leitura de: SILVA, Gabriela Buarque Pereira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Diretrizes éticas para a Inteligência Artificial confiável na União Europeia e a regulação jurídica no Brasil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 1-28, set. / dez. 2020. Disponível em: [https:// revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/133](https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/133). Acesso em: 24 fev. 2022.

48 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Resolução do Parlamento Europeu 2020/ 2014 (INL)**, de 20 de outubro de 2020. Contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html. Acesso em: 11 nov. 2021.

Como resposta, indica a padronização de preceitos éticos e o estabelecimento de regimes indenizatórios equitativos e concretos (considerandos nº 3 e 4).

A proposta de regulamentação enfatiza a inaplicabilidade de personalidade jurídica aos sistemas de inteligência artificial, reiterando que as suas práticas costumeiras envolvem a mencionada modalidade de IA fraca, incapaz de reproduzir fielmente a consciência humana, presente em atividades que são, em sua imensa maioria, inofensivas (considerando nº 5).

Diante da desnecessidade de uma total revisão dos modelos existentes, ela organiza a responsabilidade sob três perspectivas distintas: a) do operador, que representa o seu foco central e se atrela à tipologia dos sistemas de IA; b) de terceiros usuários, que se valem dessa tecnologia para prejudicar outras pessoas, sujeitando-se à modalidade subjetiva; e c) do produtor, em que se aplica a Diretiva Europeia 85/374/CEE às hipóteses em que o produto de IA é defeituoso⁴⁹.

O cerne de sua imputação reside na figura do operador (de *front-end* ou *back-end*⁵⁰), que controla os riscos presentes em suas etapas de operação e funcionamento. A definição do regime de responsabilidade aplicável a esse agente considera a espécie de sistema de IA empregado, enquadrado como de alto risco, caso listado em anexo específico periodicamente atualizado; ou, de maneira residual, como de menor risco.

Observa-se que os sistemas de alto risco funcionam de maneira autônoma e apresentam a capacidade de lesar uma ou mais pessoas, aleatoriamente e além do razoavelmente esperado. Tal potencialidade danosa justifica a veiculação do regime objetivo à conduta do operador, fundado na responsabilização daqueles que assumem os riscos associados a certa atividade (considerando nº 8 e art. 3º, alínea “c” e item 1). Tem-se como exemplo da modalidade o acidente envolvendo um micro-ônibus elétrico autônomo na Vila dos Atletas, durante a recente edição dos Jogos Olímpicos de Tóquio⁵¹.

Nesses casos, a serem expressamente listados em um anexo específico, admite-se apenas a excludente da causa maior. São fixados tetos de € 2 milhões para as ações indenizatórias em casos de morte, danos à saúde ou à integridade física, ajuizáveis em até trinta anos do evento prejudicial; e de € 1 milhão para os demais danos patrimoniais ou extrapatrimoniais significativos, atrelados à prescrição de

49 Nas hipóteses em que o singular operador também se apresente como produtor do sistema de IA, o regulamento proposto prevaleceria sobre a Diretiva 85/374/CEE (art. 11).

50 Em uma explicação simplificada, caberia aos operadores de **front-end** lidar com recursos mais visíveis ao usuários e aos operadores de **back-end** gerenciar atividades de suporte ao sistema. Para maior aprofundamento, recomenda-se a seguinte leitura: <https://www.totvs.com/blog/developers/back-end/>. Acesso em: 1 dez. 2021.

51 JUDOCA japonês é atropelado por ônibus autônomo na Vila dos Atletas. **GE**, Tóquio, 27 de agosto de 2021. Paralimpíadas. Disponível em: <https://ge.globo.com/paralimpiadas/noticia/judoca-japones-e-atropelado-por-ônibus-autonomo-na-vila-dos-atletas.ghtml>. Acesso em: 1 dez. 2021.

dez anos, contados de sua ocorrência, ou de trinta anos do início da operação do sistema (arts. 5º e 7º).

Por outro lado, tem-se a residual incidência da responsabilidade subjetiva aos prejuízos menos gravosos decorrentes dos demais sistemas, nos quais se exige a comprovação do elemento da culpa, presumida em relação ao operador ofensor. A quantificação e a configuração prescricional dessas hipóteses seguiriam as determinações do Estado-membro onde se materializa o dano (arts. 8º e 9º).

Pode-se conceber a aplicação da categoria aos casos de danos alusivos à equivocada remoção ou restrição de conteúdo performada por algoritmos de plataformas digitais, como *Facebook*, *Instagram* e *YouTube*⁵². O afastamento do dever indenizatório demandaria a comprovação, por parte do operador, de que atuou com diligência ou de que a ativação do sistema ocorreu por ato de terceiro; ou ainda, pela configuração de motivo de força maior.

Ao final, a proposta elucida que a eventual multiplicidade de operadores ensejaria uma responsabilização solidária, cabendo à vítima decidir a qual deles interpelar. Ao escolhido, caberia o exercício regressivo proporcional perante os demais, baseado no grau de controle do risco usufruído por cada um, desde que a vítima já houvesse sido integralmente indenizada (arts. 11 e 12, itens 1 e 2).

O pioneirismo europeu materializa um extenso histórico analítico da inteligência artificial em um sólido documento que intenta uniformizar o tratamento da matéria no âmbito da responsabilidade civil, considerando os insurgentes danos em seus Estados-membros.

Críticas podem ser levantadas em relação ao acolhimento conferido à vítima nas hipóteses de danos gerados por sistemas de menor risco, onde se exigiria a evidenciação do elemento da culpa; e em relação à limitação da quantificação indenizatória, especialmente quando os prejuízos atingirem, de forma simultânea, vários indivíduos.

Afigura-se inquestionável, porém, o cuidado na esquematização da resolução, que esclarece a necessidade de equilíbrio entre inovação e proteção, delimitando os regimes aplicáveis de maneira organizada e com atenção à terminologia técnica.

Convém salientar a recente tentativa de recrudescimento da normatização da inteligência artificial, veiculada na Proposta de Regulamento do Parlamento

52 Outrossim, cabe mencionar a antagônica hipótese de responsabilização de provedores de pesquisa na Internet pela não-remoção de conteúdos indesejados, publicados por terceiros e capazes de gerar danos aos indivíduos neles retratados. A detida análise de tal controversa aplicação da função reparatória, usualmente vinculada à consagração do direito ao esquecimento, pode ser encontrada em: SILVA, Gabriela Buarque Pereira; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Direitos fundamentais e os algoritmos do Google: quais os rumos da responsabilidade civil decorrente da inteligência artificial? . **PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**, v. 26, p. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11670>. Acesso em: 24 fev. 2022.

Europeu e do Conselho 2021/0106, destinada à harmonização da matéria. Centrada no elemento do risco, promove a sua hierarquização a partir de três categorias: a) riscos inaceitáveis; b) riscos elevados; e c) riscos baixos ou mínimos⁵³.

Como aspecto distintivo em relação à citada resolução, inova ao estabelecer uma vedação ao emprego de sistemas de IA que comportem riscos inaceitáveis (art. 5º), aptos a deturpar os valores defendidos pela União Europeia.

Tal proibição alcança as soluções que se valem de técnicas subliminares para manipular o comportamento de uma pessoa; ou que explorem vulnerabilidades de determinados grupos, vinculadas à idade ou deficiência, para distorcer o seu comportamento, podendo gerar danos materiais ou psicológicos.

Complementam o rol restritivo os usos de sistemas de *Social Score*, voltados à avaliação da credibilidade de um indivíduo a partir de seu comportamento ou de atributos pessoais; e de identificação biométrica a distância, em tempo real, com fins de manutenção da ordem pública em espaços abertos.

O documento excepciona a operação de tais sistemas de vigilância em massa para a investigação de vítimas específicas de crime, em especial de crianças desaparecidas; a prevenção de ameaças iminentes a pessoas ou de ataques terroristas; e para a investigação de foragidos, que são alvo de mandados de detenção pela prática de graves delitos.

Caso devidamente adaptadas às idiosincrasias locais, as lições fornecidas pelos documentos europeus mostrar-se-iam extremamente enriquecedoras aos legisladores e administradores brasileiros, dadas as recentes pressões por uma mobilização regulatória da área da inteligência artificial.

No entanto, a realidade nacional falha na assimilação desses ensinamentos, levantando fundadas preocupações em relação à mitigação da esfera protetiva.

5.2. A REGULAÇÃO BRASILEIRA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Ainda que contemporâneas às orientações europeias, as tentativas nacionais de disciplinamento da matéria não poderiam parecer mais assíncronas. Executadas por intermédio da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) e do Projeto de Lei nº 21/2020, elas vêm traçando um futuro incerto para a responsabilidade civil, que se revela extremamente gravoso para as potenciais vítimas de danos ligados aos sistemas de IA.

53 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 2021/ 0106**, de 21 de abril de 2021. Estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 1 dez. 2021.

5.2.1. A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA)

A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), instituída pela Portaria 4.617/2021 do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), é uma política pública de inovação que busca definir uma estrutura para o fomento da área no Brasil e as diretrizes éticas que balizam a sua implementação⁵⁴.

Confeccionada a partir da percepção técnica especializada, aliada ao intercâmbio de experiências nacionais e estrangeiras, e complementada pelas contribuições *online* fornecidas pela sociedade; ela divide a temática em três eixos transversais: a) legislação, regulação e uso ético; b) governança da IA; e c) aspectos internacionais.

Tais áreas tangenciam seis segmentos verticais: a) educação; b) força de trabalho e capacitação; c) pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) e empreendedorismo; d) aplicação nos setores produtivos; e) aplicação no poder público; e f) segurança pública.

Ao estabelecer as nuances de seu primeiro eixo transversal (legislação, regulação e uso ético), a “Estratégia” salienta, à luz do firmado na proposta europeia, que as atuais discussões prezam, além do binômio inovação-proteção, pela segurança jurídica. A consolidação desta decorreria da estruturação de efetivos instrumentos de responsabilização, aplicáveis aos envolvidos nas variadas atividades associadas aos sistemas de IA autônomos⁵⁵.

Aproxima-se de uma abordagem concreta da responsabilidade civil quando estabelece uma conexão entre a função reparatória e o instituto da revisão humana. Nesse sentido, sugere a exclusiva aplicação dele aos casos de decisões automatizadas dotadas de um maior potencial lesivo, a exemplo daquelas proferidas em ambientes alfandegários e de embarque em aeroportos⁵⁶.

Eventuais falhas em tais cenários ensejariam a simultânea reparação dos prejuízos gerados à vítima. Como contraponto, situações frugais relacionadas à indevida utilização da tecnologia, como a confusão na exibição de anúncios publicitários customizados, não subsidiariam a aplicação desses mecanismos.

Firma-se, de maneira geral, uma cautelosa postura de disciplinamento da inteligência artificial, sob o receio de levantar indesejados obstáculos à inovação.

54 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

55 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

56 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

Ao contemplar o clamor pela regulação da área, a “Estratégia” assevera que ela “deve ser desenvolvida com ponderação e com tempo suficiente para permitir que várias partes identifiquem, articulem e implementem os principais princípios e as melhores práticas”⁵⁷.

Apesar da expressividade da advertência, a incoerente proposição de um marco legal da inteligência artificial permeia o Poder Legislativo. Com a ratificação de sua tramitação em regime de urgência, o Projeto de Lei nº 21/2020 foi recentemente aprovado pela Câmara.

No que concerne ao estabelecimento de uma governança de inteligência artificial nos segmentos público e privado, a EBIA reforça a necessidade de combate à discriminação algorítmica, recomendando a implementação de instrumentos de rastreabilidade e auditabilidade pelas instituições que manuseiam tal tecnologia.

Não obstante a aplicação dessas ferramentas suceda à decisão da “máquina”, também se expressa um cuidado preparatório, materializado por uma maior atenção em relação aos dados fornecidos para o treinamento dos sistemas de IA⁵⁸.

Em seguida, endereça a ideia de *accountability*, que engloba a prestação de contas e a responsabilidade. A EBIA defende um comportamento previdente, com a criteriosa averiguação de sistemas que possam trazer elevados perigos à coletividade, a exemplo da área da cybervigilância. Como consequência, entende que a delimitação regulatória da responsabilidade deve ponderar o risco em questão, apresentando aplicação pontual⁵⁹.

O derradeiro eixo transversal, associado aos “aspectos internacionais”, reverbera a necessidade de uma postura atuante e colaborativa do Estado brasileiro no compartilhamento de informações e experiências associadas a esse nicho tecnológico junto aos demais países e organizações⁶⁰.

Conforme será visto a seguir, os ensinamentos em matéria de responsabilidade civil aplicável a sistemas de inteligência artificial, colhidos no espaço europeu após extensos debates sobre o assunto, não foram devidamente absorvidos pelo Brasil.

57 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 21

58 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

59 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

60 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

Em que pesem as deficiências da “Estratégia”, tais como o caráter genérico de suas normas, a insuficiência do diagnóstico que fornece e a sua configuração como um mecanismo de *soft law* de aplicabilidade reduzida, a política acerta ao ligar a responsabilidade ao elemento do risco e às situações concretas, ao enfatizar a importância da feição preventiva e ao alertar acerca da paciência indispensável à formulação de uma lei específica sobre a inteligência artificial.

Por seu turno, o legislador pátrio opta, em notória incongruência, por um modelo subjetivo abstrato de reparação no PL 21/2020 que destoa dos normamentos estrangeiros e das úteis (embora reduzidas) sugestões fornecidas pela EBIA sobre o assunto.

5.2.2. O Projeto de Lei nº 21/2020

O Projeto de Lei nº 21/2020, concebido como futuro marco legal da inteligência artificial no Brasil, teve a sua proposta originariamente apresentada na data de 4/2/2020, pelo deputado Eduardo Bismarck (BRASIL, 2020). Consideráveis modificações foram feitas desde então, com a redação substitutiva, assinada pela relatora, deputada Luisa Canziani, sendo aprovada pelo Plenário da Câmara, após tramitação em regime de urgência, em 29/9/2021 (BRASIL, 2021b).

As vozes críticas ao instrumento, em uníssono, repudiam a celeridade imposta à sua apreciação. Considerado o lapso temporal de 19 meses até o aceno positivo da Casa Legislativa, parece razoável esperar que desfrute de um período de tramitação consideravelmente inferior àqueles conferidos à LGPD (oito anos) e ao Marco Civil da Internet (sete anos).

O mencionado aviso de prudência explicitado na EBIA não aparenta ter surtido efeito. De forma semelhante, a noção de que, mesmo sob o vanguardismo europeu, ainda não se detecta um posicionamento definitivo sobre o assunto reforça a perplexidade em relação à ligeireza do processo brasileiro⁶¹.

As significativas repercussões sobre os variados recortes da sociedade demandam, em qualquer tentativa de normatização da IA, a conjugação de uma criteriosa avaliação técnica à democrática oitiva dos setores impactados; inexistente nos diminutos debates empreendidos até aqui⁶².

61 MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

62 SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em: 1 dez. 2021.

Tal escassez dialógica pode ser justificada, em parte, por um desequilíbrio no binômio inovação-proteção citado. Pressões oriundas do segmento econômico-tecnológico, em especial sob a forma de *lobbies* movidos por *startups* desenvolvedoras e operadoras, ditaram o intenso ritmo adotado no Brasil.

Quando se considera a noção de arena política (*policy arena*), em que diferentes grupos convergem e conflitam de acordo com os seus interesses⁶³, e a quantificação das possíveis benesses e prejuízos futuros resultantes de uma política regulatória da IA, sobretudo no que diz respeito ao tratamento ofertado à responsabilidade civil, faz-se compreensível a motivação por trás da aceleração da votação.

De forma geral, as avaliações civilistas sobre o projeto mostram-se pessimistas. Ao explorar o seu potencial fragmentador, Anderson Schreiber⁶⁴ percebe uma indesejada dualidade em seu conteúdo, onde normas descontextualizadas convivem com novidades importadas, desvirtuando a noção de coesão jurídica.

Perspectiva análoga é firmada por Laura Schertel Mendes⁶⁵ ao explicitar a “crise de identidade” que assola o documento. A indecisão acerca de sua configuração como uma mera carta de valores, desprovida de imperatividade e especificidade, ou como um sólido instrumento norteador do uso da inteligência artificial, acaba por macular a sua recepção e as prospecções de sua aplicação futura.

A desconstrução dos argumentos liberais partidários da eliminação ou mitigação de uma regulação da inteligência artificial constitui o eixo central da análise de Ana Frazão⁶⁶. Baseados na já refutada noção de que um supostamente excessivo disciplinamento legal obstruiria a inovação, eles encontram a sua verdadeira razão de ser no agir estratégico das grandes empresas, economicamente beneficiadas pelo obscurantismo em suas escusas práticas.

Em contraponto ao engodo indicativo de uma generalizada ignorância sobre o assunto, a qual justificaria a citada hesitação normativa, a autora sublinha o exponencial crescimento das pesquisas e estudos sobre os efeitos lesivos da inteligência artificial. Diante dos riscos elevados trazidos por essa tecnologia, defende uma adequada regulação da área, garantindo a segurança jurídica indispensável à

63 FREY, Klaus. Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, [S. l.], n. 21, 2009. Disponível em: // www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89. Acesso em: 1 dez. 2021.

64 SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber-pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em: 1 dez. 2021.

65 SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. **Fumus Boni Iuris**. Blogs. **O Globo**, 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-pl-da-inteligencia-artificial-armadilhas-visual.html>. Acesso em: 1 dez. 2021.

66 FRAZÃO, Ana. Marco da Inteligência Artificial em análise: Já não foram mapeados riscos suficientes para justificar uma regulação adequada e com efeitos práticos. Colunas. Opinião e Análise. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/marco-inteligencia-artificial-15122021>. Acesso em: 17 dez. 2021.

atuação competitiva de empresas pequenas e recém-criadas junto às predatórias gigantes tecnológicas⁶⁷.

A despeito da assertividade dos posicionamentos listados, a comparação das redações originária e atual do PL 21/2020 permite a verificação de pontuais melhorias, particularmente quanto ao aprimoramento do linguajar técnico empregado em seus dispositivos iniciais⁶⁸. Avança-se, inclusive, perante o generalismo da EBIA, em que a IA é concebida como um todo.

O projeto oferece algumas bem-vindas simplificações às descrições e complementações às lacunas, que modificam o seu primeiro esboço. Nessa senda, a conceituação do que representa um sistema de inteligência artificial é expandida, exigindo-se dele a capacidade de aprender a perceber, interpretar e interagir com o ambiente externo. Itens enumeradores de suas técnicas e de sua aptidão classificatória também são acrescentados (art. 2º, *caput*, e parágrafo único).

Multiplicam-se, consideravelmente, os fundamentos incidentes sobre as suas etapas de desenvolvimento e aplicação (art. 4º). Nesse aspecto, a lógica envolve o balanceio de incentivos econômicos, como a livre-iniciativa, a livre concorrência e a eliminação de amarras aos modelos de negócio; e medidas protetivas associadas à segurança, privacidade e ao resguardo de dados pessoais, ao combate à discriminação algorítmica e à atenção a preceitos éticos e aos direitos humanos.

O projeto aventa a observância a parâmetros de conformidade, que podem ser extraídos de códigos de conduta e guias de boas práticas formulados pelos próprios agentes; bem como a assimilação de medidas técnicas que respeitem os padrões internacionais e incentivem comportamentos virtuosos (art. 7º, VII e XII), criando um sólido ambiente para os sistemas de IA.

Subsídios axiológicos para a função preventiva poderiam ser extraídos desses documentos⁶⁹. A complementação emergiria dos princípios que regem a formulação e a operação de soluções de IA, em especial daqueles concernentes à finalidade benéfica e à centralidade do ser humano (art. 5º, I e II), que dialogam com a citada função, em que se atribui o protagonismo à vítima.

Tem-se uma aproximação ao campo da responsabilidade quando indicadas as máximas de “segurança e prevenção” e “inovação responsável” (art. 5º, VI e

67 FRAZÃO, Ana. Marco da Inteligência Artificial em análise: Já não foram mapeados riscos suficientes para justificar uma regulação adequada e com efeitos práticos. Colunas. Opinião e Análise. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/marco-inteligencia-artificial-15122021>. Acesso em: 17 dez. 2021.

68 MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

69 As bases para o reconhecimento de uma função promocional da responsabilidade, ainda pouco discutida no Brasil, também poderiam advir de tais previsões. Nesse sentido, atuações ótimas dos agentes em relação aos citados parâmetros poderiam atenuar os encargos reparatórios a ele atribuídos.

VII). As primeiras preconizam a utilização de ferramentas variadas (técnicas, organizacionais e administrativas) para monitorar e atenuar os riscos associados ao manuseio desses sistemas.

Já última prevê a responsabilização dos agentes envolvidos nas citadas etapas pelos seus resultados, sopesadas as contribuições individuais, o contexto específico e as tecnologias acessadas. O dispositivo acerta ao atrelar a sua delimitação às circunstâncias fáticas.

Sob uma ótica acentuadamente positiva, melhorias isoladas poderiam ser apontadas em relação ao texto-base do projeto, geralmente considerado como uma limitada carta de valores. Já sob uma perspectiva cética, as discrepâncias em relação à proposta europeia de regulação específica da responsabilidade são gritantes.

O documento estrangeiro fornece todo o substrato necessário à operacionalização do modelo de responsabilidade civil sugerido à área da inteligência artificial. São demarcados: os prazos prescricionais, as causas excludentes e atenuantes, os tetos indenizatórios e os comportamentos dos agentes humanos que ensejam a reparação.

Os valores que inundam a peça brasileira acabam sendo abordados, de maneira otimizada, já nos “considerandos” da proposta estrangeira. Essa adota uma aplicação tripartite da responsabilidade (operação, relações de consumo e atividades de terceiros), direcionando o encargo ao ator responsável pelo gerenciamento dos riscos.

Logo, o regime a ser empregado conforma-se à espécie de sistema detectada concretamente por lá. Sistemas de alto risco clamam pela adoção da modalidade objetiva, enquanto a responsabilidade subjetiva é reservada aos demais danos vinculados a tal tecnologia.

Convém esclarecer que não se está defendendo a transplantação da estrutura regulamentadora europeia em sua inteireza, uma vez que, à luz do direito comparado, a importação de elementos externos reivindica a prévia avaliação do contexto nacional e a verificação de possíveis rejeições.

O que se busca, verdadeiramente, é a edificação de um disciplinamento pátrio que absorva as virtudes lastreadas no Velho Continente e respeite a própria tradição jurídica brasileira. Entretanto, ao se destrinçar a celeuma instaurada em relação ao art. 6º do PL 21/2020, tido como guia para a regulação estatal da aplicação da IA, o mencionado ceticismo converte-se num flagrante pessimismo.

Nota-se, *prima facie*, a adoção de um posicionamento aparentemente compatível à tônica da responsabilidade civil nacional, quando se condiciona a formulação e a utilização de sistemas de IA à avaliação dos riscos concretos (art. 6º, III).

Assim, o marco legal determina a consideração deles nas ponderações sobre a premência de regulação desses sistemas e o nível de intervenção a ser empregado, traçando-se paralelos em relação aos possíveis ganhos socioeconômicos e ao conjunto de riscos proporcionados por sistemas análogos baseados em tecnologias distintas (art. 6º, III, a, b).

Ademais, firma que, nas hipóteses de riscos diminutos, competiria à Administração Pública fomentar a inovação, aplicando regulações mais flexíveis. Por sua vez, ao se deparar com riscos elevados, ela poderia solicitar maiores informações acerca das medidas de segurança e prevenção (art. 6º, §§ 2º e 3º).

A conjugação dos mencionados princípios e diretrizes, ainda que suscetível a eventuais correções ou complementações, parecia trilhar o caminho para a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva, ao sustentar uma gestão baseada no risco concreto, em consonância com as previsões do parágrafo único do art. 927 do CC/02.

Mesmo que a consagração desse regime não igualasse o caráter analítico do posicionamento europeu, ela reservaria um amparo mínimo à vítima e eliminaria a necessidade de comprovação do elemento da culpa ao se buscar a reparação de eventuais prejuízos originados por sistemas de IA.

Entretanto, o legislador pátrio ruma em direção oposta, ao definir a diretriz específica alusiva à responsabilidade:

Art. 6º: [...] VI – responsabilidade: as normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial deverão, salvo disposição legal em contrário, pautar-se na *responsabilidade subjetiva* e levar em consideração a efetiva participação desses agentes, os danos específicos que se deseja evitar ou remediar e a forma como esses agentes podem demonstrar adequação às normas aplicáveis, por meio de esforços razoáveis compatíveis com os padrões internacionais e as melhores práticas de mercado. (Grifo nosso).

A expressa discordância de proeminentes civilistas e juristas brasileiros ao citado item motivou a assinatura de uma carta aberta ao Senado Federal, com correções essenciais sugeridas ao seu texto⁷⁰.

Constata-se que a versão original do PL 21/2020 apenas determinava que os agentes de desenvolvimento e operação responderiam, na forma legal e em consonância com as funções desempenhadas, pelas decisões tomadas pelos sistemas de IA⁷¹. Não se delimitava um regime reparatório, assim como não constavam referências à função preventiva ou precaucional.

70 IRRESPONSABILIZAÇÃO generalizada: Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. **Revista Consultor Jurídico**, de 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. Acesso em: 2 dez. 2021.

71 Art. 9º, V, e P. único, do texto original do PL 21/ 2020.

O tratamento conferido à matéria passava longe do ideal, mas não se mostrava tão nocivo quanto o do presente texto, munido de equívocos entorpecedores, a começar pela imprecisão dos termos empregados; eles norteiam os vindouros legisladores para a exigência de comprovação do elemento da culpa, a qual, todavia, pode ser facilmente afastada por qualquer norma em sentido adverso⁷².

Verifica-se inexatidão quando o inciso define os agentes que podem ser responsabilizados. Como bem elucida Filipe Medon⁷³, a cadeia dos sistemas de IA engloba uma multiplicidade de atores aptos a interferir em seu funcionamento, desde os *designers* e operadores até os programadores e usuários. Falta uma maior especificidade para a sua melhor identificação, como ocorre na canalização europeia na figura do operador.

A “irresponsabilização generalizada”, suscitada no mencionado documento enviado ao Senado, materializa-se na consolidação de um modelo abstrato subjetivo, onde a avaliação da atuação culposa das cinzentas figuras dos agentes ocorre a partir de parâmetros questionáveis.

Nele, tem-se a apreciação: a) de suas efetivas participações no resultado lesivo, as quais são dificilmente mensuráveis, dada a complexidade inerente aos sistemas de IA; b) do dano que se pretendia evitar ou remediar, em vez de direcionar o enfoque ao risco; e c) da conformidade dos agentes às normas aplicáveis, consoante padrões internacionais e práticas de mercado, instituindo uma espécie de *compliance* abordado previamente.

Como consequência, são construídos insuperáveis obstáculos à figura da vítima, relegada a uma posição de vulnerabilidade informacional⁷⁴ que a impossibilita de corretamente identificar os agentes envolvidos e de comprovar os comportamentos desidiosos que contribuíram ao resultado lesivo, ferindo-se, assim, a garantia da reparação integral.

As dificuldades tangenciam as questões: a) da transparência, diante da reduzida divulgação de informações acerca dos meandros dos sistemas de IA ao público-usuário; e b) da explicabilidade, porquanto a exposição inteligível do funcionamento dessas soluções, em uma linguagem acessível a tais destinatários,

72 SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. JOTA, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em: 1 dez. 2021.

73 MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

74 SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. JOTA, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em: 1 dez. 2021.

inexiste na prática. A assimetria de conhecimento técnico destacada na resolução europeia foi solenemente ignorada.

Ao tecer uma resposta ao descaso brasileiro, onde o lesado assume os encargos financeiros do fomento a práticas inovadoras, a mobilização civilista acerta ao enfatizar o simultâneo enfraquecimento da função precaucional, antecipadora dos riscos potenciais ainda desconhecidos relacionados aos sistemas de IA⁷⁵. Os árduos esforços em se tentar extrair uma atuação previdente de dispositivos esparsos acabam dilacerados por tal inciso.

Desta forma, tendo em vista que as discussões acerca da temática ainda não se encerraram, o grupo de juristas sugere a incorporação de uma redação idêntica à recomendada pela rejeitada Emenda ao Substitutivo nº 7, apresentada pelo deputado Bohn Gass⁷⁶:

Artigo 6º: VI – responsabilidade: normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial devem, salvo disposição legal em contrário, levar em consideração a *tipologia da inteligência artificial, o risco gerado e seu grau de autonomia em relação ao ser humano, além da natureza dos agentes envolvidos*, a fim de se determinar, *em concreto*, o regime de responsabilidade civil aplicável. (Grifos nossos).

Ela rompe com o deslize proveniente da instauração de um regime abstrato e firma os assentos para a definição da espécie aplicável, consoante as peculiaridades de cada situação concreta. Num panorama de constante aperfeiçoamento tecnológico e automatização das decisões⁷⁷, a adaptação das ferramentas tradicionais de responsabilidade, concebidas sob uma ótica analógica, ao contexto digital, torna-se imprescindível.

Desse modo, caso venham a ser acatadas as modificações indicadas, a elaboração normativa passaria a considerar a tipologia da inteligência artificial e a respeitar as singularidades inerentes às suas variadas categorias.

Algoritmos de classificação de perfis e de customização de conteúdo, por exemplo, apresentariam nuances próprias a serem medidas. As subespécies internas a cada uma delas também mereceriam atenção, pois poderiam elencar distintos graus de autonomia perante o homem⁷⁸.

75 IRRESPONSABILIZAÇÃO generalizada: Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. **Revista Consultor Jurídico**, de 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. Acesso em: 2 dez. 2021.

76 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Modificativa nº 7**, de 29 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2082094&filename=EMP+7+%3D%3E+PL+21/2020. Disponível em: 1 dez. 2021.

77 SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. **Fumus Boni Iuris**. Blogs. **O Globo**, 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-pl-da-inteligencia-artificial-armadilhas-vida.html>. Acesso em: 1 dez. 2021.

78 MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

Felipe Medon⁷⁹ esclarece tal aspecto ao diferenciar veículos autônomos (espécie de sistema) que demandam a salvaguarda humana do condutor, daqueles que a dispensam (graus distintos de autonomia). O autor igualmente enfatiza a relevância da correta identificação da proveniência dos agentes envolvidos, para a aplicação da régua subjetiva ou objetiva. Fornecedores, particularmente, ensejariam o regime objetivo consumerista.

A sugestão de alteração brasileira enfatiza a necessidade de investigação dos riscos criados pelos sistemas de IA, embora não reproduza a literalidade da proposta europeia, na qual são enquadrados como altos ou baixos e inseridos em regimes distintos àquele aplicável aos danos ao consumidor.

Como visto, o projeto de lei nacional até utiliza tais nomenclaturas quando especifica as possíveis medidas a serem implementadas pela Administração Pública, mas a abertura sugerida na carta ao item alusivo à responsabilidade (art. 6º, VI) pode figurar como oportuna, protegendo-o da obsolescência diante de irrefreáveis avanços tecnológicos.

Por fim, identifica-se no PL 21/2020 a repetição de disposições do CDC e da CF/88, pacificando a aplicação do regime de responsabilidade objetiva, respectivamente, aos danos causados por sistemas de IA em relações de consumo e pelos agentes da Administração Pública. Cabe, no último caso, o exercício do direito de regresso estatal pela comprovação do seu dolo ou culpa.

Embora integre o rol de objeções levantadas pelos seus críticos, tal pleonismo jurídico representa o menor de seus problemas. A pesarosa consagração de uma responsabilidade subjetiva pelo inciso VI de seu art. 6º ambiciona o crescimento econômico em curto prazo, ao inegavelmente favorecer as empresas que desenvolvem essa tecnologia, quase que as eximindo de deveres reparatórios, preventivos e precaucionais.

Contudo, a visualização de uma prosperidade longa, fincada na segurança jurídica e na criação de um espaço de confiança mútua entre empresas e usuários, não se afigura factível no presente momento. Embora a atualização regulatória em face das modificações trazidas pela inteligência artificial detenha relevância sob tal enfoque, ela não pode ocorrer de forma precipitada, sem o devido esgotamento das discussões sobre o tema⁸⁰.

79 MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

80 A superação deste preocupante cenário atravessa a instalação de uma comissão de juristas, a ser presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Villas Bôas Cuevas, sob o desígnio de assistir o Senado Federal na elaboração de minuta de substitutivo aos PL nº 5. 051/2019, 21/2020 e 872/2021, apta a uniformizar e aperfeiçoar o disciplinamento nacional da inteligência artificial. (MINISTRO preside comissão de juristas que ajudará Senado a regulamentar IA. **Revista Consultor Jurídico**, de 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-18/villas-boas-cueva-preside-comissao-senado>

Caberia ao legislador brasileiro, em uma alegórica inversão de papéis, simular os trejeitos da proeminente técnica do aprendizado de máquina, que, a partir da assimilação de exemplos fornecidos, fabrica modelos que solucionam problemas futuros. Assim, as instruções delineadas pela proposta europeia e pelos civilistas brasileiros pavimentariam o trajeto para a necessária correção de curso na configuração da responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial pelo PL 21/2020.

Nela, a definição do regime observaria as peculiaridades da situação concreta, consagraria o modelo objetivo enraizado à contemporânea sociedade de riscos e cimentaria a percepção multifuncional do instituto, pautada pela garantia da reparação integral e pelo engajamento preventivo e precaucional.

6. CONCLUSÃO

A inovação representa um veículo essencial ao desenvolvimento, aparelhando o incremento da produtividade dos países de maneira longeva. Nos dias atuais, tal transformação qualitativa perpassa a inteligência artificial, força-motriz da 4ª Revolução Industrial, caracterizada pela tentativa de digitalmente espelhar o intelecto humano.

A expansão dessa tecnologia disruptiva aos mais diversos segmentos públicos e privados demanda uma maior atenção regulatória, sobretudo quando consideradas as suas intrincadas particularidades.

Ainda que graduada como uma IA fraca, ela apresenta uma coleção de atributos (autonomia, imprevisibilidade futura, opacidade e diminutas transparência e explicabilidade) incitadora de elevados perigos, que podem, facilmente, materializar-se em danos massificados e complexos.

Sob a ótica da sociedade de riscos contemporânea, constata-se, na multifuncionalidade da responsabilidade civil e na adoção de um modelo reparatório objetivo, possíveis alternativas a tal problemática. A pluralidade do instituto, inicialmente edificada no campo doutrinário a partir da assimilação de experiências estrangeiras, comporta interessantes opções asseguradoras da reparação integral da vítima, influenciada pela releitura conferida pelo Direito de Danos.

Não obstante as funções restitutória, promocional e punitiva carecerem dos subsídios normativos necessários à sua incidência, atesta-se como viável a aplicação das atribuições preventiva e precaucional à área da IA. Com elas, torna-se possível lidar, antecipadamente, com riscos já conhecidos ou de possível ocorrência (riscos dos riscos).

Diante da proeminência do aspecto ressarcitório, observa-se a reparação *in natura* como um importante instrumento ao adequado amparo do lesado, potencializado pela adoção de um regime objetivo de responsabilidade. A eliminação da necessidade de comprovação da culpa torna-se extremamente benéfica a tal sujeito, especialmente quando consideradas as obscuras características dos sistemas de IA mencionadas.

Contudo, as escolhas firmadas ao longo da regulação brasileira navegam por um arriscado caminho. Sem embargo das incipientes orientações presentes na política pública da EBIA, os problemas centrais residem no Projeto de Lei nº 21/2020, tido como futuro marco legal da IA, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados.

Em adição à sua apressada tramitação e à generalidade de seu conteúdo, tem-se na configuração da responsabilidade civil o seu aspecto mais controverso. Embora as disposições iniciais do documento sinalizem para uma análise concreta do instituto, pautada pelo elemento do risco, a infeliz preferência por um modelo abstrato subjetivo (art. 6º, VI) condena a vítima a uma total apatia.

A inércia na obtenção da reparação resulta das dificuldades em se identificar corretamente o agente causador da lesão e compreender o engenhoso funcionamento das soluções de IA. Ademais, como salientado pelos civilistas brasileiros na citada carta endereçada ao Senado, restam ignoradas as funções preventiva e precaucional, com a transferência dos encargos pelo uso desses sistemas aos usuários e terceiros prejudicados.

O notório desprezo às importantes lições constantes nas propostas regulatórias europeias também preocupa. Defendendo uma visão polifuncional, fundada na divisão entre sistemas de alto risco (reponsabilidade objetiva), de baixo risco (responsabilidade subjetiva) e consumerista (responsabilidade objetiva), o vanguardismo estrangeiro inova ao estipular a categoria de riscos inaceitáveis, pela qual se proíbe o emprego de sistemas de IA capazes de transgredir os valores da União Europeia, como aqueles de vigilância em massa e de alteração comportamental.

Embora não se mostre pertinente uma completa transplantação dos ensinamentos colhidos no Velho Continente, parece salutar a incorporação de um regime de responsabilidade que seja: a) analogamente pautado pelo risco; b) compatível à tipologia e ao grau de autonomia do sistema de inteligência artificial, detectados em cada situação concreta; e c) acompanhado por uma atuação preventiva/precaucional.

A incorporação dessas soluções demanda a extensão dos debates promovidos sobre o tema. Apenas assim é possível converter o flagrante pessimismo que circunda o PL 21/2020 numa esperançosa projeção da inovação no Brasil,

calçada no fomento modernizador, na proteção de direitos fundamentais e na segurança jurídica.

Torna-se necessário, portanto, tomar um passo para trás, para que dois possam ser desferidos à frente, pois, como bem assevera Felipe Medon, “se for para ter uma norma ruim, melhor não ter norma alguma”⁸¹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGESIU, F. Zuirderveen. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>. Acesso em: 10 mai. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Modificativa nº 7**, de 29 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2082094&filename=EMP+7+%3D%3E+PL+21/2020. Disponível em: 1 dez. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto De Lei nº 21/ 2020** (Redação do Substitutivo), de 29 de setembro de 2021. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2083275. Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto De Lei nº 21/ 2020** (Texto Original), de 4 de fevereiro de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial** (EBIA). Instituída pela Portaria MCTI nº 4. 617/ 2021, de 06 de abril de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_diagramacao_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.
- CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei geral de proteção de dados pessoais. **RD Tec** – revista de direito e as novas tecnologias, v. 8, Jul. / Set. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/38411/1/Bruno%20Freire%20de%20Carvalho%20Calabrich.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 113-153, abr./jun.2010.
- COOTER, Robert. Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações. Versão adaptada em língua portuguesa: Luciano Benetti Timm. **Revista de Direito Público da Economia**. RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 165-190, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3x7M0bT>. Acesso em: 17 dez. 2021.
- DANTAS BISNETO, Cícero. Reparação não pecuniária de danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Ano 2, p. 653-675, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/688>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A.. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JR, Marcos. (Org.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, v. 1, p. 325-356.
- FRAZÃO, Ana. Marco da Inteligência Artificial em análise: Já não foram mapeados riscos suficientes para

81 MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? *Migalhas de Responsabilidade Civil*. Colunas. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

justificar uma regulação adequada e com efeitos práticos. Colunas. Opinião e Análise. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/marco-inteligencia-artificial-15122021>. Acesso em: 17 dez. 2021.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**. [S. l.], n. 21, 2009. Disponível em: [//www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89](http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89). Acesso em: 1 dez. 2021.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**: transformação digital: desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 35-37.

INSTITUTO DE PESQUISA CAPGEMINI. **The art of customer-centric artificial intelligence**: How organizations can unleash the full potential of AI in the customer experience. 2020. Disponível em: https://www.capgemini.com/wp-content/uploads/2020/07/AI-in-CX-CRI-Report_16072020_V4.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

IRRESPONSABILIZAÇÃO generalizada: Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. **Revista Consultor Jurídico**, de 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. Acesso em: 2 dez. 2021.

JUDOCA japonês é atropelado por ônibus autônomo na Vila dos Atletas. **GE**, Tóquio, 27 de agosto de 2021. Parolimpíadas. Disponível em: <https://ge.globo.com/paralimpiadas/noticia/judoca-japones-e-atropelado-por-onibus-autonomo-na-vila-dos-atletas.ghtml>. Acesso em: 1 dez. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 343.

MEDON, Felipe. Danos causados por inteligência artificial e a reparação integral posta à prova: por que o Substitutivo ao PL 21/2020 deve ser alterado urgentemente? Migalhas de Responsabilidade Civil. Colunas. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/351200/danos-causados-por-inteligencia-artificial-e-a-reparacao-posta-a-prova>. Acesso em: 1 dez. 2021.

METAVERSO, veículos autônomos, segurança cibernética e mais: seis tendências de Inteligência Artificial para 2022. **Yahoo! Finanças**, 19 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/metaverso-veiculos-autonomos-seguranca-cibernetica-e-mais-6-tendencias-da-inteligencia-artificial-para-2022-080038947.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MINISTRO preside comissão de juristas que ajudará Senado a regulamentar IA. **Revista Consultor Jurídico**, de 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-18/villas-boas-cueva-preside-comissao-senado-regulamentar-ia>. Acesso em: 23 fev. 2022.

NETTO, Milton Pereira de França; EHRHARDT JUNIOR, M. A. A. A Inteligência Artificial e os Riscos da Discriminação Algorítmica. In: Marcos Ehrhardt Júnior; Marcos Catalan; Pablo Malheiros. (Org.). **Direito Civil e Tecnologia – Tomo II**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v. , p. 719- 737.

PASQUALE, Frank A. Data- Informed Duties in AI Development. **Columbia Law Review**, U of Maryland Legal Studies, Research Paper No. 2019- 14, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3503121>. Acesso em: 10 nov. 2021.

REIS JÚNIOR, A. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/104>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, 1 set. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48>. Acesso em: 10 out. 2021.

ROSENVALD, Nelson. Você conhece o disgorgement? . **Nelson Rosenvald**, 2015. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/11/10/voc%C3%AA-conhece-o-disgorgement>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11- 31, jan. / abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 10 out. 2021.

SCHERER, Matthew U. , Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 29, Nº 2, 2016. Disponível em: <https://srn.com/abstract=2609777>. Acesso em: 15 set. 2021.

SCHERTEL MENDES, Laura. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. **Fumus Boni Iuris**. Blogs. **O Globo**, 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/laura-schertel-mendes-pl-da-inteligencia-artificial-armadilhas-vista.html>. Acesso em: 1 dez. 2021.

SCHREIBER, Anderson. PL da Inteligência Artificial cria fratura no ordenamento jurídico brasileiro. Opinião e Análise. Colunas. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/pl-inteligencia-artificial-cria-fratura-no-ordenamento-juridico-02112021>. Acesso em: 1 dez. 2021.

SILVA, Gabriela Buarque Pereira; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Direitos fundamentais e os algoritmos do Google: quais os rumos da responsabilidade civil decorrente da inteligência artificial?. **PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**, v. 26, p. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11670>. Acesso em: 24 fev. 2022

SILVA, Gabriela Buarque Pereira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Diretrizes éticas para a Inteligência Artificial confiável na União Europeia e a regulação jurídica no Brasil. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 1- 28, set. / dez. 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/133>. Acesso em: 24 fev. 2022.

SILVA, Fabrício Machado da; et al. **Inteligência artificial**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. , atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 323- 336.

TIROLE, Jean. **Economics for the Common Good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 430- 431.

TORTOISE MEDIA. Intelligence. Global AI. **Global AI Index**, 2021. Disponível em: <https://www.tortoisemedia.com/intelligence/global-ai/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

TRONCOSO, M. I. 2010. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**. 18 (jun. 2010), p. 205–220. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407>. Acesso em: 10 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Impactos Econômicos da Inteligência Artificial (IA)**, de julho de 2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637967/EPRS_BRI\(2019\)637967_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637967/EPRS_BRI(2019)637967_EN.pdf). Acesso em: 10 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 2021/ 0106**, de 21 de abril de 2021. Estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 1 dez. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Resolução do Parlamento Europeu 2020/ 2014 (INL)**, de 20 de outubro de 2020. Contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html. Acesso em: 11 nov. 2021.

UNIVERSIDADE DE STANFORD. AI Hiring Index. **The AI Index 2021 Annual Report**. Stanford University: Stanford, 2021. Disponível em: https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/11/2021-AI-Index-Report_Master.pdf. Acesso em: 11 dez. 2021.

VALENTE, Fernanda. STJ reconhece lucro da intervenção e manda empresa restituir lucro a atriz. Vantagens Patrimoniais. **Conjur Revista Jurídica**, de 08 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/empresa-restituir-lucro-usar-imagem-atriz-autorizacao>. Acesso em: 12 nov. 2021.

VIEIRA, A. B. C. ; EHRHARDT JÚNIOR, M. O direito de danos e a função preventiva: desafios de sua efetivação a partir da tutela inibitória em casos de colisão de direitos fundamentais. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, 1 set. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/56>. Acesso em: 10 nov. 2021.

COMPLIANCE JURÍDICO: ENTRE EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

ALDACY RACHID COUTINHO

1. INTRODUÇÃO

Compliance é, sobretudo, a afirmação de um compromisso com valores éticos e com a integridade. E, como anotado por Rotsch, “ha protagonizado una carrera vertiginosa” representando “por completo un nuevo objeto de trabajo de la Ciencia jurídica¹”. Não se trata, pois, da externalização da manifestação de um desejo ou um conselho, nem uma aposta dirigida a um futuro incerto. O agir em conformidade pressupõe, então, um padrão comportamental ditado por regras presentes na sociedade e advindas da cultura em relação às quais a observância e a obediência se traduz em um mandamento imperativo.

A ordem jurídica revela, então, sua constituição mandatória. Assim também toda ordem ética, como ressalta Ascensão, pois estando baseada em uma noção de dever ser, se traduz em regras caracterizadas pela imperatividade, tomada no sentido de revelação da exigência de sua aplicação².

As regras que ditam os comportamentos advêm tanto de uma normatividade jurídica vigente emanada do poder público, quanto daquelas fixadas no campo privado no espaço reconhecido da autonomia pela autorregulação:

Si la autorregulación es el resultado impenable de la necesaria evolución del modo en el que el Estado regula el mundo empresarial, debemos preguntarnos entonces por qué razón se ha convenido que la pura heterorregulación no es suficiente ni adecuada, al menos con carácter general, para disciplinar de forma conveniente la actividad empresarial. La respuesta al uso es simple: el Estado ya no está en disposición de hacerlo, o al menos, de hacerlo en solitario³.

Autonomia não mais se situa nos marcos do dogma da vontade; superada na modernidade, hoje tem-se que a autonomia privada constitucional é externalização de um dado jurídico, pelo poder limitado assegurado a sujeitos de direito dentro da ordem jurídica para que, autorizados, sejam estabelecidas normati-

1 ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. InDret – Revista para el análisis del derecho, Barcelona, jan. 2012, p. 1-11. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf> Acesso em: 20nov. 2022, p. 2; p. 9.

2 ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 37.

3 VILA, Ivó Coca. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir.); FERNANDEZ, Raquel Montaner (coord.) Barcelona : Atelier libros, 2013, p. 45.

vidades imperativas com coercibilidade no campo da gestão dos seus interesses particulares e coletivos: um poder de autogoverno da vida em sociedade.

Autonomia privada em que se funda a criação de um Programa de Compliance, é ‘o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica’⁴. Não há, pois, nem superposição de fontes, nem delegação de poder estatal, senão uma atuação correlata e complementar nos espaços autorizados para (auto)regulação. Não é o que se quer, mas o que se pode, e não se pode tudo, menos ainda tudo o que se quer, segundo o direito.

Ordem jurídica se consolida no espaço democrático pela adoção de normas de organização e normas de conduta. A submissão, de todos, à ordem jurídica vem acompanhada da coercibilidade, pelo que é inerente ao Estado o uso da força para ver-se aplicadas consequências a todos os que violam ou desatendem suas normas, assim entendidas as regras e os princípios. O emprego da força volta-se não somente para cumprimento das fontes heterônomas, mas ainda para as autônomas.

No espaço da autorregulação regulada, mais consentânea com a perspectiva de um Estado Regulador⁵, regras sobre ações e procedimentos são então criadas e, dentre outras possibilidades, os Programas de Compliance, Códigos de Conduta, de Boas Práticas, de Integridade ganham juridicidade, com atuação inclusive em investigações e sancionamentos.

Imperioso, de todo modo, ressaltar que o Programa de Compliance não tem o único objetivo de assegurar aplicabilidade e observância às normas jurídicas estatais vigentes, eis que são as detentoras de imperatividade e coercibilidade. Cabe ao próprio Estado a investigação e coerção, inclusive com aplicação de sanções e penas, pela violação de suas normas. Seria, para tal escopo, inútil por desnecessário; talvez uma espécie de manifestação obsessiva e compulsiva pela ordem.

A função de compliance, portanto, volta-se à promoção e à prevenção no espaço de atuação dos interesses da corporação ou organização e não no interesse imediato geral e abstrato; indiretamente pode servir de instrumento auxiliar para conformidade com o sistema normativo estatal. A observância do direito é, afinal, um valor da ética e da cultura empresarial: “[...] el consenso parece total. [...] ‘una cultura empresarial basada en valores’ es un factor del éxito empresarial”⁶.

4 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 327.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2021, p. 51.

6 BACIGALUPO, Enrique; HERMIDA, Carmen. El cumplimiento del derecho como valor de la ética y la cultura empresarial. In: *Compliance y derecho penal*. BACIGALUPO, Enrique; HERMIDA, Carmen. (coord.). Cizur Menor : Aranzadi; Thompson Reuters, 2011, p. 17.

Os Programas de Compliance visam sobremaneira o controle e supervisão de condutas éticas e jurídicas para que desvios, fraudes, ilícitos não sejam cometidos e se o forem, sejam adotadas respostas imediatas para sanar as irregularidades, reduzindo conseqüentemente os custos da responsabilização pelos comportamentos desconformes.

Não por outra razão indica-se que instaura uma nova cultura no ambiente corporativo apesar de ter existência jurídica, isto é, seja fonte formal autônoma ou não-estatal. É, neste aspecto, instrumental. E, neste sentido, também finalístico. Portanto, gera efeitos irradiados imediatamente, em decorrência do seu conteúdo específico, sem qualquer condicionante, inclusive no campo jurídico. O primeiro efeito decorre da sua própria edição, pois acarreta uma alteração na realidade em relação ao precedente temporal. Um antes e um depois do Programa de Compliance, já indica uma mudança, isto é, algum efeito típico em si considerado. No aspecto jurídico denota a criação de regras e princípios, direitos e deveres, obrigações, procedimentos, diretrizes e sanções. Não se restringe ao âmbito das condutas, abarcando a forma de organização das corporações.

Da mesma forma, deve ainda ser eficaz, efetivo e eficiente. Para se atingir a finalidade pretendida, tem-se que um Programa de Compliance não pode/deve ser apenas um documento ou tampouco ser reduzido à mera materialização em um papel. Nada obstante não se deva tomar como idênticos os Programas de Compliance e Programas de Integridade, para o presente artigo basta a menção de que embora sejam distintos, vem sendo aceitos indistintamente como equivalentes, sobretudo pelos legisladores. Recentemente a edição do Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022, que regulamenta a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, quanto a atos lesivos, conceitua no art. 56 o Programa de Integridade como sendo aquele que “no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação **efetiva** de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes”. Acrescenta, nos incisos I e II do art. 56, que são objetivos a (i) prevenção, detecção e saneamento de atos desconformes tais como desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos; e o (ii) fomento e manutenção de uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Referido Decreto define, ainda, critérios para avaliação dos Programas de Integridade quanto à existência e aplicação (art.57) e, dentre os parâmetros, a “gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias do programa de integridade e a alocação **eficiente** de recursos” (grifo nosso). No parágrafo 2º, do citado artigo, há indicação de que “A **efetividade** do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**”.

As noções conceituais de eficácia, efetividade e eficiência não são imunes de controvérsias no âmbito doutrinário, sendo por vezes empregadas indistintamente. Como indica Tércio Sampaio⁷

na teoria jurídica, tradicionalmente, encontramos dois conceitos diferentes relacionados à efetividade das normas, que nem sempre são usados com a devida especificação. [...] há concepções meramente *sintáticas* da efetividade, caso em que a doutrina usa, embora com certa indecisão, o termo *eficácia*, no sentido de aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma [...]

É mister precisar os seus conteúdos, em especial porquanto dispositivos legais determinam, *prima facie*, apenas a análise da efetividade e eficiência e não da eficácia de um Programa de Compliance como condição necessária para incidência de benefícios diante do cometimento de ilícitos criminais ou administrativos. Mas não há efetividade sem eficácia, nem eficiência sem efetividade.

2. EFICÁCIA E A GERAÇÃO DE EFEITOS

A compreensão de que o Programa de Compliance seria uma ferramenta da gestão corporativa, para difundir e implementar valores éticos por meio de processos e controles internos, não é de todo equivocada, embora seja reducionista. Na medida em que não é um indiferente jurídico, até porquanto há previsão normativa de sua adoção, consubstancia-se em um ato jurídico – embora há quem o tome como um negócio jurídico –, à semelhança de regulamento empresarial. Desde logo tem-se que é dotado de eficácia.

Ser eficaz, assim, se situa nos marcos da caracterização da existência jurídica. O Compliance não deve ser recebido como parte de uma estrutura da organização, um “departamento”; nem identificado com a função que lhe é inerente, assimilando o conteúdo pela forma. Tem existência enquanto fenômeno jurídico. Há previsão em distintos dispositivos legais, tais como na nova Lei de licitações, Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, em seu art. 25, parágrafo 4º; a previsão da hipótese normativa por vezes indica a perspectiva de uma voluntariedade, ou o prevê em algumas situações com caráter mandamental, impositivo. Por conseguinte, ocorrendo um ‘acontecimento’ que estará identificado como um suporte fático, se correspondente à hipótese normativa, a juridicização está caracterizada, com a consequente e infalível incidência da norma que adjetiva o ato como sendo ‘jurídico’. É correspondência do suporte fático à hipótese normativa que implica a existência jurídica e a adequação (não colisão com regras jurídicas vigentes e/ou preenchimento de todos os requisitos legais) que acarreta a sua validade. Ambas determinam as condições para geração de efeitos fáticos e jurídicos.

7 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 117.

A concepção do Programa de Compliance deve levar em conta no exercício das atividades os riscos atuais a que se submete, que não será o mesmo em cada organização ou corporação, pois minimizar a responsabilização é o escopo primeiro: “função de assegurar a adequação, o fortalecimento e o funcionamento de controle interno da instituição, em que o intuito é diminuir os riscos dos negócios que serão estabelecidos pela corporação, já que os *stakeholders* perceberão que transmite credibilidade⁸”.

Não por outra razão não há um modelo a ser seguido. Parâmetros para avaliação da existência e aplicação – eficácia – podem, no entanto, serem dessumidos do Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022, em seu art. 57, em seus incisos I a XV.

A validade vai ser determinada pela observância de um agente capaz, presença de um objeto jurídico lícito e possível e forma prevista ou não proibida por lei. É assente que não há um “modelo” a ser seguido para os Programas de Compliance, mas seu conteúdo não pode se contrapor ao direito vigente e sua forma deve ser a escrita. Pode resultar de uma declaração de vontade unilateral ou bilateral, no caso em que será formado por vários acordos de vontade.

Poderá ser entendida a eficácia de modo restritivo ao campo do direito ou inserir o impacto da realidade fenomênica. Aqui, então, remete-se à sua concepção, eis que é a se traduziria pela aptidão, enquanto potencialidade, para produção de efeitos jurídicos pretendidos. A concreta geração de efeitos é tão somente uma possível consequência, *post facto* e estará (em princípio) descolada, embora sendo conexa à existência jurídica e sua validade: não se trata de aferir a qualidade de produzir efeitos, mas a efetiva produção destes. Duas distintas acepções, então, podem tomar o vocábulo eficácia.

A aptidão para gerar efeitos, uma idoneidade, pressupõe o reconhecimento pelo direito do poder de acarretar consequências jurídicas acobertadas e garantidas. Não teria nenhum sentido pensar em potencialidade para geração de efeitos na prática, pois a própria presença, *de per si*, de um Programa de Compliance desde logo implica uma alteração na realidade de uma corporação; acarreta mudanças fáticas. A adoção da concepção da aptidão para gerar efeitos se restringiria, então, ao domínio do jurídico e instalaria uma necessária e nem sempre presente correlação entre existência/validade/eficácia. Instalaria, ainda, uma dissonância entre o ato não apto para gerar efeitos jurídicos e os efeitos práticos constatados, que deveriam ser suprimidos da realidade pela desconformidade, sem que se pudesse, por exemplo, voltar no tempo e ao *status quo ante*.

8 TOMAZ, Roberto Epifânio. O que é compliance? Histórico, conceito e objetivos. In: Descomplicando o compliance. TOMAZ, Roberto Epifânio (org.) São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2018, p. 29.

Desta forma, aceitando a eficácia como a geração de efeitos na concretude, isto é, não a possibilidade, mas a efetiva produção de efeitos, quaisquer que sejam eles, identificamos um Programa de Compliance eficaz quando, uma vez presente, altera uma situação prévia.

Os pilares de um Programa de Compliance, tais como são indicados, mesclam questões da própria existência jurídica, além da eficácia (efetiva produção de efeitos práticos na realidade das corporações) e efetividade (produção de efeitos pretendidos pela prática do ato jurídico). A construção de um Programa de Compliance depende da existência de uma identificação (mapeamento) e análise dos riscos ou *risk assessment*, da adoção de código de conduta ética, da previsão de controles internos e externos, de canais de denúncia. Outras situações, como monitoramento contínuo, *due dilligence*, investigações internas, auditorias ou monitoramento, dizem respeito à efetividade.

3. EFETIVIDADE E O ATINGIMENTO DE METAS OU FINS PRÓPRIOS

A efetividade remete à concretude da geração de efeitos almeçados, ou seja, à modificação na realidade no que tange ao atingimento dos fins próprios ou metas, que é, de uma parte, alterar a cultura organizacional e, de outra, prevenir, detectar e sanar irregularidades e atos ilícitos. Não se confunde com a eficácia, que diz respeito à efetiva geração de efeitos, fáticos e/ou jurídicos reconhecidos pelo direito. Se gerou algum efeito, mesmo que não tenha fomentado e mantido uma cultura de integridade no ambiente da organização ou corporação, por exemplo, foi eficaz. Embora possa não ser válido, se tiver sido concebido e aplicado por agente incapaz, pode ter sido efetivo. Isto porquanto não há uma correspondência necessária e imediata entre validade/eficácia e efetividade. Eficaz é se gerou algum efeito; efetivo é se atingiu a finalidade para qual foi concebido.

A efetividade está direcionada não para quaisquer efeitos; se conecta com a aferição do atingimento dos escopos, dos objetivos, das metas pretendidas. E se os fins alcançados o foram com a melhor relação custo/benefício, terá sido então, igualmente eficiente.

Os Programas de Compliance são estabelecidos para uma governança corporativa, prevenção e detecção de condutas desviantes. A resposta à indagação sobre as situações em que eles serão efetivo não pode se resumir apenas e tão somente se nenhuma conduta desconforme ocorrer, pois somente estar-se-ia considerando a meta de prevenção. Por conseguinte, se constatado um desvio, ele puder for descoberto, a finalidade de detecção determina a constatação da sua efetividade.

Ademais, a meta de um Programa de Compliance é reduzir custos e não os eliminar; e o objetivo é instar, como um compromisso, à conformidade ética e jurídica.

Não se tem como critério certo, entretanto, que a análise da efetividade estaria condicionada apenas à aferição da geração de efeitos em relação aos objetivos e metas. Nesse trilhar, tem-se como efetivo o Programa de Compliance quando se constata que houve (i) cumprimento, explicação com treinamento, com exemplo de comprometimento da alta direção; (ii) a presença de documentação e verificabilidade para controle dos atos, produzida e devidamente custodiada pela empresa; (iii) congruência e coerência em todas as ações; (iv) transparência na gestão empresariais; (v) separação de poderes; (vi) imparcialidade e independência dos órgãos de controle; (vii) confidencialidade.

Outrossim, é preciso analisar individualmente cada caso, como prevê o *Guidance Document – Evaluation of Corporate Compliance Programs* do U.S. Department of Justice, Criminal Division, a partir de três questões principais: (i) O Programa de Compliance foi adequadamente concebido? (ii) O Programa de Compliance está sendo aplicado com boa fé e honestidade ou em outras palavras, está sendo implementado efetivamente? E (iii) O Programa de Compliance tem atuado na prática?

4. EFICIÊNCIA E A QUESTÃO DOS CUSTOS - MÉTODOS

A eficiência se caracteriza pela geração dos efeitos pretendidos a partir de uma pauta de maximização dos resultados, levando-se em consideração os meios, ainda uma relação de custo/benefício (ação eficiente). A noção de eficiência está determinada pela adoção de uma episteme neoliberal, que resultou de um cambio de racionalidade de uma perspectiva presente anteriormente, representada pela causalidade (causa/efeito), em favor de uma ação eficiente, o que acarreta uma confusão entre

“efetividade (que visa fins), com eficiência (que está atrelada a meios).[...] O objetivo do mencionado cambio era o de – abandonando o princípio de falibilidade humana na previsão dos fins próprios da relação causa-efeito – combater fortemente o construtivismo, isto é, as instituições criadas deliberadamente por meio da razão. [...] o Direito [deve] ser pautado por ordens naturais espontâneas sem as ingerências de atos e decisões volitivas que pudessem gerar ‘desordem’. Com o giro provocado, deixa-se de ater aos fins, passando-se a importar única e exclusivamente aos meios”.

Os meios, então, justificariam os fins. De toda sorte, não se deve confundir, então, com eficácia, na medida em que

eficiência tem o intuito de melhorar o desempenho na consecução de um resultado, agido diretamente nos custos dispendidos para a sua realização, enquanto a eficácia objetiva simples-

9 MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des) encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 185.

mente o atingimento de resultados. [...] Acrescenta-se que os termos também são distintos da definição de efetividade, a qual diz respeito às consequências concretas¹⁰ [...]

Logo, todo Programa de Compliance deve ser eficaz, saindo do papel para alcançar a realidade, importando ainda atingir os objetivos, alcançar as metas, para chegar a ser efetivo e, na busca de um melhor resultado possível (benéfico), com o menor custo, poderá ser eficiente. Aponta-se, então, para a imprescindibilidade da adoção dos melhores procedimentos.

A tomada de decisões, então, como expressão de uma governança corporativa comprometida com o menor desperdício de tempo e dinheiro dependerá, certamente de um bom planejamento; e um bom planejamento dependerá certamente de uma correta e consentânea análise dos riscos. Ao final e ao cabo, não haverá Programa de Compliance eficiente sem uma análise de riscos.

É preciso, ademais, levar em consideração que a eficiência é um dado em constante aferição e que depende da adoção de um modelo adequado de avaliação, pois as condições reais em que se insere a corporação na sua atuação são mutáveis e complexas. Portanto, mesmo que tenha havido uma acurada análise dos riscos envolvidos para concepção do Programa de Compliance, como as situações envolvem sempre um número elevado de variáveis mutáveis, o Compliance seguirá sendo constantemente aprimorado diante de mudanças internas e externas e, assim atingir eficiência é um desafio contínuo.

Alvacir Correa dos Santos lembra que “eficiência e eficácia têm que andar juntas, significando que, em qualquer empreendimento ou organização, deve-se sempre buscar o melhor resultado, com o menor esforço ou custo possíveis¹¹”. Não somente na atuação de uma corporação no mercado, buscando lucro. A eficiência ingressa como princípio jurídico pela via constitucional (Constituição Federal de 1988), no seu art. 37, *caput*, por meio da Emenda Constitucional 19/1998, para a Administração Pública. Não se trata de um recorte de gestão estratégia no mercado, regido pela via econômica. É um imperativo de ditames constitucionais tais como a função social da propriedade. Na relação meio/fim alguns valores éticos e compromissórios com a sociedade, tais como meio ambiente ou direitos humanos determinam que o recorte de análise não deve se restringir ao filtro financeiro.

5. CONCLUSÕES

Por certo que diante da imperatividade das normas jurídicas estatais a sua observância não depende da adoção de qualquer Programa de Compliance. A

10 JANNIS, Andre Schmidt. *Compliance* público frente aos princípios da administração pública: a necessidade da atuação do advogado no *compliance* público como pressuposto de efetividade. In: *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. LAMY, Eduardo (org.). Belo Horizonte : Letramento; Casa do Direito, 2018, p. 45.

11 SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípio da eficiência da administração pública*. São Paulo : LIT, 2003, p. 189.

violação das regras e princípios jurídicos acarretam responsabilizações, que são vistos como riscos que geram custos pelas organizações e corporações.

Diz-se, pois, que o Programa de Compliance se consubstancia em instrumentos de supervisão empresarial, ou melhor, “en última instancia [...el] evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente¹².” Esse mecanismo de controle e supervisão no âmbito das corporações tem como finalidade a prevenção de práticas desconformes para redução da responsabilidade pela violação de normas jurídicas. A adoção de um Programa de Integridade, de um Código de Ética, Procedimentos de Boas Práticas, em si já denotam uma mudança de cultura na gestão das organizações, acarretando efeitos. Presente a eficácia.

Sua efetividade vai além, abraçando um compromisso com o atingimento das metas e objetivos na redução dos riscos; não está de forma alguma adstrita à violação “zero”, mas a um compromisso com a cultura do cumprimento das normas e da conduta ética na atuação.

Poderá ainda ser eficiente. Entretanto, a introdução da ação eficiente é legado da episteme neoliberal da lógica dos custos, com prevalência dos meios em detrimento dos fins, pelo que fica o alerta de que a racionalidade jurídica não deve jamais ser suplantada para acolher uma racionalidade econômica, sob pena de abandonarmos um projeto de nação inclusivo para permitir que os interesses privados e egoísticos tenham prevalência.

É certo que a autonomia privada precede e sustenta os negócios jurídicos, com uma nova moldura, mas “circumspecta a novos valores constitucionais e infraconstitucionais [...] sempre mediante autorização concedida pelo Estado para a consecução de tais movimentos do sujeito e a perseguição dos efeitos jurídicos almejados, [...] e sempre] socialmente funcionalizada¹³”.

Os Programas de Compliance não estão à margem do Direito, nem podem desconsiderar a normatividade constitucional. Até mesmo a empresa, como expressão da livre iniciativa e revelação da propriedade privada, deve ater-se à sua função social, exercendo em vista disso o relevante papel de conformação do social para o bem da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra : Almedina.

12 ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. InDret – Revista para el analisis del derecho, Barcelona, jan. 2012, p. 1-11. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf> Acesso em: 20nov. 2022, p. 2.

13 NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: A autonomia privada na legalidade constitucional. NALIN, Paulo (coord.) Curitiba : Juruá, 2006, p. 29.

BACIGALUPO, Enrique; HERMIDA, Carmen. El cumplimiento del derecho como valor de la ética y la cultura empresarial. In: Compliance y derecho penal. BACIGALUPO, Enrique; HERMIDA, Carmen. (coord.). Cizur Menor : Aranzadi; Thompson Reuters, 2011, p. 17-19.

JANNIS, Andre Schmidt. *Compliance* público frente aos princípios da administração pública: a necessidade da atuação do advogado no *compliance* público como pressuposto de efetividade. In: *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. LAMY, Eduardo (org.). Belo Horizonte : Letramento; Casa do Direito, 2018, p. 33-52.

JUSTEN FILHO, Marçal. Introdução ao estudo do direito. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des) encontros entre economia e direito. Florianópolis : Habitus, 2009.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: A autonomia privada na legalidade constitucional. NALIN, Paulo (coord.) Curitiba : Juruá, 2006, p. 13-45.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. InDret – Revista para el analisis del derecho, Barcelona, jan.2012, p.1-11. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf> Acesso em: 20nov.2022.

SANTOS, Alvacir Correa dos. Princípio da eficiência da administração pública. São Paulo : LTr, 2003.

TOMAZ, Roberto Epifanio. O que é compliance? Histórico, conceito e objetivos. In: Descomplicando o compliance. TOMAZ, Roberto Epifanio (org.) São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2018, p. 19-45.

VILA, Ivó Coca. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir.); FÉRNANDEZ, Raquel Montaner (coord.) Barcelona : Atelier libros, 2013, p. 43-76.

OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO NA SOCIEDADE DAS REDES

GEORGES ABOUD

A sociedade pós-moderna (isto é, a sociedade contemporânea) caracteriza-se pela *fragmentariedade* e pelo *aumento vertiginoso* da *complexidade*, apresentando, por isso, vários desafios à regulação estatal.¹

Atualmente, estamos na *era das redes*, um *modus* social que tem como predecessora a sociedade das organizações e, de forma mais remota, a sociedade dos indivíduos.

Conforme entende Karl-Heinz Ladeur, a sociedade das organizações se caracteriza pelo fato de que o conhecimento social é produzido e reproduzido por grupos representativos e entidades organizacionais.² Ela é protagonizada pelos partidos, sindicatos, universidades, grandes corporações econômicas e meios de comunicação institucionalizados, que substituem (ainda que parcialmente) os indivíduos enquanto polos de produção de conhecimento.

Trata-se de uma nova forma de policorporativismo, em que a supremacia hierárquica do Estado é posta em dúvida pelo crescente número de organizações sociais intermediárias.³

Os textos constitucionais, conforme observa Ladeur, não absorveram a sociedade das organizações. A sua regulamentação foi relegada a legislação infraconstitucional e ao Poder Judiciário, o que auxilia a compreender um aspecto particular da evolução do Estado de Bem-estar Social, que conduziu a uma crescente especialização e diferenciação do sistema legal que não pode ser facilmente interpretada a partir das formas constitucionais básicas — essas serviam melhor a intitulada sociedade dos indivíduos.⁴

1 Cf. Georges Aboud e Ricardo Campos. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: Regulação de redes sociais e proceduralização. ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Orgs.). **Fake news e regulação**, 3ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

2 “The societal knowledge base is increasingly processed and channeled by representative groups, organizations and a homogenizing technical infrastructure which goes beyond the open processes of self-coordination among individuals and small organizations, as used to be the case in the liberal order. However, the link-age of normativity and facts is reproduced in a more reflexive form and on a higher level than before.” LADEUR, Karl-Heinz. Constitutionalism and the State of the “Society of Networks”: the design of a new “control Project” for a fragmented legal system. **Transational Legal Theory**, v. 2, iss. 4, 2011, p. 463-475, p. 466.

3 “Organisationen, nicht mehr nur die Individuen wie in der ‘Gesellschaft der Individuen’, agieren in dauerhaft offenen, sich selbst transformieren den Netzwerken der Wissenserzeugung innerhalb von and zwischen Organisationen.” LADEUR, Karl-Heinz. **Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der ‘Privatrechtsgesellschaft’**. Hamburgo: Mohr Siebeck Tübingen, 2006, p. 296-297.

4 LADEUR, Karl-Heinz. Constitutionalism and the State of the “Society of Networks”: the design of a new “control project” for a

Muito embora a sociedade de organizações já esteja, em certa medida, marcada pela pluralidade e pela descentralização, e a sociedade das redes que içará a fragmentariedade ao próximo nível.

A sociedade das redes gravita em torno da economia de plataformas digitais (daí preferirmos chamá-la de sociedade de plataformas). Com efeito, notamos que, na pós-modernidade, prepondera o crescimento e a transformação de empresas em plataformas digitais, o que revoluciona o modo como as companhias operam e interagem com os demais atores econômicos e reguladores.

O intitulado “capitalismo das plataformas” chama a atenção justamente para o aspecto de que a nova lógica dos “ganhadores” do mundo digital (e.g., Google, Facebook, Amazon, Microsoft, Uber, Airbnb etc.) age para oferecer softwares ou hardwares em que outras empresas podem interagir e criar novos produtos para a economia.⁵ Ou seja, age para instituir um espaço em que os atores sociais possam se relacionar e, assim, produzir o *novo*, o conhecimento.

A produção de conhecimento é transferida para as redes, as empresas diluídas, que operam de modo flexível e hierárquico, e não permitem mais uma representação estável ou uma coordenação via organizações.⁶ Essa característica evidencia, ao mesmo tempo, a possibilidade de novas combinações surgirem, mas conforme uma lógica diversa daquela do passado.

A complexidade é crescente porque além de existirem múltiplos níveis de comando, a própria compreensão do que é o centro de comando fica diluída. Por outro lado, a experimentação assume papel protagonista, ao tempo que a estabilidade da ordem coletiva liberal passa a depender do aproveitamento produtivo do conhecimento, engendrado e compartilhado entre os particulares.⁷

Nesse ponto, fica evidente o quão complicado vai se tornando para o Estado a regulamentação desses temas e a assimilação de todo esse conhecimento gerado.

Na sociedade das plataformas, há crescimento exponencial de informação produzida pelos próprios particulares e em muitos setores retirando o protagonismo dos agentes públicos na produção da regulamentação e do conhecimento.

fragmented legal system. *Transnational Legal Theory*, v. 2, iss. 4, 2011, p. 463-475, p. 468.

5 “sie führt aber nicht wieder in die moderne ‘Gesellschaft der Individuen’ zurück, wengleich jede Remodellierung der liberalen Ordnung an der Institutionen anknüpfen muss.” LADEUR, Karl-Heinz. *Der Staat gegen die Gesellschaft*: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”. Hamburgo: Mohr Siebeck Tübingen, 2006, p. 298.

6 “Die neuen inter und intraorganisationalen Netzwerke, die ‘distribuierten Unternehmen’, sind eher flexible und heterarchisch angelegt und lassen eine sabile Vertretung und Koordination durch representative Organisationen nicht mehr zu”. LADEUR, Karl-Heinz. *Der Staat gegen die Gesellschaft*: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”. Hamburgo: Mohr Siebeck Tübingen, 2006, p. 304.

7 LADEUR, Karl-Heinz. *Der Staat gegen die Gesellschaft*: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”. Hamburgo: Mohr Siebeck Tübingen, 2006, p. 305.

É marca registrada da sociedade de plataformas a produção difusa da informação, antes concentrada nas organizações midiáticas, isto é, a imprensa escrita, a televisão e o rádio. O mundo ficcional engendrado pelos sites e aplicativos que operam na rede mundial de computadores – a internet — possibilitou ao indivíduo se tornar um (re)produtor em potencial de informação. Dito de outro modo, os jurisdicionados se tornam unidades (re)produtoras das informações de que antes eram apenas destinatários.

Conforme a narrativa de Karl-Heinz Ladeur, a sociedade das redes é o terceiro estágio da remodelação da sociedade de indivíduos, emergente do processo de transformação para as “hierarquias planas” (*flat hierarchies*) e auto-organizações heterárquicas que processam informação de uma nova maneira:

O conhecimento tecnológico, em particular, não é mais concentrado numa comunidade estável de especialistas; é distribuído em ‘comunidades epistêmicas’ orientadas para projetos que combinam a produção de conhecimento geral e específico em formas híbridas de comunicação; os exemplos principais são a biotecnologia e a tecnologia da computação, tanto como base da produção de novos programas de informação, quanto como recurso organizacional em outros campos de produção.⁸

Naturalmente, as crises que se iniciam no ambiente político estatal acabam por atingir o próprio direito. Quando falamos em problemas relacionados a regulação estatal, estamos nos referindo, também, às insuficiências do direito como o principal mecanismo a disposição do Estado para regulamentar a vida em sociedade.

Dessarte, se é necessário progredir para um modelo de Estado Procedural, é, igualmente, imprescindível a (re)construção de um direito proceduralizado, isto é, mais flexível, aberto ao aprendizado e adaptável às necessidades da realidade.

A sociedade das redes prescinde cada vez mais de um conhecimento experimental, produzido, na prática, pelos atores privados. “A ascensão desse tipo de conhecimento”, leciona Ladeur, “é inevitável, porque a sociedade experimenta-se com o novo e se projeta, cada vez mais, para além da própria experiência”.⁹ Isto é, experiência com o novo abre os horizontes e permite à sociedade evoluir para melhor responder aos fatos dinâmicos que cotidianamente se colocam.

Somente um direito procedural conseguirá lidar com a complexidade típica das questões da pós-modernidade. Na contemporaneidade, parcela dos con-

8 Tradução livre. No original: “Technological knowledge, in particular, is no longer concentrated in stable expert communities; it is distributed in overlapping project-oriented ‘epistemic communities’ which combine general and specific knowledge production in hybrid forms of communication; the primary examples are biotechnology, and computer technology both as a basis of production of new information programmes and as an organizational resource in other fields of production”. LADEUR, Karl-Heinz. Constitutionalism and the State of the ‘Society of Networks’: the design of a new ‘control project’ for a fragmented legal system. *Transnational Legal Theory*, v. 2, iss. 4, 2011, p. 463-475. p. 469.

9 Tradução livre. No original: “Der Aufstieg dieses neuen Wissenstypus ist unvermeidlich, weil die Gesellschaft mit dem Neuen experimentiert und sich mehr und mehr jenseits der Erfahrung selbst erwirft”. LADEUR, Karl-Heinz. *Der Staat gegen die Gesellschaft*, cit. p. 301.

flitos a serem regulados assumem a condição de verdadeiros paradoxos, consequentemente, ostentam a característica crucial para diferenciação em relação aos conflitos: a indecidibilidade por meio dos mecanismos de resolução que o jurista tradicionalmente tem a mão no âmbito jurídico.

Em lição muito clara, Thomas Vesting nos lembra que uma característica notável da relação entre o sistema legal e o seu ambiente – ou seja, em relação à tudo aquilo que *não é* o direito – é a de que a comunicação jurídica é, em larga medida, parasitária de regras e convenções de *conhecimento prático*.¹⁰

A prática da sociedade, ou, ao menos, de certos grupos sociais, produzem certas regras e convenções das quais o direito se vale amplamente. Foi assim, exemplifica o professor alemão, com a revolução industrial, onde emergiram padrões técnicos que, com o avanço da industrialização, tornaram-se formas de conhecimento mais “artificiais” criadas por organizações industriais.¹¹

A prática dos setores sociais constantemente “alimenta” o poder público com um conhecimento que ele não detém, mas, eventualmente precisa dominar ou, ao menos, ser capaz de obter. Não é difícil, portanto, inferir como o paradigma da decisão – defiro/indefiro; ganhador/perdedor – se mostra absolutamente insuficiente em decorrência de suas deficiências fundamentais.

Como é que o direito pode fixar regras para, por exemplo, a inteligência artificial empregada nos mercados de automação, quando esse setor, diuturnamente, inova e se renova? Qualquer lei que deseje ser específica sobre temas dessa natureza, tende a se tornar obsoleta muito rapidamente, consubstanciando um entrave indesejável e irracional a vida.

Por óbvio, não se trata de uma defesa pela *não regulação* do Estado em relação a temas ligados as novas tecnologias. Pelo contrário, a sociedade das plataformas alterou profundamente a compreensão de esfera pública de modo a reclamar a observância do Estado.

O que se propõe é o reconhecimento da inefetividade do direito se pretender regular e decidir todos os setores da sociedade, como, por exemplo, novas tecnologias pelo mesmo padrão regulatória do sistema de locações de imóveis.

O Estado precisa da razão procedural para adquirir a reflexividade necessária para ter aptidão no tratamento dessas novas complexidades, justamente por precisar assegurar um meio de agir estatal apto a assegurar a produção do conhe-

10 VESTING, Thomas. The Autonomy of Law and the formation of network standards. *German Law Journal*, v. 05, n. 06, June 2004. p. 651-652. “By practical knowledge I mean a range of practical skills, not abstract scientific knowledge in the sense of western rationalism. By practical knowledge this article primarily refers to a sort of knowledge that is difficult to learn apart from practicing it (...)”.

11 *Ibidem*, p. 656-658.

cimento — inexistente na materialização — para o Estado e o Judiciário exercerem adequadamente suas funções.

As contradições paradoxais constituem um dos principais traços distintivos da sociedade pós-moderna. Para muitos dos temas mais sensíveis não encontramos sequer um *common ground* a nos permitir ensaiar discussões no plano político, o que dirá no âmbito jurídico, cujos marcos regulatórios tradicionais são menos flexíveis.

Diante deste cenário, ou o direito se reinventa e incorpora dimensão de reflexividade, ou se tornará um mecanismo obsoleto, fadado ao desuso e a obsolescência perdendo cada vez mais seu código linguístico de diferenciação e, conseqüentemente, ficará mais fragilizado à mercê da degeneração ser promovida por outros sistemas, em especial o político.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Orgs.). **Fake news e regulação**, 3ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

LADEUR, Karl-Heinz. Constitutionalism and the State of the ‘Society of Networks’: the design of a new ‘control project’ for a fragmented legal system. **Transnational Legal Theory**, v. 2, iss. 4, 2011

LADEUR, Karl-Heinz. **Der Staat gegen die Gesellschaft**: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”. Hamburgo: Mohr Siebeck Tübingen, 2006

VESTING, Thomas. The Autonomy of Law and the formation of network standards. **German Law Journal**, v. 05, n. 06, June 2004

PLATAFORMAS DIGITAIS: POR QUE REGULAR?

ALFREDO COPETTI NETO
FABIO LUIS CELLI

1. INTRODUÇÃO

Com a emergência das plataformas digitais - leia-se, “empresas digitais globais”, conforme expressão adotada por Lucas Fucci Amato¹ -, surgiu na sociedade atual um problema jurídico ainda não resolvido, nem pelo Estado, e nem pela comunidade acadêmica, qual seja, a disseminação abundante de informações falsas ou descontextualizadas (as chamadas “*fake news*”) por meio de usuários dessas plataformas. E é nessa celeuma em que se discute a necessidade ou desnecessidade da regulação dessas empresas digitais globais, para que a comunicação entre as pessoas seja livre, sem manipulações, as quais, no limite, poderiam acarretar a própria derrocada da democracia.

Fato é que, em meio às discussões entre os envolvidos, ou seja, empresas digitais globais, imprensa tradicional e Estado, contata-se que existe um tratamento diferente à imprensa tradicional em comparação com ao dado às empresas digitais globais.

Em outras palavras, vê-se que o conteúdo produzido pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão é regulado por decretos, portarias e leis, de modo que esses veículos respondem editorialmente pelo que publicam e divulgam, ao passo que as empresas digitais simplesmente não são reguladas pelo Estado, editando, elas mesmas, os seus próprios termos de uso, único regramento da relação jurídica entre plataformas e seus usuários.

Em paralelo, e ainda segundo o escólio de Lucas Fucci Amato², vê-se também a escalada de uma opinião pública pulverizada, baseada quase que exclusivamente numa comunicação intermediada apenas pelas empresas digitais globais, já que a imprensa tradicional, nesse ínterim, vem se tornando cada vez mais dissociada do público em geral, culminando na sobredita disseminação de informações falsas, todas elas desligadas dos fornecedores originais, passando-as a pertencer a um sistema de anonimização da comunicação.

1 AMATO, Lucas Fucci. Fake News: Regulação ou Metarregulação?. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/til/edicoes/58/230/til_v58_n230_p29. Acesso em: 07 abr. 2023, p. 36.

2 Op. cit., p. 36.

A partir dessa constatação, especialistas começaram a se debruçar sobre o papel do Direito nesse ambiente, sendo que o tema virou “moda” quando do recrudescimento da pandemia do COVID-19 em 2020, momento em que muita desinformação sobre a doença foi propagada por intermédio das empresas digitais globais. Esse fato foi o que mais acabou chamando a atenção de todos que estudam ou criam as políticas públicas (leia-se, sociólogos, juristas, congressistas etc.), convergindo todos no sentido de que o Direito deve agir para evitar a repetição desses tipos de abusos frente à coletividade.

O direito de compartilhar informações é um direito fundamental, porquanto decisivo para o próprio exercício da democracia, e por isso mesmo, deve ser protegido e jamais tolhido por qualquer lei ou autoridade pública. Entretanto, para que se exerça esse direito sem a sua conversão a um abuso de direito, é essencial que a informação a se informar seja de qualidade e verdadeira, pois só esse tipo de informação possibilita o exercício de outro direito também fundamental, que é o de autodeterminação e de liberdade. Nessa linha, a informação verdadeira e acessível a todos é uma garantia de concretização de todos os direitos fundamentais.

Posto esse problema jurídico, esse artigo tem por objetivo analisar de que modo se deve levar a cabo essa regulação das empresas digitais globais para fins de proteção do direito fundamental à informação verdadeira, sem se tolher o direito, também fundamental, da liberdade de expressão e de pensamento.

2. A REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

2.1. O BALIZAMENTO NA MODERAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES POR PARTE DOS USUÁRIOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Vivemos num tempo em que as escolhas dos indivíduos podem ser abaladas pela influência de um bombardeio de informações que nem sempre são verdadeiras ou, mesmo que verdadeiras, podem ser descontextualizadas a fim de fazer com que usuários desavisados caiam em erro sobre a realidade dos fatos.

Assim, quando pensamos no Brasil, um país em que, pouquíssimos brasileiros atingem o nível pleno de habilidades no uso da leitura, escrita e matemática, esse problema é ainda mais grave do que podemos imaginar à primeira vista.

É justamente nessa perspectiva de compartilhamento massivo e rápido de informações que, apenas aparentemente, são verdadeiras, que ocorre a necessidade de uma revisão da ideia clássica de controle estatal sobre as comunicações.

Como bem esmiúça Philip Gil França³:

“[...] não podemos nos esquecer que os envolvidos nos novos tempos de informação democratizada (artificial ou natural) ainda estão, necessariamente, comprometidos com deveres constitucionais de promoção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Entretanto, torna-se imperioso lembrar que esses deveres possuem um custo e, assim, passa a ser pertinente a questão: para o alcance de uma sociedade melhor, até que ponto o indivíduo pode ter suas decisões condicionadas de modo desproporcionalmente artificial?”.

Para se responder a esse pergunta, é necessário realizar-se uma discussão séria e cautelosa sobre o difícil balizamento na moderação do compartilhamento de informações por parte dos usuários de plataformas digitais. Séria, porque envolve a própria noção clássica de democracia, por meio da qual os cidadãos têm o direito de ser livres em suas escolhas, sem quaisquer interferências falaciosas; e cautelosa, para se evitar qualquer tipo de violação aos direitos de liberdade de expressão e comunicação, que, como já falado anteriormente, são direitos fundamentais, pois que previstos no art. 5º da Constituição da República de 1988.

2.2. PARADIGMAS DO DIREITO QUANTO À PRODUÇÃO NORMATIVA PARA FINS DE REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Como bem explicam Georges Abboud *et. al.*⁴, para se fazer essa moderação mediante a produção de normatividade jurídica, existem três paradigmas do Direito. Primeiro, é a produção de normas pelo próprio Congresso Nacional, estando toda ela centralizada no próprio Estado. Segundo, seria a aplicação de normas jurídicas mais abstratas (princípios jurídicos, sendo que a maioria deles estão fixados no próprio Texto Constitucional) por parte do exercício da jurisdição constitucional, arraigado na técnica interpretativa da ponderação. Por fim, o terceiro seria a autorregulação regulada por meio da *proceduralização*.

O primeiro paradigma, da centralização da normatividade no Estado (leia-se, Poder Legislativo), “consegue captar apenas a dimensão social, na qual há uma tendencial externalização para uma unidade decisória política”; ou seja: sobre a aplicabilidade desse tipo de normatividade às plataformas digitais, ela acaba negligenciando aspectos temporais e territoriais importantes.

Com a velocidade vertiginosa pelo que as plataformas digitais se adaptam aos anseios dos usuários, fica praticamente impossível que o Congresso Nacional se reúna, discuta e edite normas para regular tais adaptações, de modo que o fato social das redes sempre ficaria descoberto pelo tecido legislativo.

3 FRANÇA, Phillip Gil . TUTELA da INFORMAÇÃO e COMPLIANCE DIGITAL na era da Inteligência Artificial: CASE FAKENEWS. In: Aldacy Rachid Coutinho; Alfredo Copetti Neto; Alexandre Barbosa da Silva. (Org.). Direito, compliance e tecnologia. . Ied. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, v. 1, p. 118.

4 ABBOUD, Georges. NERY JUNIOR, Nelson. CAMPOS, Ricardo. Fake News e Regulação. Disponível em [https:// thomson-reuters.jusbrasil.com.br/ doutrina/ 1197132515/ fake- news- e- regulacao](https://thomson-reuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197132515/fake-news-e-regulacao). Acesso em: 11 out. 2022.

No que pertine aos aspectos territoriais, interessante a colocação de Alfredo Copetti Neto e Ricardo Santi Fischer⁵, no sentido de que “[...] a globalização limita sobremaneira a capacidade de atuação estatal”. Deveras, a realidade atual em que se inserem as diversas plataformas digitais e seus usuários, na qual ambos não mais conhecem fronteiras, demanda ser impossível exigir-se a extraterritorialidade das normas editadas pelo Poder Legislativo de um único país.

O segundo paradigma, da jurisdição constitucional por meio da ponderação, tampouco não parece ser o melhor caminho, na visão de Georges Abboud *et. al.*⁶. A regulação das plataformas digitais tem que ser dinâmica e trazer segurança jurídica para o exercício dos direitos individuais e uma proteção à coletividade.

A prática da ponderação, como explicam Georges Abboud *et. al.*⁷, “desem-boca numa lógica autorreferencial de uma ‘vanguarda iluminista’, a qual tende a desprezar o produtivo processo de autoorganização da sociedade, especialmente o processo de aprendizagem coletivo da democracia”; isto é, a atuação nesse mercado das redes, com balizas consistentes apenas em conceitos abstratos como, por exemplo, “princípio do respeito à autodeterminação dos usuários”, traria uma insegurança tal para as plataformas digitais, que estas, no fim do dia, estariam bloqueando quase todo e qualquer compartilhamento de informações por parte dos usuários para apenas se resguardar de sanções (penalidades).

Já quanto ao paradigma da autorregulação regulada por meio da procedu-ralização, este se diferencia dos outros dois paradigmas,

“[...] na medida em que não concentra (somente) na unidade de um sistema político nacional as estruturas de produção e reprodução da normatividades jurídica. Por outro lado, perante o paradigma da ponderação, o modelo de proceduralização não reduz as condições de reprodução da normatividade jurídica à colisão de princípios abstratos a serem levados a cabo dentro dos quadros de uma jurisdição constitucional. Pelo contrário, a proceduralização parte justamente da falência, ou melhor, a insuficiência dos dois modelos anteriores ao tomar os requisitos de ambos os paradigmas [...]”⁸.

Nessa linha, explicam esses autores que a autorregulação regulada é a melhor opção, justamente por causa da tensão existente entre a necessidade de regulação (ao menos a implementação de standards de direitos fundamentais) e a própria racionalidade das fórmulas, códigos e leis (conceitos matemáticos, não jurídicos) da internet, além do próprio funcionamento das redes. Isto é, a própria dificuldade dos leigos para conhecerem, de fato, de como funciona a criação das plataformas digitais, cria a necessidade de um processo de aprendizagem que só

5 NETO, Alfredo Copetti Neto. FISCHER, Ricardo Santi. Estado de Direito Garantista, Neoliberalismo e Globalização: os Direitos Fundamentais como Limites e Vínculos aos Poderes Econômicos Desregulados. *Revista dos Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 18, 2015, p. 262.

6 Op. cit.

7 Op. cit.

8 Op. cit.

pode ser levado a efeito por meio de cooperação entre o Estado leigo e o setor privado especializado.

O mesmo raciocínio é o de Lucas Fucci Amato⁹, no seguinte sentido:

“O maior ganho potencial da autorregulação regulada, portanto, é institucionalizar uma dinâmica de observação e aprendizagem mútua entre Direito estatal e ordem jurídica privada, o que parece essencial em tópicos ainda pouco programados pelo sistema jurídico”.

Dito de outro modo, a disseminação de notícias falsas obriga a necessidade de que o Direito não apenas defina normativamente direitos e deveres dos atores econômicos desse mercado, mas que, antes, procure definir os próprios meios pelos quais se possa regular esse ambiente, por meio de uma relação de cooperação, e não de submissão, de modo que a edição de regulação estatal imprima o norte para a edição da autorregulação.

2.3. DESCENTRALIZAÇÃO NA GERAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Ainda segundo os autores Georges Abboud *et. al.*¹⁰, para se entender o porquê de que a autorregulação regulada por meio de proceduralização seria o melhor caminho, é importante entender-se, por uma análise de epistemologia social, que na atual conjuntura global, coexistem na sociedade as mídias das grandes organizações (principalmente, as impressas e televisivas) e as mídias cujas fontes de informação são os próprios usuários de plataformas digitais. Em outras palavras, existe atualmente uma enorme descentralização na geração de informações, sem qualquer tipo de filtro de veracidade ou qualidade.

Essa falta de filtro não parece existir por causa de falta de vontade regulatória por parte do Estado, mas sim, reitere-se, pela impossibilidade de se fazer esse filtro unicamente pelo Estado, ou seja, este não detém a tecnologia necessária e suficiente para fazer esse filtro sozinho.

Quem têm essa tecnologia em franco desenvolvimento são as próprias empresas digitais globais. Desde meados da década de 80 do século passado, já se falavam dos tais “sistemas especialistas”, que servem de apoio à decisão humana, reunindo conhecimentos acerca de áreas específicas e que são capazes de simular, mediante inteligência artificial, o comportamento humano diante de situações a eles apresentadas.

É nessa via em que devem caminhar os criadores desse filtro de moderação no compartilhamento de informações nas plataformas digitais: criando *softwares*, por meio dos quais a inteligência artificial consiga entender e enfrentar

9 Op. cit., p. 48.

10 Op. cit.

as situações potencialmente violadoras ao direito à informação verdadeira e de qualidade. Realmente, seria impossível para o ser humano sozinho, sem a ajuda de cálculos matemáticos e algoritmos, analisar uma quantidade quase infinita de compartilhamentos de informações ao redor de todo o mundo.

Por conseguinte, fica claro que para vencer esse jogo de xadrez, o Estado precisa de uma ajuda do setor privado, ou melhor, deve andar de mãos dadas com os próprios empresários do mercado das redes.

Isso, não só porque ao Estado lhe falta conhecimento, mas ainda que o tenha, a própria função social das propriedades das plataformas digitais demanda que os empresários construam esse aparato regulatório juntamente com Estado.

2.4. *AUTORREGULAÇÃO REGULADA E PROCEDURALIZAÇÃO*

Como ensina Ivó Coca Vila¹¹, é devido a esse déficit cognitivo do Estado e aos altos custos envolvidos, que a ideia clássica de controle das comunicações pelo Estado (por meio da regulação) deveria ser revista.

Tradicionalmente, a regulação estatal é vista mediante dois extremos apenas: liberalismo ou estatismo. Por outros termos, classicamente existem apenas dois modelos de regulação, um puramente estatal, em que o Estado confecciona sozinho as normas regulatórias do setor em questão, as aplica e inflige as respectivas sanções, sempre sozinho também; e existe, por outro lado, um modelo regulatório absolutamente liberal, em que o Estado deixaria para o próprio mercado criar uma autorregulação pura conforme seu conhecimento aprofundado desse mesmo mercado.

Em síntese, para os clássicos existiria a heterorregulação (normas criadas pelo Estado mas que apenas assiste de fora o mercado regulado) e a autorregulação privada (normas criadas pelos próprios regulados sem qualquer participação do Estado).

Ao ver deste doutrinador espanhol, por uma ótica de revisitação dos conceitos tradicionais de regulação, o ideal seria, no que toca ao mercado das plataformas digitais de compartilhamento massificado de informações, um modelo intermediário, chamado de *autorregulação regulada*.

Esmiuçando um pouco mais ainda essas noções, o autor explica que a autorregulação conseguiria corrigir não só essa impossibilidade de o Estado conseguir regular sozinho a atividade das grandes corporações, que é cada vez mais

11 VILA, Ivó Coca, ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Org.). Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, 2013, p. 43.

complexa, mas também o fato de ele não ter capacidade financeira e organizacional para assumir os processos de regulação de cada nicho empresarial.

Desse modo, com a autorregulação, o Estado aumentaria a qualidade da regulação, já que quem mais conhece seu nicho são as próprias empresas que dele participam. Na autorregulação, portanto, haveria delegação, mas não mudança de titularidade da função regulatória.

Em resumo, o autor arremata dizendo que, se o arcabouço regulatório fosse um navio, o seu “timão” ficaria na mão do Estado, enquanto as empresas que “remariam” neste navio.

Nas próprias palavras do autor:

[...] “el progresivo y constante aumento de la complejidad social, de los niveles de tecnificación y desarrollo tecnológico, sumado al avasallador proceso de globalización habrían despojado al Estado de la capacidad de regular de forma adecuada las estructuras empresariales. La especialización y la profesionalización por sectores de actividad, así como la complejidad de las estructuras organizativas y los correspondientes modelos de gestión haría absolutamente inviable sistemas generales de heterorregulación. A esta incapacidad, si se quiere, fáctica, se uniría además una profunda crisis del Estado social, de modo que éste ya no dispondría tampoco de la capacidad financiera para asumir los altos costes que los procesos de regulación, supervisión y sanción, en ámbitos extremadamente complejos acarrear. En resumidas cuentas, el Estado ni tendría los recursos suficientes, ni sabría cómo hacerlos¹²”.

No mesmo sentido do autor espanhol, Georges Abboud *et. al.*¹³ entendem que a autorregulação regulada seria, por assim dizer, uma regulação indireta, feita mediante um procedimento proceduralizado. Este, seria formado por dois braços: um formado por standards criados pelo setor público com base na estruturação de interesses públicos; e outro formado pela autorregulação criada pelo setor privado, os próprios regulados.

Portanto, a proceduralização da autorregulação regulada foca na dimensão processual para a aquisição, por parte do Estado, de conhecimento para decisões em âmbitos complexos, havendo, destarte, uma cooperação entre Estado regulador e os atores (setores) a serem regulados.

Por meio de seu braço público, a autorregulação regulada não regula de fato, mas apenas cria incentivos ou standards (princípios gerais e abstratos) para que as próprias empresas editem a regulação detalhando as normas de conduta do respectivo setor. O Estado, nesse esquema, ficaria restrito a oferecer vantagens ou desincentivos na hora de criar a autorregulação privada ou descumpri-la. Em suma, e parafraseando o referido autor espanhol, o Estado cria um marco abstrato, principiológico, dando uma “cenoura” para que as empresas corram atrás.

12 Op. cit., p. 46.

13 Op. cit.

2.5. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Uma vez explicado o fenômeno da autorregulação regulada, resulta oportuno demonstrar, juntamente com Ivó Cocá Vila¹⁴ novamente, a objeção principal que seus críticos fazem aos modelos de autorregulação regulada.

A crítica mais ferrenha se refere ao esfacelamento do princípio da legalidade, de modo que, quanto maior intervenção estatal, mais legítima a autorregulação regulada.

De todo modo, o esforço mais importante para a trilha da legitimação da autorregulação regulada é o envolvimento do maior número possível de atores no cenário da produção da regulação das plataformas digitais, criando uma “democracia organizativa” e abarcando os processos mais importantes da heterorregulação, como o devido processo legal, contraditório, defesa técnica etc.

É nesse sentido que Ivó Cola Vila¹⁵ pontua:

“Pues bien, para salvar el déficit democrático de los procesos de autorregulación, y especialmente, en aras a admitir la vinculación a éstos de consecuencias jurídicas estatalmente reconocibles, la doctrina viene apelando a múltiples y aparentemente renovadas vías de legitimación. [...] Baste con señalar que dicha legitimación viene buscándose en la intervención en los procesos de autorregulación del mayor número de agentes implicados posibles. Resumidamente, si el proceso de autorregulación los posibles afectados tienen la palabra, materialmente el proceso sería tan respetuoso o más con el principio democrático que el procedimiento clásico de heterorregulación. Aquí subyace con fuerza la noción de democracia organizativa o deliberar [...]”.

3. CONCLUSÃO

Como se pôde demonstrar nesse artigo, o tecido social do entorno ao funcionamento das plataformas digitais que servem de instrumento para a comunicação entre usuários e seus relacionamentos nas redes sociais, é deveras complexo. Essa complexidade advém não só das dificuldades técnicas na implementação de um filtro de moderação a fim de garantir o direito a uma informação verídica e de qualidade, mas também da enorme descentralização na geração das informações, cujas fontes se espraiam por todo o planeta.

Portanto, tentou-se demonstrar que o melhor caminho para se vencer esse quebra-cabeças seria a autorregulação regulada, por meio de uma proceduralização aberta à aprendizagem contínua, sempre com prestação de contas à sociedade.

Como a matéria a ser regulada é produzida por fontes descentralizadas, ela deve se sujeitar a um arcabouço regulatório criado também por fontes descentralizadas, ou seja, com base em standards de interesse público construídos pelo

14 Op. cit., p. 52.

15 Op. cit., p. 54.

Estado e que devem guiar o detalhamento normativo pelos próprios regulados (que são os detentores das plataformas digitais e seus usuários).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. NERY JUNIOR, Nelson. CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação**. Disponível em [https:// thomsonreuters. jusbrasil. com. br/ doutrina/ 11971 32515/ fake- news- e- regulacao](https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1197132515/fake-news-e-regulacao). Acesso em: 11 out. 2022.

AMATO, Lucas Fucci. **Fake News: Regulação ou Metarregulação?**. Disponível em: [https:// www12. sena- do. leg. br/ ril/ edicoes/ 58/ 230/ ril_ v58_ n230_ p29](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29). Acesso em: 07 abr. 2023.

FRANÇA, Phillip Gil . Tutela Da Informação E Compliance Digital Na Era Da Inteligência Artificial: Case Fakenews. In: Aldacy Rachid Coutinho; Alfredo Copetti Neto; Alexandre Barbosa da Silva. (Org.). **Direito, compliance e tecnologia**. 1ed.São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, v. 1, p. 111-124.

NETO, Alfredo Copetti Neto. FISCHER, Ricardo Santi. Estado de Direito Garantista, **Neoliberalismo e Globalização**: os Direitos Fundamentais como Limites e Vínculos aos Poderes Econômicos Desregulados. Revista dos Direitos Fundamentais & Democracia, v. 18, p. 254-274, 2015.

VILA, Ivó Coca, ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, 2013, p. 38-60.

MUNDO DIGITAL, ALGORITMOS E PERFILIZAÇÃO: DETECTANDO OS PERIGOS DE UM NEM SEMPRE ADMIRÁVEL MUNDO NOVO

EUGÊNIO FACCHINI NETO

1. INTRODUÇÃO

Estamos vivendo, em dimensão globalizada, um momento em que inúmeros sensores com os quais convivemos, e dos quais muitas vezes não temos noção, captam nossos dados pessoais e com eles formam nosso corpo eletrônico. Isso permite que se acumulem informações a respeito de cada um de nós a ponto de se garantir o conhecimento sobre quem efetivamente somos, do que gostamos, de nossos hábitos de consumo, do nosso círculo de amizades, de nossas simpatias políticas, de nossas tendências ideológicas, de nossos gostos. Conhecendo quem somos e nossas preferências, é possível nos ‘vender’ produtos e serviços afins aos nossos interesses.

Esses sensores que captam e aglutinam dados, permitindo uma precisa identificação de quem somos, não são somente estatais – a maioria, aliás, é manejada pela sociedade, através de seus agentes econômicos. Ainda que todo o processo tenha iniciado como uma tentativa de ‘vender’ produtos e serviços de uma forma mais eficaz, já que direcionado diretamente ao público potencialmente alvo, fato é que tais dados aglutinados podem ser facilmente transferidos inclusive a agentes não econômicos, com finalidade política e ideológica, como já ocorreu em tempos recentes (fenômenos do Brexit e da eleição de Trump).

O fenômeno permite a manipulação de opiniões e de pessoas, o que significa uma restrição da espontaneidade individual e um enfraquecimento da liberdade de cada um de se conduzir de forma realmente autônoma na vida de relação e nas suas relações com o Estado.

A inteligência artificial, que permite tudo isso, veio para ficar. Cada vez mais impactará nossas vidas. Isso é inevitável e seus resultados são majoritariamente positivos, permitindo ganhos de tempo, de produtividade, de eficácia. Todavia, traz consigo também algumas ameaças, que não podem ser desconsideradas. Ao contrário, impõe-se delas ter consciência, para que se procurem meios de reduzir ou controlar os inevitáveis danos.

Essa modesta contribuição não tem a pretensão de oferecer soluções, mas mais humildemente busca apenas indicar o surgimento e evolução desse proces-

so, pontuar alguns problemas e condensar as ponderações que os especialistas vêm fazendo a respeito.

2. A REVOLUÇÃO DIGITAL

A propriedade da terra foi o principal ativo econômico durante boa parte da história da humanidade. Com o crescimento das cidades, a partir da baixa idade média, passou a sofrer a concorrência crescente do comércio. E a partir do último quartel do século XVIII, máquinas e fábricas assumiram o papel de motores econômicos das nações. “No século XXI, a tecnologia da informação e o controle sobre os dados transformaram-se nos grandes ativos.” Um novo estágio é anunciado, em que ocorrerá a “fusão entre a tecnologia da informação e a biotecnologia (...) no qual se antecipa a integração entre o físico e o virtual, o humano e o mecânico. (...) Um mundo de promessas, desafios e novos riscos.”¹

Em visão concorrente, Klaus Schwab, diretor-presidente do Fórum Econômico Mundial, publicou, em 2016, “A Quarta Revolução Industrial”², que é o nome que ele dá³ à época em que passamos a viver nas duas últimas décadas, como um aprofundamento da revolução digital. Ela é caracterizada “por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos, e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).” A razão do seu caráter disruptivo em relação à terceira revolução industrial (relacionada ao advento da computação e da internet) é que essas novas tecnologias estão se tornando mais sofisticadas e integradas, envolvendo a fusão e interação de domínios físicos, digitais e biológicos, envolvendo aspectos tão distintos quanto sequenciamento genético, nanotecnologia, energias renováveis e computação quântica. Tudo isso implicou o advento de tecnologias que estão transformando a maneira como vivemos.

De fato, aos poucos, todos fomos migrando boa parte de nossas vidas para o mundo digital. Esse passou a ser o mercado onde compramos produtos e serviços, nossa fonte primeira de informações sobre o mundo e sobre as pessoas, além de ser o espaço predominante para os contatos pessoais. Suas aplicações são múltiplas e as vantagens infinitas.

A Inteligência Artificial, fenômeno que está na base dessa revolução disruptiva que estamos vivenciando, tornou-se possível, ou ao menos foi potencializada pela possibilidade de acumular informações (dados) sobre tudo e sobre

1 BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, p. 1262-1313, set./dez. 2019, p. 1278/1279.

2 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. Bauru/SP: EDIPRO, 2019.

3 Embora em 2014 Luciano Floridi já tivesse publicado obra identificando essa quarta revolução: “*The Fourth Revolution: how the infosphere is reshaping the human reality*” (Oxford: Oxford University Press, 2014).

todos. Essa quantidade imensurável de dados – conhecida pela expressão inglesa *big data*⁴ – constitui o combustível (*inputs*) que alimenta os programas de inteligência artificial, que com eles – os dados – aprendem, fazem correlações, e apresentam resultados (*outputs*). *Big data*, assim, passou a ser o novo petróleo (*new oil*), como constou na capa da revista *The Economist*, em edição de 2017. Ou seja, assim como o petróleo fornecia o combustível para impulsionar a antiga indústria, os dados – ou *data* – constitui o combustível que abastece a nova economia digital da sociedade algorítmica.⁵

Na verdade, a coleta de dados pessoais não é algo propriamente novo: o que ocorre é que os fenômenos do *Big Data* e *Big Analytics*⁶ “possibilitaram que tais atividades ocorressem de maneira muito mais eficiente, com mais veracidade, velocidade, variedade e volume”.⁷

4 Segundo Steve Lohr, citado por Dresch e Faleiros Júnior, “a expressão inglesa *big data* tem sua origem atribuída a John Mashey, que, desde a década de 1990 popularizou seu uso ao utilizá-la para se referir ao conjunto de dados com tamanhos além da capacidade de ferramentas de *software* usuais da época, englobando dados não estruturados, semiestruturados e estruturados, cujo tamanho’ é concebido como uma meta em constante movimento, variando de algumas dezenas de *terabytes* a muitos *zettabytes* de dados” (DRESCH, Rafael de Freitas Vale; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13. 709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESSENDONCK, Tiula (Coord.). **Responsabilidade Civil: novos riscos**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019, p. 66, n. r. 1. Em outra definição, *Big data* é o termo usualmente empregado para descrever “qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que tem o potencial de ser explorados para obter informações” (MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. O Big Data somos nós: novas tecnologias e projetos de gerenciamento pessoal de dados. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). **Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 405. Nas palavras de Sarlet e Molinaro, *Big data* é uma expressão que descreve um “tratamento de grandes quantidades de dados que visa reconhecer padrões e obter novas percepções a partir deles”, caracterizando-se pela “abundância, diversidade dos dados e rapidez com que são coletados, analisados e revinculados ou reintroduzidos no sistema” – SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 13 (2019), p. 183-213, p. 188. Bruno Bioni esclarece que o enorme volume de dados processados permite “correlacionar uma série de fatos (dados), estabelecendo-se entre eles relações para desvendar padrões e, por conseguinte, inferir, inclusive, *probabilidades* de acontecimentos futuros”. De certa forma, “big data não é um sistema inteligente”, pois ele “não se preocupa com a *causalidade* de um evento, mas, tão somente, com a probabilidade de sua ocorrência” - BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais** – a função e os limites do consentimento. 2ª ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 36.

5 BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. **Yale Law School: Faculty Scholarship Series**, n. 5160, 2018. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6159&context=fss_papers. Acesso em 22/10/2022.

6 A simples capacidade técnica de reunir volumes gigantescos de dados pessoais não teria grande significado, pois eles necessitam ser processados e trabalhados para que possam gerar valor, ou seja, há que se transformá-los em informação. É isso é feito através do que é chamado *big analytics*, ou seja, “a possibilidade de extrair, a partir dos dados, correlações, padrões e associações que possam ser consideradas informações. Para tal objetivo, é grande a importância dos algoritmos e das máquinas responsáveis por tal processamento.” Os fenômenos do *big data* e do *big analytics* apresentam, assim, uma “relação simbiótica”, pois as plataformas digitais “procuram ter o maior acesso possível aos dados dos usuários para depois poder convertê-los em informações e, a partir daí, usar tais informações em seu próprio negócio ou compartilhá-las com parceiros comerciais” – nesses termos, FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceze Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 337.

7 FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais** – e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020, p. 24/25. Na verdade, a autora apoia-se em Doug Lane, o qual se refere a *big data* como os “Four Vs”, os Quatro Vs: *volume, variety, veracity e velocity*. Segundo ele, *Data* é considerado “big” porque é produzido e coletado em **volume** gigantesco. Além disso, os dados apresentam-se com uma **variedade** nunca antes vista, abrangendo desde dados banais, como nome, idade, sexo, como outros abarcando dados de saúde e precisa geolocalização a cada momento do dia. A **veracidade** fica por conta da confiabilidade das informações coletadas, fornecidas pelo próprio interessado mesmo que ele não saiba disso. E **velocidade**, em razão da impressionante rapidez com que os dados são coletados, transmitidos, analisados, tratados - LANEY, Doug, disponível em <http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>. Acesso em 10. 12. 2019. Roberto PFEIFFER acrescenta às quatro características já citadas, mais uma – **valor** (*value*) – diante de sua indiscutível importância econômica para a economia digital – PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital Economy, Big Data and Competition Law. **Market and Competition Law Review** / volume iii / no. 1 / abril 2019, p. 55/56.

Os dados coletados, que abastecem a economia e sociedade digital, são substancialmente fornecidos ‘voluntariamente’, pelos próprios indivíduos, ao navegarem na rede, inclusive quando participam de espaços de lazer, como ocorre com as redes sociais.⁸

Quase a totalidade dos programas acessados na internet exige fornecimento de alguns dados, ou então a autorização para o responsável pelo programa acessar os dados armazenados nos aplicativos de celulares, nas redes sociais, na galeria de fotos, etc. Esse é o ‘preço’ que se paga para a utilização dos programas e aplicativos oferecidos na rede. Esses dados são valiosíssimos, pois baseados neles é que se montam estratégias publicitárias direcionadas, e é esta publicidade que remunera os serviços disponibilizados na internet⁹. De se notar que “o marketing direcionado promovido nas redes sociais vai muito além de banners e links patrocinados”¹⁰.

Os impactos da revolução digital são enormes, diversos, amplos e substancialmente positivos. Todavia, também apresentam motivos para preocupação, criando algumas distorções que devem ser enfrentadas. Isso ocorre em grande parte porque a transformação digital em que estamos inseridos está sendo realizada substancialmente por empresas privadas, “que podem exercer considerável influência sobre as liberdades de outros indivíduos privados e as condições reais de uso da liberdade, e que o fazem tendo em vista seus próprios interesses”¹¹. Assim, se inicialmente a preocupação era voltada para a proteção da privacidade frente ao Estado e entes governamentais (visto como o *Big Brother*), de algumas décadas para cá percebeu-se que tão importante quanto isso era a proteção de espaços de liberdade frente aos inúmeros operadores privados (*Big Other* ou *little Brothers*), já que o mercado “fez a privacidade passar de um direito a uma *commodity*”¹². As-

-
- 8 MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020, p. 343.
 - 9 Como referem Morey e Krajecki, “a ampla disponibilidade de muitos tipos diferentes de dados pessoais, juntamente com a capacidade de armazenar e analisar esses dados, permite que as empresas personalizem a experiência do consumidor. Com tecnologias como os smartphones, redes de sensores e produtos inteligentes conectados, as grandes empresas globais podem interagir com os seus consumidores de uma forma personalizada não mais vista desde que deixamos para trás a loja da aldeia para entrar na era industrial” (trad. nossa) – MOREY, Timothy; KRAJECKI, Kristin. **Personalization, Data and Trust: The Role of Brand in a Data-Driven, Personalized, Experience Economy**. Disponível em <https://www.frogdesign.com/designmind/personalization-data-trust-role-brand-data-driven-personalized-experience-economy>; acesso em 22/12/2020 (originariamente publicado no **Journal of Brand Strategy**, Summer 2016 (V. 5, n. 2, p. 178-185).
 - 10 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**. Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan. -abr. 2017, p. 122/123 e n. r. 23.
 - 11 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Transformação digital – desafios para o direito. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 44. Em decisão do final de 2019, o Tribunal Constitucional alemão constatou esse fenômeno: “Em todas as áreas da vida, os serviços básicos para o público em geral estão sendo cada vez mais prestados por empresas privadas, muitas vezes poderosas, com base em extensas coletas de dados pessoais e medidas de processamento de dados. Essas empresas desempenham um papel decisivo na formação da opinião pública, na geração e restrição de oportunidades, na participação na vida social ou mesmo em tarefas elementares da vida diária. Os indivíduos dificilmente terão outra escolha senão a de revelar em grande medida seus dados pessoais para as empresas, caso não queiram ser excluídos desses serviços básicos” - HOFFMANN-RIEM, *op. cit.*, p. 46.
 - 12 PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36. Segundo uma imagem cada vez mais difundida, os dados pessoais são “considerados o ouro do século XXI” – nesses termos, OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela, Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de

sim, as ameaças cada vez mais se originam não de um centro maligno e vigilante, mas sim de “milhares de empresas que coletam, armazenam e processam dados de seus clientes, consumidores finais ou não”¹³.

Algumas consequências atingem os indivíduos e impactam suas vidas no ambiente social e econômico. É o que será visto na sequência. Preocupações diversas atingem também a vivência democrática, mas estas não serão objeto desse artigo, em razão da limitação de espaço.

3. IMPACTOS DA REVOLUÇÃO DIGITAL NOS ÂMBITOS INDIVIDUAL E SOCIAL

Ao navegarmos na rede, deixamos pegadas, rastros, em quantidades imensas. Isso envolve desde nossas atividades mais simples (como digitar na barra de ferramentas do Google um assunto qualquer para pesquisa) às mais complexas (como transações financeiras) – tudo fica armazenado, revelando nossas “pegadas digitais”. Diferentemente do mundo “físico”, onde nem sempre nossas ações são registradas, no mundo “virtual” nada se perde, tudo fica guardado. Nesse mundo, nada é passado – tudo é presente contínuo, permanentemente acessível aos nossos dedos¹⁴. Com o uso de tecnologia, é possível agrupar e tratar esses dados esparsos, a ponto de fazê-los revelar quem somos, do que gostamos, o que pensamos. De fato, por meio das redes sociais, criamos perfis e participamos das mais diversas comunidades e grupos, compartilhando uma série de dados relativos a nossas características pessoais, preferências e gostos. Essa ânsia de visibilidade que constitui o *ethos* (ou *zeitgeist*¹⁵) de nossa era, todavia, traz consigo uma potencialidade de importantes danos¹⁶, inclusive à privacidade, “haja vista a coleta e

dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13. 709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados** – e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 53-82, p. 60. Ronaldo Lemos usa a expressão “petróleo” para expressar o valor dos dados pessoais na economia da informação, ou *data driven economy*, em que vivemos (LEMOS, Ronaldo. *Ou a sociedade acompanha internet ou a democracia começa a ficar em xeque*. Disponível em <https://blogdomorris.blogfolha.uol.com.br/2014/04/08/ou-sociedade-acompanha-internet-ou-democracia-comeca-a-ficar-em-xeque/>, acesso em 29. 11. 20). Conhecido artigo publicado na revista *The Economist*, publicado em 06. 05. 2017, que foi também sua capa, intitulado “*The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*”, referiu-se aos dados pessoais como *new oil* – Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em 29. 11. 20.

13 MENDES, Laura Scherel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 20, n. 79, jul. -set. 2011, p. 45-82.

14 FACCHINI NETO, Eugênio; DEMOLINER, Karine Silva. Direito à privacidade na era digital – uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo. **Revista Internacional Consinter de Direito**. Ano V, n. IX, 2º Semestre 2019, p. 134.

15 ROSENVALD, Nelson. Prefácio. In: PINHO, Anna Carolina (Coord.). **Discussões sobre Direito na Era Digital**. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2021, p. IX.

16 “[V]ivemos em um mundo em que o real e o virtual não se distinguem mais. / Entretanto, não existem ‘almoços grátis’. Era preciso pagar a conta de todas essas benesses propiciadas pela Internet. Vinte anos atrás, cogitava-se a cobrança pelo uso da rede e também pelo envio de e-mails, à semelhança de uma carta tradicional. (...) Em vez de pagar-se exclusivamente com moeda, por que não pagar parte do preço com dados pessoais? / Pedem-se dados pessoais nos caixas das lojas e das farmácias. Em cada acesso à Internet, registra-se quem está acessando, em que local se encontra, quanto tempo permaneceu e o que visualizou, com quem conversou e de quem se comprou, como pagou e se gostou. Basta analisar todos esses dados em larga escala por meio de algoritmos com inteligência artificial e o resultado obtido se torna um ativo de elevado valor. / Além disso, a esfera do debate público modificou-se substancialmente. O conforto do lar e o suposto anonimato trouxeram à tona uma série de preconceitos e ódios então velados no seio da sociedade, por meio de discussões irracionais na Internet, e esse fato tem sido muito explorado de forma deletéria no tratamento de dados pessoais e da inteligência artificial em termos de mensuração das opiniões das pessoas” - TO-

o tratamento indiscriminado de dados pessoais e a divulgação não autorizada de conteúdos íntimos por terceiros”¹⁷.

Essa coleta e tratamento de dados tem um valor econômico inmensurável, pois permite o direcionamento de publicidade adequada e personalizada a cada perfil. Mas não são apenas os agentes econômicos que se utilizam dos dados pessoais como relevantíssimo ativo empresarial. No âmbito do poder público, os dados pessoais também são cruciais para a formulação e implementação de boa parte das políticas públicas¹⁸, pois sua estruturação e implementação não são possíveis sem o conhecimento do perfil da população e suas demandas¹⁹.

O risco, porém, é de a sociedade ficar passivamente acostumada com essa coleta incessante de dados pessoais, a ponto de posteriormente sentir-se impotente para fazer respeitar a fronteira que deve existir entre as esferas públicas e privada, como aparentemente ocorreu na China²⁰.

Este item focará, porém, o que está ocorrendo no plano da economia digital, onde, segundo Shoshana Zuboff, “seis declarações assentaram o alicerce para o projeto mais amplo do capitalismo de vigilância”²¹ (ou sociedade da vigilância²²):

-
- MASEVICIUS FILHOS, Eduardo. Prefácio. In: PINHO, Anna Carolina (Coord.). **Discussões sobre Direito na Era Digital**. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2021, p. XVI.
- 17 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017, p. 141.
 - 18 Além disso, “permanecem, latentes e plausíveis, porém, as hipóteses de rastreamento e controle invisível por parte do governo como perigo potencial para um futuro, que inclusive pode tomar proporções trágicas caso sociedades totalitárias tenham acesso às tecnologias necessárias” –mas não só por elas, já que o sistema Echelon de vigilância (rede de rastreamento global de telecomunicações) teria sido formado por países que compõem sólidas democracias modernas, como os Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia – nestes termos, DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2019, p. 37/38 e n. r. 26.
 - 19 MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica? In: TE-PEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLÍVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020, p. 158.
 - 20 “Na China não há nenhum momento da vida cotidiana que não esteja submetido à observação. Cada clique, cada compra, cada contato, cada atividade nas redes sociais, são controlados. Quem atravessa no sinal vermelho, quem tem contato com críticos do regime e quem coloca comentários críticos nas redes sociais perde pontos. A vida, então, pode chegar a se tornar muito perigosa. Pelo contrário, quem compra pela Internet alimentos saudáveis e lê jornais que apoiam o regime ganha pontos. Quem tem pontuação suficiente obtém um visto de viagem e créditos baratos. Pelo contrário, quem cai abaixo de um determinado número de pontos pode perder seu trabalho. Na China essa vigilância social é possível porque ocorre uma irrestrita troca de dados entre os fornecedores da Internet e de telefonia celular e as autoridades. Praticamente não existe a proteção de dados. No vocabulário dos chineses não há o termo “esfera privada” BYUNG-CHUL HAN. **O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han**. Entrevista concedida pelo filósofo sul-coreano Byung-Chul Han ao jornal EL PAÍS, em 22. 03. 2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofista-byung-chul-han.html>, acesso em 20. 01. 2022.
 - 21 Ou economia da vigilância, para significar o fenômeno em que estamos imersos, em que o cidadão se torna um mero expectador passivo do fluxo de suas informações pessoais, como adverte ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. **Journal of Information Technology**, 4 abr. 2015, p. 75/ 89, p. 79, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594754 acesso em 20. 12. 2020. No mesmo sentido, adverte Frank Pasquale que a coleta dos dados pessoais, tanto por governos quanto por poderosos agentes econômicos, permite a criação do que ele chama de *one way mirror*, ou seja, uma situação em que eles podem tudo saber a respeito dos cidadãos/consumidores, sem que esses sequer saibam que estão sendo minuciosamente observados. Esse monitoramento constante, envolvendo cada ação individual (mesmo fora de transações formais, envolvendo simples manifestações de interesse na rede), leva ao chamado *capitalismo de vigilância*, uma economia que passou a se alimentar substancialmente dos dados pessoais para se desenvolver - PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Harvard: Harvard University Press, 2015, p. 9.
 - 22 A expressão *sociedade da vigilância* aparece no título do livro de LACE, Susanne. **The glass consumer: life in a surveillance society**. Bristol: Policy Press, 2005. A autora refere que todos nos tornamos “consumidores de vidro”, uma vez que os outros sabem tanto

1. Nós reivindicamos a experiência humana como matéria-prima gratuita para se pegar. Com base nessa reivindicação, podemos ignorar considerações de direitos, interesses, consciência ou entendimento dos indivíduos.
2. Com base na nossa reivindicação, afirmamos o direito de pegar a experiência do indivíduo para convertê-la em dados comportamentais.
3. Nosso direito de pegar, baseado na nossa reivindicação de matéria-prima gratuita, nos confere o direito de possuir os dados comportamentais derivados da experiência humana.
4. Nossos direitos de pegar e possuir nos conferem o direito de saber o que o conteúdo dos dados revela.
5. Nossos direitos de pegar, possuir e saber nos conferem o direito de decidir como usamos o nosso conhecimento.
6. Nossos direitos de pegar, possuir, saber e decidir nos conferem nossos direitos às condições que preservam nossos direitos de pegar, possuir, saber e decidir.²³

Essa economia baseada na coleta e tratamento de dados alterou a clássica concepção de privacidade, originalmente concebida como o direito de ser deixado só (*to be let alone*, na conhecida fórmula divulgada por Warren e Brandeis no longínquo ano de 1890), de se resguardar da intromissão alheia, cuja tutela se implementava a partir de uma lógica proprietária: assim como o proprietário tinha o direito de afastar terceiros do gozo dos bens que compunham seu patrimônio, também tinha o direito de manter o resto da sociedade afastada do conhecimento de aspectos de sua vida privada. Cuidava-se de “perspectiva negativa e estática da privacidade. A mudança conceitual passou a envolver o direito ao controle dos dados pessoais”, em “perspectiva positiva, dinâmica e, mais importante, extrapatrimonial”. Agora, a construção da identidade e o desenvolvimento da personalidade “passa a depender da forma pela qual o sujeito é revelado a partir do tratamento de seus dados”²⁴.

sobre nós que praticamente podem nos ver através de nós, como se fôssemos de vidro, já que nossas vidas cotidianas são gravadas, analisadas e monitoradas de inúmeras maneiras (p. 1). Já a expressão *Estado de Vigilância* é utilizada para identificar “uma forma de contaminação da democracia caracterizada pela intrusão dos governos e das corporações na liberdade e na privacidade de terceiros, sejam estes atores públicos ou privados” – nesses termos, MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. Revista *AJURIS*, v. 40, n. 132, dez. 2012, p. 65.

23 ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 210/211. À fl. 19 da mesma obra, Zuboff refere que a aglutinação dos dados reunidos sobre qualquer pessoa permite um conhecimento sobre ela que habilita prever “o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de *mercados de comportamentos futuros*. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro”.

24 TERRA, Aline de Miranda Valverde; CASTRO, Diana Paiva de. A responsabilidade do Poder Público no tratamento de dados pessoais: análise dos artigos 31 e 32 da LGPD. In: MULHOLLAND, Caídin (Org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago Ed., 2020, p. 240/241. Essa visão é inspirada na de Rodotà: comentando a evolução normativa europeia a partir da proteção da vida privada na Convenção de 1950 (que se limitava a proteger o “respeito à vida privada e familiar, seu domicílio

Com isso, a lógica do sigilo e a distinção entre as esferas pública e privada foram completamente alteradas, pois não só os dados sigilosos da esfera íntima passaram a ser protegidos, já que atualmente “todo dado pessoal passa a ser, *prima facie*, protegido, e toda operação de ‘tratamento’ de dados pessoais deve ser justificada” por enquadrar-se em alguma hipótese prevista na legislação protetiva dos dados. “Isso vale para dados pessoais que não sejam íntimos ou mesmo aos que são públicos. Trata-se de um regime jurídico voltado a regular toda e qualquer fase do fluxo e da circulação de dados pessoais na era da sociedade da informação”²⁵.

A importância dos dados pessoais, mesmo que não pertinentes à esfera da intimidade, foi captada por importante e célebre decisão da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), de 1983, envolvendo a análise da constitucionalidade da Lei de 25.03.82, que dispunha sobre o recenseamento da população, das profissões, das residências e dos locais de trabalho. Afirmou o tribunal que era irrelevante se as informações coletadas envolviam dados íntimos, privados ou públicos, pois qualquer que fossem, a partir do processamento eletrônico de tais dados era possível reconstruir um ‘perfil completo da personalidade’, o que acarretava potencial risco para os cidadãos. Afirmou-se que uma sociedade, “na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação”, seria contrária ao que identificou como um direito fundamental à autodeterminação informacional (ou informativa). Segundo o BVG, não mais existiriam dados insignificantes e que a atribuição de dados a uma esfera íntima não tem mais nenhum papel significativo^{26, 27}.

e sua correspondência”) para a proteção conferida pela Carta de direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (que garante também o “direito à proteção de dados pessoais” e prevê a efetivação de tal proteção através de uma autoridade independente), diz Rodotà que “a distinção entre o direito ao respeito da vida privada e familiar e o direito à proteção dos dados pessoais não é bizantina. O direito ao respeito da vida privada e familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados (...) – *i. e.* é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos. Adicionalmente, a supervisão e outros poderes não são somente conferidos às pessoas interessadas (os sujeitos dos dados), mas são também entregues a uma autoridade independente. A proteção não é mais deixada somente aos sujeitos dos dados, uma vez que existe um órgão público permanente responsável por isso” - RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria C. B. de Moraes. Trad.: Danilo Doneda e Luciana C. Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

25 ABREU, Jacqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 588.

26 Sobre esse caso, imprescindível a leitura de MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)** – A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, especialmente pp. 229 e 230. Essa visão doutrinária acabou repercutindo também na recente jurisprudência do STF pois no julgamento da paradigmática ADI n. 6.387, julgada em 6 e 7 de maio de 2020, a Min. Carmen Lúcia, em seu voto concorrente, referiu que “não existem dados insignificantes” (no caso, tratava-se de nome, endereço e telefone – dados que há duas décadas atrás estavam disponíveis em todas as residências, através das listas telefônicas impressas – ou facilmente disponibilizadas pelo serviço de Informações, fornecido pela empresa oficial de telefonia...). Isso se deu, segundo a Ministra, em razão da “atual capacidade de processamento de dados, desde que cruzados com outras informações e compartilhados com pessoas ou entidades distintas”, o que permite que os dados ganhem novo valor e significado. Segundo ela, “a partir de técnicas de agregação e de tratamento, sua utilização pode-se dar para fins muito distintos dos expostos na coleta inicial”. E, no mesmo julgamento, o Min. Gilmar Mendes reforçou que o direito fundamental à proteção dos dados possui conteúdo mais alargado do que o direito à privacidade, já que não se restringe aos dados íntimos, estendendo-se, ao contrário, a todo e qualquer dado que possa conduzir à identificação de alguém.

27 É importante notar que após a paradigmática decisão da Corte Constitucional alemã de 1983, que reconheceu o direito funda-

Isso ocorre porque as principais decisões que impactam a vida das pessoas na sociedade, como concessão ou não de crédito, ou obtenção de vaga no emprego, que antes eram tomadas por seres humanos, agora quase sempre são delegadas para “sistemas automatizados, algoritmos de *ranking* e modelos de risco preditivo”²⁸, a partir da análise dos mais variados dados encontráveis na rede.

E isso é preocupante, pois os dados pessoais “são nossos avatares com relação a tudo o que acontece conosco no mundo digital. Em outras palavras, os dados pessoais são a representação do que nós somos. Por meio deles, nossa vida é decidida em múltiplas esferas”²⁹. A partir dos dados, forma-se uma espécie de “mosaico identitário”, proveniente não só dos dados que espontaneamente fornecemos para ter acesso a alguma informação ou aplicação, ou para fazer qualquer transação digital, mas também das ‘pegadas digitais’ (ou ‘sombras digitais’) que deixamos na rede, sejam imagens captadas em câmeras de vigilância, dados advindos das transações econômicas e bancárias, diagnósticos e prontuários médicos, histórico de compras, movimentações processuais, etc.³⁰

Todas essas informações colhidas sobre cada um de nós, a partir desses dados que produzimos, consciente ou inconscientemente, na rede, são essenciais para esse novo modelo de negócios, baseado na exploração e monetização desses dados pessoais, cujo ulterior tratamento permitirá a criação de perfis, individuais

mental à autodeterminação informativa, uma segunda decisão igualmente importante foi proferida em 27. 02. 2008 pela mesma BVerfGE. Trata-se do caso *Online Durchsuchung*, que envolvia o controle de constitucionalidade do monitoramento *on-line* de sistemas informáticos por órgãos de segurança estatal. Nesse caso, “em vez de aplicar o direito à autodeterminação informativa (...) a Corte extraiu do direito geral à personalidade (art. 2, I, c/c art. 1, I, da Lei Fundamental alemã) um direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas informáticos (...). Esse direito, que ficou conhecido na opinião pública alemã como ‘direito fundamental informático’ (*Computergrundrecht*), chama a atenção exatamente por se referir na sua designação à confidencialidade e à integridade dos sistemas, conceitos-chave que compõem a definição de segurança da informação. A inovação da decisão reside também no fato de que o objeto da proteção constitucional passa a ser o próprio sistema informático pessoal, e por consequência o indivíduo que o utiliza”. (...) “Não basta apenas garantir os direitos de acesso, correção e cancelamento de dados pelo titular, é preciso também garantir a confidencialidade, a integridade e a autenticidade dos sistemas informáticos, assegurar a confiança dos indivíduos nesses sistemas, bem como garantir a gestão de riscos de vazamento de informação” – Nesses termos, MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança: uma perspectiva comparada. In: GRUNDMAN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima, et al. (org.). **Direito privado, Constituição e fronteiras**: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 276/277.

28 MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. In: TEPELINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020, p. 338. Segundo Frazão, “algoritmos preocupam tanto quando acertam como quando erram. Preocupam quando acertam, pois podem revelar aspectos íntimos da nossa personalidade (...). Preocupam quando erram, pois desconstruam a nossa individualidade” - FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPELINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais** – e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020, p. 34.

29 LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. **Privacy by Design**: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 448.

30 RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei 13. 709/2018. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 184/185.

e grupos, que otimizam a venda de espaços para publicidade³¹, além da venda dessas informações a parceiros comerciais^{32, 33}.

Os perigos associados a esse *trade-off* entre benefícios que almejamos e informações pessoais que disponibilizamos são bem elucidadas por Joana Varon:

Por exemplo, ao fornecer o número do CPF para obter descontos nas farmácias, a lista de medicamentos associada a esse dado pode conter informações delicadas sobre nossa saúde. É possível que essas informações sejam utilizadas de maneira discriminatória por seguradoras de saúde, alterando o valor da franquia de acordo com o perfil. Da mesma forma, nosso histórico de compras *on-line* diz bastante sobre poder aquisitivo e preferências pessoais. Por meio dessas informações, é possível embasar o direcionamento de propagandas compatíveis com o nosso gosto, tentando-nos a comprar algo que não precisamos, bem como cobrar preços mais altos ou limitar o acesso ao crédito para determinados perfis. Dados sobre orientação sexual, em uma sociedade que ainda vive preconceitos contra a diversidade, também podem servir a práticas de segregação, restringindo, por exemplo, as oportunidades de trabalho.³⁴

-
- 31 A gigantesca coleta de dados, sua conexão e o tratamento que permite a identificação de perfis, conduziu à criação da chamada *publicidade direcionada*. Ou seja, permite-se identificar potenciais consumidores que frequentam determinados ambientes (websites), ou direcionar a publicidade especificamente a um público feminino, ou de terceira idade, ou de adolescentes, ou de pessoas que gostam de viagens, de culinária, etc. Essa nova forma de publicidade permitiu a redução dos seus custos, pois ela passou a ser direcionada exclusivamente ao consumidor interessado, tanto que o serviço de publicidade da Google – Google Ads, anteriormente conhecido como Google AdWords – prevê que a contraprestação somente será devida se o potencial consumidor clicar no correspondente anúncio. Sobre essas formas de publicidade e seus efeitos para a proteção de dados, v. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais** – a função e os limites do consentimento. 2ª ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 14/17. Não se há dúvidas de que se trata de uma atividade extraordinariamente lucrativa, considerando que a holding Alphabet (que abrange a Google e todas as companhias do grupo), em 2016, teve um faturamento superior a 90 bilhões de dólares, dos quais 87% originavam-se de publicidade – MATTIUIZZO, Marcela. Business Models and Big Data: How Google uses your Personal Information. In: In: BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de (org.). **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 181.
- 32 TEPELINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPELINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados** – e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 290. Excelente estudo realizado pelo Ministério Público Federal nos informa que “empresas de tecnologia monitoram as atividades do consumidor quando conectado à internet – incluindo as pesquisas que ele fez, as páginas que ele visitou e o conteúdo consultado – com a finalidade de fornecer publicidade dirigida aos interesses individuais desse consumidor. (...) Os dados são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e técnicas de inteligência artificial, com o fim de sintetizar hábitos, preferências pessoais e outros registros. A partir disso são criados perfis para cada usuário (*profiling*) que possibilitam o envio seletivo de mensagens publicitárias de um produto a seus potenciais compradores. Redes sociais *on-line* como o Facebook também realizam o tratamento de dados pessoais dos seus usuários. A rede social permite a seus usuários gerar um perfil público, alimentado por dados e informações pessoais, dispo de ferramentas que permitem a interação com outros usuários afins ou não ao perfil publicado. A rede social é um intermediário que acumula informações pessoais sobre os usuários. Os clientes de redes sociais são aqueles que efetivamente contratam a rede social mediante retribuição, não os usuários, mas empresas que apresentam interesse na base de dados e na relação de usuários, para oferecer publicidade focada em grupos. As possibilidades oferecidas a uma pessoa são fechadas (encaixotadas) em torno de presunções realizadas por ferramentas de análise comportamental, guiando dessa forma suas escolhas futuras. A publicidade específica tem o efeito colateral de uniformizar padrões de comportamento, diminuindo o rol de escolhas apresentadas a uma pessoa. A elaboração de perfis pode levar à negatividade de acesso a determinado bem ou serviço (negativa de acesso a site porque o consumidor acessou sites de proteção ao crédito), bem como preços diferentes a consumidores diversos conforme o seu perfil (*adaptive pricing*)” - Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. **Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados** – Brasília : MPF, 2019. 85 p. – (Roteiro de Atuação ; v. 3), p. 58. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/sistema-brasileiro-de-protecao-e-acesso-a-dados-pessoais-volume-3>, acesso em 19/12/2020.
- 33 Refere Frazão que “na seara consumerista, assim como na seara trabalhista, são inúmeros os riscos da utilização de tais dados para praticar toda sorte de discriminações e violações a consumidores, empregados e candidatos a emprego em processos de seleção ou recrutamento” – FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. *JOTA*, 26/09/2018, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018, acesso em 20/12/2020.
- 34 VARON, Joana. Entrevista concedida sobre o tema da Privacidade e dados pessoais, para a Revista **Panorama setorial da Internet**. N. 2, junho 2019, ano 11, p. 12. Joana é Diretora da *Coding Rights*.

A preocupação maior com a proteção dos dados sensíveis liga-se especialmente ao princípio da não discriminação³⁵ (embora também se procure aumentar a proteção à privacidade e à identidade³⁶), objetivando-se evitar que a coleta de tais dados possa servir para tratamento discriminatório e lesivo. Tendo isso em vista, percebe-se que o valor a ser tutelado é o da igualdade material, e não o da privacidade propriamente dita.³⁷ A possibilidade de tratamento discriminatório em razão de aspectos relacionados a orientação sexual, religiosa, política, racial, filiação sindical, etc, não necessita de maiores explicações, à luz das experiências históricas de quase todos os países. Todavia, outros dados, mais triviais, podem se converter em dados sensíveis a partir do tratamento tecnológico alcançado pela chamada *Big Data*, que, como pontua Biondi, permite “correlacionar uma série de dados para prever comportamentos e acontecimentos”, exemplificando-se com o conhecido caso de uma loja de departamentos norte-americano que, através da coleta de dados da navegação pela internet das consumidoras, conseguiu identificar quais delas estariam grávidas, precisando, inclusive, seu período gestacional. O autor também refere estudo da Universidade de Cambridge mostrando que, a partir da análise de “curtidas” em uma rede social, foi possível criar um retrato fiel dos gostos e preferências dos usuários e suas próprias características, tendo logrado identificar com exatidão a porcentagem dos usuários homossexuais e heterossexuais, usuários brancos e negros, eleitores republicanos ou democratas³⁸.

De fato, dados aparentemente irrelevantes, colhidos para uma determinada finalidade, podem ser conjugados com outros, tratados por algoritmos e inteligência artificial, permitindo a extração de novas informações totalmente descoladas da finalidade que originou sua coleta. Assim, dados considerados irrelevantes ou triviais como “idade, altura, nacionalidade, os locais de moradia e de trabalho podem server de insumo para correlações, previsões e ranqueamentos acerca da personalidade do titular dos dados pessoais ou de determinados grupos sociais”³⁹.

35 Apoiada em Rodotà, Ana Frazão refere que “a própria definição de dados pessoais sensíveis (...) está ligada muito mais à proteção da igualdade e da não discriminação do que propriamente à intimidade. Basta ver que a LGPD considera dado pessoal sensível qualquer dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” – FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEPINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 105.

36 Essa é a chave de leitura proposta por Carlos Nelson Konder para explicar o destaque dado à proteção mais rigorosa aos dados sensíveis: proteção da privacidade, identidade e da não discriminação, como aspectos do direito da personalidade e da proteção da dignidade da pessoa humana – KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13. 709/2018. In: TEPEPINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 442.

37 Como refere MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13. 709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 110.

38 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais – a função e os limites do consentimento**. 2ª ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 84.

39 MENDES, Laura Schertel. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.).

A localização física do consumidor, por exemplo, em vez de dado neutro, pode ser decisiva para “catalogá-lo” em determinada classe de pessoas, com potencial efeito discriminatório⁴⁰.

O tratamento dos dados permite a construção de um perfil⁴¹ (o “corpo eletrônico” da pessoa) e a inclusão do indivíduo em um grupo, com base em

Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 82/83. Na mesma linha, Konder refere que “dados de localização geográfica, hábitos de compras, preferências de filmes e histórico de pesquisa podem parecer inofensivos isoladamente, mas um rápido tratamento em conjunto pode servir a identificar orientação religiosa, política e mesmo sexual” - KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13. 709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados – e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 451. Assim, “em verdade, qualquer dado pessoal, a depender do tratamento recebido, pode acabar revelando dado pessoal sensível, razão pela qual a classificação abstrata do dado se afigura reducionista e problemática” - TERRA, Aline de Miranda Valverde; CASTRO, Diana Paiva de. A responsabilidade do Poder Público no tratamento de dados pessoais: análise dos artigos 31 e 32 da LGPD. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil.** Porto Alegre: Arquipélago Ed., 2020, p. 246.

40 Em outro estudo, em co-autoria, tive a ocasião de descrever essa prática: “outra forma de discriminação injustificada é a prática de *weblining* que tem origem nas antigas práticas de seguradoras, que desenhavam linhas vermelhas – *redlining* – nos mapas das cidades para negar o acesso ao contrato de seguro, cancelá-lo ou vedar sua renovação em regiões de alto risco. (...) O *weblining* é a nova versão da técnica discriminatória, aplicada ao ciberespaço, à luz das técnicas de geolocalização, criando perfis especializados, no sentido de negar acesso a determinados bens e serviços, ou diferenciar preços a moradores de determinadas regiões, de acordo com sua condição financeira ou de determinada etnia” - COLOMBO, Cristiano. FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias.** Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 170. Sobre o *weblining*, v. HERNANDEZ, Gary A.; EDDY, Katherine; MUCHMORE, Joel. Insurance weblining and unfair discrimination in cyberspace. *Southern Methodist University Law Review*, Dallas, v. 54 (2001), p. 1953-1972. Em outro artigo, com a mesma parceria, ponderamos que “dados aparentemente ‘inocentes’, como alimentação em voos, manipulada para um determinado passageiro, pode revelar sua religião, bem como informações sobre alergias, podem indicar a presença de patologias. Tais dados, devidamente tratados, podem levar a um conhecimento iluminante sobre determinado sujeito, eventualmente sujeitando-o a exclusões discriminatórias” - COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. “Corpo eletrônico” como vítima de ofensas em matéria de tratamento de dados pessoais: reflexões acerca da responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (Coord.). **Responsabilidade Civil:** novos riscos. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019, p. 52/53.

41 A concentração de inúmeros dados fragmentários sobre os gostos e atividades digitais de um indivíduo conduz a uma ‘metainformação’, capaz de permitir a categorização de tal indivíduo em determinado grupo de pessoas assemelhadas, prever as tendências de suas decisões futuras e manipular suas emoções no sentido de conduzi-lo a atuar de tal ou qual maneira. Sobre o tema do *profiling* e seus riscos, consulte-se as excelentes contribuições de BONNA, Alexandre Pereira. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “*profiling*”, estigmatização e responsabilidade civil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias.** Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, esp. p. 22/23. Esse autor aponta os riscos de estigmatização (identificado, pelo autor, como a divergência entre a identidade real e a virtual de uma pessoa, pois a técnica de *profiling* categoriza as pessoas em estantes, gostos e preferências que podem não corresponder à realidade, estigmatizando-a) a que estão sujeitos muitos dos usuários da internet: “por exemplo, uma pessoa que busca apenas música sertaneja, forró e brega, literatura e filmes populares, jamais receberá uma oferta de cursos ou de disponibilização de material sobre música clássica, literatura grega e filmes cult. Ou seja, embora qualquer ser humano possa, em tese, se interessar por tais estilos de música, literatura e filmes mais buscados qualitativamente, a prática mercadológica necessita agir de forma inteligente e certeira diante do seu público alvo, motivo pelo qual o estigma criado serve como mola propulsora das plataformas digitais no momento de ofertar publicidade aos mais diferentes fornecedores de produtos e serviços.” Os estigmas criados pela técnica de *profiling* diminui “o leque de relações e contatos da pessoa com os mais diversos tipos de bens e serviços pagos ou gratuitos, tornando a rede menos democrática e mais discriminatória. Um outro exemplo, um sujeito que tem identidade virtual como ‘pobre/sem recursos financeiros’, sendo ou não de verdade, não receberá promoções de ingressos e viagens internacionais e/ou videoaulas de investimento financeiro (op. cit., p. 26/27). Características passadas do usuário, assim, acabam perpetuando o perfil pelo qual esse indivíduo se apresenta no mundo digital, dificultando sua mudança. Essa preocupação é universal, manifestada por todos os que atuam na área, como se vê do alerta levantado pelo Grupo de Trabalho 29 para Proteção de Dados, do Comitê Europeu de Proteção de Dados, em suas “ORIENTAÇÕES sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”: “A definição de perfis é suscetível de perpetuar os estereótipos existentes e a segregação social. Pode igualmente amarrar as pessoas a uma categoria específica e limitá-las às respectivas preferências sugeridas, pondo assim em causa a sua liberdade para escolher, por exemplo, determinados produtos ou serviços” – disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053, acesso em 29. 11. 21. O art. 4.º, ponto 4, do RGPD define a definição de perfis como “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações” - GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 3 de outubro de 2017, com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018 – Disponível em https://www.cnpd.pt/home/rpdp/docs/wp260rev01_pt.pdf, acesso em 21/12/2021.

análises estatísticas, sendo que, muitas vezes, os caracteres do grupo não refletem as reais “características de uma pessoa concretamente considerada, gerando uma discriminação abusiva”⁴².

Assim, as decisões automatizadas, fundadas em métodos estatísticos para análise de grande volume de dados, entre os quais se busca estabelecer correlações, podem ter grande impacto sobre a autonomia, igualdade e personalidade de um indivíduo. Isto porque na sociedade digital, os dados pessoais constituem a principal, por vezes única, forma de representação das pessoas perante suas relações pessoais, perante a sociedade como um todo e até mesmo perante organismos estatais, podendo abrir ou fechar portas de oportunidade. Caso a representação esteja equivocada, seja por falha do algoritmo, seja pela incompleta ou equívoca base de dados em que se baseou, isso afeta tanto a forma como o indivíduo se percebe como também o modo como a sociedade o enxerga e o avalia. Caso feche oportunidades, isso representa uma restrição indevida à sua autonomia, limitando a sua liberdade de ação, suas escolhas econômicas e até mesmo existenciais. Também pode significar violação ao princípio da igualdade, na hipótese de que a classificação e seleção operada por algoritmos produza resultados desiguais para pessoas em situações semelhantes, afetando negativamente as suas oportunidades de vida na sociedade⁴³.

De fato, “muito do que é coletado sobre os indivíduos não diz respeito somente à sua intimidade, mas também a aspectos públicos da sua vida que, quando reunidos, ganham nova dimensão, possibilitando a categorização dos usuários em determinados perfis”. Assim, a utilização dos dados deixa de se restringir apenas à questão da privacidade e passa necessariamente a envolver outras discussões, como o direito de não ser julgado ou categorizado para determinados fins ou com base em determinados critérios.⁴⁴ Isso tudo preocupa pois não se tem nem mesmo como avaliar o potencial danoso de algoritmos, cuja fórmula se ignora, bem como não se tem conhecimento da correção ou completude dos dados em que se baseiam, além do fato de trabalharem em cima de correlações que não correspondem a causalidades⁴⁵.

42 MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13. 709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 116/117.

43 DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 98.

44 FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 340 e 341.

45 FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 343.

É hora de finalizar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto buscou evidenciar a civilização digital em que estamos inseridos, com todos os seus pontos positivos, mas também alertando para os riscos e perigos inerentes ao uso dessa nova tecnologia.

Passamos a viver em uma sociedade hiperconectada e migramos boa parte de nossas relações, sejam pessoais ou econômicas, para um mundo virtual. Enquanto no mundo real nossos percursos passam muitas vezes despercebidos, não deixando rastros ou testemunhos, no mundo virtual deixamos pegadas digitais que se tornam perenes. Nesse mundo projetamos uma sombra, reconstruída a partir dos dados que fornecemos e que são captados por incontáveis sensores. Esses dados esparsos – quiçá irrelevantes e isoladamente pouco identificadores – passaram a ser agrupados por meio de potentes algoritmos, que ajudam a construir nossos perfis (fenômeno conhecido como *profiling*, ou perfilização). E então, *voilà!* Conhecendo quem nós somos, do que gostamos, o que consumimos, o que fazemos, o que nos empolga, quais as nossas inclinações, fica bem mais fácil direcionar uma publicidade personalizada e despertar nossos impulsos.

Isso por vezes não tem efeitos tão preocupantes – resumidos a um maior consumismo. Mas como a acuidade desse perfil depende muito da qualidade e autenticidade dos dados coletados, por vezes ocorrem distorções que podem comprometer nossa verdadeira identidade. Ainda mais preocupante do que isso é a constatação da nossa inclusão em grupos de indivíduos que aparentemente possuem perfil semelhante – pela idade, etnia, tipo de trabalho, hábitos de consumo, localização, etc. E, por vezes, isso pode conduzir ao que é chamado de discriminação por associação, que pode acarretar uma série de problemas para os indivíduos ‘catalogados’ como membros de uma determinada categoria de pessoas. Se, por exemplo, alguém reside em um bairro de uma classe economicamente mais vulnerável e que, na média, possua um histórico de maior índice de inadimplência, talvez lhe venha a ser negado algum crédito, ou sua disponibilização a uma taxa de juros mais elevado, por ter o algoritmo previsto um risco maior de inadimplência, ainda que aquele cidadão, individualmente, seja um ‘bom pagador’.

Por outro lado, outro problema reside em que os dados coletados no passado irão definir o perfil de alguém e talvez colocá-lo em um certo ‘gueto’, do qual será difícil sair futuramente. Como se exemplificou no texto, se alguém, no passado, gostava de música de gosto mais popular e consumia outros produtos ou serviços típicos de pessoas de classe economicamente mais simples, dificilmente receberá informações sobre promoções de passagens aéreas internacionais ou de cursos sobre investimentos, pois o algoritmo concluirá que esses serviços não

combinam com o perfil daquele indivíduo. Se do ponto de vista estatístico essa ‘conclusão’ é acertada, do ponto de vista daquele preciso indivíduo, poderá estar equivocada, retirando deste algumas oportunidades. A média, como na piada - se alguém ganha 2 e outro ganha 10, dir-se-á que, na média, ambos ganham 6 -, nem sempre fornece uma orientação satisfatória, pois pode estar estatisticamente correta, mas individualmente equivocada.

Ou seja, na sociedade digital, governada por algoritmos simplificadores, que trabalham em cima de correlações e não necessariamente de causalidades, corre-se o risco de simplificações exageradas, de comprometimento da autonomia da pessoa, além de riscos de discriminações as mais diversas.

As inequívocas vantagens dessa tecnologia que nos envolve cada vez mais, em termos de maior racionalidade, agilidade, celeridade, em termos macro, não devem servir de desculpa para não nos preocuparmos com os problemas inerentes às aplicações de tal tecnologia na esfera micro, na busca de soluções satisfatórias, ou ao menos paliativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jacqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *Yale Law School: Faculty Scholarship Series*, n. 5160, 2018. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6159&context=fss_papers. Acesso em 22/10/2022.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, p. 1262-1313, set./dez. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais** – a função e os limites do consentimento. 2ª ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BONNA, Alexandre Pereira. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: “*profiling*”, estigmatização e responsabilidade civil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. **Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais**: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados – Brasília : MPF, 2019. 85 p. – (Roteiro de Atuação; v. 3), p. 58. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/sistema-brasileiro-de-protecao-e-acesso-a-dados-pessoais-volume-3>, acesso em 19/12/2020.

BYUNG-CHUL HAN. **O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han**. Entrevista concedida pelo filósofo sul-coreano Byung-Chul Han ao jornal EL PAÍS, em 22.03.2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html>, acesso em 20.01.2022.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. “Corpo eletrônico” como vítima de ofensas em matéria de tratamento de dados pessoais: reflexões acerca da responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula

(Coord.). **Responsabilidade Civil: novos riscos**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019.

COLOMBO, Cristiano. FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2019.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DRESCH, Rafael de Freitas Vale; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula (Coord.). **Responsabilidade Civil: novos riscos**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; DEMOLINER, Karine Silva. Direito à privacidade na era digital – uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo. **Revista Internacional Consinter de Direito**. Ano V, n. IX, 2º Semestre 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301 |Mai./Ago. 2019.

FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: how the infosphere is reshaping the human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. **JOTA**, 26/09/2018, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018, acesso em 20/12/2020.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020.

HERNANDEZ, Gary A.; EDDY, Katherine; MUCHMORE, Joel. Insurance weblining and unfair discrimination in cyberspace. **Southern Methodist University Law Review**. Dallas, v. 54 (2001).

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Transformação digital – desafios para o direito. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ISAAK, Jim; HANNA, MINA J. User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection. **Computer**, vol. 51, no. 8, pp. 56-59, August 2018– Disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/8436400>, acesso em 21/12/2020.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO, Sérgio. *Privacy by Design*: conceito, fundamentos e aplicabilidade na LGPD. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

- LACE, Susanne. *The glass consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.
- LANEY, Doug, disponível em <http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>. Acesso em 10.12.2019.
- LEMOS, Ronaldo. **Ou a sociedade acompanha internet ou a democracia começa a ficar em xeque**. Disponível em <https://blogdomorris.blogfolha.uol.com.br/2014/04/08/ou-sociedade-acompanha-internet-ou-democracia-comeca-a-ficar-em-xeque/>, acesso em 29.11.20).
- MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. O Big Data somos nós: novas tecnologias e projetos de gerenciamento pessoal de dados. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). **Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MATTIUZZO, Marcela. Business Models and Big Data: How Google uses your Personal Information. In: In: BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de (org.). **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MEDON, Filipe. Decisões automatizadas: o necessário diálogo entre a Inteligência Artificial e a proteção de dados pessoais para a tutela de direitos fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **O Direito Civil na era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020.
- MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 20, n. 79, jul.-set. 2011.
- MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bóas (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) – A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança: uma perspectiva comparada. In: GRUNDMAN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima, et al. (org.). **Direito privado, Constituição e fronteiras**: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Laura Schertel. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica? In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2020.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. *Revista AJURIS*, v. 40, n. 132, dez. 2012.
- MOREY, Timothy; KRAJECKI, Kristin. **Personalization, Data and Trust: The Role of Brand in a Data-Driven, Personalized, Experience Economy**. Disponível em <https://www.frogdesign.com/design-mind/personalization-data-trust-role-brand-data-driven-personalized-experience-economy>, acesso em 22/12/2020 (originariamente publicado no *Journal of Brand Strategy*, Summer 2016 (V. 5, n. 2, p. 178-185).
- MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENWALD, Nelson (Coord.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizzi; LOPES, Isabela, Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados – e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PAESANI, Lilians Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*.

Harvard: Harvard University Press, 2015.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital Economy, Big Data and Competition Law. *Market and Competition Law Review* / volume iii / no. 1 / abril 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria C. B. de Moraes. Trad.: Danilo Doneda e Luciana C. Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVOLD, Nelson. Prefácio. In: PINHO, Anna Carolina (Coord.). **Discussões sobre Direito na Era Digital**. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2021.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de proteção de Dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno Ricardo (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de *big data*. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 13 (2019).

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. Bauru/SP: EDIPRO, 2019.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**. Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan.-abr. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados** – e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thompson Reuters Brasil, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; CASTRO, Diana Paiva de. A responsabilidade do Poder Público no tratamento de dados pessoais: análise dos artigos 31 e 32 da LGPD. In: MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipelago Ed., 2020.

THE ECONOMIST. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data**. Ed. de 06/05/2017. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em 29.11.20.

TOMASEVICIUS FILHOS, Eduardo. Prefácio. In: PINHO, Anna Carolina (Coord.). **Discussões sobre Direito na Era Digital**. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 3 de outubro de 2017, com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018 – Disponível em https://www.cnpd.pt/home/rgpd/docs/wp260_rev01_pt.pdf, acesso em 21/12/2021.

VARON, Joana. Entrevista concedida sobre o tema da Privacidade e dados pessoais, para a Revista **Panorama setorial da Internet**. N. 2, junho 2019, ano 11.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. *Journal of Information Technolog ysay*, 4 abr. 2015, p. 75/89, p. 79, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594754 acesso em 20.12.2020.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br/

Este livro é o resultado das discussões ocorridas no I Seminário Internacional Estado, Regulação e Transformação Digital, que foi realizado entre os dias 17 e 19 de agosto de 2022, em Cascavel, Paraná, Brasil, a partir de uma parceria celebrada entre os Programas de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Univel, Faculdade de Direito de Vitória e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos aqui publicados giram em torno da temática escolhida para pautar a primeira edição desse importante evento na área do Direito: *O futuro das democracias: hipervigilância, fake news e outras ameaças*. Sua proposta contempla questões relacionadas aos perigos que ameaçam concretamente a democracia, enfatizando a importância da regulação nos planos estatal e transnacional, sobretudo em razão da revolução copernicana consistente na transformação digital, levando em conta os desafios que se colocam à sociedade contemporânea, a começar pelo redimensionamento da esfera pública.

A obra reúne quatorze capítulos, de renomados pesquisadores, nacionais e internacionais, e está dividida em duas partes: a *primeira*, voltada ao eixo Constitucionalismo, Democracia e Tecnologias, aborda os efeitos que o universo digital vem produzindo nos sistemas jurídico, político, econômico e social; a *segunda*, destinada ao eixo Regulação e Efetividade dos Direitos no Estado constitucional, enfrenta problemas que caracterizam a sociedade tecnológica e reivindicam normatividade, como é o caso das *fake news*, redes sociais, inteligência artificial, proteção de dados, plataformas digitais, algoritmos, entre outros.



+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA