



Nº 3

JANEIRO/2022  
ethicai.com.br

ETHIKAI

ETHIKAI

ETHICS AS A SERVICE

# EXPEDIENTE EDITORIAL

Diretor científico: Willis S. Guerra Filho

Vice-diretora científica: Paola Cantarini  
Editores executivos: Lucia Santaella, Winfried Nöth, Urbano Nobre Nojosa  
Revisão de texto e normatização: Anna Carolina Pinho, Zilda Gonçalves, Jhesica Baccari, Celeida Laporta

Capa e projeto gráfico: Paola Cantarini  
Diagramação Digital :Urbano Nobre Nojosa

## CONSELHO EDITORIAL

Oswaldo Giacoia Jr, Ordep Serra, Alessandra Silveira, Maria Cristina Vidotte, Marcio Pugliesi, Lucia Leão, Francisco, Balaguer Callejón, Slavoj Zizek, Angelo Ferraro, Wolfgang Hofmann-Riem, Joana Covelo de Abreu, Viviane, Séllos Knoerr, Thiago Felipe Avanci, Caio Sperandeo de Macedo, Fausto Santos de Moraes, Marcelo Graglia, Viviane Sellos Knoerr, Germano André Doederlein Schwartz, Juliana Abrusio Florêncio, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Nuria Belloso Martin, Karen Richmond, Jacobs Edgar Gaston, Caio Lara, Rafael Lima Sakr, Cristina Godoy, Rodrigo Petrônio, Bas ílele Malomalo, Carlos Frederico Mares, Ann Cavoukian, Alberto Jacob Cerda Silva, Eduardo Vasquez de Castro, Ugo Pagallo, Mark Coeckelbergh, Rafael Dias, Claus Roxin.

## OBJETIVOS

Pretendemos com a Revista Científica Ethikai alcançar um público mais amplo, não apenas acadêmico, utilizando-se para tanto também da

linguagem lúdica das artes, além da abordagem interdisciplinar, buscando assim uma perspectiva incluyente, democrática, e ao mesmo tempo científica, mas, sobretudo, uma visão não polarizada, por holística e inclusiva para se repensar as ambivalências e contradições nestes campos do pensamento.

O Instituto Ethikai é uma associação sem fins econômicos ou lucrativos com foco em promover a aplicação ética da tecnologia com emprego da IA, por meio do diálogo entre academia, empresas, órgãos governamentais, artistas e estudantes em geral, produzindo estudos científicos e avançados, contribuindo para a discussão científica e mútuo enriquecimento entre as áreas das ciências, “duras” ou não. Visa-se contribuir para o desenvolvimento das pesquisas científicas com foco na interseção da IA, novas tecnologias e humanidades, de forma a promover a inovação, e de outro lado, verificar os principais desafios e impactos, externalidades positivas e negativas.

Visa-se, com tais publicações disponibilizar uma arena e espaço de debate e diálogo democrático, amplamente aberto, a fim de trazer uma visão não polarizada, não pessimista nem otimista, mas realista, holística e inclusiva para se repensar as ambivalências e contradições que se apresentam.

## EIXOS TEMÁTICOS

Linhas de pesquisa:

## I. TEORIA DA IA

1. IA e humanidades: autonomia, consciência e responsabilidade
2. IA e filosofia: aspectos filosóficos, éticos e críticos da IA
3. IA e sociedade: Impactos sociais e transformações disruptivas causadas pela IA
4. IA e cultura: Cultura digital (cybercultura)
5. IA, política e comunicação
6. IA e educação: aprendizagem, “Educação 4.0”
7. Ética digital intercultural.
8. Arte, Design e IA
9. IA e Negócios: “Indústria, Serviço, Agricultura 4.0”
10. IA e disrupção/inovação: blockchain, internet das coisas, dos serviços e das emoções (IoT), cidades Inteligentes
11. IA e psicologia: affective computing
12. IA e Direito

## II. EMPIRIA DA IA

### ESTRUTURA REVISTA ETHIKAI

PROPOSTA/ CORPO EDITORIAL/  
LINHA DE PESQUISA  
NORMAS EDITORAIS /ARTIGOS/  
DOSSIES/ENTREVISTAS/RESENHAS

## N O R M A S P A R A PUBLICAÇÃO

A Revista ETHIKAI aceita para publicação trabalhos inéditos, de autoria individual ou coletiva de pesquisadores, intelectuais, ensaístas, poeta,

fotógrafos vinculados a instituições de ensino superior, coletivos de artistas, coletivos políticos, grupos de estudos, ateliers, jornalistas, sob a forma de artigos ou resenhas, ensaio, poesia, portfólio de criação de autores nacionais e estrangeiros.

Os textos são publicados na língua original dos seus respectivos autores, de preferência em português, espanhol, francês e inglês entre 8 e 40 páginas. Quanto às resenhas o texto deverá ter dimensão variável entre 2 a 5 páginas, contendo o registro e a crítica de livros, teses e dissertações publicados nos últimos anos. Os ensaios fotográficos, poesias e crônicas podem serem individuais e coletivos.

A publicação de artigos está condicionada a pareceres de membros do Conselho editorial ou de colaboradores ad hoc. A seleção de artigos para publicação toma como critérios básicos sua contribuição à comunicação FILOSÓFICA, ESTÉTICA E POLÍTICA à linha editorial da PASQUINAGEM, a DIVERSIDADE TEMÁTICA. Eventuais modificações de estrutura ou de conteúdo, sugeridas pelos pareceristas ou pela Comissão Científica, só serão incorporadas mediante concordância dos autores. Os revisores dos originais poderão ajustá-los aos padrões da convenção escrita de modo a contribuir para a adequação do texto ao periódico.

O autor deve também fornecer dados relativos à sua maior titulação, instituição e área em que atua,

bem como indicar o endereço eletrônico e o endereço completo, para correspondência.

Orientações para formatação e normalização

O texto deve ser digitado em fonte Times New Roman, corpo 12, com 1,5. O recurso itálico, no corpo do texto, deve ser utilizado somente para palavras estrangeiras. Para apresentação dos elementos que constituem o artigo utilizar as normas da ABNT em vigor. Sugerimos não acrescentar destaques, grifos e etc. em citações diretas, pois são informações ou detalhes que podem desaparecer após a normalização e/ou diagramação final.

## • Normas da ABNT

NBR 6022, 2003 - Informação e documentação. Artigo em publicação periódica científica impressa. Apresentação;

NBR 6023, 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração;

NBR 6024, 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito - Apresentação;

NBR 6028, 2003 – Informação e documentação – Resumos - Apresentação;

NBR 10520, 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação;

IBGE. Normas de apresentação tabular. 3.ed. Rio de Janeiro, 1993.

## • Responsabilidades

É de responsabilidade do autor a correção ortográfica, sintática e a revisão de digitação do texto que será publicado conforme original recebido pela editoração, após as alterações recomendadas pelos avaliadores, se houver.

## • Direitos autorais

Ao ter o texto aprovado e aceito para publicação, entende-se como automática a cessão dos direitos autorais para a publicação na Revista PASQUINAGEM em CREATIVE COMMONS, com menção obrigatória da autoria (BY) e atribuição Não Comercial (NC) para ACESSO LIVRE E IRRESTRITO, sendo vedada a derivação (reescrita) dos trabalhos publicados por terceiros (ND).

PERIODICIDADE MENSAL  
INSTITUTO ETHIKAI  
ENDEREÇO

Rua de Alfredo de Castro 112  
apto 193, Barra Funda CEP  
01155060 SÃO PAULO - SP  
TELEFONE

55 11 93150-3956

institutoethikai@gmail.com

<https://ethikai.com.br/revista/>

# sumário

**EL IMPACTO DE LOS NUEVOS MEDIADORES DE LA ERA DIGITAL EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

08

**CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA –**

**A ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO**

LUCIANA SABBATINE NEVES

DANIEL NASCIMENTO CURI

42

**TECNOLOGIA DA VIGILÂNCIA NOS ALGORITMOS E SMARTPHONES**

RAFAEL SACRAMENTO DE SOUZA

58

**O QUE É AI ETHICS, E POR QUE A ÉTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL É IMPORTANTE?**

PAOLA CANTARI

68

**UM ROBÔ MENTE?**

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

76

**A EFETIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL**

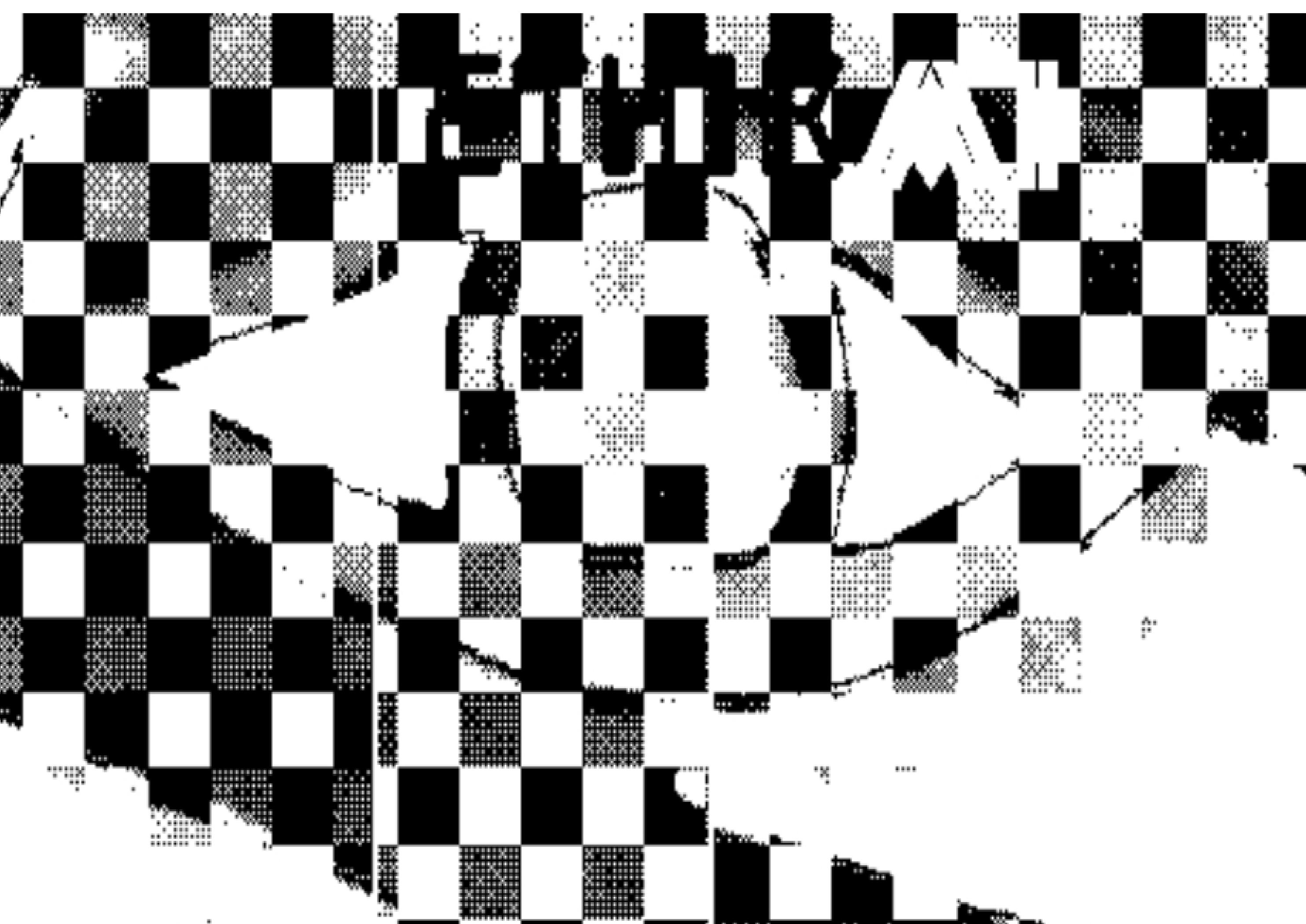
JHESICA LOURES DOS SANTOS BACCARI

86

**CONFUSIO LINGUARUM**

URBANO NOBRE NOJOSA

102



# EL IMPACTO DE LOS NUEVOS MEDIADORES DE LA ERA DIGITAL EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

## Resumen

Las nuevas tecnologías han tenido un impacto tanto positivo como negativo en la libertad de expresión, los derechos constitucionales y los procesos democráticos. Tal incidencia ha sido positiva en las etapas iniciales de desarrollo de la Web y particularmente en las primeras etapas de la Web 2.0, cuando Internet se diseñó de una manera más participativa y cooperativa. En los últimos años, sin embargo, han aparecido procesos jerárquicos de organización de la información y los datos a través de las grandes empresas tecnológicas que monopolizan la distribución de la información y la opinión y que son los nuevos mediadores entre los usuarios y la esfera pública. La libertad de expresión está actualmente condicionada por estos mediadores, a saber, las grandes empresas tecnológicas que controlan los procesos comunicativos. Este artículo analiza el papel que están desarrollando estos nuevos mediadores, teniendo en cuenta su impacto en la libertad de expresión y en la configuración de la esfera pública en los sistemas

democráticos.

De los nuevos mediadores destacan dos elementos: la dialéctica sobre la libertad de expresión se traslada del ámbito público al privado y del ámbito estatal al global. Dos elementos que contribuyen conjuntamente a alimentar el poder de los nuevos mediadores y a debilitar la capacidad de regulación y de control por parte del Estado. Pero en los ecosistemas desarrollados por las compañías tecnológicas, los nuevos mediadores ejercen un poder que no es estrictamente privado, por cuanto ocupan y monopolizan un espacio público. En el entorno que han creado los nuevos mediadores, la libertad de expresión se convierte en un mero producto comercial, de manera que la información y la opinión se transforman en una mercancía efímera, ordenada por medio de los algoritmos de las aplicaciones de Internet, que deciden su impacto y su incidencia en el espacio público.

Esos algoritmos han sido creados con una finalidad económica por lo que potencian las fake news y

la radicalización, para atraer la atención del público y generar mayores ingresos. Los nuevos mediadores al potenciar las fake news en contextos democráticos (sin pretender imponer una narrativa concreta, como en los dictatoriales) generan una tensión destructiva sobre la realidad. En lugar de contribuir como los medios de comunicación tradicionales a la construcción social de la realidad o como en las dictaduras a la reconstrucción de la realidad en función de los intereses de la oligarquía dominante, están provocando la destrucción de la realidad, esto es, de una percepción social compartida de la realidad.

Entre las muchas medidas que se pueden adoptar destacan las relativas al derecho de la competencia, con medidas institucionales a través de los reguladores que dificulten una concentración aún mayor de poder. Sin embargo, lo deseable sería más que la limitación, la apertura. Una tecnología abierta que termine con el carácter cerrado y jerarquizado de las aplicaciones sería deseable. La comunicación telefónica es abierta y permite

operar a los operadores de telefonía móvil haciendo posible la comunicación global y lo mismo ocurre con los servidores de correo electrónico. Las aplicaciones de comunicación que ahora mismo son cerradas (WhatsApp o Telegram, por ejemplo) deberían ser también abiertas, intercomunicables y gestionadas por una pluralidad de operadores.

Palabras Clave: Libertad de expresión, compañías tecnológicas, redes sociales, democracia.

## Abstract

New technologies have had an impact that is both positive and negative on freedom of speech, constitutional rights and democratic processes. It was positive in the early stages of development of the Internet and particularly in the early stages of Web 2.0, when the Internet was designed in a more participative and cooperative manner. In recent years, nevertheless, hierarchical processes of information and data organisation have appeared through the large technological companies

that monopolise the distribution of information and opinion and which are the new mediators between the users and the public sphere. Freedom of speech is currently constrained by these mediators, namely the large technological companies that control the communicative processes. This paper analyses the role that these new mediators are developing, taking into account their impact on freedom of speech and on the configuration of the public sphere in democratic systems.

Two elements stand out among the new mediators: the dialectic of freedom of speech is shifting from the public to the private sphere and from the state to the global sphere. These are two elements that together help fuel the power of the new mediators and weaken the state's capacity for regulation and control. But in the ecosystems developed by technology companies, the new mediators exercise a power that is not strictly private, since they occupy and monopolise a public sphere. In the environment created by the new mediators, freedom of expression becomes a mere

commercial product, so that information and opinion are transformed into ephemeral merchandise organised through the algorithms of Internet applications, which decide their impact and their incidence in the public sphere.

These algorithms have been created with an economic purpose and promote fake news and radicalisation to attract the attention of the public and thus generate greater profit. The new mediators, by promoting fake news in democratic contexts (without trying to impose a specific narrative, as in dictatorial ones), generate a destructive tension about reality. Instead of contributing like the traditional media to the social construction of reality or as in dictatorships to the reconstruction of reality based on the interests of the dominant oligarchy, they are causing the destruction of reality, that is, of a shared social perception of reality.

Among the many measures that can be adopted, those related to competition law stand out, with institutional measures through

regulators that may avert an even greater concentration of power. However, rather than restrictions, it is openness that is desirable; open technology that puts an end to the closed-off, hierarchical nature of applications. Telephone communication, for example, is open and allows mobile phone operators to operate, making global communication possible, and the same is true for e-mail servers. Communication applications that are currently closed-off (WhatsApp and Telegram, for example) should also be open, intercommunicable and managed by a plurality of operators.

Keywords: Freedom of speech, technological companies, social networks, democracy.

## Sumario

### Introducción.

1.-El contexto de la libertad de expresión en la sociedad digital.

2.-Las compañías tecnológicas como nuevos mediadores en los procesos comunicativos.

3.-Las narrativas basadas en hechos falsos o en realidades alternativas.

4.-La configuración de los algoritmos por los nuevos mediadores.

5.-La libertad de expresión en los diferentes contextos comunicativos: político, económico y tecnológico.

### Conclusiones

### Resumen

### Abstract

-----

## Introducción.

Las elecciones presidenciales de Estados Unidos en 2016 serían el punto de partida para una revisión en profundidad del papel de las redes sociales y de las compañías tecnológicas en los procesos comunicativos y en la configuración del espacio público. El escándalo de Cambridge Analytica sería un factor determinante para ver la línea de continuidad entre los procesos anteriores (el referéndum sobre el Brexit en el Reino Unido, entre otros) y los posteriores (las elecciones presidenciales en Brasil, por ejemplo). Una línea de continuidad centrada en la actividad de las grandes compañías tecnológicas, esencialmente de Facebook, a través de sus aplicaciones<sup>1</sup>.

El periodo de Presidencia de Donald Trump ha estimulado el gran número de investigaciones que se han desarrollado en los últimos años porque el trauma no terminó

en la elección presidencial, sino que se prolongó durante cuatro años y condujo a un nuevo hecho traumático como fue el asalto al Capitolio y la amenaza del Presidente saliente al corazón mismo de la democracia y la constitución de Estados Unidos. Una amenaza que se pudo conjurar gracias a la fuerte identidad constitucional de los responsables electorales (incluidos los de Estados gobernados por el partido republicano), los tribunales (también el Tribunal Supremo, a pesar de ser de mayoría conservadora) las grandes corporaciones, e incluso -al menos públicamente- las compañías tecnológicas.

Es pronto todavía para valorar el alcance real del impacto del asalto al Capitolio en el futuro de la política norteamericana. En el ámbito académico impulsará nuevamente los estudios sobre estas temáticas ya que el peligro de involución democrática sigue estando presente, como evidencia el alto grado de penetración de las teorías conspirativas en una gran parte de los votantes del partido republicano y en una mayoría de sus representantes. Ni el asalto al Capitolio ha

sido el punto final a una evolución dantesca de la política en Estados Unidos ni la actitud de las compañías tecnológicas ha sido tan limpia y clara como para garantizar que no habrá nuevas amenazas a la democracia y a la constitución. Como comprobaremos más adelante, el ejemplo de Facebook es claro: mientras impedía a Trump el uso de sus aplicaciones, estaba contribuyendo con sus algoritmos a propagar de manera muy eficaz los planteamientos trumpistas que dieron lugar al asalto al Capitolio<sup>2</sup>.

Vemos aquí las dos facetas que presentan los nuevos mediadores de la época digital en la libertad de expresión. Por un lado, su capacidad para limitar la libertad de expresión hasta el punto de impedir que la pueda ejercer en sus aplicaciones el propio Presidente de Estados Unidos, esto es, la máxima autoridad política del Estado en el que tienen su sede, para expresarlo con toda claridad (aunque se trataba del Presidente cesante al que le habían permitido hasta ese momento el mismo tipo de discurso basado en fake news, realidades alternativas, ofensas al

adversario, amenazas, etc.<sup>3</sup>). Por otro lado, la capacidad que tienen estos mediadores para generar un entorno en el que la libertad de expresión en lugar de contribuir al debate democrático y a la expresión del pluralismo se convierte en algo diferente, un instrumento de agresión y de radicalización que puede terminar trasladándose a acciones políticas concretas, ya sea el voto en unas elecciones ya sea el asalto a las instituciones democráticas.

Ambas facetas implican una capacidad extraordinaria de configuración de la narrativa sobre la realidad que no tiene precedentes históricos. En los países democráticos los medios de comunicación tradicionales intentan influir en la narrativa predominante contribuyendo a la construcción social de la realidad. En los regímenes dictatoriales se puede hablar de reconstrucción de la realidad a la medida de los intereses del dictador o de la oligarquía dominante. En el nuevo contexto comunicativo de los países democráticos, del que el trumpismo ha sido un ejemplo paradigmático, se está evolucionando hacia la destrucción de la realidad, esto es, de

una percepción social compartida de la realidad. Condicionadas por un modelo de negocio basado en la utilización permanente de sus aplicaciones, lo que les obliga a atraer de manera constante la atención del público, los nuevos mediadores desarrollan algoritmos que ordenan los procesos comunicativos dentro de esas aplicaciones con una incidencia muy destructiva sobre el espacio público.

Desde el punto de vista de la democracia y los valores constitucionales, esa no es una destrucción creativa, en contra de lo que afirman algunos autores<sup>4</sup>. No hay creatividad alguna porque los nuevos mediadores no tienen, como tales, el menor interés en la democracia (ni siquiera para destruirla, ciertamente) ya que su orientación es esencialmente económica, procurando obtener el mayor beneficio posible. Tampoco hay a priori, ningún interés específico en promover una alternativa política concreta en su actuación general. En sus aplicaciones no se censuran, por cuestiones ideológicas, los discursos que expresan las distintas corrientes políticas en los países democráticos en los que

están presentes. Si favorecen indirectamente al populismo con sus algoritmos o de manera directa en procesos electorales no es porque los nuevos mediadores tengan un interés político por una opción concreta, sino que se trata simplemente de un reflejo de su interés económico. Es la búsqueda de beneficio económico lo que les hace favorecer la crispación y la radicalización, que están en la base del desarrollo del populismo, o lo que les ha hecho favorecer a esas opciones en los procesos electorales de algunos países.

El bloqueo de la política que se ha generado en los países en los que esas opciones populistas han triunfado también les favorece y les permite obtener mayores ingresos, pero no podría decirse que haya sido una opción política consciente. Naturalmente, cuando la política se bloquea, las posibilidades de control desde los gobiernos disminuyen y eso también les favorece. Eso es algo que quizás pudieron intuir antes de las elecciones presidenciales de Estados Unidos en 2016, pero seguramente fueron otros factores, esencialmente económicos, los que les hicieron decantarse por la

opción trumpista y no una valoración previa de sus posibles intereses políticos.

En todo caso, la promoción que los nuevos mediadores han hecho del trumpismo (a pesar de su veto final al Trump ya “loser”) evidencia su escasa preocupación por el respeto a los principios constitucionales y democráticos en el entorno de sus aplicaciones. Como indica Shoshana Zuboff, algunas compañías tecnológicas como Facebook han contribuido a debilitar los fundamentos de la convivencia, que estaban asentados en un sentido común compartido basado en la confianza en las normas<sup>5</sup>.

Las compañías tecnológicas han construido un modelo de negocio que las sitúa frente a una situación paradójica: por un lado, intentan proyectar a la opinión pública una imagen de limpieza y de congruencia con los valores constitucionales y democráticos. Intentan así contrarrestar la mala imagen que ha generado su comportamiento irresponsable en otros ámbitos y muy especialmente la interferencia en política encabezada por Facebook. Pero, por otro lado,

no quieren renunciar a la utilización de unos algoritmos que les permiten obtener mayores ingresos, a pesar de los graves problemas sociales que están causando.

Con la crisis sanitaria hemos visto lo mismo: en la política de imagen de estas compañías se proyecta la idea de colaborar para impedir la propagación de fake news y de teorías conspirativas que dañan la lucha contra la pandemia<sup>6</sup>. Sin embargo, los problemas previos y estructurales tienen que ver con el modelo de negocio que han construido y con la configuración de sus algoritmos. Por ese motivo, las medidas puntuales que adoptan, ya sea para evitar un daño excesivo en su imagen pública ya sea porque quieren realmente evitar las consecuencias más graves de su intervención en los procesos comunicativos, no afectan al núcleo de los problemas<sup>7</sup>.

Esta situación paradójica afecta inevitablemente a la libertad de expresión porque genera un entorno en el que se promocionan las fake news y las realidades alternativas, ya que favorecen su modelo de negocio. No es una cuestión de

ineficiencia en el control o de incapacidad moral para diferenciar lo falso de la verdad, sino de un interés específico en promover lo falso. No lo hacen en función de una motivación política específica (como ocurre en los sistemas dictatoriales) para imponer una narrativa concreta. La destrucción de la realidad no va unida a la imposición de una “realidad alternativa” del mismo modo que la destrucción de la política no va unida a una formulación política alternativa.

Podríamos decir que lo que los nuevos mediadores de la era digital están promoviendo es esencialmente inestabilidad e inseguridad. Las noticias falseadas conviven y compiten con las noticias reales, pero no las sustituyen en favor de una narrativa concreta que se imponga en el espacio público. La “realidad alternativa” convive con la realidad “real”, pero en un contexto democrático no la sustituye. Ambas narrativas compiten entre sí y ocasionalmente alguna de ellas podría imponerse a la otra en el debate público o en las convicciones de las mayorías gobernantes que se configuren. Entre el interés

por distorsionar la realidad, transformarla y generar narrativas que favorezcan a una opción política concreta y el desinterés absoluto por la realidad y por cualquier tipo de narrativa y de su posible funcionalidad en favor de cualquier opción política hay una diferencia importante.

La diferencia la podemos ver entre los antiguos mediadores y los nuevos mediadores de la era digital. Los medios de comunicación tradicionales construían narrativas que podían adscribirse en mayor o menor medida a tendencias políticas, aunque no necesariamente a opciones partidistas. Participaban así en la construcción social de la realidad. Los nuevos mediadores no construyen narrativas, sino que abren las plataformas a todas las narrativas posibles, aunque privilegian -a través de sus algoritmos- a las que promueven noticias falseadas y realidades alternativas. No reflejan la realidad de las sociedades en las que actúan ni operan como plataformas representativas de la libertad de expresión. Por el contrario, al potenciar las noticias falseadas y las realidades alternativas, generan una

tensión sobre la realidad misma que tiene un gran potencial destructivo.

En este trabajo se va a analizar el impacto de estos nuevos mediadores de la era digital sobre la libertad de expresión. Un análisis que, es preciso advertir, seguirá un enfoque esencialmente constitucional. Es necesario advertirlo porque en los últimos años se han desarrollado un gran número de estudios sobre las compañías tecnológicas, su incidencia en el espacio público y su relación con la democracia y con los derechos constitucionales, en particular con la libertad de expresión. En una realidad tan compleja que implica un gran número de variables, todas las aportaciones que puedan arrojar luz desde distintas disciplinas deben ser consideradas en el análisis. Esta no es una realidad normativa que pueda ser analizada simplemente desde una perspectiva jurídico-constitucional.

Pero la perspectiva constitucional tiene sus propios requerimientos que deben tenerse en cuenta a la hora de manejar los estudios que proceden de otras disciplinas. Por ejemplo, desde un planteamiento sociológico pueden

abordarse las cuestiones relacionadas con esta temática desde el punto de vista de la eficacia de las campañas de desinformación<sup>8</sup>. Este planteamiento es útil para la sociología, pero no así para el derecho constitucional porque el intento de interferir en un proceso electoral manipulándolo es de por sí contrario a derecho con independencia de si consigue o no su resultado.

Lo mismo ocurre cuando se plantean las cuestiones relacionadas con la afectación de la democracia desde el punto de vista de una concepción “minimalista” previa del significado de la democracia<sup>9</sup>. Por respetable que ese enfoque pueda ser desde otros campos de estudio, es evidente que en un estudio constitucional no se puede partir de una concepción minimalista de la democracia y que tampoco se puede asumir la idea de que el proceso en sí mismo no es relevante frente al resultado. La democracia es un proceso y la limpieza de los procesos democráticos no puede supeditarse a su resultado.

El análisis constitucional está relacionado con normas, principios y valores que sirven de

parámetro de control. Un análisis funcional desde otras disciplinas puede partir de criterios diferentes. Por ejemplo, una previsión específica de control interno de una compañía privada puede ser vista como un paso positivo en ese análisis funcional respecto de una situación precedente de ausencia de control. Para el análisis constitucional la lógica es distinta porque el control interno privado (por ejemplo, la “supreme court” de Facebook) no puede sustituir a un control público independiente. Su naturaleza privada es la esencia misma del problema que se plantea en el nivel constitucional. Por lo demás, el análisis constitucional debe tener en cuenta la naturaleza de los procesos y no sólo los resultados.

La ausencia de referentes normativos es lo que genera igualmente una dificultad para comprender la naturaleza crítica de los estudios jurídico-constitucionales por parte de otras disciplinas. Un estudio constitucional puede ponderar esa crítica solo hasta cierto punto porque la valoración que realiza debe tener siempre en cuenta la existencia de parámetros previos

que tienen que ver con valores esenciales como la democracia o los derechos fundamentales. La afectación de esos valores no puede ser equilibrada con medidas que pueden ser positivas para otras disciplinas pero que no afectan a la esencia de los problemas constitucionales que se plantean ni suponen una vía real de solución de esos problemas.

Esto no quiere decir que no tengan que reconocerse las diferencias entre sistemas constitucionales y particularmente entre la concepción de la libertad de expresión y la valoración del papel de los nuevos mediadores en Estados Unidos y en Europa. Pero esas diferencias no son un obstáculo para un tratamiento específicamente constitucional de la materia porque las reglas de limpieza en los procesos electorales, acatamiento de las normas constitucionales y respeto a los derechos fundamentales son similares.

Los datos que utilizamos son los mismos en las diferentes disciplinas, pero el enfoque es distinto. Para la sociología es más relevante el impacto real de determinadas prácticas que su legitimidad jurídica o constitucional. Para la economía,

el derecho de la competencia tiene implicaciones distintas a las que tiene para el derecho constitucional. Para nosotros no es tan importante su efecto en la economía, aunque podamos tenerlo en cuenta por las consecuencias que se puedan derivar respecto de la libertad de expresión y del pluralismo. Pero lo relevante es su incidencia sobre la libertad de expresión y el pluralismo, de manera que la incorporación de esos datos es instrumental respecto del objetivo de nuestra investigación.

1.-El contexto de la libertad de expresión en la sociedad digital.

La Web 2.0 trajo muchas expectativas de participación democrática a través de internet que se manifestaron en una ampliación del espacio público y de los procesos comunicativos al ámbito virtual. La red pudo desempeñar entonces un relevante papel en la defensa de causas justas a nivel mundial e incluso en el fomento de procesos de la transformación democrática de regímenes autoritarios. Sin embargo, la evolución de los últimos

años ha sido muy negativa. Los canales comunicativos y participativos se han concentrado de manera monopolística en unas pocas compañías globales<sup>10</sup> con un interés económico centrado en dos ámbitos: la publicidad<sup>11</sup> y la acumulación de datos personales de los usuarios, que posteriormente son utilizados como mercancía<sup>12</sup>. Para favorecer su modelo de negocio estas compañías promueven una actividad cada vez mayor de los usuarios en sus aplicaciones, lo que les obliga a diseñarlas con el objetivo de atraer y mantener su atención. Por lo que se refiere a la libertad de expresión, esta orientación mercantil les hace diseñar sus algoritmos para potenciar los discursos más agresivos, basados en noticias falseadas. Naturalmente, esto no quiere decir que estas compañías no realicen también aportaciones positivas a la construcción de un espacio público común ni que todas ellas actúen del mismo modo. Pero las tendencias de los últimos años han sido muy negativas, especialmente en algunas de ellas, y han generado una gran preocupación social y política.

En el contexto analógico de la comunicación, las noticias ocupaban un lugar esencial. Especialmente por lo que se refiere a la prensa escrita, donde la motivación de los lectores estaba centrada justamente en las noticias, que eran lo que captaba su atención, y el mercado publicitario se orientaba también en ese sentido. Como indican Nielsen y Fletcher, esta situación está experimentando una transformación importante con las nuevas plataformas de internet en las que las noticias ocupan un papel muy minoritario frente a otros servicios que se ofrecen como mensajería, búsqueda, social media, etc. Son estas plataformas las que están acaparando los recursos del mercado publicitario<sup>13</sup> ofreciendo publicidad personalizada a gran escala mediante la extracción de datos de los usuarios<sup>14</sup>.

Desde esa perspectiva, para los nuevos mediadores, las noticias y la libertad de expresión como tal, no son otra cosa que datos dentro de su modelo de negocio. A diferencia de los mediadores tradicionales, que elaboran una parte de las noticias por sí mismos y que

producen una parte significativa de la información que transmiten, estos nuevos mediadores utilizan las noticias elaboradas por los medios tradicionales como cualquier otro contenido procesado por sus algoritmos. Para ellos se trata de datos que ofrecen a los usuarios de sus servicios al igual que los otros que ofrecen: una recomendación para adquirir un producto, una imagen, un video, un comentario o una valoración a través de los “likes”.

Esto explica también en parte que, como indica Shoshana Zuboff, estas compañías no tengan especial interés en la verdad o en los hechos, porque para ellas la verdad y la mentira son equivalentes: se trata simplemente de datos que consumen vorazmente: “asking a surveillance extractor to reject content is like asking a coal-mining operation to discard containers of coal because it’s too dirty”<sup>15</sup>.

Pero, en realidad, tampoco puede decirse que ese desinterés se manifieste en una posición “neutral” frente a la libertad de expresión o en relación con las noticias falseadas. Porque sus algoritmos potencian las mentiras y los contenidos

que pueden generar mayor debate e interés en el público. En efecto, las compañías tecnológicas son los nuevos mediadores de los procesos comunicativos y esa función de mediación la realizan por medio de la inteligencia artificial a través de algoritmos orientados esencialmente a incrementar sus ganancias y no a favorecer la participación pública y democrática de la ciudadanía en esos procesos. Por tanto, la desatención a la verdad tiene mucho que ver con su modelo de negocio y es difícil que cambie sin alterar ese modelo de negocio.

La consideración de la información y de la opinión como un producto comercial no es algo exclusivo de los nuevos mediadores. Los medios de comunicación tradicionales se han movido también en un contexto comercial de acuerdo con unas orientaciones ideológicas determinadas, buscando la conexión con un público afín y con una finalidad precisa de obtener un eco o cuando menos de generar un impacto en ese público. Los nuevos mediadores, sin embargo, se limitan a distribuir la información o la opinión de acuerdo con los procesos

de asignación que realizan sus algoritmos. La libertad de expresión no tiene ya un sentido sustancial porque la opinión es un producto más dentro de un ecosistema dirigido por los algoritmos en función de los intereses económicos y del modelo de negocio de los nuevos mediadores.

Un problema adicional que se plantea en la sociedad digital de hoy es que los medios de comunicación tradicionales<sup>16</sup> tienden a asimilarse a los nuevos mediadores para competir con ellos y tener mejores opciones en el mercado publicitario. Es un enfoque que no va a permitir reconstruir el equilibrio con los nuevos mediadores si tenemos en cuenta que estos medios de comunicación no pueden manejar el volumen de datos que tienen a su disposición las compañías tecnológicas ni pueden procesarlos para elaborar perfiles de los usuarios con la precisión con que éstas lo hacen. Es también un enfoque destructivo porque transforma a medios de comunicación que han cuidado tradicionalmente la información y la opinión de manera más seria y rigurosa haciéndoles que incorporen

cada vez más contenidos frívolos y superficiales.

En definitiva, el contexto actual de la libertad de expresión ha experimentado una transformación problemática desde el punto de vista constitucional porque convierte este derecho en un mero producto comercial, económicamente evaluable en función de sus resultados sin conexión alguna con la formación de una opinión pública plural propia de un sistema democrático. Esta transformación tiene que ver con la irrupción de los nuevos mediadores, que están ocupando prácticamente todo el espacio de la información y la opinión desplazando a los medios tradicionales. Ciertamente, hay también aspectos positivos que pueden señalarse desde diversas perspectivas y también desde la constitucional. Pero las plataformas tecnológicas han roto el equilibrio que se daba en los primeros tiempos de la Web 2.0, cuando no había aplicaciones cerradas y jerarquizadas en auténticos ecosistemas sino un sistema abierto basado en el lenguaje html que hacía posible el ejercicio de la libertad de expresión

sin condicionantes derivados de la ordenación interna de las aplicaciones por medio de algoritmos<sup>17</sup>.

A pesar de que la idea de participación contraponía a los nuevos sistemas de comunicación con los medios de comunicación tradicionales a partir del desarrollo de la Web 2.0, lo cierto es que los nuevos sistemas no sólo no ofrecen más participación real, sino que hacen posible una mayor penetración de las compañías tecnológicas en la opinión de los usuarios. Así, pues, en lugar de promover la expresión de la opinión libre de los ciudadanos, lo que han terminado haciendo estas plataformas es condicionar esa opinión con un sistema jerarquizado de algoritmos que dirigen contenidos individualmente con capacidad de incidir sobre la conciencia y de modular de manera decisiva la opinión de los usuarios.

Los nuevos mediadores tienen así una mayor capacidad de incidencia en la formación de la opinión pública que los medios de comunicación tradicionales. Pero su influencia no se limita a los contenidos concretos que transmiten, sino que tiene relación también con

la forma en que transmiten esos contenidos, generando un cambio de pautas culturales que son muy relevantes desde la perspectiva de la libertad de expresión. Los procesos comunicativos en el contexto digital han sido diseñados por los nuevos mediadores con características propias, que inciden de manera especial en la configuración de la libertad de expresión.

Se trata de procesos no especializados, que no están destinados específicamente a emitir o recibir información u opinión social y política. Por el contrario, en las plataformas el ámbito personal se mezcla inevitablemente con la emisión o recepción de contenidos informativos, lo que lo convierte en un proceso informal en el que el lenguaje y las actitudes de los participantes se manifiestan con mayor espontaneidad y menor reflexión o elaboración.

Se trata de procesos que desarrollan con la rapidez propia de los procesos comunicativos a través de internet, esto es, de manera simultánea. Esta inmediatez no sólo potencia su informalidad, sino que contribuye a generar actitudes y

pautas culturales y políticas en las que la visión del tiempo cambia sustancialmente. Los procesos políticos han terminado por contaminarse de esa percepción del tiempo, contribuyendo a que la política se configure igualmente con un dinamismo excesivo en el que las agendas y las temáticas vienen condicionadas por los procesos comunicativos que se desarrollan en las redes sociales y en las aplicaciones de internet.

Esta aceleración del tiempo histórico viene ya con la tercera globalización y con el desarrollo tecnológico que estamos experimentando en el siglo XXI. Los procesos comunicativos la reflejan y la potencian. La consecuencia es una pérdida de valor de la libertad de expresión, no sólo por la proliferación de opiniones e informaciones que se generan cada día a nivel global sino también por su carácter efímero en el contexto comunicativo digital. Desde el punto de vista constitucional no sólo se resiente el ejercicio del derecho individual sino también su contribución a la formación de una opinión pública libre e informada.

## 2. Las compañías tecnológicas

como nuevos mediadores en los procesos comunicativos.

El contexto de la libertad de expresión ha experimentado cambios radicales con las transformaciones sociales y la evolución de los soportes comunicativos de los últimos doscientos años. Las más relevantes se han producido en los últimos 20 años, en el siglo XXI, y están generando nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas que obligan a repensar las categorías dogmáticas que se habían construido en torno a este derecho fundamental.

Se trata ahora de un contexto claramente dominado por los nuevos mediadores, las grandes compañías tecnológicas, que se han configurado como agentes globales con capacidad para configurar los procesos comunicativos en los Estados e intervenir en la ordenación del debate público, las agendas políticas y hasta los procesos electorales, potenciando a determinados partidos, movimientos o candidatos políticos sobre los demás. De los nuevos mediadores destacan dos elementos: la dialéctica sobre la libertad de expresión se traslada

del ámbito público al privado y del ámbito estatal al global. Dos elementos que contribuyen conjuntamente a alimentar el poder de los nuevos mediadores y a debilitar la capacidad de regulación y de control por parte del Estado.

La tensión sobre la libertad de expresión se desplaza al ámbito privado porque los nuevos mediadores son empresas privadas. Sin embargo, debido al modo en que se han configurado los procesos comunicativos en la era digital, estas empresas han ocupado una gran parte del espacio público prestando servicios en régimen de monopolio o de oligopolio que obliga a replantear las categorías de lo público y lo privado en relación con el ejercicio de la libertad de expresión. Así, la dialéctica sobre la libertad de información y opinión no se manifiesta ya en la tensión entre los medios de comunicación y el poder público que podía limitar esa libertad. Por el contrario, la ocupación del espacio público comunicativo por los nuevos mediadores a través de canales privados les otorga una amplia capacidad de decisión sobre la libertad de expresión<sup>18</sup>. La tensión

sobre la libertad de expresión en los procesos comunicativos se está articulando ahora en torno a los nuevos mediadores y no puede ser valorada desde la perspectiva exclusiva del derecho privado. Este es un ejemplo claro de como el análisis constitucional encuentra problemas de principio que no pueden ser resueltos desde una perspectiva funcional (por ejemplo, mediante el control interno que realicen los nuevos mediadores con instrumentos de derecho privado).

A diferencia de los medios de comunicación tradicionales, que ofrecían esencialmente información al público a través de un procedimiento estático en el que cada individuo tenía la capacidad de seleccionar sus propias fuentes de información, las plataformas digitales presentan algunas características que han resultado ser problemáticas, entre otros motivos porque se retroalimentan y se refuerzan mutuamente:

-En primer lugar, las plataformas generan un ecosistema en el que los usuarios pueden ocupar una gran parte de su tiempo, a veces no sólo de ocio sino también

de trabajo, debido a la variedad de servicios que estas plataformas ofrecen: sistemas de comunicación mediante correo electrónico o mediante voz, de entretenimiento a través de contenidos audiovisuales, de información por medio de sistemas de búsqueda, de trabajo virtual a través de la conexión entre diversos usuarios, etc.

-Las plataformas no se limitan a ofrecer todos esos servicios, sino que los ofrecen sin costo alguno para el usuario. A cambio, extraen datos de toda la actividad desarrollada en internet por esos usuarios, que rentabilizan después mediante su uso publicitario y que utilizan igualmente para personalizar los servicios que ofrecen.

-Entre esos servicios está también la distribución de noticias (igualmente personalizadas) que ahora ya no serán seleccionadas activamente por parte de los usuarios, sino que se les proporcionarán de acuerdo con sus historiales de búsqueda y lectura al igual que ocurre con los otros servicios que les prestan las plataformas, contribuyendo así a provocar el conocido “efecto burbuja”<sup>19</sup>.

Las condiciones de monopolio en que operan los nuevos mediadores y la forma en que ordenan y distribuyen la información y la opinión a través de algoritmos, provocan que el ecosistema que han creado termine por configurar una especie de monismo plural, por paradójica que pueda parecer la expresión, en el que la incomunicación entre las diversas visiones del mundo es cada vez mayor. Un pluralismo de posiciones monistas que no reconocen a las demás y se autoafirman como las únicas posibles cada una de ellas. Esa incomunicación no es un fenómeno nuevo, la división radical ha sido una constante en los últimos tiempos en algunos sistemas políticos antes de que se desarrollaran las redes sociales y las aplicaciones de internet. No es algo que se pueda atribuir exclusivamente a los nuevos mediadores, por tanto. Sin embargo, los nuevos mediadores no sólo no están contribuyendo a mitigarla, sino que la están agravando de manera muy intensa.

Por lo que a la información se refiere, su búsqueda activa y directa también daba lugar antes

a procedimientos selectivos destinados a reforzar las propias posiciones<sup>20</sup>. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre un proceso y otro: mientras en la búsqueda activa y directa por parte de los usuarios hay una actitud consciente, en el caso de la información distribuida por las plataformas, su recepción es pasiva y sometida a su configuración previa mediante algoritmos por esas plataformas. El proceso de separación de los usuarios respecto de la complejidad y pluralidad social es inducido y controlado por las plataformas, a veces mediante técnicas de publicidad o de propaganda subliminal.

El ecosistema en el que viven millones de personas que utilizan diariamente estas plataformas y aplicaciones de manera masiva se articula todavía sobre la base del derecho privado, mediante contratos individuales<sup>21</sup>. Sin embargo, las compañías tecnológicas con las que se contratan ejercen un poder que no es estrictamente privado por cuanto ocupan y monopolizan un espacio público. De ahí que, como indican algunos autores, los poderes que ejercitan sean poderes similares

a los gubernamentales y asumen una configuración cada vez más parecida a la de un poder público sin que tengan, sin embargo, una legitimación democrática<sup>22</sup>.

En realidad, si se pudiera comparar a alguna de estas compañías tecnológicas, como es el caso de Facebook, con organizaciones previas conocidas hasta ahora, habría que hacerlo con un Estado autoritario en lo que se refiere al modo en que la compañía presta sus servicios. En el entorno de Facebook, las personas que utilizan sus aplicaciones (Facebook, Instagram y WhatsApp) no se limitan a recibir noticias. Se comunican con otras personas enviando y recibiendo mensajes de distinta naturaleza, pueden subir a Internet sus fotos y videos o sus comentarios, ya sea en el plano personal o en el comercial, reciben igualmente información comercial sobre productos que pueden adquirir, pueden conectarse también con otras personas para celebrar reuniones, asistir a conferencias o participar en ellas. Una gran parte de su vida se desarrolla a través de las aplicaciones de Facebook, en un contexto virtual que

tiene también proyección sobre el físico. Esa parte de su vida está condicionada y regida en gran medida por los algoritmos que crea y utiliza Facebook, una compañía en la que el poder de configuración corresponde a su fundador y CEO.

Toda esa actividad se rige por un contrato privado con las condiciones establecidas por la compañía tecnológica, que es también la que tiene la capacidad de decidir incluso si permite que esas personas utilicen o no sus aplicaciones. Una decisión que se somete a un órgano interno de control creado por la propia compañía, que debe aplicar el código de conducta aprobado por la propia compañía y cuyos integrantes han sido nombrados también libremente por la propia compañía. No hay transparencia, no hay control, no hay exigencia de responsabilidad. Existe un contraste muy importante entre el poder que acumula esta compañía en el espacio público a través de sus aplicaciones y el control a que está sometida en relación con las lesiones de derechos fundamentales que puede provocar o la afectación de los procesos electorales y

democráticos que puede generar.

Esas condiciones autoritarias se refuerzan, incrementando el poder de la compañía, en la medida en que se produce el desplazamiento del ámbito estatal al global de sus actividades. Los nuevos mediadores actúan en entornos globales con centenares de millones de usuarios que forman también comunidades de alcance global, aunque segmentadas en los entornos nacionales. En cierto sentido, estas compañías son como las antiguas empresas coloniales, con una capacidad de intervención sobre la política y la esfera pública de muchos territorios en los que, a diferencia de otras épocas históricas, ya no es necesario tener presencia física para ejercer poder e influencia<sup>23</sup>.

Una cuestión clave es, sin duda, la de la competencia. El nuevo contexto de la libertad de expresión plantea el problema de que el monopolio de los medios de comunicación más extendidos, con soporte informático y organización jerarquizada a través de algoritmos, afecta esencialmente a la configuración del pluralismo político y de la democracia pluralista. Eso significa

que la libertad de expresión ya no contribuye a la formación de una opinión pública plural justamente por el control que sobre ella ejercen las redes sociales y las aplicaciones de internet en condiciones de monopolio.

Quien no tiene una estructura democrática no puede contribuir al desarrollo democrático y lo mismo se puede decir del pluralismo: las condiciones de monopolio no pueden contribuir al desarrollo del pluralismo. La libre competencia es para la economía el equivalente a la biodiversidad para la naturaleza y al pluralismo para la política. No podemos tener democracia sin pluralismo ni pluralismo sin competencia. Los nuevos mediadores están afectando a dos pilares esenciales del sistema democrático como son el pluralismo en el plano político y la competencia en el plano económico.

No cabe duda de que también están afectado a la capacidad de innovación tecnológica, dificultando el desarrollo de nuevos entornos que puedan competir con los actuales. Para resolver estos problemas se pueden adoptar

medidas institucionales a través de los reguladores que dificulten una concentración aún mayor. Sin embargo, lo deseable sería más que la limitación, la apertura. Una tecnología abierta que termine con el carácter cerrado y jerarquizado de las aplicaciones sería deseable. La comunicación telefónica es abierta y permite operar a todos los operadores de telefonía móvil, haciendo posible la comunicación global, y lo mismo ocurre con los servidores de correo electrónico. Las aplicaciones de comunicación que ahora mismo son cerradas (WhatsApp o Telegram, por ejemplo) deberían ser también abiertas, intercomunicables y gestionadas por una pluralidad de operadores.

3.-Las narrativas basadas en hechos falsos o en realidades alternativas.

Entre los muchos elementos de tensión que se articulan en torno a la libertad de expresión resulta especialmente relevante la que se genera entre libertad de opinión y libertad de información, entre la noticia y la valoración de

la noticia, entre los hechos y su significado, entre la realidad y la narrativa. La libertad de expresión descansa sobre la libertad de información porque va unida a lo que los seres humanos conocemos de la vida, de la sociedad, de la política, del mundo en general. Ese conocimiento se alimenta de la información, que es la que nos proporciona una imagen de la realidad. La información, por veraz que sea, no es la realidad, sino una parte de la construcción social de la realidad.

La tensión entre libertad de opinión y libertad de información deriva de que la construcción social de la realidad es una obra colectiva, de manera que no es posible percibir los hechos sin una atribución de significado que viene condicionada por el contexto social y cultural. Esa atribución de significado es inevitable y condiciona nuestra concepción de lo que consideramos verdad, tanto en el plano de los hechos como en el de las representaciones, de las ideas, de la visión del mundo.

Para muchos millones de estadounidenses de un hecho tan objetivo e incontrovertible como el resultado de un proceso electoral

regido por normas preestablecidas y con instrumentos fiables de control, se ha derivado un resultado muy diferente al de la realidad. Para ellos, el hecho es que Joe Biden no ha ganado las elecciones, sino que se las ha robado a Donald Trump. Una deformación tan burda de los hechos no es algo nuevo, aunque su alcance e impacto requiere de un interés previo de construir una narrativa específica y tratar de imponerla en el espacio público.

La construcción de narrativas basadas en hechos falsos es algo que ha ocurrido con frecuencia en la historia, de tal manera que se puede hablar con Umberto Eco de una “forza del falso” por contraposición a la fuerza de la verdad que, sea a través de la mentira o por medio del error, ha sido el motor de muchos acontecimientos históricos<sup>24</sup>. Antes del desarrollo de las redes sociales hemos podido ver ejemplos de estas narrativas, como es el caso de la guerra de Irak. Una gran parte de la sociedad americana tenía la certeza de que el motivo de la guerra de Irak era que los dirigentes de ese país habían fabricado armas de destrucción masiva. Posteriormente

se supo que ese motivo había sido “fabricado” y que no se correspondía con la realidad<sup>25</sup>.

En todo caso, aunque la desinformación generada a través de noticias falsificadas no sea algo nuevo en la historia, lo que sí es nuevo es la capacidad que tienen las redes sociales para convertir esas noticias falsificadas en tendencias mayoritarias en contextos democráticos, ocupando una parte fundamental del espacio público<sup>26</sup>.

También es novedoso el hecho de que esas noticias se transmitan en un ámbito de privacidad e incluso de intimidad (por ejemplo, a través de WhatsApp) lo que potencia extraordinariamente su eficacia porque elimina la distancia frente al emisor del mensaje. Los nuevos mediadores ocultan esa función de mediación frente a los usuarios, a diferencia de los medios de comunicación tradicionales, porque la realizan dentro de un ecosistema complejo en el que la noticia o la información ocupan un papel marginal.

Desde un punto de vista constitucional, las noticias falsificadas están destruyendo el espacio

público y alterando las condiciones estructurales de los procesos democráticos. Favorecen la fragmentación y radicalización y el acceso al poder de movimientos populistas poco respetuosos con las reglas democráticas.

Para comprender el potencial destructivo que tienen las noticias falsificadas podemos recurrir a una metáfora que proviene de un proverbio árabe según el cual la verdad era un espejo que cayó del cielo y al entrar en contacto con la tierra se fragmentó en muchos pedazos, de manera que cada persona tiene solamente un trozo de la verdad, un fragmento de ese espejo roto. La verdad no es, por tanto, algo que se puede conocer individualmente en su integridad sino el resultado de construcción colectiva. Para poder conocer la verdad tenemos que poner en común cada uno de esos trozos.

Esta metáfora nos explica el sentido de la democracia pluralista. Nos hace ver la necesidad de considerar las verdades de los otros no como algo que haya que excluir sino como algo necesario para conocer la verdad en toda su dimensión,

para construir juntos una verdad común, a partir de la transacción, el consenso y el compromiso, que son elementos fundamentales de una democracia constitucional.

Sin embargo, en un mundo cada vez más controlado desde las redes sociales y las aplicaciones de internet por las compañías tecnológicas, son estas las que tienen ahora la capacidad de decidir qué trozos de espejo, qué fragmentos de verdad (y cuáles no) van a tener presencia en el debate público, a través de sus algoritmos. No sólo eso, también pueden hacer que las noticias falsas o la posverdad, esto es, los fragmentos distorsionados, tengan una incidencia importante en el espacio público.

Teniendo en cuenta las condiciones de monopolio o de oligopolio en que estas compañías actúan en los procesos comunicativos, la idea de Holmes de que el libre mercado de las ideas debe hacer posible la imposición de la verdad, parece impracticable en las condiciones actuales, si es que alguna vez tuvo sentido<sup>27</sup>. Con la forma en que han desarrollado los procesos comunicativos en el mundo digital, los

nuevos mediadores han generado una fragmentación y radicalización cada vez mayor del espacio público, en el que los distintos sectores sociales viven en auténticas burbujas que desconocen y niegan la verdad de los otros, en un proceso continuo de reafirmación de las propias convicciones<sup>28</sup>.

El mercado de las ideas tuvo su reflejo en los años 80 en Estados Unidos en la crítica de la regulación de los medios de comunicación, al considerarla innecesaria porque el mercado sería por sí mismo la mejor garantía del interés público<sup>29</sup>. Una formulación que terminó generando una mentalidad más favorable a los monopolios en los medios de comunicación tradicionales en la medida en que dificultaba la acción antitrust de la Administración. La acción pública debía centrarse en el bienestar de los consumidores desde la perspectiva de los precios y de la calidad<sup>30</sup>. El resultado sería una actitud mucho menos intervencionista<sup>31</sup> que no es de extrañar que se haya mantenido posteriormente, favoreciendo la consolidación de monopolios por parte de las grandes compañías tecnológicas.

En tanto que monopolios, su incidencia sobre la libertad de opinión es determinante porque, como bien indican Fukuyama y Grotto “because the market for social media is less competitive, a decision to remove certain content is much more consequential than the decision of, say, USA Today not to carry it”<sup>32</sup>. Resulta igualmente determinante su incidencia sobre la libertad de información porque las condiciones de monopolio en las que actúan estas compañías favorecen la eficacia de las narrativas basadas en hechos falsos o en realidades alternativas. Son, desde esa perspectiva, problemáticas para la libertad de información y para la construcción de una sociedad libre y plural que haga posible las condiciones que requiere la democracia constitucional, entre las que figura como un elemento esencial, como indica Paola Bilancia, la paridad de los participantes en el debate público<sup>33</sup>. Una paridad que se rompe con los hechos falsos, situando en una posición de superioridad a quienes promueven la contaminación del espacio público con la mentira respecto del conjunto de los ciudadanos<sup>34</sup>.

4.-La configuración de los algoritmos por los nuevos mediadores.

Los nuevos mediadores no promueven las posiciones extremas porque coincidan con la ideología de sus dirigentes, sino porque la inestabilidad que provocan favorece su modelo de negocio, basado en la publicidad y, por tanto, en el uso reiterado de las redes por los usuarios para poder vender más publicidad. Cuanto más atraigan la atención más dinero ganarán. A esa motivación se une una segunda igualmente importante, la de bloquear la política para evitar el control de sus actividades por los poderes públicos, de ahí que potencien a los movimientos populistas.

¿Sería posible una configuración diferente de las redes sociales? Claramente sí, al menos por la información que tenemos, en concreto de Facebook. Según la información del Wall Street Journal, esta compañía encargó un informe interno para determinar si sería técnicamente posible cambiar los algoritmos que usa evitando así esa

radicalización del espacio público. La conclusión fue que era perfectamente viable pero que la consecuencia sería una pérdida de ingresos por parte de Facebook, de manera que la decisión de la compañía fue no cambiar los algoritmos y continuar generando los mismos problemas en el espacio público<sup>35</sup>.

Un ejemplo concreto de que así lo ha seguido haciendo lo hemos tenido con motivo de las recientes elecciones presidenciales norteamericanas. A pesar de la actitud neutral mantenida por Facebook en lo que se refiere a potenciar a cualquiera de los dos candidatos mediante las técnicas de manipulación electoral que usó en Estados Unidos en 2016 y que ha utilizado en otros países, lo cierto es que ha seguido potenciando con carácter general los discursos más extremistas. Esto se pudo ver después de las elecciones, cuando Trump se negó a reconocer el resultado electoral y promovió un intento de golpe para impedir que el candidato elegido accediera a la Presidencia.

En efecto, Facebook tuvo una actitud claramente contraria a Trump en relación con este intento

de revertir el resultado electoral y pudo aparecer así ante la opinión pública como una compañía comprometida con la democracia y con los valores constitucionales. Sin embargo, al mismo tiempo, sus algoritmos seguían potenciando una presencia pública masiva de las posiciones trumpistas, favoreciendo los discursos en los que se cuestionaba el resultado electoral y se defendía “parar el robo” que según Trump se había producido en las elecciones. En la investigación realizada por The New York Times, personas que no habían tenido apenas eco en su actividad en Facebook previamente, pasaron a tener miles de seguidores cuando comenzaron a difundir planteamientos relacionados con las posiciones trumpistas, gracias a los algoritmos de Facebook<sup>36</sup>.

Esta actitud de Facebook, la de por un lado contribuir a avivar el fuego a través de la configuración de sus algoritmos y por otro lado aparecer públicamente como quien intenta apagarlo, adoptando medidas contra el pirómano, nos hace ver que esta compañía sigue moviéndose de una manera muy

ambigua en su aparente compromiso con los valores democráticos y constitucionales estadounidenses. Si ese es su comportamiento en su propio país, cabe pensar que ese compromiso será todavía más débil en otros países y que posiblemente sus actividades de interferencia en el espacio público y en los procesos electorales se mantendrán en el futuro fuera de Estados Unidos<sup>37</sup>.

5.-La libertad de expresión en los diferentes contextos comunicativos: político, económico y tecnológico.

Tecnología y economía han definido y siguen definiendo el contexto de los procesos comunicativos y de la libertad de expresión. La tecnología condiciona la configuración de esos procesos que, a su vez, pueden estimular el desarrollo tecnológico<sup>38</sup> y económico. Desde un punto de vista constitucional, estos procesos no caminan ya del lado de los principios y valores constitucionales como lo han hecho históricamente en el mundo moderno hasta el siglo XXI<sup>39</sup>.

Por el contrario, se puede constatar el deterioro de la constitución y de la política frente a la economía y la tecnología, los grandes factores de legitimación del siglo XXI, que se mueven ahora por sus propias vías, desvinculadas de la idea de progreso y libertad que ha ido históricamente unida al constitucionalismo. Este deterioro tiene mucho que ver con las condiciones de la globalización y su incidencia negativa sobre el Estado, que se extiende, como es lógico, a la constitución estatal<sup>40</sup>.

Lo que se puede situar fuera del Estado, en el ámbito global, se ha externalizado, como la propia “constitución económica” que resulta ya inoperante en la mayor parte de los sistemas constitucionales. Lo que no se puede situar fuera del Estado se está inhabilitando progresivamente impidiendo que el Estado y la política puedan funcionar adecuadamente y controlar a los factores económicos y a los agentes tecnológicos globales.

Estos procesos, impulsados por la globalización, ponen en

cuestión a los sistemas democráticos y constitucionales. Todos los fenómenos de deterioro de la libertad de expresión que hemos indicado en este trabajo tienen relación fundamentalmente con los procesos políticos en contextos democráticos. Son la manifestación de una involución democrática que afecta a las estructuras constitucionales y a los derechos fundamentales.

Resulta significativo, desde esta perspectiva, que esta máquina generadora de caos en la que se han convertido las redes sociales y el impulso que han dado al populismo en Estados Unidos, Brasil y otros países democráticos, se haya limitado a los circuitos políticos y no haya afectado al tráfico económico. Si aplicáramos la proliferación de fake news, el desarrollo de la posverdad y la “realidad alternativa” (alternative facts) al ámbito económico o al tecnológico, el colapso económico sería inevitable.

Tal y como se está configurando la libertad de expresión en el ámbito político no parece tener límite alguno, mientras que en el

ámbito económico y tecnológico esos límites existen de manera que la seguridad jurídica y la confianza en las normas se siguen respetando con carácter general. No hay destrucción de la realidad ni se consienten las narrativas que puedan poner en peligro a las grandes corporaciones, a su rendimiento económico o a su capacidad de innovación tecnológica.

Podemos establecer también aquí un paralelismo con la interpretación que se ha realizado de la Primera Enmienda en Estados Unidos respecto de los límites de la libertad de expresión en la medida en que se ha admitido una cierta regulación en la publicidad comercial, de manera que no quedaría protegida por la Primera Enmienda, a diferencia de la propaganda política y, en general, los debates políticos. El hecho de que la publicidad comercial no esté protegida por la Primera Enmienda en lo que se refiere a las afirmaciones falsas, a los hechos falsos que contiene, evidencia que en este ámbito sí hay un control de la falsedad factual, algo que no ocurre

en el ámbito político al protegerse especialmente la libertad de expresión en ese ámbito de acuerdo con la interpretación que se le ha dado a la Primera Enmienda<sup>41</sup>.

Ciertamente, la ausencia de protección de la esfera política en Estados Unidos respecto de la falsedad factual es algo que existía ya antes del desarrollo de las redes sociales y tiene que ver con esa interpretación extensiva que se ha realizado de la Primera Enmienda y la idea de que el mercado de las ideas podía corregir por sí mismo esa falsedad y hacer que prevaleciera la verdad<sup>42</sup>. Una idea ciertamente muy favorable respecto de quienes tienen más capacidad e influencia para imponer su propia narrativa con independencia de que esa narrativa esté basada en hechos reales o no. Algo que ya se daba en los duelos medievales destinados a establecer la verdad, en los que también ganaba el más diestro o el más poderoso.

Imaginemos por un momento que las afirmaciones falsas de Donald Trump en sus cuatro años

de mandato, que según el Washington Post alcanzaron el número de 30.573,<sup>43</sup> se hubieran dedicado a generar inestabilidad en el ámbito económico y tecnológico, difamando de manera masiva a las grandes corporaciones estadounidenses, difundiendo noticias falsas sobre la bolsa de Wall Street o generando realidades alternativas acerca del funcionamiento de la economía norteamericana. Ahora la pregunta inevitable es ¿por qué la política sí y la economía no? ¿por qué se ha permitido bajar hasta niveles inimaginables hace algunos años el nivel de la política norteamericana sin que la economía o la tecnología hayan sido objeto de los mismos ataques y de una actividad destructiva de la misma entidad?

Si las redes sociales y las agencias tecnológicas han dejado intactos los ámbitos económico y tecnológico habría que pensar que sería igualmente posible que hubieran evitado un deterioro de la política y de la democracia como el que se ha producido, no por el ejercicio de la libertad de expresión sino por

la específica configuración que los nuevos mediadores han realizado de los procesos comunicativos en los entornos digitales. Como se ha intentado argumentar en este trabajo, las compañías tecnológicas no son responsables de todas las deficiencias señaladas. Algunas de ellas estaban ya asentadas en mayor o menor medida en el espacio público. Sin embargo, lo cierto es que esas compañías no han corregido las tendencias negativas, sino que han contribuido a desarrollarlas y han generado nuevos problemas que tienen que ver con los ecosistemas de los entornos digitales regidos por algoritmos.

#### Conclusiones.

Para comprender el impacto de los nuevos mediadores de la era digital hay que explicar primero las condiciones en las que la libertad de expresión se ejercita en los procesos comunicativos que esos nuevos mediadores han desarrollado. Procesos jerarquizados en el entorno cerrado de las aplicaciones de

internet en el que los algoritmos diseñados por los nuevos mediadores controlan todo el proceso, determinando la forma en que se reciben los mensajes, quién los recibe, qué impacto van a tener en el espacio público, hasta dónde pueden llegar en cuanto a sus contenidos y qué sistemas de control interno resolverán los conflictos que puedan producirse.

Los nuevos mediadores están gestionando auténticos ecosistemas en los que la libertad de expresión se ejercita dentro de un contexto personal que rompe las barreras de los usuarios, haciéndoles más receptivos a las informaciones que reciben. Un contexto dinámico e informal que está generando nuevas pautas culturales y políticas que afectan a la libertad de expresión. En ese contexto las noticias y las opiniones de alcance político y constitucional tienen un peso muy reducido en relación con las otras actividades (diversión, trabajo, comunicación personal, etc.) que se desarrollan dentro de las aplicaciones y que configuran una auténtica

vida digital que ocupa una gran parte del tiempo de los usuarios.

Además, los procesos comunicativos de nuestro tiempo reflejan la aceleración del tiempo histórico que estamos viviendo y que se potencia por el desarrollo tecnológico y por la organización de los nuevos entornos comunicativos. La consecuencia es una pérdida de valor de la libertad de expresión, no sólo por la proliferación de opiniones e informaciones que se generan cada día a nivel global sino también por su carácter efímero en el contexto comunicativo digital. Desde el punto de vista constitucional no sólo se resiente el ejercicio del derecho individual sino también su contribución a la formación de una opinión pública libre e informada.

En los ecosistemas desarrollados por las compañías tecnológicas, los nuevos mediadores ejercen un poder que no es estrictamente privado por cuanto ocupan y monopolizan un espacio público. Se trata de un poder soberano en su orden comparable, en relación con ese entorno comunicativo, al de los

Estados autoritarios sobre sus súbditos. Por un lado, pueden limitar la libertad de expresión hasta el punto de expulsar a los usuarios. Por otro lado, generan un entorno en el que la libertad de expresión en lugar de contribuir al debate democrático y a la articulación del pluralismo se convierte en un instrumento de división social y de radicalización que genera una especie de monismo plural en el que la incomunicación entre las diversas visiones del mundo es cada vez mayor. Un pluralismo de posiciones monistas que no reconocen a las demás y se autoafirman como las únicas posibles cada una de ellas.

Desarrollan así una capacidad extraordinaria de configuración de la narrativa sobre la realidad, que no tiene precedentes históricos. En los países democráticos los medios de comunicación tradicionales intentan influir en la narrativa predominante contribuyendo a la construcción social de la realidad. En los regímenes dictatoriales se puede hablar de reconstrucción de la realidad a la medida de los

intereses del dictador o de la oligarquía dominante. En el nuevo contexto comunicativo de los países democráticos, del que el trumpismo ha sido un ejemplo paradigmático, se está evolucionando hacia la destrucción de la realidad, esto es, de una percepción social compartida de la realidad.

Los medios de comunicación tradicionales construían narrativas que podían adscribirse en mayor o menor medida a tendencias políticas, aunque no necesariamente a opciones partidistas. Participaban así en la construcción social de la realidad. Los nuevos mediadores no construyen narrativas, sino que abren las plataformas a todas las narrativas posibles, aunque privilegian -a través de sus algoritmos- a aquellas que promueven noticias falseadas y realidades alternativas porque de ese modo consiguen más atención del público y obtienen más ingresos publicitarios. No reflejan la realidad de las sociedades en las que actúan ni operan como plataformas representativas de la libertad de expresión. Por el contrario, al

potenciar las noticias falseadas y las realidades alternativas generan una tensión sobre la realidad misma que tiene un gran potencial destructivo.

Lo que los nuevos mediadores de la era digital están promoviendo es esencialmente inestabilidad e inseguridad. Las noticias falseadas conviven y compiten con las noticias reales, pero no las sustituyen en favor de una narrativa concreta que se imponga en el espacio público. La “realidad alternativa” convive con la realidad “real”, pero no la sustituye. Ambas narrativas compiten entre sí y ocasionalmente alguna de ellas podría imponerse a la otra en el debate público o en las convicciones de las mayorías gobernantes que se formen. Entre el interés por distorsionar la realidad, transformarla y generar narrativas que favorezcan a una opción política concreta y el desinterés absoluto por la realidad y por cualquier tipo de narrativa y de su posible funcionalidad en favor de cualquier opción política hay una diferencia importante.

Para los nuevos mediadores, las noticias y la libertad de

expresión como tal, no son otra cosa que datos dentro de su modelo de negocio<sup>44</sup>. La libertad de expresión no tiene ya un sentido sustancial porque la información y la opinión es un producto más dentro de un ecosistema dirigido por los algoritmos. Un entorno en el que se promocionan las fake news y las realidades alternativas, dado que favorecen su modelo de negocio.

No es una cuestión de ineficiencia en el control o de incapacidad moral para diferenciar lo falso de la verdad, sino de un interés específico en promover lo falso. No lo hacen en función de una motivación política específica (como ocurre en los sistemas dictatoriales) para imponer una narrativa concreta. La destrucción de la realidad no va necesariamente unida a la imposición de una “realidad alternativa” del mismo modo que la destrucción de la política no va unida a una formulación política alternativa.

En definitiva, el contexto actual de la libertad de expresión presenta muchos problemas desde

el punto de vista constitucional que tienen que ver con la irrupción de los nuevos mediadores que están ocupando prácticamente todo el espacio de la información y la opinión desplazando a los medios tradicionales. Ciertamente, hay también aspectos positivos. Pero las plataformas tecnológicas han roto el equilibrio que se daba en los primeros tiempos de la Web 2.0, cuando no había aplicaciones cerradas y jerarquizadas en auténticos ecosistemas sino un sistema abierto basado en el lenguaje html que hacía posible el ejercicio de la libertad de expresión sin condicionantes derivados de la ordenación interna de las aplicaciones por medio de algoritmos.

Frente a la idea de participación que contraponía a los nuevos sistemas de comunicación con los medios de comunicación tradicionales a partir del desarrollo de la Web 2.0, lo cierto es que los nuevos sistemas no sólo no ofrecen más participación real, sino que hacen posible una mayor penetración de los nuevos mediadores en la opinión de los usuarios. Así, pues, en lugar de hacer posible la expresión de la

opinión libre de los ciudadanos lo que han terminado haciendo estas plataformas es condicionar esa opinión con un sistema jerarquizado de algoritmos que dirigen contenidos individualmente con capacidad de incidir sobre la conciencia y de modular de manera decisiva la opinión de los usuarios.

Resulta significativo que los nuevos mediadores se hayan limitado a intervenir en los circuitos políticos y no hayan afectado directamente al tráfico económico. Si aplicáramos la proliferación de fake news, el desarrollo de la posverdad y la “realidad alternativa” (alternative facts) al ámbito económico o al tecnológico, el colapso económico sería inevitable. Sin embargo, mientras la libertad de expresión tal y como se está configurando en el ámbito político no parece tener límite alguno, en el ámbito económico y tecnológico la seguridad jurídica y la confianza en las normas se siguen respetando con carácter general. No hay destrucción de la realidad ni se consienten las narrativas que puedan poner en peligro a las grandes corporaciones, a su rendimiento económico

o a su capacidad de innovación tecnológica.

Una cuestión clave en relación con los entornos comunicativos desarrollados por los nuevos mediadores y su incidencia en la libertad de expresión es la de la competencia. Quien no tiene una estructura democrática no puede contribuir al desarrollo democrático y lo mismo se puede decir del pluralismo: las condiciones de monopolio no pueden contribuir al desarrollo del pluralismo. La libre competencia es para la economía el equivalente a la biodiversidad para la naturaleza y al pluralismo para la política. No podemos tener democracia sin pluralismo ni pluralismo sin competencia. Las compañías tecnológicas están afectando a dos pilares esenciales del sistema democrático como son el pluralismo en el plano político y la competencia en el plano económico.

No cabe duda de que también están afectado a la capacidad de innovación tecnológica, dificultando el desarrollo de nuevos entornos que puedan competir con los actuales. Para resolver estos problemas se pueden adoptar medidas

institucionales a través de los reguladores que dificulten una concentración aún mayor. Sin embargo, lo deseable sería más que la limitación, la apertura. Una tecnología abierta que termine con el carácter cerrado y jerarquizado de las aplicaciones sería deseable. La comunicación telefónica es abierta y permite operar a los operadores de telefonía móvil haciendo posible la comunicación global y lo mismo ocurre con los servidores de correo electrónico. Las aplicaciones de comunicación que ahora mismo son cerradas (WhatsApp o Telegram, por ejemplo) deberían ser también abiertas, intercomunicables y gestionadas por una pluralidad de operadores.

NOTAS:

1. Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 32, julio-diciembre de 2019: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04\\_F\\_BALAGUER.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm). Existe versión italiana, Francisco Balaguer Callejón, “Social network, società tecnologiche e democrazia” *Nomos | Le attualità nel diritto*, n. 3, 2019 <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/02/Callejon-3-2019-ver.pdf> y versión portuguesa, Francisco Balaguer Callejón, “Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia”, *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, maio/ago. 2020: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/485>.

02. V. *Infra*, apartado 4.

03. Hasta acumular nada menos que 30. 573 afirmaciones falsas o engañosas en sus cuatro años de mandato, de acuerdo con el trabajo de comprobación realizado por Washington Post. Cfr. <https://www.youtube.com/>

[watch?v=Jq5kLbR79Pg](https://www.youtube.com/watch?v=Jq5kLbR79Pg), 24 de enero de 2021.

04. Rasmus Kleis Nielsen and Richard Fletcher, “Democratic Creative Destruction? The Effect of a Changing Media Landscape on Democracy” en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press, 2020.

05. “Society renews itself as common sense evolves. This requires trustworthy, transparent, respectful institutions of social discourse, especially when we disagree. Instead, we are saddled with the opposite, nearly 20 years into a world dominated by a political-economic institution that operates as a chaos machine for hire, in which norm violation is key to revenue” Shoshana Zuboff “The Coup We Are Not Talking About”, *The New York Times*, 29/1/2021, p. 8 <https://www.nytimes.com/2021/01/29/opinion/sunday/facebook-surveillance-society-technology.html>

06. “Medical disinformation spread on social media, with false claims about the origins and spread of the virus and quack cures to address it gaining significant

audiences. The platforms responded with dramatic and unprecedented measures: aggressive filtering of content deemed problematic, promotion of content from respected (particularly governmental) sources, and dedicated portions of their websites to assist in providing accurate information and assisting in logistics related to the pandemic response. In many respects, it seemed like the platforms had found a path to redemption from the backlash of 2016”, Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, Preface, en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press, 2020, pp. XV-XVI.

07. La preocupación por la desinformación en materia sanitaria promovida por las redes sociales es grande. En el ámbito europeo, por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión sobre medidas adicionales de respuesta a la COVID-19, de 28 de octubre de 2020, se indica que: “Debe ponerse todo el empeño en conseguir que la comunicación selectiva llegue a los segmentos de población que son más vulnerables y a aquellos con mayor probabilidad

de propagar la enfermedad a través de la interacción social. Es necesario que sea clara, coherente y actualizada. Es preciso prestar especial atención al seguimiento y respuesta en las redes sociales. La vacunación es un ámbito específico en el que las autoridades públicas necesitan intensificar sus acciones para lidiar con la desinformación como la principal causa de la reticencia, y coordinar la respuesta a dicha desinformación” Cfr. Comunicación de la Comisión sobre medidas adicionales de respuesta a la COVID-19, de 28 de octubre de 2020, pp. 6 y 7. Cfr. sobre esta temática, Antonella Sciortino, “Fake News and Infodemia at the Time of Covid-19”, *RDP, Brasília*, Volume 17, n. 94, 35-49, jul./ago. 2020.

08. Cfr. Tim Hwang “Dealing with Disinformation: Evaluating the Case for Amendment of Section 230 of the Communications Decency Act” en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press, 2020, pp. 257 y ss. Como muy bien indica este autor, con independencia de que sean efectivas, estas campañas implican amenazas para

la salud de los procesos democráticos y pueden acelerar la erosión en la confianza en instituciones que son fundamentales para el mantenimiento de la democracia, entre otros efectos negativos.

09. Como hacen, por ejemplo, Rasmus Kleis Nielsen and Richard Fletcher, “a fairly minimal conception of democracy as liberal, representative, and based on relatively diverse and inclusive elite competition that offers a basic structure for making and implementing political decisions but no guarantee that these decisions will be good ones”. Rasmus Kleis Nielsen and Richard Fletcher “Democratic Creative Destruction? The Effect of a Changing Media Landscape on Democracy” *cit.*, p. 156.

10. Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, March 2019, Jason Furman and others, p. 11: “The largest digital companies have made extensive use of mergers, as their market shares have grown. Acquisitions have included buying businesses that could have become competitors to the acquiring

company (for example Facebook’s acquisition of Instagram), businesses that have given a platform a strong position in a related market (for example Google’s acquisition of DoubleClick, the advertising technology business), and data-driven businesses in related markets which may cement the acquirer’s strong position in both markets (Google/YouTube, Facebook/WhatsApp)”. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)

11. Resulta sorprendente que mientras Facebook compró en 2012 Instagram por 1.000 millones de dólares, pagara en 2014 nada menos que 19.000 millones de dólares por WhatsApp sin que esta última compañía, según indica *The Economist*, a pesar del enorme precio que ha pagado Facebook por ella, genere ingresos. Aunque el texto no se pronuncia sobre los posibles motivos, parece evidente que la motivación económica, no estando en la publicidad tiene que basarse en algún otro interés para Facebook

y no es difícil imaginar cuál es ese interés. Cfr. “Dismembering Big Tech”, *The Economist*, Oct. 24th, 2019 edition: <https://www.economist.com/business/2019/10/24/dismembering-big-tech>

12. Cfr. House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. Disinformation and ‘fake news’: Final Report, Published on 18 February 2019 by authority of the House of Commons, pp. 26 y ss. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf>

13. “In the United States alone, from 2008 to 2017, newspapers lost more than \$20 billion in print advertising, close to half of total industry revenues, and cut newsroom employment by 45 percent”, Rasmus Kleis Nielsen and Richard Fletcher, “Democratic Creative Destruction? The Effect of a Changing Media Landscape on Democracy” cit., p. 145.

14. Cfr. Rasmus Kleis Nielsen and Richard Fletcher, “Democratic Creative Destruction? The Effect of a Changing Media Landscape on Democracy” cit. pp. 143 y ss. Para estos autores “This is an epochal

shift on how news is distributed and curated. Direct discovery has been a defining feature of the mass media environment in the twentieth century, but the twenty-first-century digital media environment is increasingly defined by algorithmically based forms of personalization, as people rely on products and services like search engines and social media that do not create content but help users discover content”, *Ibíd.*, p. 150.

15. Shoshana Zuboff “The Coup We Are Not Talking About”, cit., p. 4.

16. Sometidos actualmente a una profunda crisis: “The news publishing business is undergoing an extraordinary period of contraction in both of its main traditional sources of revenue: advertising and circulation”, *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, 12 February 2019, p. 5.

17. Es conocido el caso del bloguero Hossein Derakhshan, que tenía unos 20.000 seguidores cuando fue arrestado en Irán y condenado a varios años de cárcel, en el año 2008. Cuando salió de la cárcel, en 2014, todo había cambiado con

el desarrollo de las redes sociales, así que recurrió a Facebook con un post que obtuvo solamente 3 “likes”. El motivo de ese impresionante descenso, de 20.000 a tres personas que seguían sus mensajes, lo explica él mismo: el lenguaje html en el que se basaban los blogs, era descentralizado y abierto, al contrario que las aplicaciones de internet desarrolladas por las compañías tecnológicas: “hemos pasado de una forma no lineal de comunicación - con nodos, redes y enlaces- a una lineal, centralizada y jerárquica”. Por tanto, ahora ya no es posible la participación directa, como en los inicios de la Web 2.0 porque existen mediadores necesarios como son las grandes compañías tecnológicas que controlan los procesos comunicativos. Cfr. Hossein Derakhshan, “Soy bloguero y pasé seis años preso en Irán. Así veo internet ahora”, en *El País*, 23 de agosto de 2015.: [https://verne.elpais.com/verne/2015/08/21/articulo/1440144333\\_222956.html](https://verne.elpais.com/verne/2015/08/21/articulo/1440144333_222956.html) Otro ejemplo, más reciente, ha sido el del blog del expresidente Trump, llamado “From the Desk of Donald J. Trump” creado como una alternativa a Facebook y a Twitter toda vez

que fue expulsado de esas plataformas. El blog duró menos de un mes porque estaba teniendo muy poco público. Mientras Trump llegó a tener 88 millones de seguidores en Twitter, 32 millones en Facebook, y 24 millones en Instagram, su blog alcanzó solamente alrededor de doscientas mil interacciones. Cfr. Brandy Zadrozny, “Trump’s blog isn’t lighting up the internet” May 11, 2021. In *nbcnews.com*: <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/trumps-blog-isnt-lighting-internet-rcna890>.

18. “National constitutions and human rights laws protect internet users from state interference with their legal exercise of speech rights, but platforms are generally free to ban any speech they want; and, because Community Guidelines are privately defined and enforced, platforms’ decisions are generally not subject to review by courts”, Daphne Keller and Paddy Leerssen “Facts and Where to Find Them: Empirical Research on Internet Platforms and Content Moderation”, en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge

University Press, 2020, p. 226. Además, como indica Josu De Miguel “Los prestadores de servicios no están en condiciones de ponderar derechos y bienes jurídicos adecuadamente, porque se rigen por las reglas de mercado”, J. De Miguel, “Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo” *Revista de Estudios Políticos*, 173, Julio-Septiembre de 2016, p. 159.

19. Cfr. Eli Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

20. Cfr. Rasmus Kleis Nielsen and Richard Fletcher, “Democratic Creative Destruction? The Effect of a Changing Media Landscape on Democracy” cit., p. 151.

21. Cfr. Francisco Balaguer Callejón “La constitución del algoritmo”, en prensa actualmente en Brasil.

22. “Facebook exercises government-like powers, even though it is not a government; it is a private, for-profit company largely controlled by a single individual, whose primary objective is not necessarily to serve the public interest of his political community.

Facebook can try to acquire the trappings of a government, like its own internal Supreme Court or its own currency, but these efforts in the end do not make its behavior more democratically legitimate”, Francis Fukuyama and Andrew Grotto, “Comparative Media Regulation in the United States and Europe” en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press, 2020, p. 210.

23. Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Inteligencia artificial, democracia y derechos”, en prensa actualmente en Brasil.

24. Cfr. U. Eco, “La forza del falso”, en la recopilación del mismo autor *Sulla Letteratura*, Tascabili Bompiani, Milano, 2003, pp. 292 y ss. Para U. Eco, “il riconoscere che la nostra storia è stata mossa da molit racconti che ora riconosciamo come falsi deve renderci attenti, capaci di rimettere continuamente in questione gli stessi racconti che ora teniamo per veri, poiché il criterio della saggezza della comunità si fonda sulla vigilanza continua nei confronti della fallibilità del nostro sapere”, p. 322.

25. Algunos ejemplos adicionales previos a la expansión acelerada de las redes sociales: “President Obama was not born in Kenya. President Bush did not have advance notice of the September 11 attacks. The predictions of astrology have neither scientific basis nor the capacity to forecast the future. AIDS was not created by white physicians and multinational pharmaceutical companies in order to reduce the size of the African and African American populations. The Holocaust is not a myth fabricated by Zionists and their supporters.” Frederick Schauer, “Facts and the First Amendment”, *UCLA Law Review* Volume 57. Issue 4, April 2010; p. 897.

26. Cfr. Pitruzzella, Giuseppe, “La libertà di informazione nell’era di Internet” en G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d’espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea, 2017. Cfr. Igualmente, Paulo Brasil Menezes, *Fake news: modernidade, metodologia e regulação*, Editora Jus Podium, Salvador, 2020.

27. Como bien indica F. Schauer: “Once we fathom the full scope of factors other than the

truth of a proposition that might determine which propositions individuals or groups will accept and which they will reject—the charisma, authority, or persuasiveness of the speaker; the consistency between the proposition and the prior beliefs of the hearer; the consistency between the proposition and what the hearer believes that other hearers believe; the frequency with which the proposition is uttered; the extent to which the proposition is communicated with photographs and other visual or aural embellishments; the extent to which the proposition will make the reader or listener feel good or happy for content independent reasons; and almost countless others—we can see that placing faith in the superiority of truth over all of these other attributes of a proposition in explaining acceptance and rejection requires a substantial degree of faith in pervasive human rationality and an almost willful disregard of the masses of scientific and marketing research to the contrary”, F. Schauer “Facts and the First Amendment”, cit., p. 909.

28. Cfr. Eli Pariser, *The Filter*

*Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

29. “This pro-market revolution in economic thought had major implications for media regulation. In the early days of the FCC, there was a presumption that the government was a guardian of public interest and that commercial interests on their own would not necessarily produce positive outcomes in terms of either efficiency or democratic control – hence the “public interest” mandate in the 1934 Communications Act (...) By the 1980s, however, this view had changed to one that held that largely unregulated media markets would best serve public interest and that state regulation did not serve a neutral “public interest” but was politically driven.”, Francis Fukuyama and Andrew Grotto, “Comparative Media Regulation in the United States and Europe”, cit., p. 211.

30. “The pro-market revolution of the 1980s had consequences for the other form of possible state intervention: antitrust. Led by Robert Bork, Aaron Director, George Stigler, and others, a number of conservative legal scholars

and economists began arguing for a much narrower understanding of the grounds on which the government could launch antitrust actions. Bork argued that the original Sherman Act envisioned only one standard for public concern, which was consumer welfare as measured by prices and/or quality.”, Francis Fukuyama and Andrew Grotto, “Comparative Media Regulation in the United States and Europe”, cit., p. 212.

31. “In contrast to its European counterparts, then, the United States by the early twenty-first century had taken a much more relaxed position than its European counterparts toward the regulation of legacy media. This was driven both by the explosion of bandwidth provided by cable and internet technology and by an ideological shift toward greater distrust of government regulation. The Europeans, facing similar pressures, have themselves backed away from pervasive state control over legacy media and permitted greater market competition, though their public broadcasters remain powerful players in many European countries”, Francis

Fukuyama and Andrew Grotto, “Comparative Media Regulation in the United States and Europe”, cit. p. 213.

32. *Ibidem*, p. 215.

33.. Cfr. Paola Bilancia, “Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica”, *federalismi.it* -[numero speciale 1/2017, pp. 3,9 y 15.

34.. Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “La verità nello spazio pubblico”, en prensa en Italia.

35.. Cfr. J. Horwitz, D. Seetharaman, “Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive”, en *Wall Street Journal*, 26 de mayo de 2020.

36.. Cfr. Stuart A. Thompson/Charlie Warzel “How Facebook Incubated the Insurrection. Right-wing influencers embraced extremist views and Facebook rewarded them”, *The New York Times*, 14 de enero de 2021.

37. C r. al respecto R. K. Nielsen, “Las plataformas tienen que decidir si todos sus usuarios globales son iguales”, *El País*, 10 de noviembre de 2020.

38. “Media and technology

have always had a deeply intimate, symbiotic relationship. Advances in communications technology inevitably impact the development, distribution, and consumption of media. At the same time, consumer demand for content and new media experiences can in turn drive the market for new communications technology”, Francis Fukuyama and Andrew Grotto, “Comparative Media Regulation in the United States and Europe”, cit., p. 206.

39. Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie. L.G.D.J, Paris 2020*. Existe versión portuguesa en Brasil: “Constituição, democracia e globalização. a legitimidade da Constituição frente à crise econômica e às redes sociais”, en Angelo Viglianisi Ferraro Francisco Balaguer Callejón, Ricardo Mauricio Freire Soares, Flávia Sulz Campos Machado (Organizadores), *Racionalidade, Direito e Cidadania*, Studio, Salvador, 2021.

40. Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, Julio-Diciembre de 2018: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02\\_F\\_BALAGUER.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm) Versión italiana: “Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo”, en *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, a cura di F. Lanchester, CEDAM, 2019, pp. 59-82. Versión portuguesa: Francisco Balaguer Callejón, “As duas grandes crises do constitucionalismo diante da globalização no século XXI”, *Espaço Jurídico Journal of Law*, 19 (3), 2018: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/20205>

41. Como indica Frederick Schauer: “although the existing doctrine is moderately clear with respect to the permissibility of restricting false or misleading advertising of securities or commercial products, the issue is different when we turn to questions of factual falsity in political debate”, Frederick Schauer, “Facts and the First Amendment”,

cit. p. 913.

42. Para Frederick Schauer, una de las cuestiones que tienen que ver con los procesos comunicativos y que queda fuera de la Primera Enmienda es la falsedad fáctica: “One of these questions is that of the increasing acceptance of patent factual falsity, and it is a question whose economic, psychological, sociological, cultural, scientific, political, and policy dimensions are far more important than the legal and constitutional ones. This may disappoint some lawyers and constitutionalists, but when they discover that the First Amendment they so properly cherish has done little to prevent the problem of widespread factual falsity, they may come to realize as well that the same First Amendment can also do very little to solve it. Just as neither the law nor the Constitution can be the cure to all of the policy problems of our day, neither can the First Amendment be the cure for all of the communications and informational problems of our day. Far more than First Amendment freedoms have created a society in which truth seems to matter so little, and far more than

First Amendment freedoms will be necessary to do anything about it.” *Ibidem*, p. 919.

43. V. *supra*, nota 3.

44. Y los datos, como muy bien indica Anna Papa, no son información por sí mismos porque aparecen descontextualizados, del mismo modo que la información debe ser también confrontada con otra información para convertirse en conocimiento. Sin embargo, en las dinámicas relacionales propias de la red, “se manifiesta la tendencia a pararse en el dato, en el post en Facebook, el video, el tweet”. Anna Pappa, “El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel de la libertad de expresión”, en P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. Sarlet, C. L. Strapazzon y A. Aguilar (coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2020, pp. 271-272.



# ETHIKAI

## ETHICS AS A SERVICE



# CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA – A ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

LUCIANA SABBATINE NEVES<sup>1</sup>  
DANIEL NASCIMENTO CURI<sup>2</sup>

## RESUMO

Ao se deparar com nova realidade mundial e brasileira pandêmica, com implicações diretas aos direitos fundamentais, propomos análise do Habeas Corpus nº 572.996-SP impetrado face ao Governador Paulista e que questionava contrato com operadoras de telefonia móvel (célula) para monitorar e acompanhar os índices de distanciamento social e isolamento, durante a quarenta, objetivando análise e monitoramento de medidas para a minoração da propagação do novo coronavírus, através de um sistema de monitoramento inteligente (SIMI), identificado o ato coator a promulgação do próprio decreto que cria o sistema tratado, bem como parâmetros de implantação, transparência do sistema de inteligência artificial em comento (SIMI). O estudo tem por escopo a análise de colisão entre os direitos fundamentais individuais invocados pelos autores: a liberdade individual, a privacidade e intimidade (perspectiva subjetiva) e a obrigação de atuação Estatal da promoção e proteção do direito à saúde (perspectiva objetiva), como

recorte metodológico. Foi utilizada a metodologia descritiva, revisão bibliográfica, genealógica e dedutiva combinadas para investigar e pontuar os elementos com as conclusões que existem fragilidades sistêmicas atinentes à sistemas de inteligência artificial como o SIMI e que os mesmo podem mesmo representar violações à direitos fundamentais elencados, mas infelizmente a via escolhida não é adequada ao tipo de dilação probatória necessária. O estudo justifica-se pela relevância da temática abordada na medida que tratamos de políticas públicas adotadas e possíveis violações a direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Princípio da Igualdade; Direitos Humanos; Direitos Fundamentais;

## ABSTRACT

When we come across a new world and Brazilian pandemic reality, with direct implications for human rights, fundamental rights, we revisit the legal nature of the principle of Equality, the search for its correct conceptualization. We prepared a study with methodological framework proposing to

analyze the presence of the principle in supralegal texts, international criteria (recommendation 60/20 of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and its Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA) and in the constitutional text of 1988, to address the following issues: a) the structure of Equality (minimum concept); b) the influence and possible changes of the pandemic, of the health crisis, brought by COVID 19 to the law: use and reflexes of equality. Descriptive methodology and bibliographic review were used, to investigate and punctuate the elements and structures of Equality, based on the hypothesis that Equality is a legal norm in the broad sense (both rule and principle), thus obligatory, cogent, multifunctional and multidimensional, interconnected, interconnected and inseparable to other human and fundamental rights, which generates subjective and objective rights and obligations, is divided into formal content and two-dimensional material, intertwined, central and fundamental to face the effects brought by the

viral pandemic. An example of its adoption as a reflection of the pandemic to the law is the granting of the benefit of emergency aid, transmitted by Federal Law 13.982/2020 (year 2020) and Provisional Measure 1039/2021 (year 2021) which translates the need for material equality into its two-dimensionality, to face pandemic and aims to ensure, even, food security the population in a situation of social vulnerability in line with international and national criteria arising from equality.

Keywords: Principle of Equality; Human Rights; Fundamental Rights;

## INTRODUÇÃO

**T**rata-se de estudo sobre efeitos pandêmicos incidentes no ordenamento jurídico, especificamente, a colisão que a pandemia por COVID 19, provocou entre os direitos fundamentais, a partir da análise de um caso concreto, o Habeas Corpus nº 572.996-SP.

O Habeas Corpus n 572.996-SP, foi impetrado por advogados paulistas em face do Governador de São Paulo, que firmou contrato com operadoras de telefonia móvel (célula) para monitorar e acompanhar os índices de distanciamento social e isolamento, durante a quarenta, objetivando análise e monitoramento de medidas para a minoração da propagação do novo coronavírus, através de um sistema de monitoramento inteligente (SIMI), identificado o ato coator a promulgação do próprio decreto que cria o sistema tratado.

A ação judicial em análise, visava preservar a liberdade dos impetrantes, que potencialmente poderia ocorrer, a partir do compartilhamento de dados individuais junto as empresas particulares de telefonia celular ao Estado, poderia gerar mandado de prisão contra os mesmos, dessa forma, impedir a restrição da liberdade individual dos autores, que apesar de respeitarem as medidas adotadas, alegaram que o múnus público de sua atividade profissional, a advocacia, exige em muitas ocasiões, o deslocamento, apesar das restrições impostas para

o controle pandêmico, fato que justificaria o deferimento da ação.

Os autores também invocaram na ação que o SIMI e os contratos de compartilhamento de dados por si, desrespeitam seus direitos fundamentais, a saber, a privacidade e intimidade, direitos esses, constitucionalmente protegidos.

O estudo tem por escopo a análise de colisão entre os direitos fundamentais individuais invocados pelos autores: a liberdade individual, a privacidade e intimidade (perspectiva subjetiva) e a obrigação de atuação Estatal da promoção e proteção do direito à saúde (perspectiva objetiva).

A privacidade e intimidade, apesar de não constituírem propriamente o objeto nuclear da ação proposta, tecnicamente o Habeas Corpus, serve-se a proteção à liberdade individual lesada ou ameaçada por ato coator ilegal ou inconstitucional de autoridade: os autores objetivaram impedir ordem de prisão futura, em função de deslocamentos possíveis no exercício de suas atividades profissionais, são importantes direitos fundamentais a serem analisados face aos contratos firmados

entre o Governador Paulista com as operadoras de telefonia celular, para acompanhamento dos índices de distanciamento social e de isolamento durante a quarentena para minoração da propagação do novo coronavírus, através de um sistema de monitoramento inteligente (SIMI), conflitado dessa forma o interesse individual ao comum, geral (saúde pública), adensando questões sobre o próprio SIMI, sistema de monitoramento individual por geolocalização através de celulares, objetivando, a partir da natureza jurídica dos direitos fundamentais e proporcionalidade, apresentar conclusões.

Diga-se que o desfecho da ação judicial em comento foi favorável ao Governador Paulista, pois, no caso concreto analisado, o ato coator descrito nos autos é geral e abstrato, o objetivo visado foi questionar a própria legalidade/ constitucionalidade dos contratos firmados com as operadoras e a possibilidade do

monitoramento inteligente através do sistema inteligente de monitoramento (SIMI) e como tais objetivos fogem ao escopo da ação judicial selecionada os autores não obtiveram a prestação jurisdicional favorável, o caso, entretanto, apresenta um interessante conflito atual entre direitos fundamentais, momento pandêmico e utilização de ferramentas tecnológicas para seu controle/ minoração.

Isso porque tratamos tanto da necessidade do controle pandêmico, saúde pública, como das possibilidades e limites ao uso da tecnologia para sua concretização em contraste com os limites que os direitos fundamentais impõem.

A base teórica para a resolução das questões levantadas será a aplicação das teorias de Robert Alexy<sup>3</sup> e Willis Santiago Guerra Filho<sup>4</sup>, sobre proporcionalidade, analisada e contraposta à teoria de Hart<sup>5</sup>; Dworkin<sup>6</sup> sobre a importância dos princípios para resolução

dos hard cases e Ingo Sarlet<sup>7</sup> com relação a estruturas dos direitos fundamentais e suas implicações, principalmente, combinada a análise das questões sobre a colisão de direitos fundamentais, os conteúdos mínimos de liberdade, privacidade e intimidade, o interesse geral e alguns aspetos e critérios adotados por meio da intenção do monitoramento via empresas privadas de telefonia e Estado.

A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, descritiva e genealógica.

Os resultados obtidos partem inicialmente da análise da estrutura dos direitos fundamentais: a natureza dos direitos fundamentais; a dupla perspectiva dos direitos fundamentais: subjetivos e objetivos; a análise de caso prático com aplicação da teoria de Willis Santiago Guerra Filho; a análise da jurisprudência aplicada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática; parâmetros normativos

internacionais e nacionais e a análise da tecnologia aplicada ao monitoramento com suas implicações, em estudo que não visa esgotar temas tratados, mas posicionar as questões colocadas.

Dessa forma, a partir de um caso prático, depuramos os elementos formativos dos direitos fundamentais em sua dupla perspectiva subjetiva e objetiva, a colisão e melhor método de resolução, resultante de análise, do caso concreto em contraposição às teorias dos autores elencados. Ementa do caso concreto analisado:

HABEAS CORPUS COLETIVO - INDEFERIMENTO - MONITORAMENTO POR CELULAR EM SÃO PAULO Ementa: Habeas corpus coletivo, em que se indica como impetrado o governador do Estado de São Paulo e como pacientes os moradores da referida

unidade da federação. Pretendida suspensão do sistema de monitoramento inteligente (simi-sp), implementado em parceria do governo local com operadoras de telefonia celular, para monitoração, por via de georeferenciamento, da taxa de isolamento social no Estado. Não indicação de restrição objetiva ao jus ambulandi. Remédio heróico: via processual destinada a tutelar apenas imediato constrangimento ilegal ao direito de liberdade. Impossibilidade de manejo de writ coletivo em que a parte impetrante não demonstra a possibilidade de identificação dos alegadamente atingidos. Inviabilidade, ainda, de impetração de mandamus contra ato em tese. Improriedade absoluta. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE. (STJ); Habeas Corpus nº

572.996-SP; rel. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz; Decisão Monocrática j. 16/04/2020).

Da análise dos conteúdos mínimos dos direitos fundamentais elencados, são extraídos elementos de seu núcleo irreduzível e implicações contrapostas à intenção de monitoramento pretendia por geolocalização, perante nosso sistema protetivo pátrio e internacional para a adoção de tal medida.

O capítulo primeiro inicia com considerações acerca da pandemia por COVID-19, suas implicações e consequências, os parâmetros e diretrizes estipulados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sua Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) por meio da recomendação número 60/20, a Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe e fixa diretrizes gerais sobre as medidas para enfrentamento da

emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Prossegue com a análise do Decreto nº 64.963/2020<sup>8</sup>, que institui o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - SIMI, destinado ao enfrentamento da pandemia da COVID-19 e a adoção de sistemas semelhantes em países como a China e Coreia do Sul, seus impactos e consequências, especialmente os impactos aos direitos fundamentais, aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade.

O capítulo segundo, por sua vez, aborda aspectos da teoria geral do direito, a diferença entre teorias que contemplam princípios em contraponto com teorias que não os contemplam, bem como a teoria dos direitos fundamentais, suas implicações, a dupla perspectiva: direitos subjetivos e objetivos, conceitos, funcionalidades e o princípio da proporcionalidade como chave para resolução do conflito exposto.

O estudo finaliza com as conclusões.

A pesquisa justifica-se pela importância dos temas abordados,

os sistemas de monitoramento inteligentes foram utilizados por países como a China e Coreia do Sul como ferramenta eficaz ao controle pandêmico, com profundos impactos negativos, entretanto aos direitos individuais de privacidade e intimidade, dessa forma tratamos de questões atuais e que envolvem saúde pública.

01- A PANDEMIA POR COVID 19, O SISTEMA DE MONITORAMENTO INTELIGENTE (SIMI) E O HABEAS CORPUS Nº 572.996-SP

A pandemia viral por COVID 19, que aflige, mata indivíduos, cujos impactos devastadores sequer podem ser completamente mensurados atualmente, e que corrói economia, instituições, devasta famílias enlutadas, interdisciplinar, multidimensional e globalizada em seus efeitos negativos, é atualmente uma das forças fáticas que determinam tanto ações e comportamento individuais como a própria atuação Estatal, determinando a adoção de políticas públicas e marcos legislativos para o controle e contenção de

seus efeitos negativos.

O reconhecimento, a vivência e enfrentamento do risco global que a pandemia submete todas as nações e Estados, os indivíduos e sociedades, o compartilhamento globalizado do risco, como já conceituava Ulrich Beck<sup>9</sup>, marca profundamente e de forma indelével os anos correntes desde seu início no de 2019.

Globalmente, enfrentamos uma pandemia viral que não encontra fronteiras físicas ou políticas, se as encontra, como barreiras sanitárias, a potencialidade de ultrapassá-las, seja por erro, omissão, negligência é real, concreta e visível.

Exemplo dramático da situação exposta é a chegada da nova cepa indiana que se espalha atualmente no território brasileiro<sup>10</sup>, a Secretaria de Saúde do Maranhão confirmou em 20.05.2021 os primeiros casos oficiais da cepa indiana (B.1.617.2) do novo coronavírus no Brasil, “os contaminados foram seis tripulantes do navio Shandong da Zhi, que veio da África do Sul e foi fretado pela Vale para entregar minério de ferro em São Luís”<sup>11</sup>, vivenciamos, diuturnamente, ataque

viral que atinge vertical e horizontalmente de forma indiscriminada a indivíduos e sociedade, reconhecendo, entretanto, a profunda desigualdade em seu enfrentamento, relacionada a posição econômica do indivíduo ou país (pessoa em situação de vulnerabilidade social ou países subdesenvolvidos) e que desencadeia o acirramento e aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais em indivíduos e grupos sociais vulneráveis, como a população de rua<sup>12</sup> e Estados economicamente desfavorecidos.

Como medida de enfrentamento a pandemia viral, foram mundialmente adotadas medidas restritivas de liberdades individuais, mesmo restritivas e atentatórias aos direitos individuais de privacidade e intimidade, a exemplo dos sistemas de monitoramento invasivos adotados pela China e Coreia do Sul.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sua Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) por meio da recomendação número 60/20, diante da situação fática reversa, sobre a COVID 19, cujo

enfrentamento perpassa pela restrição de direitos fundamentais, traz diretrizes e estipulações com relação às restrições comentadas, como a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, ou mesmo a privacidade, no caso de averiguações tecnológicas e aferições, que objetivam o controle e a disseminação do vírus, “a CIDH e sua Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (RELE) reconhecem que, frente a estados de emergência, os Estados podem adotar restrições temporárias aos direitos humanos.”<sup>13</sup>, mas reste claro que no bojo do texto tem se a determinações e limites para que ocorra tais restrições de direitos, estipulando igualmente e no mesmo documentos, critérios objetivos a serem seguidos: “ À luz desse contexto, essas medidas devem se sujeitar à observância estrita da finalidade de saúde pública, serem limitadas no tempo, terem objetivos definidos, além de serem estritamente necessárias e proporcionais à finalidade perseguida.”<sup>14</sup>, fornecendo parâmetros e critérios para a adoção e implementação das restrições anunciadas.

A Lei Federal nº 13.979/2020,

que dispõe e fixa diretrizes gerais sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, em linhas gerais segue e compactua com o disposto na resolução interamericana mencionada, bem como, veicula a possibilidade das restrições aos direitos individuais tratados, em especial o isolamento social e a quarentena.

Dessa forma e em complementariedade as medidas adotadas pelos Estados e municípios atinentes ao isolamento e quarentena, países como China e Coreia do Sul, adotaram medidas complementares invasivas e restritivas da privacidade e intimidade atinentes ao monitoramento populacional por geolocalização, implementadas por contratos firmados com operadoras de telefonia celular.

Aponte-se, que países europeus, adotam também sistemas inteligentes de monitoramento e consequentemente a coleta e tratamento de dados pessoais, nos termos do rastreamento Pan-Europeu de proximidade e preservação da

privacidade, com parâmetros e critérios diversos, entretanto de países como a China e Coreia do Sul.

Observamos que tais medidas e uso de ferramenta constitui marca indelével do atual desenvolvimento tecnológico social e global, restando unicamente não evitar o uso, mas regular, explicitar e perquirir as reais garantias de procedimentos e de implementação para garantir a privacidade e intimidade dos dados individuais.

As fragilidades e potencialidades de infrações a direitos fundamentais, ora expostas dos sistemas que tratam dados, podem ser exploradas nos estudos de Paul Ohn<sup>15</sup> e Paola Cantarini<sup>16</sup>.

O Governo do Estado de São Paulo, através do Decreto nº 64.963/2020<sup>17</sup>, institui o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - SIMI, destinado ao enfrentamento da pandemia da COVID-19, com intuito, nos termos veiculados pelo dispositivo legal, de aprimorar o tratamento e gestão de dados e assim concretizar a contenção à pandemia viral.

Trata-se de ferramenta tecnológica que nos termos do artigo 1

e parágrafo único, objetiva a consolidação de dados e informações coligidos por órgãos e entidades da Administração Pública estadual.

O item 2 do parágrafo único, expressamente dispõe que “2. não conterà dados pessoais, assim considerados aqueles relacionados a pessoa natural, identificada ou identificável, limitando-se a dados anonimizados.”<sup>18</sup>, parte para garantir direitos individuais referentes a intimidade e privacidade individuais, parte para permitir o aperfeiçoamento e verificação do índice de adesão ao isolamento social.

Aqui a origem da controvérsia veiculada no caso prático trazido, qual seja, o Habeas Corpus nº 572.996-SP, em que advogados paulistas, impetram o remédio heroico, em face ao Governador de São Paulo, com o objetivo de evitar o monitoramento do seu deslocamento e, conseqüente prisão, fruto dos contratos com operadoras de telefonia móvel para monitorar e acompanhar os índices de distanciamento social e isolamento, durante a quarenta, objetivando análise e monitoramento de medidas para a minoração da propagação do novo

coronavírus, através do sistema de monitoramento inteligente (SIMI).

Levantam, ainda na ação ajuizada, questões sobre restrições aos direitos de privacidade e intimidade: entendem que o ato coator, portanto, está a violar o seu sigilo telefônico, que nos termos de dispositivos constitucionais apontados, somente pode ser quebrado por ordem judicial, em investigação criminal ou instrução processual penal, bem como também, a sua liberdade de locomoção, o qual não pode ser restringido de forma arbitrária pela autoridade impetrada.

O processo, que veicula a relevante discussão atinente a privacidade e intimidade, teve liame favorável ao Estado de São Paulo, eis que não se verificou na impetração qualquer elemento que induza à clara identificação do usuário pelo sistema SIMI, que não seja a aplicação quantitativa referente à circulação das pessoas, para fins de constatação do cumprimento, pela população, do distanciamento social anteriormente determinado.

Igualmente como trata-se de ação que não admite qualquer espécie de dilação probatória e limita-se

a garantir a liberdade do paciente não é instrumento capaz para veicular questionamentos acerca da ilegalidade/ inconstitucionalidade do sistema inteligente de monitoramento atinentes a questões de privacidade e intimidade, nesse sentido não foi possível, via ação proposta, questionamentos como a transparência dos critérios e procedimentos que implementam o artigo 2 do decreto analisado.

O Supremo Tribunal Federal, firmou posição, através das ADIs 6387,6388, 6393 e 6390 que a proteção de dados integra o rol dos direitos fundamentais, fixando, igualmente, critérios objetivos e parâmetros para a coleta dos mesmos aplicáveis ao tema.

Dessa forma, apesar da importante discussão veiculada na ação, a via escolhida não se apresentou como forma adequada para perquirir e explicitar as possíveis fragilidades sistêmicas existentes no SIMI atentatórias aos direitos fundamentais referentes a privacidade e intimidade, mas existem e realmente representam importante ponto de estudo e análise.

## 02 – BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES

Os Direitos humanos, que desde o Pacto das Nações, durante a Segunda Guerra Mundial, foram invocados, também, como ponto central, nevrálgico ao enfrentamento e conflito militar, a exemplo da Declaração das Nações Unidas de 1942<sup>19</sup>, documento firmado após o ingresso dos Estados Unidos ao eixo aliado e assinado por 26 países no período e curso do conflito militar em comento, se declaratório quanto a lista de Estados aliados integrantes do eixo, expõe as bases principiológicas em que estão fixados os parâmetros e finalidades do bloco com referência expressa à defesa dos direitos humanos:

Convictos de que, para defender a vida, a liberdade, a independência e a liberdade de culto, assim como para preservar a justiça e os direitos humanos nos seus respectivos países e em outros, é essencial alcançar

vitória absoluta sobre seus inimigos; e convictos de que se acham atualmente empenhados numa luta comum contra forças selvagens e brutais que procuram subjugar o mundo<sup>20</sup>

Fixa, assim, a topografia privilegiada que a questão dos Direitos humanos passa a ocupar tanto durante o período do conflito militar como no período do pós-guerra.

Com a vitória do eixo e a criação da ONU<sup>21</sup>, Organização das Nações Unidas, em 1945, fruto das deliberações de pós-guerra, na Conferência das Nações Unidas, ocorrida em São Francisco para elaboração da Carta das Nações Unidas, esse o ato de sua criação e que possibilita a elaboração e promulgação da Declaração dos Direitos Humanos de 1948<sup>22</sup>.

Com a Declaração dos Direitos Humanos<sup>23</sup> e os Pactos subsequentes integrantes do que se denomina Carta Internacional dos Direitos Humanos (conjunto de documentos formados pela Declaração dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e

Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), adquirem universalidade até então inédita, como bem menciona Bobbio<sup>24</sup>, como há um consenso, ainda que teórico, sobre as características de interdependência, interligação e indivisibilidade, consolidadas após a Conferência de Viena em 1993 que solidifica as posições e diretrizes expressas e representam, igualmente, a evolução da Teoria gestada desde o conflito bélico militar e as graves violações observadas a exemplo dos campos de extermínio.

O Brasil, signatário de todos os documentos mencionados, no artigo 5 da Constituição Federal de 1988, reproduz em muitos sentidos o “novo direito” criado através da ONU, a esteio de Celso Lafer<sup>25</sup>, expressando a visão e tratamento inovador pós Segunda Guerra Mundial atinente a temática dos Direitos humanos.

Observe-se que, uma vez positivados e insertos em um ordenamento jurídico estatal, tratam-se de direitos fundamentais, se presentes em ordenamento jurídico internacional são Direitos humanos, no

presente estudo não será abordada questões levantadas sobre a natureza e/ou incompatibilidades teóricas de classificação entre os direitos fundamentais positivados (se todos os Direitos fundamentais insertos no texto constitucional de 1988 podem ser assim considerados) ou mesmo questões sobre a natureza dos direitos sociais, adotando-se a premissa que os mesmos integram o núcleo dos direitos fundamentais e como tal dotados das mesmas características de natureza.

A leitura e interpretação do parágrafo segundo, do artigo 5, analisado: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” 26, firma a abertura material dos direitos fundamentais, bem como denota que o Brasil, via positivação constitucional, adota teorias que contemplam princípios, fato que permite a posição adotada pelo STF nas mencionadas ADIs a expandir o rol dos direitos fundamentais para incluir a proteção de dados.

A análise do dispositivo constitucional, nos permite ainda dizer que as teorias de Dworkin<sup>27</sup>, Alexy<sup>28</sup>, Canotilho<sup>29</sup> e Willis Santiago Guerra Filho<sup>30</sup>, que contemplam a existência e necessidade dos princípios insertos e como elementos do ordenamento jurídico, em especial para a resolução de conflitos, os *hard cases*, encontram-se em melhor sintonia com o texto constitucional, além de oferecerem uma dimensão adicional, que teorias como a de Hart<sup>31</sup> ou Kelsen<sup>32</sup>, que não os contemplam, deixam de oferecer.

O caso trazido ao estudo proposto é um exemplo de *hard case*, expressa o conflito entre direitos fundamentais colidentes e basilares ao próprio ordenamento e contrapõe direitos fundamentais individuais como a liberdade, privacidade e intimidade em contrapartida a obrigação estatal de zelar e promover a saúde pública em plena situação fática e jurídica da pandemia viral de Sars Covid 2, ou simplesmente COVID-19.

O direito à saúde, de aplicabilidade imediata (artigo 5, parágrafo 1), direito subjetivo individual “de

todos” e dever, obrigação Estatal, nos termos do preâmbulo constitucional, artigo 5, 6 (previsão expressa ao direito à saúde) e 196 da CF/88, como pontua Ingo Sarlet, ao analisar nossa constituição analítica e regulatória<sup>33</sup> é uma imposição ao legislador e gestores, ou imperativo de tutela.

Sarlet, versando sobre as consequências de serem os mesmo cláusulas pétreas, de topografia privilegiada: “por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art.5, § 2, da CF)”<sup>34</sup>, clarifica a importância da questão ao mesmo tempo que informa impossibilidade de desvincular a obrigatoriedade da atuação estatal em sua promoção e defesa.

Ressalve-se que o próprio dispositivo constitucional analisado, determina que direitos fundamentais não necessariamente localizam-se exclusivamente no bloco descrito pelo artigo 5, podem estar esparsos nos demais dispositivos constitucionais, cuja linha mestra de análise traz conteúdo de natureza e importância equivalente ao rol tratado, diretamente relacionado

à dignidade humana, dessa forma, elencado como um direito (e dever estatal) fundamental.

A análise da dupla perspectiva: subjetiva e objetiva aos direitos fundamentais, construção doutrinária e jurisprudencial, presente em Sarlet, Hesse, Barroso em rol não exaustivo, e partindo das funções atribuídas por Sarlet à perspectiva objetiva, quais sejam: dimensão valorativa comunitária; estrutural (organização e procedimentos); vetor de interpretação constitucional e infraconstitucional; aplicação horizontal e vertical (tanto ao Estado como à sociedade), parâmetro de constitucionalidade de leis e atos normativos estatais; limite material à atuação Estatal ou imposição de atuação e transindividuais, como tais um limite o próprio direito subjetivo individual, sem contudo, que implique em subordinação do interesse privado ao coletivo:

É nesse sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos

subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes<sup>35</sup>

Dessa forma, é a perspectiva objetiva do direito à saúde que legitima, legaliza e permite a atuação estatal a restringir liberdades individuais como direito e ir e vir, ou mesmo a intimidade e privacidade.

Situada a questão, a chave para a resolução reside no princípio da proporcionalidade, eis que a colidência, ocorrida é solucionada através da ponderação entre os bens jurídicos protegidos, que deve assim ser calibrada, preservando, igualmente o núcleo irredutível de cada princípio colidente.

A proporcionalidade em si tem tratamento doutrinário diverso em autores como Robert Alexy e Willis Santiago Guerra Filho, cuja base teórica se assemelha, mas apresentam características diversas que determinantes ao tratamento da

matéria.

Aponte-se que Alexy, baseado na legislação alemã, advoga a tese do princípio da dignidade humana como absoluto, não passível de limitações ou restrições, já Guerra Filho, em divergência, identificando-o como princípio e como tal passível de restrições a partir de colidências, bem como fixa três critérios objetivos, os subprincípios da proporcionalidade, sendo os mesmos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

## CONCLUSÕES

O surto da pandemia veiculada por COVID-19, impõe e se impõe atualmente em todas as dimensões sociais, seja individual, social e transnacional.

Perpassa igualmente ramos de conhecimento científicos específicos como Direito e Economia e traz em si a perspectiva de enfrentamentos e estudos integrados ao tema.

Uma de suas consequências atinentes aos direitos fundamentais foi a explicitação dos problemas e questões trazidos tanto dos

avanços tecnológicos vivenciados, com questões relativas ao uso das tecnologias atuais e sua problemática específicas, como a proteção de dados individuais, a legalidade de sua coleta, utilização, tratamento, armazenamento, a exemplo e sua utilização no controle pandêmico.

A obrigação imposta pela preservação e promoção à saúde ao Estado, de base constitucional e infraconstitucional determina a adoção de medidas sejam normativas ou políticas, que combinadas visem a concretização de seu fim e o controle pandêmico, atualmente é a questão de maior relevância seja jurídica, política, sanitária ou econômica por seus impactos mundiais, globalizados.

O uso de tecnologias como os sistemas de monitoramento inteligentes, como o SIMI se impõe como realidade fática.

A natureza principiológica dos direitos fundamentais carregam consigo a inevitável questão da colidência e sua resolução.

O caso concreto analisado traz e veicula questões fundamentais na colisão entre direitos individuais como a liberdade, privacidade

e intimidade individuais (perspectiva subjetiva) em face ao direito à saúde (perspectiva objetiva), sanáveis através do princípio da proporcionalidade.

Observamos a possibilidade das restrições, já admitidas inclusive por órgãos internacionais, criados especificamente para o fim de sua proteção como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sua Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) por meio da recomendação número 60/20.

A Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe e fixa diretrizes gerais sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, em linhas gerais segue e compactua com o disposto na resolução interamericana mencionada, bem como, veicula a possibilidade das restrições aos direitos individuais tratados, em especial o isolamento social e a quarentena.

O Governo do Estado de São Paulo, através do Decreto nº

64.963/2020<sup>36</sup>, institui o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - SIMI, destinado ao enfrentamento da pandemia da COVID-19, com intuito, nos termos veiculados pelo dispositivo legal, de aprimorar o tratamento e gestão de dados e assim concretizar a contenção à pandemia viral.

Trata-se de ferramenta tecnológica que nos termos do artigo 1 e parágrafo único, objetiva a consolidação de dados e informações coligidos por órgãos e entidades da Administração Pública estadual e que traz no item 2 do parágrafo único, expressamente disposto a proteção a privacidade e intimidade: “2. não conterà dados pessoais, assim considerados aqueles relacionados a pessoa natural, identificada ou identificável, limitando-se a dados anonimizados.”<sup>37</sup>, parte para garantir direitos individuais referentes a intimidade e privacidade individuais, parte para permitir o aperfeiçoamento e verificação do índice de adesão ao isolamento social.

O Supremo Tribunal Federal, firmou posição, através das ADIs 6387,6388, 6393 e 6390 que

a proteção de dados integra o rol dos direitos fundamentais, fixando, igualmente, critérios objetivos e parâmetros para a coleta dos mesmos aplicáveis ao tema.

Se os sistemas inteligentes de monitoramento representam hoje ferramenta e instrumento necessários a concretização do controle pandêmico, com as diferenças existentes entre os mesmos seja na arquitetura, procedimentos e implementações, são os mesmos adotados mundialmente, respeitando os respectivos ordenamentos jurídicos aos quais se inserem, mas sua adoção não deixam de representar e conter questões problemáticas atinentes aos direitos fundamentais como as apontadas no presente estudo, mesmo que de forma breve, constituindo em si um profícuo campo de estudos próprios e a serem explorados.

## NOTAS:

1. Advogada, Professora assistente na PUC/SP e Mestranda do Núcleo de Concentração em

Direitos Humanos pela PUC/SP, e-mail: luneves@yahoo.com;

2. Advogado, Presidente da Comissão de Prerrogativas Cíveis da OAB/SP, Subseção de Santos e Mestrando do Núcleo de Concentração em Direitos Humanos pela PUC/SP, e-mail: daniel@danielcuriadvogados.com.br;

3. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

4. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2003.

5. HART, H. L. A. O conceito do direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020.

6. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020.

SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, página 64.

7. Decreto-64963-de-05-de-maio-de-2020-SIMI.pdf (saopaulo.sp.gov.br), acesso em 28.05.2021.

8. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*, 2 reimpressão. São Paulo: Editora, 34, 2016.
9. Cepa Indiana do Coronavírus: Maranhão confirma primeiros casos no país (uol.com.br), acesso em 28.05.2021.
10. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/05/20/cepa-indiana-maranhao>, acesso em 28.05.2021.
11. Desigualdade social e econômica em tempos de Covid-19 (fiocruz.br), acesso em 28.05.2021.
12. <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/060.asp>, acesso em 15.10.2019
14. <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/060.asp>, acesso em 15.10.2019
15. OHM, Paul (2010). “Broken Promises of Privacy: responding to the surprising failure of anonymization”, disponível em <https://www.uclalawreview.org/pdf/57-6-3.pdf>
16. CANTARINI, Paola. Inteligência artificial e controle de pandemias: biopolítica digital e o fim da era do humanismo *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba.V.04, n.61, p.261-277, Out-Dez. 2020 [Received/Recebido: Setembro 18, 2020; Accepted/Aceito: Novembro 02, 2020]
17. Decreto-64963-de-05-de-maio-de-2020-SIMI.pdf (saopaulo.sp.gov.br), acesso em 28.05.2021.
18. Decreto-64963-de-05-de-maio-de-2020-SIMI.pdf (saopaulo.sp.gov.br), acesso em 28.05.2021.
19. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Declaração das Nações Unidas - 1942 | Documentos Internacionais da Sociedade das Nações (1919 a 1945), acesso em 24.05.2021.
20. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Declaração das Nações Unidas - 1942 | Documentos Internacionais da Sociedade das Nações (1919 a 1945), acesso em 26.05.2021.
21. Nações Unidas - ONU Portugal - História da ONU História da ONU (unric.org), acesso em 25.05.2021.
22. Declaração Universal dos Direitos Humanos | As Nações Unidas no Brasil, acesso em 24.05.2021.
23. ALVES, José Augusto Lindgred. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FDT, 1997, p. 25.
24. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2004.
25. A ONU e os direitos humanos (scielo.br), acesso em 25.05.2021.
26. Constituição (planalto.gov.br), acesso em 25.05.2021.
27. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020.
28. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
29. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
30. GUERRA FILHO, Willys Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2003.
31. HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
32. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019.
33. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos* fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, página 64.
34. *Ibidem*, página 75
35. *Ibidem*, página 146
36. Decreto-64963-de-05-de-maio-de-2020-SIMI.pdf (saopaulo.sp.gov.br), acesso em 28.05.2021.
37. Decreto-64963-de-05-de-maio-de-2020-SIMI.pdf (saopaulo.sp.gov.br), acesso em 28.05.2021.

同  
同  
同

丁  
丁  
丁

出  
出  
出

丁  
丁  
丁

K  
K  
K

A  
A  
A

# TECNOLOGIA DA VIGILÂNCIA NOS ALGORITMOS E SMARTPHONES

RAFAEL SACRAMENTO DE SOUZA

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as tecnologias da informação, e sua aplicabilidade, principalmente no que diz respeito ao seu uso na internet e nas redes sociais. Tendo como justificativa a importância de se entender o lugar da tecnologia desenvolvida nos smartphones, e nos processos algorítmicos, como atualmente está sendo aplicada, e o impacto em nossa liberdade. A questão problematizadora que se faz é a seguinte: Como os algoritmos, os smartphones e a internet em linhas gerais são utilizados, visando interesses dos indivíduos ou das corporações? Como referenciais teóricos utilizamos o pensamento de Jaron Lanier, Shoshana Zuboff, Tarleton Gillespie e Harari, para nos auxiliar a pensar essa temática.

Palavras chave: ALGORITMOS. VIGILÂNCIA. CONTROLE. COMPORTAMENTO. LIBERDADE.

## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos num tempo, em que a tecnologia, como nunca antes, alcançou uma visibilidade enorme, e, com isso, alguns querem imaginar que existe um movimento natural da evolução tecnológica, que, de forma neutra e como que impessoal, ela é simplesmente resultado de um acúmulo de conhecimentos, estudos cada vez mais intensos e o curso histórico leva a essa progressão.

Nesse processo, a tecnologia da informação, as redes sociais, os algoritmos e smartphones, são apenas efeitos desse mesmo curso, e que, como a tecnologia é impessoal e neutra, não há como avaliá-la ou responsabilizá-la por possíveis danos, mas nós que devemos nos adaptar às mudanças e transformações irrefreáveis da evolução tecnológica (HARARI, 2015).

O que queremos discutir aqui, é desmistificar essa visão da

neutralidade técnica, uma vez que, não é a própria tecnologia que se programa, mas alguém, uma pessoa ou algumas pessoas, uma corporação, com sua visão, missão e valores, que direcionam a aplicação da tecnologia com lados intencionalidades que compactuam com interesses que transcendem a própria tecnologia (HARARI, 2015). Então iremos analisar como atualmente os algoritmos, as redes sociais, os smartphones, e seu uso e aplicabilidade em relação aos usuários, e, neste sentido, se existe a liberdade do indivíduo em obter informação ou tem outros mecanismos de controle antiéticos que se contrapõem aos interesses dos mesmos (LANIER, 2018).

## 2 METODOLOGIA

De acordo com Marconi e Lakatos pesquisa “é um procedimento formal, com método de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais” (2001, p. 155). A metodologia utilizada nesta pesquisa

é de cunho documental e bibliográfica qualitativa, a fim de analisar a aplicação das tecnologias da informação, presentes nos celulares principalmente, e seu potencial de controle dos usuários.

## 3 REFERENCIAL TEÓRICO

Contamos com o referencial teórico de autores como Jaron Lanier, Shoshana Zuboff, Tarleton Gillespie e Harari, que em suas análises, que envolve a parte técnica da programação, no caso do Lanier e Gillespie, e da análise mais filosófica, caso da Shoshana, assim como a análise histórico/filosófica do Harari, que nos ajudam a pensar melhor essa temática e seu impacto na vida dos usuários e no seu comportamento na sociedade.

## 4 REFLEXÕES

Para falarmos de um determinado ponto a ser discutido, no caso aqui o impacto de um modelo de sociedade e da aplicabilidade da tecnologia, principalmente da informação no atual cenário mundial, precisamos antes de qualquer coisa,

saber qual a pergunta norteadora que fomenta a nossa pesquisa, para depois, poder tecer algumas possíveis respostas, segundo nossa investigação. Nesse sentido, refletiremos a partir as postulações do cientista de computação Jaron Lanier (2018, p. 32) nos apresenta:

O problema não é o smartphone, conforme sugerido por uma enxurrada de artigos com títulos como “O smartphone destruiu uma geração?”. O problema não é a internet, que volta e meia também é acusada de arruinar o mundo. Alguma coisa está arruinando o mundo, mas não é o fato de nos conectarmos com pessoas à distância usando bits nem de ficarmos olhando para telinhas reluzentes. É óbvio que talvez você olhe para a telinha em exagero, assim como exagera em um monte de coisas, mas isso não é um problema existencial para a nossa espécie.

Como podemos notar, na opinião do autor, nomear que os

problemas são os meios, como o smartphone, e a internet, e não os fins dados a esses instrumentos, é um erro gravíssimo, ao problema que atualmente enfrentamos e tendemos a um processo de pioramento do cenário da liberdade humana nas redes sociais e suas questões éticas. A análise de onde de fato se encontra o problema, é um pouco mais profunda, e por isso veremos, porque, se trata de uma questão ética. O autor continua, apontando agora, onde se localiza o problema de fato:

Há, porém, um determinado aspecto da alta tecnologia que é tóxico, mesmo em pequenas quantidades. Um novo avanço que precisa ser aniquilado. É importante definir o problema da maneira mais precisa possível, para que a nossa confusão não se torne ainda maior. O problema, em parte, é que todos nós estamos carregando aparelhos apropriados para modificações de comportamento em massa. Mas esse não é exatamente o recorte

ideal do que está errado. Afinal, nossos aparelhos podem ser usados para outros propósitos, e com frequência o são. O problema também não é apenas os usuários se amontoarem em ambientes on-line que podem fazer aflo- rar o que há de pior em nós. Não se trata somente de haver muito poder concentrado em um pequeno número de mãos que controlam nuvens gigantes (LANIER, 2018, p. 32 - 33).

O primeiro aspecto identificado pelo autor, é o uso tóxico da tecnologia, e não a tecnologia em si, e esse uso tóxico, centra-se no smartphone, ter para o sistema dirigente por trás, como principal finalidade, não nos manter conectados e dar-nos acesso a informação com a sua democratização, assim como do conhecimento, e também nos permitir um aparelho que facilita nosso potencial de consumo, mas o principal objetivo, sobre essa aparente ilusão de benefícios, é modificar o comportamento dos usuários, não para atender seus próprios

interesses, mas para atender os interesses das corporações dirigentes desses instrumentos, e se trata de uma manipulação massificada, em que se percebe que o ódio, as brigas, a polarização por exemplo, engajam muito mais e mantêm as pessoas conectadas por mais tempos nesses ambientes virtuais, então o ódio precisa ser disseminado; e, por último, toda essa isca lançada no ambiente que te manterá conectado e rosnando na rede, te levará a produzir uma série de dados, que serão absolvidos e salvos, permitindo, posteriormente, conhecer a sua personalidade e identificar padrões de comportamentos. O autor prossegue:

O problema ocorre quando todos os fenômenos que acabei de descrever são impulsionados por um modelo de negócio em que o incentivo é encontrar clientes dispostos a pagar para modificar o comportamento de alguém. Lembre-se: com a propaganda de antigamente era possível mensurar se um produto se saía melhor depois

que era anunciado, mas agora as empresas estão medindo se indivíduos mudaram seus comportamentos, e os feeds de cada usuário são constantemente ajustados para atingir esse objetivo. Sua mudança de comportamento foi transformada em um produto. Um produto particularmente atraente não apenas para os usuários, mas para os clientes/manipuladores, porque temem que serão deixados de lado se não pagarem por ele (LANIER, p. 33).

Vejamos bem, o problema aqui apresentado, é o fenômeno virtual, ou modelo de negócio, em que há um intenso impulsionamento para que os usuários - cobaias, tenham seu comportamento modificado, semelhante ao que acontecia antigamente, a partir das propagandas, por meio de técnicas de convencimento, usando-se de cores, palavras de impacto, horários específicos de divulgação para atingir determinado público alvo, mensagens subliminares, dentre outros mecanismos, mensuravam

o impacto do consumo a determinado produto anunciado, pós os anúncios, mas que ocorriam de fora para dentro nos “clientes”.

Agora, a técnica é muito mais sofisticada, pois essas propagandas não tentam adequar a oferta ao cliente, mas o cliente a oferta e mais do que isso, ao produto, porque o próprio cliente se torna um produto a ser modificado, por meio dos dados que ele, consciente ou não, fornece a esses dirigentes ou algoritmos, aquilo que a Shoshana Zuboff chamará de superávit comportamental (2020).

O processo de modificação de comportamento, por meio dos algoritmos, acontece, através de constantes ajustamentos não aleatórios mas propositais e segmentados, do que irá constar no seu feed de notícias, aumentando constantemente, seu ódio, indignação, que gera mais engajamento, que gera mais potencial de consumo por estar com raiva e insatisfeito, inquieto, que gera a fornecer mais dados pessoais, e que, certamente, o levará a consumir ou esses inputs serão modificados reforçados até que o objetivo seja alcançado, retroalimentando-se

constantemente, num círculo vicioso, coisificador e manipulador do usuário (ZUBOFF, 2020).

Neste trecho, de forma específica, o autor, define pelo conceito de Bummer, aquilo que Shoshana Zuboff de forma aproximativa irá nomear de Comoditização do humano (2021):

Acho que é hora de cunhar um acrônimo para que eu não tenha que ficar repetindo o mesmo conjunto de fatores que formam o problema. Podemos usar “Behaviors of User Modified, and Made into an Empire for Rent”, que em português significa Comportamentos de Usuários Modificados e Transformados em um Império para Alugar. Ou seja: Bummer (LANIER, 2018, p. 34).

Vamos aprofundar melhor o conceito de Bummer, conceito muito aproximado ao processo de comoditização, ou seja, transformar o ser humano numa matéria prima, numa commodity que servirá para o sistema financeiro, as

grandes corporações, principalmente as gigantes da tecnologia, as chamadas Big Techs, utilizar nossos dados para vender como potencial elementos pessoais já modificados ou com potencial de modificação, para satisfazer os interesses financeiros desse sistema e dos interesses dessas corporações (ZUBOFF, 2020). Podemos perguntar, onde está a ética aí? O mesmo prossegue:

Bummer é uma máquina estatística que vive nas nuvens da computação. Vale repetir: esses fenômenos são reais, ainda que estatísticos e indistintos. Mesmo em sua melhor forma, os algoritmos da Bummer só conseguem calcular as chances de uma pessoa agir de determinada maneira. Mas, em conjunto, probabilidades individuais acabam se aproximando de uma média de certeza quando falamos de um grande número de pessoas. A população geral pode ser afetada com maior previsibilidade do que um único indivíduo (LANIER, 2018, p. 34).

Esse é um dos pontos-chaves da questão, a previsibilidade estatística fundamentada na análise de comportamentos de massa, capaz de extrair similaridades de comportamentos, tendências, e até certezas absolutas de comportamentos futuros, quando vários indivíduos diferentes, que nem se conhecem, que moram em lugares distantes, mas que, acabam tomando decisões parecidas ou iguais em determinados contextos, seja de consumo de um determinado produto, seja de uma decisão política, seja em desenvolver uma fobia, um trauma, ficar feliz ou triste, seja o que for, esses dados ou superávit comportamental, permite aos gigantes da tecnologia, a partir da mineração de dados com sistemas de IA, obter essas informações, prever e até modificar comportamentos, a partir desses padrões (ZUBOFF, 2020).

Vamos apresentar mais alguns pontos importantes analisado pelo autor:

A espionagem é realizada sobretudo por aparelhos pessoais conectados — por enquanto, o principal é o

smartphone — que as pessoas mantêm praticamente colados ao corpo. Coletam-se dados sobre as comunicações, os interesses e os movimentos de cada indivíduo, contatos com outros, reações emocionais, expressões faciais, compras, sinais vitais: uma variedade de dados ilimitada e que não para de crescer (LANIER, 2018, p. 36).

Semelhante ao Big Brother, o Big Other, apresentado por (ZUBOFF, 2020) são sistemas de vigilância, que atuam como o panóptico de Bentham, segundo Foucault na sua obra *Vigiar e Punir*, pessoas são colocadas num lugar específico e sujeitas a leis específicas ou regras disciplinares, para a modificação de comportamento, mas, o que acontece agora, é que o sistema de vigilância e mudança de comportamento, foi extremamente sofisticado, e imperceptível, o que garante ainda mais a eficácia do sistema.

Harari (2015), nomeia de *tecnó-humanismo*, esse processo em que qualquer forma de tecnologia

passa a compor o humano, mesmo que isso não seja necessariamente fundido ao corpo humano, mas que, o influência e compõe seu ser, porque seus hábitos passam a ser norteados diretamente por essas tecnologias, e, sem dúvidas, a principal delas no momento, é o smartphone. Neste sentido, por mais que o aparelho celular não esteja fundido ao nosso corpo, é como se estivesse, pela forma direta em que nos pauta para tomar decisões, e como principal aparelho tecnológico que influenciam nossas decisões em geral. Todas as variedades de dados em volume e diversidade, independente da sua natureza, como Lanier apontou desde expressões faciais, reações emocionais, sinais vitais, rede de relacionamentos, qualquer coisa serve e é importante para compor esse cardápio digital de previsibilidade.

Nesse sentido:

Se você estiver lendo isso em um aparelho eletrônico, por exemplo, há uma boa chance de que um algoritmo mantenha um registro de dados como a velocidade

com que você lê ou os intervalos que faz (LANIER, 2018, p. 36).

Importante notar, esse processo de vigilância e registro de dados constantes desse perfil do usuário no estar em rede, em que, ao mesmo tempo que estou interagindo na rede, também estou agindo no mundo, melhor dizendo, estou interagindo no mundo virtual de forma concomitante ao mundo real. E tal conexão, permite aos sistemas algoritmos, ter uma leitura em tempo real de todo o nosso comportamento, de tal forma, que sejamos capturados em todos os sentidos, em todos os movimentos, atividades e assim por diante, como a velocidade de leitura, interva-lo que faz durante essa atividade, é um dos exemplos do superávit comportamental (ZUBOFF, 2021), que permitirá dentro desse modelo de capitalismo da vigilância, ter o máximo de monitoramento do usuário, para, mais tarde, ter o máximo de controle:

Os algoritmos correlacionam dados de todas as pessoas, individualmente e

entre elas. As correlações são efetivamente teorias sobre a natureza de cada um, e essas teorias são medidas e classificadas de maneira constante para que antevijam alguma coisa. Assim como toda teoria bem coordenada, elas melhoraram com o passar do tempo por meio do feedback adaptativo (LANIER, 2018, p. 36).

O ponto fundamental, é que com um compilado de dados estatísticos de superávit comportamental, o cruzamento desses dados, as correlações, a classificação, a identificação de padrões, semelhanças e dessemelhanças e seu poder preditivo, permitirá um poder nunca visto nas mãos dessas grandes corporações, por trás dos sistemas, das redes sociais e da captação de dados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, entendemos que atualmente, a internet que reúne um potencial imenso de possibilidades a atender interesses dos usuários de forma isenta, como um ambiente seguro e neutro de navegação, não está, de forma geral, atingindo a

esses objetivos, e não por uma questão natural do uso desses ambientes tecnológicos, mas, justamente, por uma programação intencional de como seremos monitorados, a partir de uma estrutura de vigilância (ZUBOFF, 2020), que contribui negativamente para atender interesses do consumo, políticos, e dos usuários somente quando esses concordam ou contribuem para o interesse daqueles que estão por detrás das mesmas. como uma isca para capturar mais dados, que em suas características de volume, veracidade, variedade, velocidade e valor, auxiliam a de forma segmentada, não simplesmente fazer uma publicidade de um produto que atenda a sua particularidade individual, mas que, acima de tudo, atenda a necessidade, ou melhor dizendo, o interesse do sistema político e econômico das corporações (LANIER, 2018).

## 6 REFERÊNCIAS

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. Fundamentos metodologia científica. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HARARI, Yuval Noah. Homo

Deus: uma breve história do amanhã. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LANIER, Jaron. Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais. tradução: Bruno Casotti. - 1. ed. - Rio de Janeiro, 2018.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir, história da violência nas prisões. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

GUILLESPIE, T. A relevância dos algoritmos. São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, jan./abr. 2018.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. Trad. Antonio Holzmeister Oswaldo Cruz e Bruno Cardoso. In BRUNO, Fernanda (org.). Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo da vigilância. RJ: editora Intrínseca, 2020.



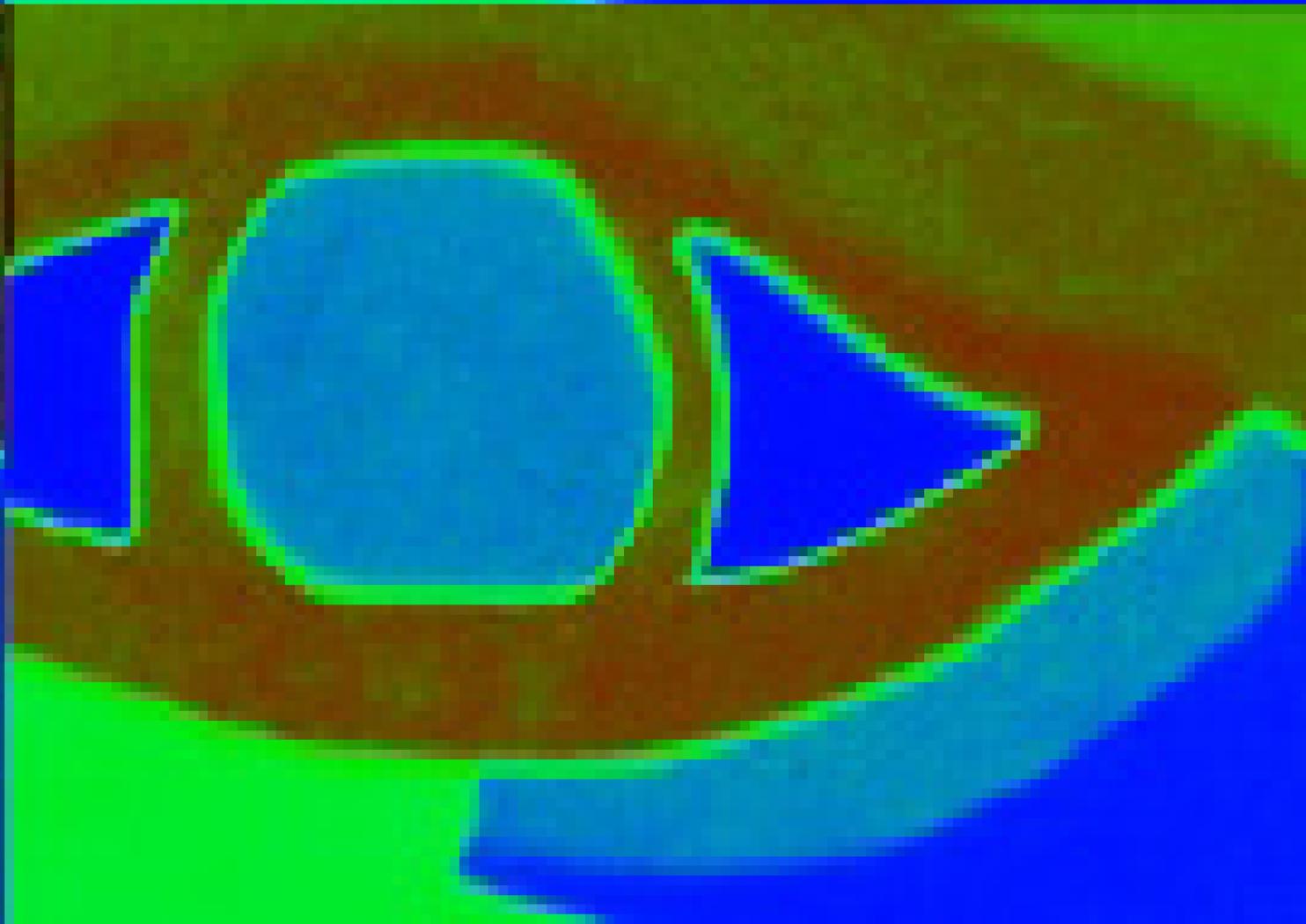
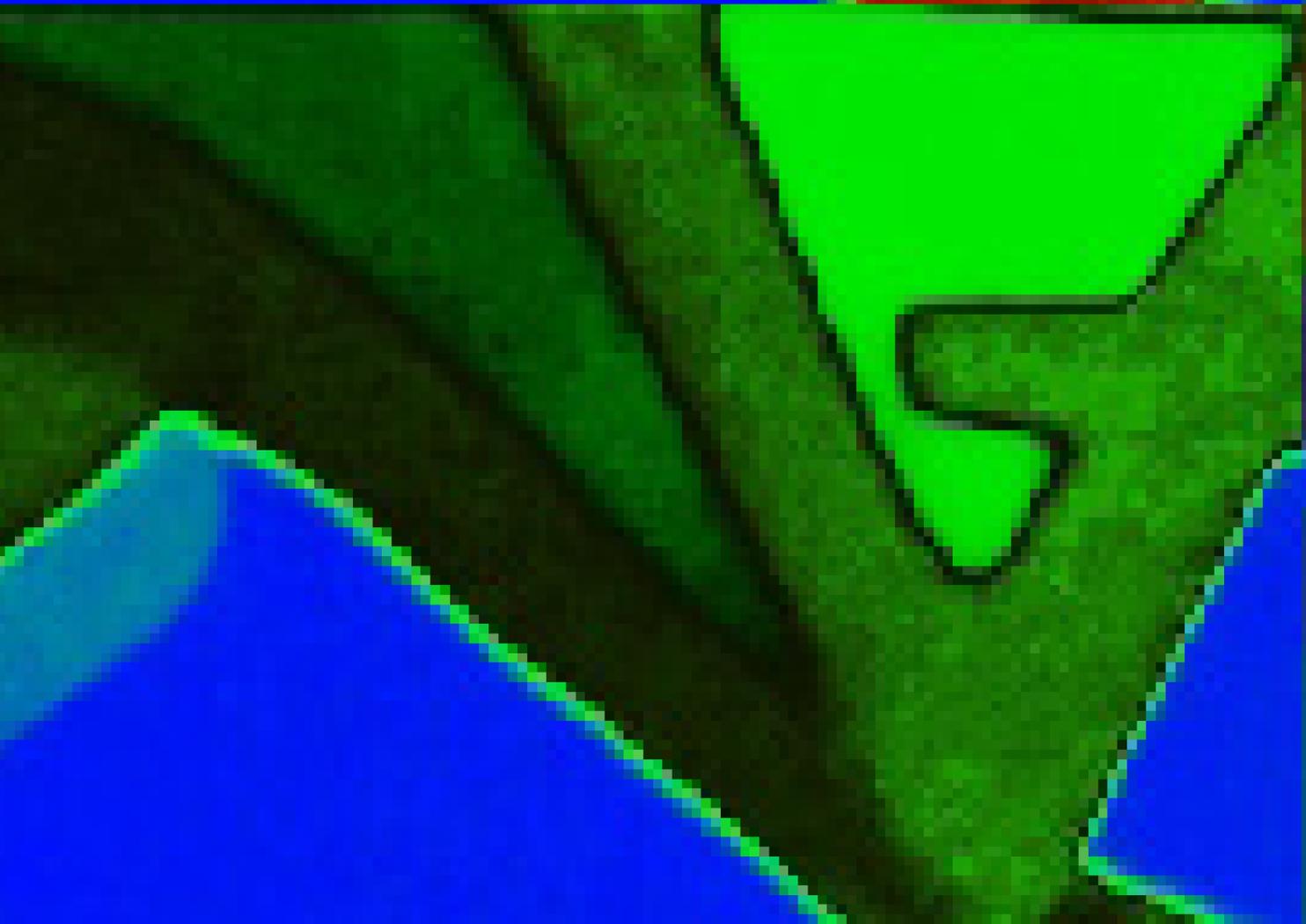
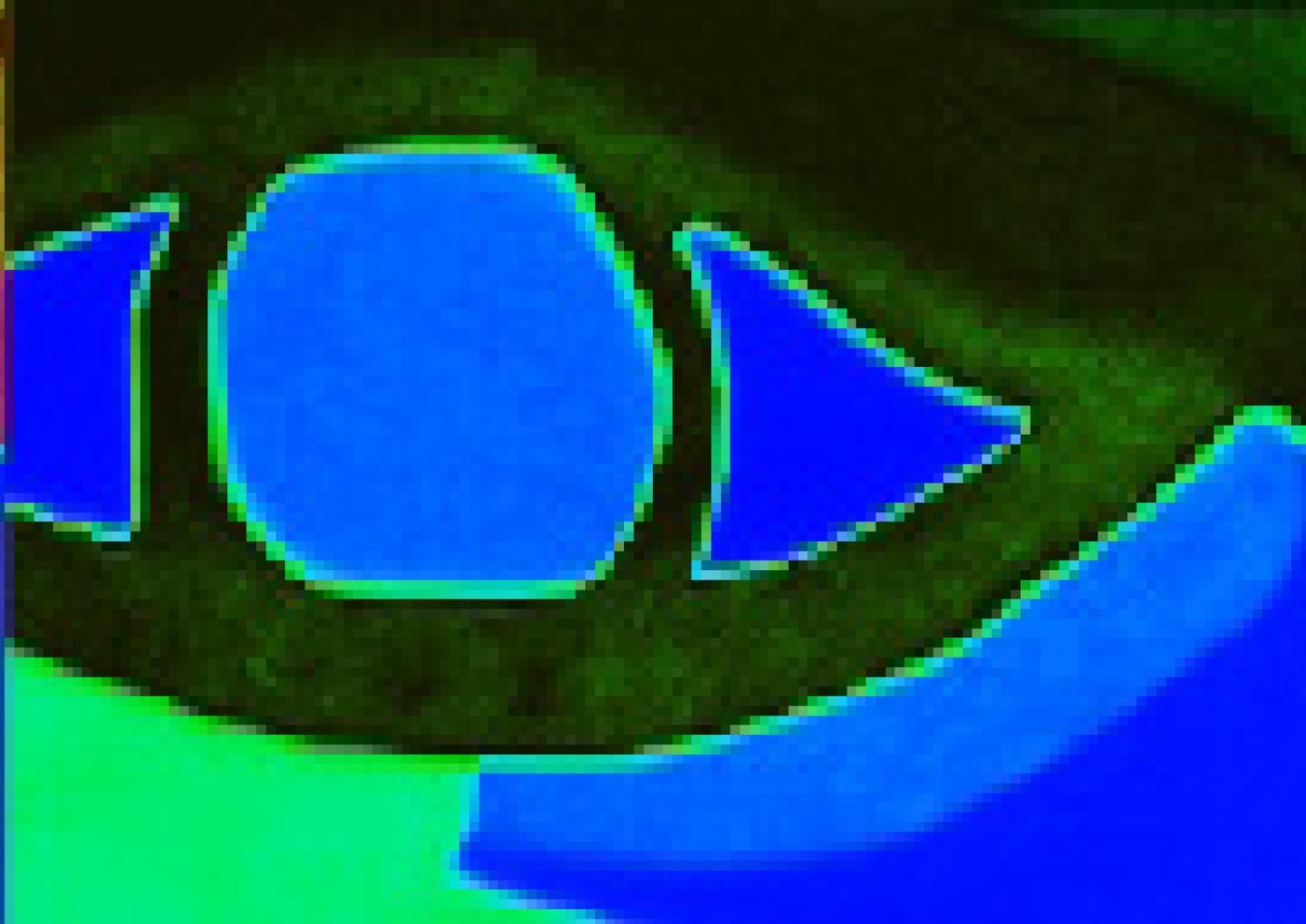
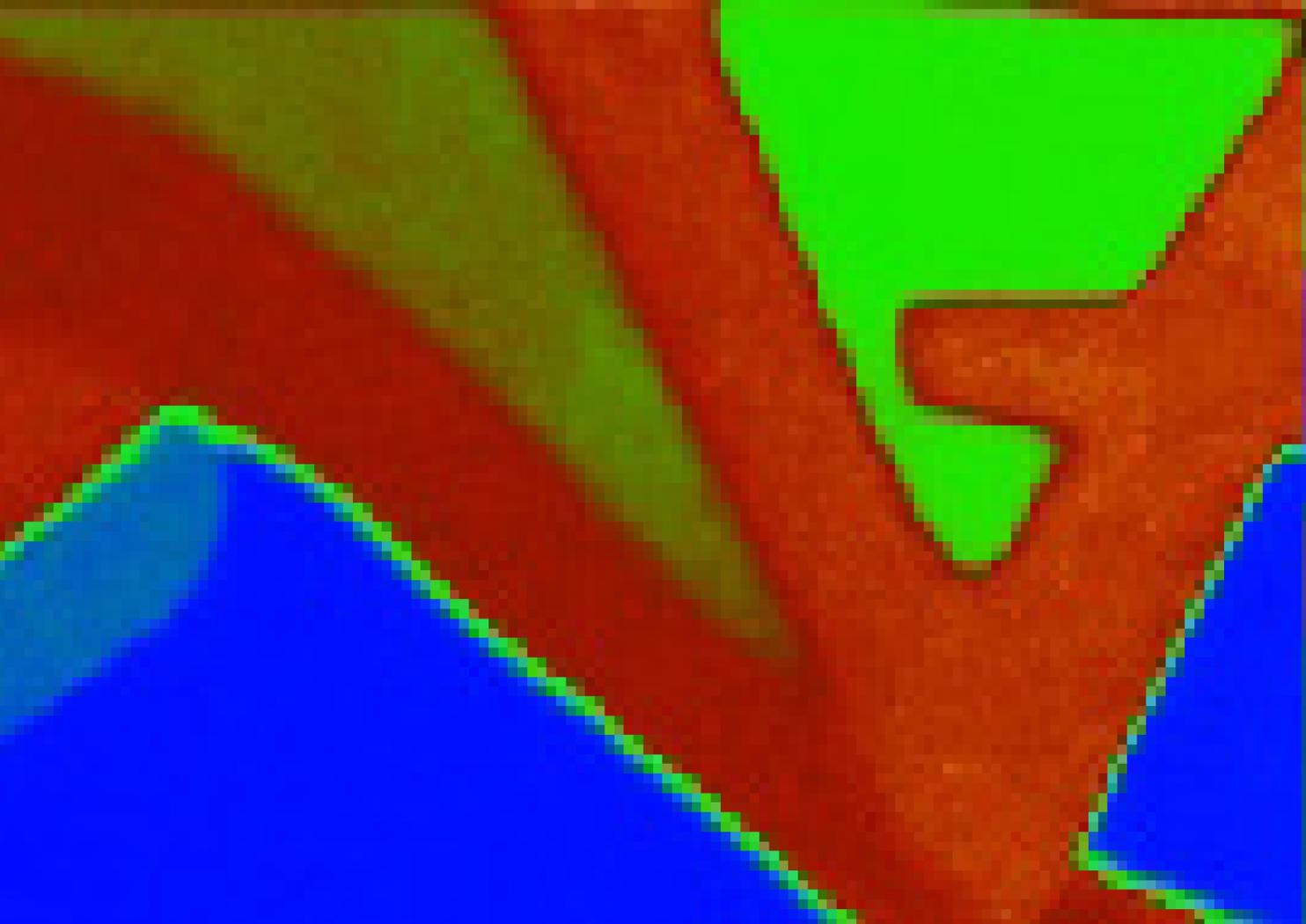
Live Streaming Now!



ETHIKAI

ETHIKAI  
PODCAST  
ETHICS OF AI

ethikai.com.br



# O QUE É AI ETHICS, E POR QUE A ÉTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL É IMPORTANTE?

PAOLA CANTARINI<sup>1</sup>

O que é ética e porque da ética na sua relação com a IA?

A preocupação com a ética em inteligência artificial estaria já com seus dias contados, diante da possível ocorrência da “lavagem ética” como se diz, e melhor efetividade da heterorregulação, quando se transforma princípios éticos em princípios jurídicos, pois estes seriam impositivos, ao contrário de apenas uma boa carta de intenções sem coercitividade alguma. Contudo, a questão da ética não se limita à propositura de um conjunto de princípios éticos, a maioria deles com aplicação restrita à empresa ou organização que os elaborou, e na sua maioria elaborados sob a ótica de um viés antropocêntrico e eurocêntrico, sem estudos comprometidos com a ética digital intercultural.

A todo dia a IA vem ganhando popularidade, sendo aplicada em

todos os setores das nossas vidas, causando impactos sociais em todos os níveis, e até mesmo trazendo impactos sob nossa subjetividades, e talvez criando novas subjetividades, já que nossa concepção de tempo, espaço são modificadas, e temos que refletir o que significa ser humano diante das transformações disruptivas como a IA.

Como a IA percebe os aspectos da realidade que são impossíveis para os seres humanos? Como se dará a proteção aos direitos, à personalidade e a dignidade humana diante do metaverso, com uma crescente gamificação da vida, transformando em realidade a ficção exatamente como presente no filme “O congresso futurista”. Contudo em tal cenário há uma maior chance de intensificação de manipulação comportamental, emotiva, e captação de dados pessoais de forma mais rápida e nem sempre perceptível ou anunciadas.

Os limites entre humanos

e IA são surpreendentemente porosos.

Nos cabe indagar: os desafios da IA para a ética e o direito serão

resolvidas por própria tecnologia?

O “logos”, a linguagem é nossa casa, e esta forma de pensamento reflexivo, criativo parece



que produziria um tipo de reflexão impossível às máquinas, já que estas se concentrariam em oferecer respostas, mas o mais importante aqui é saber fazer as perguntas corretas e que interessam, tais como queremos viver, o que nos é importante como sociedade?

A ética significa em seu sentido grego original “postura”, traduzindo em uma postura em relação à vida, a favor da vida, a favor da vida humana, relacionada com direito e filosofia que sejam eróticos (“Teoria erótica do Direito”), no sentido de abraçar a criatividade, a sensibilidade, e o que há de melhor e de pior no ser humano, pois justamente isso que nos faz humanos, longe da perfeição e eficiência que se busca muitas vezes com as propostas de transhumanismo e da singularidade, e do propósito de beleza, juventude e vidas eternas, conseguindo alcançar com isso o maior dos crimes: a morte da morte. “Homo Deus”.

Quais os novos hibridismos que surgem na interação tecnologia-humanos? Para alguns nos já somos a própria IA a exemplo dos cyborgues.

Ainda teríamos espaço para a filosofia e o pensamento filosófico o qual engloba a ética, tempo para se refletir sobre ética, ou é definitiva a proposição de fim da filosofia, como exposto por Heidegger, e reconhecido por diversos pensadores?

## PARTE III NOVOS HIBRIDISMOS E TECNODIVERSIDADE

É certo que informação não se confunde com compreensão, e comunicação, sendo considerados em sentido oposto, ou seja, quanto mais informação menos comunicação e compreensão, o que pode ser percebido com a digitalização do mundo, com o tsunami de informações crescentes a cada minuto,

em nossa sociedade da informação, com constantes estímulos e surpresas, mas com a redução do pensamento concentrado e aprofundado, pois nem mesmo tempo e silêncio para que tal ocorra teríamos, trazendo ruídos em nosso sistema cognitivo devido a tal agitação contínua.

É o que observou pioneiramente Vilém Flusser (“Vilém Flusser y la cultura de la imagen. Textos escogidos, «Lengua y realidad», Breno Onetto Muñoz, ed., Valdivia (Chile), Universidad Austral de Chile (UACH), 2016) apontando que as coisas desapareceriam dando lugar às informações. Byung-Chul Han (“No-cosas”) corrobora tal visão em seu novo livro “Não coisas”, afirmando que estamos em uma fase de transição, da era das coisas para a era das não coisas.

Antecipar princípios éticos poderá servir para influenciar o design ético da tecnologia, quando valores são designados no design da tecnologia. As regulações europeia, canadense e americana já aprovaram princípios para os desenvolvedores de aplicações de IA com vistas ao privacy by design. O mesmo

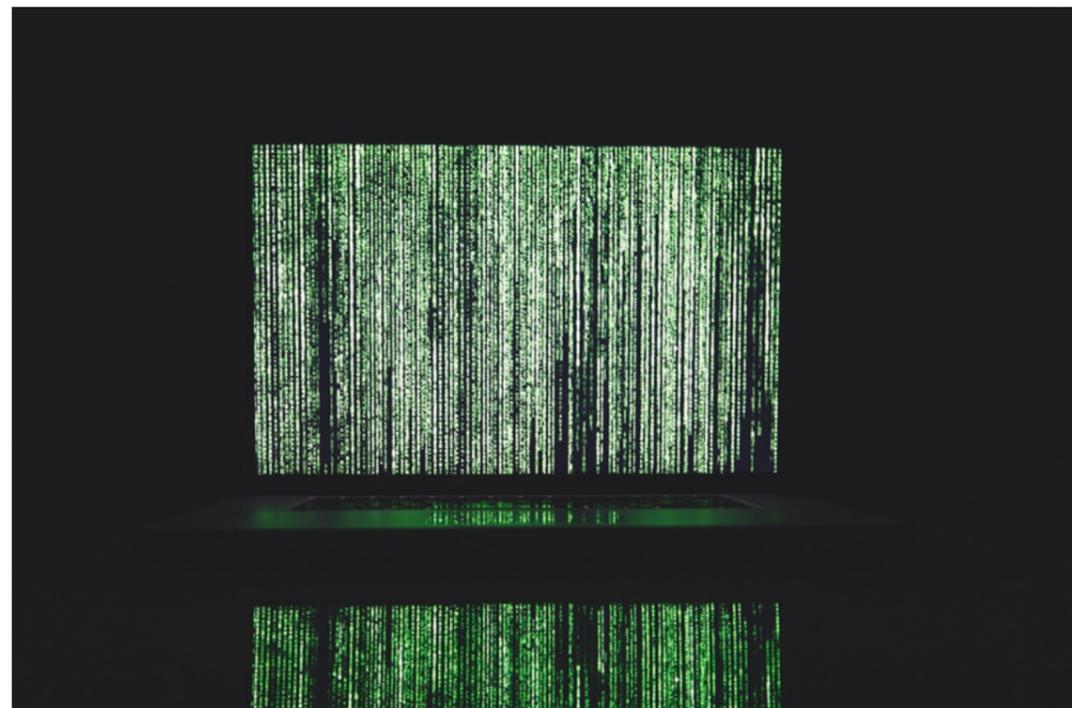
deverá ser recomendado quanto a aplicações de IA, envolvendo o design ético da tecnologia. Neste sentido a nova regulamentação da EU, denominado “AI Act”, traz uma abordagem via risquificação, na linha de outros documentos internacionais como o “White Paper on AI”, analisando diversos níveis de risco quanto a aplicações de IA, desde risco elevado, moderado, fraco e aplicações que jamais deverão ser desenvolvidas devido ao risco intolerável, no sentido de possíveis danos a direitos e liberdades fundamentais.

Um dos pontos a se refletir é se um patamar estabelecido a priori e de forma fixa quanto aos diversos níveis de risco, e não uma abordagem mais flexível, no sentido, de se confirmar o risco diante do caso concreto, seja a melhor abordagem. As regulações deverão estabelecer “frameworks” de “responsability-by-design” conjugado com o “privacy-by-design” e “security-by-design”.

Mas será que devemos pensar em apenas um tipo de técnica ou faria mais sentido se falar em tecnodiversidade e cosmotécnicas, em um pluralismo tecnológico e

ontológico, evitando-se a simples oposição dualista entre natureza x técnica, como aponta Yuk Hui, sugerindo que seja repensada a descolonização a partir da perspectiva da tecnopolítica. Trata-se de uma proposta que visa trazer uma resposta e alternativa à Heidegger, em especial ao seu texto de 1949 “A questão da técnica”, como o próprio autor afirma. O acontecimento apropriador seria um salto, uma espécie de salto quântico, um modo de pensar que abandonaria a linguagem objetificante da metafísica e da ciência.

Quando assistentes pessoais babas, e aplicações como a de “ética by design”, como aplicações já existentes em assistentes pessoais desenvolvidas no sentido de instrução de crianças e talvez até bebês, com a utilização de um “politenesse feature” embutido no sistema de IA, para assim ajudar a se relacionar



melhor com seus próprios pais, seguindo instruções de uma máquina. Assim que são utilizadas palavras como “por favor”, “obrigado”, o sistema de IA oferece um reforço positivo em conformidade. Neste sentido a aplicação “Pretty Please” embutido no assistente de IA do Google. Tal preocupação e desenvolvimento de tal aplicação foi uma resposta a algumas preocupações de pais com seus filhos devido a crescente utilização de assistentes de IA, como os da Google e Amazon, já que a relação com estes é através de frases impositivas, como uma ordem, e isto estava refletindo em um segundo momento na forma como os filhos se dirigiam aos seus pais, da mesma forma, sem mais usar as palavras, “por favor” ou “obrigado”, tornando-se um hábito. A intenção da nova aplicação embutida na tecnologia, portanto, é incentivar a educação das crianças,

que foi, contudo, turbada pela utilização da própria aplicação tecnológica.

Uma questão, contudo, a ser refletida, é que com o tempo muito provavelmente isto reforçaria ainda mais a preferência das crianças por assistentes de IA ao invés de humanos, em questões onde o componente humano é fundamental, como a área educacional, pois esta vai muito além de prestar informações ou personalizar o atendimento educacional diante das dificuldades ou preferências individuais.

Neste sentido, quanto mais deixarmos as decisões que iremos tomar, os gostos e interesses que desejamos perseguir à indicações personalizadas, construídas a partir da análise dos nossos dados pessoais, menos interesse e dependência de outros humanos e relações humanas, e cada vez menos iremos precisar tomar decisões. Apenas aparentemente estaremos tomando decisões em uma liberdade pré-construída.

Como uma interação onipresente com uma máquina que não possui experiências humanas,

sem sensibilidades, insights, que não experiência emoções apenas as imita, poderá afetar a percepção das crianças acerca do mundo e dos outros humanos? Como isso irá moldar a imaginação?

Mais do que nunca é urgente a necessidade de uma compreensão acerca da temática da IA e da proteção de dados, relacionada às novas tecnologias e temas como o do capitalismo de vigilância por um viés não polarizado, mas holístico e inclusivo, e a favor de se repensar as ambivalências e contradições, com base em uma Teoria Inclusiva dos Direitos Fundamentais aplicada a este ainda novo e já extremamente vigoroso campo do Direito, o que consideramos imprescindível para uma melhor compreensão e proteção dos direitos fundamentais envolvidos nesta seara (CANTARINI, Paola. Teoria Fundamental do direito digital: uma análise filosófico-constitucional; & GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria inclusiva dos direitos fundamentais e direito digital).

Tal proposta hermenêutica visa alcançar a perspectiva poética, e não linear, não bidimensional,

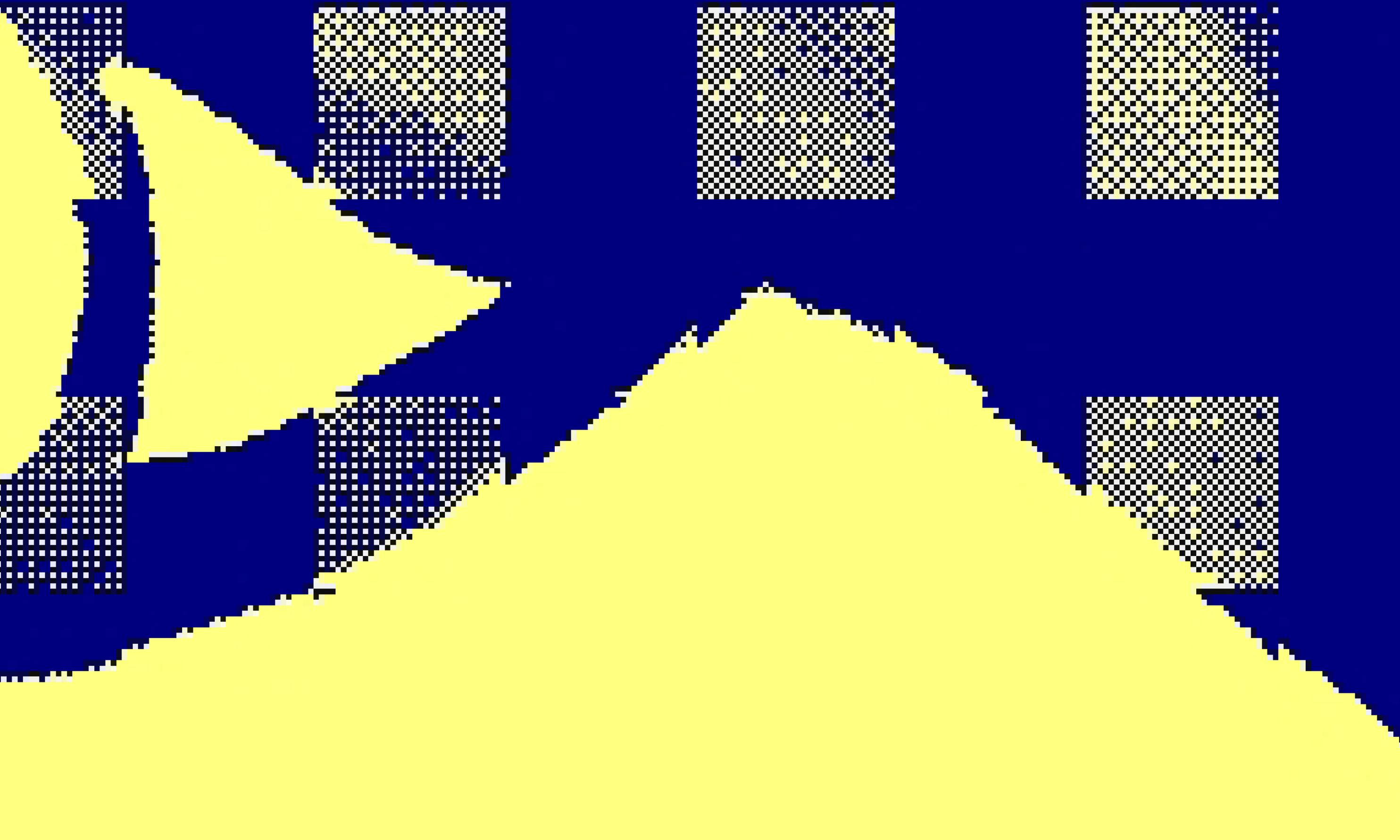
buscando-se uma compreensão que passa pelo pensamento filosófico polifônico, do múltiplo, como uma pragmática do múltiplo, trazendo um pensamento plural, talvez a fim se de chegar próximo do que Luciano Floridi (The Logic of Information: A Theory of Philosophy as Conceptual Design) caracteriza como “homo poietico”. Uma lógica de design como uma lógica conceptual que precisa ser desenvolvida para sustentar a base da informação em IA.

Do que se trata é de uma mudança de uma compreensão do conhecimento representacionista (mimético) para um construcionista (poiético), da mimesis à poiesis, numa interpretação poiética dos nossos conhecimentos, desenvolvendo uma lógica de “fazer”, de design dos artefatos semânticos para os quais nós somos epistemicamente responsáveis. Chega-se assim a uma filosofia como design conceitual, envolvendo a crítica, uma epistemologia poiética (construtiva) em vez de mimetizada (representativa), apta a propor uma ética da IA relacionada com os valores construcionistas do homo poieticus.

#### Notas

1. Professora Universitária, Pós doutora em Filosofia, Direito, Sociologia Jurídica (USP, EGS/SUiça, U. Coimbra, PUCSP- TIDD, Reggio Calabria, Doutora em Direito, Filosofia do Direito e em Filosofia, pesquisadora Cátedra Oscar Sala, Instituto Alan Turing, Advanced Institute of IA, pesquisadora C4AI - Centro de Inteligência Artificial, Presidente e Pesquisadora no EthicAI Grupo de Pesquisa em Inteligência Artificial, pesquisadora visitante European University Institute, Law Department (paolacantarini@gmail.com)





# UM ROBÔ MENTE?

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

**É** possível encontrar moléculas de lágrimas. Mas seria possível encontrar moléculas de tristeza?

Ser humano não é ser molecular. Mas quando nos vemos no vídeo de um computador e conversamos, também não somos moleculares. A virtualidade das imagens num computador são também realidades digitais irredutíveis a moléculas. A tecnologia altera o antigo mundo visível. A natureza revelada pela técnica é ainda a mesma natureza que sempre conhecemos? Antigamente, o exercício virtuoso da amizade nos fazia melhores amigos. Hoje, será que uma conversa pela internet modifica, de algum modo, a virtude da amizade?

A questão imemorial sobre o que é a vida ganha em complexidade quando admitimos que o coração que ainda se move não mais define como vivo o ser humano cujo cérebro não mais funciona. Chama-se isso de morte cerebral. Como se a fronteira da vida e da morte passasse a conhecer linhas limítrofes antes insuspeitadas. Quem seria capaz, há

não muitos anos atrás, de imaginar uma célula embrionária dentro de um vidro e ainda viva? Mas viva em qual desses novos sentidos?

Hoje, a técnica que se interpõe entre a realidade que vemos e observamos e a realidade de uma era em que interagimos frequentemente com máquinas como se fossem seres humanos ganhou tal dimensão que mal podemos nos reconhecer no mundo como fazíamos por séculos a fio.

A partir dessa percepção, dois temas tornaram-se fundamentais nas chamadas sociedades de informação: de um lado, com relação à informação veiculada, a liberdade individual perante o controle de informações e a necessidade de universalização do acesso à nova informação e, de outro, com relação ao veículo de informação, como promover e divulgar o conhecimento tecnológico. Ambos os temas, ligados à política informática, guardam estreita relação com o direito, tanto como causa de transformações na ordem jurídica, quanto como resultado dessas transformações.

Ora, é sabido que o crescente uso da computação e a consolidação

da rede mundial de computadores alteraram de forma profunda as possibilidades de comunicação entre indivíduos e corporações privadas e públicas. Na verdade, essas alterações nas relações sociais geram a percepção de que o poder e a liberdade de criar bens intelectuais passam a depender das possibilidades de acesso e controle dessas novas tecnologias e das informações nelas veiculadas.

No âmbito da comunicação na internet mesclam-se as fronteiras entre as esferas da comunicação individual e em massa que eram até então separadas. Na internet, as fronteiras entre público e privado tornaram-se porosas. Donde a questão de saber se seria possível sustentar que o usuário de redes, ao optar por utilizar um perfil público, assume o risco de disponibilizar os seus dados de forma irrestrita e, por esse motivo, não teria legitimidade para se insurgir contra a possibilidade de utilização desses dados por qualquer interessado. Ou seja, de um lado, o tema da liberdade de expressão, de outro, a disponibilidade sem peias a que se expõe o destinatário.

A questão está, então, em saber como lidar, do ponto de vista ético, com essa estratégia em confronto com estratégias limitadoras de parte dos próprios sites elaborados mediante recurso de inteligência artificial, com outros dispositivos da mesma espécie.

Assim, quando se estabelecem limitações/barreiras de acesso a um site (como, por exemplo, mediante dispositivo CAPTCHA/reCAPTCHA) uma primeira indagação é saber em que direito fundamental se baseiam elas: propriedade ou liberdade/isonomia?

A pergunta tem a ver com a natureza moral e jurídica de uma eventual violação do mecanismo. Diante da “pergunta” você é um robô? um robô construído para acessar informações e equipado com recursos técnicos adequados pode responder negativamente. Um robô está mentindo? <sup>1</sup>

O problema lida com questões ontológicas sobre a essência de uma tecnologia ou de uma aplicação na internet<sup>2</sup>. Por exemplo, a condenação, na Suécia, dos desenvolvedores do site “Pirate Bay” girou em torno de disputa sobre qual a “natureza”

de um site indexador e de busca de arquivos para compartilhamento via “torrent”, donde a pergunta: o site seria uma “plataforma” onde potenciais violadores de direitos autorais apenas se comunicam (sem responsabilidade pelo site) ou um “quadro de avisos” que estimula a prática de violação autoral?<sup>3</sup> Outro exemplo é a discussão sobre se o streaming de músicas na internet significa “reprodução pública” sujeita a remuneração por direitos autorais<sup>4</sup>, ou ainda, se o envio em massa de spams ou o uso de softwares robôs para baixar conteúdo de webpages poderia se algum tipo de “invasão de propriedade”, etc.

Anote-se, desde logo, que não há, na experiência brasileira, nem legislativa nem jurisprudencial, respostas claras a esse tipo de indagação.

Mas existem experiências jurisprudenciais em outros países (nos EUA, por exemplo, o E-Bay vs Bidders Edge<sup>5</sup>) que tentam lidar com essas situações em termos de direito de propriedade. Em uma série de precedentes, os tribunais dos EUA têm analisado o abuso de e-mail, envio de spams, ou

Web-rastreadores em um site como um caso de invasão de propriedade de bens móveis. As dificuldades surgem sobre o que é a propriedade a ser invadida: o e-mail ou site como uma propriedade virtual ou o estatuto físico dos servidores de computador? Um dispositivo que regula o acúmulo de acessos poderia, assim, ser interpretado como uma forma de evitar violação de propriedade móvel (propriedade de um serviço?), o que conduziria, porém, a um sério problema de prova de dano civil em sede virtual (causalidade). Isto é, em que medida frustrar um dispositivo limitador de acesso a um serviço efetivamente provoca uma sobrecarga e em que medida essa sobrecarga constitui um dano?

As dificuldades, porém, não se reduzem a isso, pois surge a pergunta sobre se a noção de “propriedade de um site”, cujo sentido proprietário é ser acessado, pode ser utilizada para uma delimitação proprietária (meu, teu, nosso, deles?). Dificuldade ainda maior quando se pensa no acesso à informação como direito fundamental. Na verdade, nessa área virtual, trabalha-se

muito mais com licenças de uso e não, exatamente, com propriedades. A responsabilidade pode ser restringida aos proprietários da arquitetura física da internet? Por tudo, um fundamento no direito de propriedade tem sofrido grandes críticas, tendendo a ser rejeitado.

Por sua vez, o conhecido regulamento do TCU a respeito de participação de robôs em licitações (pregões eletrônicos) levou a questão para o lado da liberdade concorrencial e da isonomia, entendendo que o uso de programas “robô” por parte de licitante viola o princípio da isonomia.

Mediante monitoramento, o Tribunal tratou do acompanhamento do acórdão 1647/10, do plenário, que versou sobre a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio do portal Comprasnet, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, orçamento e Gestão (MPOG). No acórdão monitorado, o Tribunal concluiu que, em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet: “a) é possível

aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão; b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório; c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a administração”<sup>6</sup>.

Para o relator, os fatos configurariam a inobservância do princípio constitucional da isonomia, visto que “a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes”, sendo que as medidas até então adotadas pela

SLTI/MPOG teriam sido insuficientes para impedir o uso de tal ferramenta de envio automático de lances. Além disso, como as novas providências para identificar alternativa mais adequada para conferir isonomia entre os usuários dos robôs e os demais concorrentes demandariam tempo, e a questão exigiria celeridade, entendeu o relator que MPOG poderia valer-se, provisoriamente, de definição, por instrução complementar e mediante regras adicionais para a inibição ou limitação do uso dos robôs, de maneira a garantir a isonomia entre todos os licitantes, nos termos do art. 31 do decreto 5.450/05, razão pela qual apresentou voto nesse sentido, bem como motivo pelo qual o tribunal assinasse o prazo de 60 dias para que a SLTI implementasse mecanismos inibidores do uso de dispositivos de envio automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, no que foi acompanhado pelo plenário.

Contudo, nenhuma proibição de ordem legal foi aventada. O próprio TCU, nesse sentido, induziu à “criação” de uma regra, na verdade, regra técnica (lances de no

mínimo 20 segundos de intervalo) mais para detectar se se tratava ou não de robô do que para estabelecer uma vedação. Dessa regra técnica foram feitas ilações argumentativas, para demonstrar a violação de princípios (liberdade/isonomia: a violação teria uma repercussão especificamente concorrencial), o que, sabidamente, não equivale a uma violação de regra normativa (em que pesem as incursões neoconstitucionalistas de nossos dias e a tendência para aplicar princípios como se regras fossem).

De todo modo, supondo-se que lidamos com liberdade (donde voluntariedade, consentimento, responsabilidade subjetiva), resta a pergunta: como transferir para uma máquina (o robô) atribuições autocognitivas próprias do ser humano?<sup>7</sup> Um robô construído para acessar informações e dotado de recursos técnicos para enfrentar problemas técnicos, propriamente não mente, isto é, não é sujeito de imputação. Tanto que os grandes debates nessa área são antes postos mais no campo das “disputas tecnológicas” (novo dispositivo para evitar que...). Ou valeria a tentativa de imputar ao

criador/proprietário do softer uma responsabilidade pelo seu uso posterior (intenção maliciosa)?

Mesmo quando um sistema de computador emita de modo independente uma declaração sem intervenção humana real, a declaração é gerada e transmitida eletronicamente de acordo com parâmetros predefinidos.

Nesses casos, falar-se-ia de uma “declaração” de computador que cumpre todos os requisitos de uma declaração “normal” de “intenção” na pessoa do usuário, ou seja, a vontade de agir, a consciência de declaração e vontade de negócios. A hipótese, contudo, merece reflexão.

Começo por observar que, em geral, uma “declaração” robótica, por característica, é “expressa” por uma escritura numérica (algoritmos) que para se manifestar como signo (sentido) exige uma prévia separação entre o suporte material e a significação, adquirindo um caráter próprio, que permite uma atividade, a combinatória binária, independente de toda e qualquer significação. Ao contrário da palavra grafada, telegrafada, telefonada, os dados informáticos surgem por

essa atividade sem suporte material, portanto alheia ao espaço, ao tempo que, mesmo quando é traduzida em textos, cores, sons, não passa de uma atividade combinatória muda e inexpressiva<sup>8</sup>.

A essa atividade se acresce uma segunda operação, que consiste em organizar os dados (a-espaciais e atemporais), para tratá-los. Essa organizar significa reagrupar os dados em uma certa ordem, que toma a forma de instruções, de modo a os classificar, contar, decifrar. É o que se chama de programa. Sem o programa é impossível “ler” os dados. Certamente às séries quase infinitas de 0 e 1, mediante o que ocorrem as combinações, o ser humano só tem acesso pelos programas. Mas os programas também são série de combinatórias numéricas, razão pela qual eles não passam de listas de instruções, como uma receita que deve ser seguida toda vez que haja dados a ser tratados. O que os distingue uns dos outros é a variedade de tarefas que a eles se atribuem, por exemplo, um programa estatístico, um programa musical, um programa textual.

Nesse novo mundo, a

memória do computador é uma não-coisa. Não é propriamente imaterial (como um romance, um conto), porque não é propriamente consumível. Embora ela ainda exista enclausurada em coisas (chips de silício, raios laser), não é, a rigor, um objeto de uso. Não está ao alcance da mão (manipulável), embora esteja disponível. Assim, o que precisa ainda ser “feito”, isto é, apreendido e produzido, ainda que digital, é efetuado automaticamente por não-coisas, por programas<sup>9</sup>.

Digitar e datilografar são ações diferentes. Isso merece uma explicação.

No campo informático, dada a inexistência de limitação física, trata-se de acessos (informações), cujo uso por alguém não exclui, por princípio, o uso por outro. De fato, chega mesmo a ser conceitualmente impossível delimitar esse “alguém”. Nem mesmo como um “sujeito” com relação a um “objeto”. Ou seja, algo como um espaço de ação poder continuar livre independentemente da ação dos “outros”. Mais do que isso, nessa esfera, o espaço de ação para o “sujeito” é relevante na medida em que lhe

permite acesso com os outros. O ciberespaço somente se constrói na medida em cada espaço de ação de cada “sujeito” é voltado para o acesso aos “outros”, sem a qual o próprio ambiente perde sentido. Não é propriamente “espaço” como res materialis ou mesmo immaterialis. Embora não elimine o espaço no qual vivemos, tecnicamente o supera.

Segue daí uma descoisificação das expressões materiais/imateriais em termos informáticos: bit como suporte intangível (cf. no Brasil, o art. 7º da Lei 9.610/98).

Na verdade, a noção de intangibilidade é inadequada, pois construída a partir da percepção fisicamente nuclear da realidade. Propriamente, o bit não é a negação do tangível (tangere como tocar com os dedos). Por isso se fala de não-coisa. O termo vulgarizado para expressar esse novo estado ou forma de ser, é virtual. O virtual, nesse novo sentido, não é tangível nem intangível; nem tem referência à mera possibilidade física mediante alguma habilidade; não virtual como produto de virtus/virtude, mas de lúdico conforme um código

de instruções.

Nesses termos, inaugura-se uma relação tecnicamente sui generis, engendrada pelos elementos da condição informática: (a) novo veículo: meio informático (aparelho eletrônico); (b) nova forma de reprodução: digitalização; (c) sistema de comunicação instantâneo e global; (d) um ser humano “aparelhado” (o homem-aparelho).

É isso que conduz à discussão de dois princípios reguladores, voltados especificamente para a liberdade informática: o da razoabilidade da exigência de restrição ao uso de senhas, de um lado, e o do limite da proteção de extensão de dados a terceiros, de outro.

Isso posto, deve-se reconhecer, de um lado, que sistemas autônomos (robôs) são “inteligentes” no sentido de poderem atuar de forma orientada para objetivos e poderem interagir com outros sistemas inteligentes. Eles são capazes de expandir seus conhecimentos e, assim, mudar as regras existentes por conta própria. De outro, embora o utilizador de um sistema automatizado esteja ciente do conteúdo concreto da sua

declaração, esse não é o caso dos sistemas autônomos.

Por conseguinte, as explicações autônomas não podem ser facilmente rastreadas até à intenção correspondente do utilizador do sistema. Ao mesmo tempo, os robôs não têm a sua própria personalidade jurídica no atual quadro jurídico, pelo que não são legalmente capazes e, portanto, não podem fazer as suas próprias declarações de intenções. Donde o problema de se qualquer declaração desse sistema deveria ser devida a uma pessoa coletiva ou singular para uma conclusão efetiva do ato jurídico. Quanto à questão dessa atribuição, existe uma considerável incerteza jurídica.

Observa-se, assim, que hoje os contratos no âmbito da multiplicidade de alta tecnologia não têm, na verdade, nenhum objeto que seja descritível ex ante, mas são antes “evocados” por dispendiosas “apresentações imagéticas”<sup>10</sup>. Fica difícil nesse caso conceber a responsabilidade civil no sentido tradicional. Isso poderia talvez funcionar, quando o sujeito puder ver a si mesmo como sujeito-em-rede e reconhecer que isso só funciona

com este pressuposto. E a difusão de “assistentes” digitais robotizados poderia, provavelmente, também contribuir para isso. Mas ainda não se chegou a esse ponto.

Relembro, inicialmente, que um robô construído para acessar informações e dotado de recursos técnicos para enfrentar problemas técnicos, propriamente não mente, isto é, não é sujeito de imputação. Atribuir a um robô uma função auto cognitiva (sei que sou um robô) não é plausível. A máquina apenas executa uma programação.

Consciência é o estado de estar ciente, tal como quando dizemos “estou ciente” e consciência de acesso se refere a estar ciente de algo ou alguma coisa, como quando dizemos “estou ciente destas palavras”. Consciência, assim, é uma qualidade psíquica, isto é, que pertence à esfera da psique humana, por isso diz-se também que ela é um atributo da mente, ou do pensamento humano. Ser consciente completamente não é exatamente a mesma coisa que perceber-se no mundo, mas ser no mundo e do mundo.

Quando uma criança de 4

anos diz ao tio preocupado em deixá-la só: não quero que você venha comigo para a praia e o tio responde: está bem, não vou, mas vai, ocorre uma percepção importante. Ao ver o tio chegando atrás dela, a criança lhe diz: você mentiu. Se perguntássemos a ela por que o tio mentiu, nos seus 4 anos diria: porque você disse que não viria (e veio). A bem observar, a criança percebe na fala do tio dois sentidos num só: uma promessa e uma afirmação referencial. A promessa só é aceita se é uma promessa (e não uma desculpa, um não levar a sério, uma mentira): a criança acredita no que ouve. Já a afirmação admite critérios de correspondência, pois tem um caráter referencial. É a percepção imediata desses dois níveis que faz com que a criança reaja. Mas perceber se está diante de uma mentira ou diante de uma brincadeira não equivale à percepção do referencial (ir/não ir) Ou seja, não é mentira porque o referencial é falso, mas porque a afirmação (não vou) é percebida como uma promessa.

Pode-se dizer, diante disso, que é altamente improvável uma máquina ter, nesses termos, uma

autoconsciência.

Assim, antes de mais nada, ainda que se pretendesse enquadrar o acesso mediante robô em alguma forma de simulação para obter informação sob resguardo (instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita), não se pode, sob o pretexto de dificultar o acesso a máquinas, reprimir o direito à informação. Sopesados os direitos, o fiel da balança deveria pender para a garantia da liberdade de informação (art. 220, § 1º, da CF/88)<sup>11</sup>.

Mas a questão, mais precisamente, implica a seguinte hipótese: como os robôs são programados justamente para resolver o CAPTCHA/RECAPTCHA, simulando a ação humana, inclusive declarando não ser um robô, qual seria a responsabilidade do criador da regra programada no software?

Entendo que atribuir responsabilidade ao criador da máquina é, por sua vez, problemático, quando se sabe que máquinas inteligentes são capazes de desenvolver outros predicados, independentemente do programa original.

Deve-se reconhecer, como já

apontado, que sistemas autônomos (robôs) são “inteligentes” no sentido de poderem atuar de forma orientada para objetivos e podem interagir com outros sistemas inteligentes, sendo, assim, capazes de expandir seus conhecimentos e mudar as regras existentes por conta própria. Na verdade, a ideia de que um programa de um robô diz de modo completo o que a máquina deve fazer vem da década de 1970. A programação, contudo, mudou. Hoje, em vez de uma sequência definida de instruções, as instruções não são armazenadas como um comando, mas como pesos sinápticos, de modo muito próximo da estrutura do cérebro humano. A rede “neural” do robô “aprende” e não se pode mais dizer o que acaba de ser aprendido. Ou seja, hoje, as máquinas são “treinadas”, não “programadas” no velho sentido.

Máquinas autônomas estão, nesse sentido, sujeitas a um progressivo processo de atualização. Um robô, no caso, é construído para obter informações. É uma máquina programada para desincumbir-se de problemas técnicos. A noção de simulação não é perfeitamente

adequada nem ao usuário nem ao programador. Não se trata, propriamente, de invadir dispositivo informático alheio (caso do racker), conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, pois o objetivo do CAPTCHA/reCAPTCHA não é evitar que se venha a obter, adulterar ou destruir dados ou informações, mas, na medida em que estão abertas ao acesso público, apenas coligi-los em uma forma programada.

#### NOTAS:

1. Robôs inteligentes de computador são cada vez mais capazes de modelar conversas e relacionamentos humanos. Em 2015, um robô de computador, chamado Eugene Goostman, ganhou o Desafio Turing. Depois de interagir com um correspondente desconhecido no teclado, os avaliadores indicaram se tinham discutido com um humano ou uma máquina. Eugene Goostman enganou mais da metade dos avaliadores humanos que pensavam ter falado com um de seus pares. Este marco marca o início de uma era em que muitas vezes interagiremos com máquinas como se fossem seres humanos; seja no atendimento ao cliente ou nas vendas. Embora a atenção e a bondade humana sejam limitadas, os bots artificiais podem canalizar recursos praticamente ilimitados para construir relacionamentos.

2. Ver Juliano Maranhão: Reconfiguração conceitual? O direito digital como metáfora de si mesmo, em “Teorias

Contemporâneas do Direito: O Direito e as Incertezas Normativas”, Pedro Fortes, Ricardo Campos e Samuel Barbosa (organizadores), Editora Juruá (2016), do qual são retiradas as citações.

3. Larsson, S. Metáforas, lei e fenômenos digitais: o caso do Tribunal de piratas da Suécia. Revista internacional de direito e tecnologia da informação, Vol. 21, n. 4, PP 354-379 (2013).

4. O tema, ao lado da legalidade do compartilhamento de músicas é discutido em várias jurisdições. No Brasil, aguarda decisão pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1559.264-RJ (2013/0265464-7), Relator Ricardo Villas Boas Cueva.

5. Bellia, paixao, Berman, P. S, Frischmann, B. M e post, D. G. especializado: problemas de política e jurisprudência na era da informação, 4th Ed. West pub., 2011.

6. Acórdão 2601/11-Plenário, TC-014.474/11-5, rel. min. Valmir Campelo, 28/09/11.

7. Conforme a explanação de um analista do Serviço Federal

de Processamento de Dados – SERPRO, em um trecho de decisão do TCU no acórdão 485/15, explica-se o funcionamento dos “robôs” nos pregões: ‘O robô é um componente de software desenvolvido para automatizar o envio de lances pelo fornecedor, transpondo alguns passos que devem ser dados na navegação de páginas’. Desta forma, evita que o fornecedor navegue e acompanhe o processo, deixando tudo a cargo da máquina. Segundo ele, os robôs foram identificados a partir da leitura dos lances ofertados nas atas dos pregões eletrônicos, mostrando lances menores desses fornecedores, com intervalos de milésimos de segundo entre um e outro (grifei).

8. Cf. Antoine Garapon/Jean Lassègue : Justice digitale, PUF, Paris, 2018, primeira parte, p. 19 e ss..

9. Cf. Vilém Flusser, Dinge und Undinge: phänomenologische Skizzen, München/Wien, Carl Hanser Verlag, 1993.

10. Claude Rosental, “Les conditions sociales des échanges en Silicon Valley. Complexe militaro-industriel, entrepreneuriat scientifique et demos”, Zilsel 1 (2017), Nr.

1, 55 ; Matthew Jennejohn, “Contract Adjudication in a Collaborative Economy”, Virginia Law and Business Review 5 (2010), 173 ; Friedrich Werk/Andreas Wittler, “Vision statt Lastenheft”, FAZ v. 7.2.2018 : não apenas a produção, mas também a disposição contratual é, por conseguinte, um projeto cooperativo.

11. Ver a jurisprudência já mencionada: STJ, REsp. 1.316.921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012.



INSTITUTO  
ETHIKAI  
ETHIKAI.COM.BR

## Curso IA e Regulação de plataformas

**Ethikai**

HUMANIDADES, INOVAÇÃO E  
NOVAS TECNOLOGIAS . FAKE  
NEWS .  
MARCO LEGAL DA IA



# A EFETIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

JHESICA LOURES DOS SANTOS BACCARI

## RESUMO

O presente trabalho analisará sob uma visão ampla, no entanto, crítica, a atual legislação criada para a proteção de dados pessoais no Brasil - a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) de número 13.709 de 14 de Agosto de 2018, no que cerne a sua efetividade quando regula sobre parâmetros e critérios que serão utilizados pelos órgãos fiscalizadores para a fiscalização do tratamento de dados pessoais. Apesar da LGPD ter como objetivo geral a proteção de dados pessoais e trazer como fundamentos a privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação, e de opinião; a preservação da intimidade da honra e imagem; a livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, ela foi criada apenas com dois conteúdos próprios tratando brevemente e de forma abstrata sobre a responsabilidade do tratamento de dados pessoais. O título que tratou sobre

a fiscalização se resumiu em descrever sobre as sanções administrativas de ordem de admoestação verbal, pecuniária, bloqueio, eliminação de dados e até publicização da infração, no entanto, deixou a desejar a escrita sobre como seria a vigilância dessa proteção e para um futuro incerto, o conteúdo do regulamento próprio sobre as sanções administrativas e sobre os próprios órgãos fiscalizadores a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e os seus Conselhos. Os esclarecimentos que se faziam necessários, quanto a forma de fiscalização, não foram trazidos no texto original, então, veio a Medida Provisória 869/ 2018 para alterar a LGPD e criar a ANPD e CNPDPP, todavia, não descreveu o modus operandi sobre a fiscalização. Da mesma maneira que a infoera invadiu o Brasil com suas imensas tecnologias eletrônicas, com o avanço acelerado da internet e dos meios virtuais de comunicação, a LGPD não acompanhou a evolução virtual e acabou criando uma legislação específica tardiamente em comparação com o Marco Civil da Internet. Dessa forma, a LGPD em uma

desesperada corrida para proteger os dados pessoais das pessoas naturais e jurídicas abriu esparsamente margem para uma falhosa interpretação doutrinária e insegurança jurídica já que não logrou êxito em demonstrar efetividade com tantas lacunas acerca da fiscalização.

Palavras-chave: A.efetividade.da.fiscalização.para.a.proteção.de.dados.pessoais.no.brasil.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a forma, o desenvolvimento e as consequências da criação desesperada da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil que tiveram desdobramentos esparsos no texto da Lei, já que quando foi escrita, em 14/08/2018, deixou de mencionar pormenorizadamente sobre a seção II, que trata da responsabilidade do tratamento de dados pessoais, se resumindo a dois artigos, o art. 31 e o art. 32. Ficou entrelinhas a interpretação do texto de como saber quando haverá uma infração, já que o texto apenas aponta que serão os próprios agentes de tratamento que deverão enviar relatórios aos órgãos fiscalizadores, para apurarem possíveis infrações cometidas às normas previstas na LGPD.

Não parece que exista efetiva proteção quanto à fiscalização

da proteção de dados pessoais no Brasil, que é o objetivo desta Lei, porque foi determinado que é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) que terá o condão de solicitar aos agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto quanto a proteção desses dados pessoais, e estando à mercê deste relatório, tomará atitudes apenas com base nele, com o fim de buscar padrões e boas práticas nos tratamentos destes dados pessoais.

A LGPD impõe somente ao controlador e ao operador das operações de tratamentos de dados pessoais à responsabilidade de produzir materiais essenciais e necessários para a sua fiscalização como é o caso do dever de manterem o registro de todas as operações que realizarem com o tratamento destes dados, o que é o caso do artigo 37 da referida Lei.

A Lei que foi criada para ser específica e tratar dos assuntos de dados pessoais no que cinge a velocidade de propagação das informações nesta nova era tecnológica que vive o mundo e mais precisamente a sua evolução tecnológica

## SUMÁRIO

- a) Introdução.
- b) Seção 1: A Imersão da Legislação para a Sociedade na Infoera.
  - 1.1. Breve reflexão
  - 1.2. Legislações Conexas
- c) Seção 2: Os Órgãos Fiscalizadores
  - 2.1. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)
  - 2.2. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPDPP).
- d) Seção 3: A Efetividade da Fiscalização
  - 3.1. Problemática: A Frágil Proteção
- e) Conclusão.
- f) Bibliografias.

das informações no Brasil, mostrou-se uma escrita rápida e com várias lacunas que deveriam necessariamente constar no texto da Lei, justamente para atingir o objetivo específico que é a proteção.

No entanto, o legislador de maneira tardia, viu o avanço tecnológico acontecer e impactar de forma violenta o mercado eletrônico e tecnológico com sérias devastações na vida privada e íntima de pessoas naturais na devastadora invasão das informações das Pessoas Jurídicas Públicas e Privadas, mas mesmo assim, somente após quatorze anos do Marco Civil da Internet que a Lei foi escrita denotando a preocupação com os dados pessoais das pessoas naturais e jurídicas, contudo, dado em ênfase a questões propriamente-ditas financeiras, já que a própria seção que trata da responsabilidade e do ressarcimento de danos frente a violação da legislação de proteção de dados pessoais é maior que a cessão de responsabilidade supramencionada.

Verifica-se que o interesse pecuniário é maior do que a própria fiscalização, pois no capítulo VIII que deveria tratar sobre a

fiscalização, o legislador iniciou a seção com sanções administrativas e uma multa que é denominada como simples, porém ela pode atingir até 02% do faturamento do último exercício da Pessoa Jurídica de Direito Privado, do grupo ou do conglomerado da empresa com endereço no Brasil, limitando a aplicação da infração a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

A LGPD imputa às próprias empresas a adoção de políticas de boas práticas e de governanças, a responsabilidade de adotar medidas corretivas de prontidão em caso de infração, porém não explica como a Autoridade Nacional de Proteção de Dados orientará o cálculo do valor-base para as sanções das suprarreferidas multas, pois deixou a conjugação do verbo no futuro - a definir o regulamento e a metodologia que se dará essa aplicação, apesar de que ainda menciona que elas serão previamente publicadas, mas também não lhe conferem prazo para tanto.

Será demonstrado que essas lacunas deixadas pela tão aguardada Lei específica foram assim finalizadas no art. 55 pelo legislador, até que veio a Medida Provisória 869 em

27/12/2018 para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPDP).

Assim foi a medida provisória que deu forma aos órgãos fiscalizadores que deveriam ter sido tratados no capítulo da fiscalização da LGPD, e o problema é justamente esse, pois a partir do art. 55-A as alterações entraram em vigor no dia 25/12/2018, quando foi dada a redação da Medida Provisória 869 de 2018, no entanto, os órgãos fiscalizadores eram novidade, pois não tinham, sequer, sido desenhados na LGPD e até o momento não foram engrenados, pois até o momento não foram nomeados os membros que compõem os suprarreferidos órgãos.

Ao final deste trabalho, será possível ter uma visão crítica deste silêncio que também foi arrastado para a Medida Provisória 869 de 2018, pois quando falou da competência em fiscalizar, foi genérica ao valor do planejamento fiscal, sobre a aplicação das sanções na hipótese de infração no tratamento de dados em descumprimento a

LGPD, e será demonstrado que a medida provisória ainda permaneceu com a intenção de manter o dever da empresa em facilitar o exercício do controle e da proteção dos titulares sobre os seus dados pessoais, ficando evidente que o trabalho fiscal desses órgãos ficará apoiado na reprodução do relatório das empresas a serem fiscalizadas, e que terão apenas como base inicial a livre iniciativa para elaboração de estudos preventivos e cooperação.

Contudo, será verificado que essas medidas não trouxeram eficácia a proteção de dados pessoais que buscou o objetivo da LGPD.

## SEÇÃO 1: A IMERSÃO DA LEGISLAÇÃO PARA A SOCIEDADE NA INFOERA

### 1.1. Breve Reflexão

O avanço tecnológico no Brasil se deu de maneira demorada em comparação com a explosão da infoera no mercado internacional, pois não havia grandes promessas para a indústria de informática e de telecomunicações no país, já que era inviável para o cenário do Brasil

com o baixo desenvolvimento do Produto Interno Bruto (PIB).

Ao que tudo indica o Brasil foi impactado de forma mais violenta que os outros países subdesenvolvidos, como a Espanha, Canadá, Coreia, Índia, Paquistão e a Formosa<sup>1</sup>, porque como já alertava o estudioso João Antônio Zuffo, o nível médio de instrução dos brasileiros é muito baixo comparado aos países de primeiro mundo, assim a formação da sociedade provocou um alto índice de desemprego e recolocação no mercado de trabalho.

Ainda, segundo o especialista, o Brasil que é um país subdesenvolvido possui alta burocracia para o desenvolvimento e acompanhado da corrupção, assim o dinheiro que poderia ser utilizado em ferramentas tecnológicas é desviado para um ambiente de crime organizado<sup>2</sup>.

E em terceiro lugar, na visão do especialista, o Brasil possui um pequeno acervo cultural tecnológico, dessa maneira, fica claro que o governo não deixou recursos para importação de bens tecnológicos<sup>3</sup> que poderiam ser utilizados no futuro para benefício da infoera.

Quicá os alertas dos estudos tecnológicos e da visão futurística em que no ano atual os recursos tecnológicos seriam essenciais para o auxílio da justiça, ao que cerne principalmente a fiscalização do Poder Público, terem sido avisados formalmente desde 1997, por este doutrinador suprarreferido, o Brasil vinha reduzindo, desde esse ano, violentamente as verbas de pesquisas governamentais sobre os estudos tecnológicos.

O especialista João Antônio Zuffo já destacava a falta de vontade do Brasil em conhecer e dominar as tecnologias de ponta, indicando que o país não é socialmente competitivo, pois em sua visão falta estudo tecnológico de pós-graduação para pesquisadores desenvolverem habilidade científicas e tecnológicas para a indústria.

O avanço tecnológico não invadiu apenas o setor industrial e mercadológico das empresas, mas também chegou na vida cotidiana das pessoas naturais que tiveram acesso a dispositivos inteligentes como a comunicação realizada pela internet, por meio de aparelhos cada vez mais avançados,

permitindo a comunicação pela voz, pela inteligência artificial, pelo reconhecimento facial, de som, vídeos de alta definição e atualmente em imagens em 08k.

Com todo o contexto avançado e desenfreado da era tecnológica no Brasil, trouxe consigo usuários prontos a invadirem qualquer sistema, os chamados hackers e também empresas interessadas nos dados pessoais do consumidor e nesse meio a divulgação indevida dos dados pessoais de pessoas naturais e jurídicas foram lançadas à publicidade sem qualquer armamento legislativo que pudessem proteger a vítima ou coibir os ataques, assim o brasileiro conheceu o impacto negativo que a internet vinha demonstrando somente o cenário positivo do avanço digital.

Apesar do Brasil já possuir proteções genéricas sobre a honra, intimidade e privacidade do cidadão, constantes na Constituição Federal, era necessário acompanhar o desenvolvimento pragmático com a semântica da Lei, mas para isso, o legislador quedou-se inerte e assim direitos foram devastados e imagens foram desonradas, tendo

todo o amparo legislativo anterior para debruçar o legislador na Lei nacional e até internacional que já dispunha a União Europeia, conexões que serão tratadas no tópico a seguir.

## 1.2. Legislações conexas

Conforme visto no tópico anterior, o Brasil mostrou-se tardio nos estudos sobre o desenvolvimento tecnológico e a proteção legislativa que a sociedade merecia ter contemporâneo aos acontecimentos.

O Brasil não olhou para o contexto internacional que desde 1948 teve declarado os Direitos Humanos após direitos da vida privada serem ceifados na Segunda Guerra Mundial, assim no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos o texto já defendia que a vida privada na família, no lar ou em setor correspondente deveria ter preservada a honra e a reputação da pessoa natural.

E o avanço tecnológico trouxe preocupação severa no âmbito internacional, tanto é que em 1969

foi realizado o Protocolo de Internet pelo U.S. Department of Defense Advanced Research Projects Agency e a integração tecnológica facilitou a troca eletrônica da informação e processamento de dados pessoais realizados tanto pelo setor privado, quanto pelo setor público e até pelas autoridades policiais e judiciárias, por isso, o Conselho da Europa e a Organization for Economic Cooperation and Development, começaram a publicar diretrizes sobre a proteção da privacidade e do fluxo transnacional de informações pessoais<sup>4</sup>, com o intuito de proteger as relações semântico-pragmáticos dos envolvidos, assim houve assinatura da convenção 108 para proteger esse processamento automático de dados pessoais.

Na legislação pátria brasileira a Constituição Federal 1988 possui dispositivos genéricos que podem ser reduzidos a interpretações do cenário atualmente vivenciado pelos brasileiros que são os direitos e garantias fundamentais que dão proteção a vida, a privacidade, a igualdade, a liberdade em consonância com a dignidade da pessoa humana garantindo a vedação

a qualquer prática contrária que traga distinção de qualquer tipo de natureza para segurança da pessoa natural.

Inclusive para efetiva proteção, a Carta Magna traz mecanismo jurídico que garante a retificação do registro das informações no banco de dados da empresa quais possuem os seus dados inseridos. Esses direitos estão elencados nos artigos 1º e 5º, X, XII, LXXII “a”, “b”.

Logo em seguida, a Lei 8.078 de 1990 trouxe como defesa dos dados pessoais do consumidor o Código de Defesa do Consumidor que prevê a proteção de dados arquivados do consumidor em cadastros, fichas, registros e informações sobre o consumo, pelos quais ele pode ter acesso a sua fonte, até mesmo com o objetivo de alterar qualquer informação que não seja verdadeira, é o que dispõe o artigo 43 do código.

Em 2002 o Código Civil foi alterado pela Lei 10.406 e trouxe um capítulo exclusivo tratando dos direitos da personalidade, no que tange a privacidade e a intimidade da vida privada da pessoa natural, reforçando o que a Constituição

Federal chamou de inviolável, consagrando a vida privada como verdadeiro direito inerente a pessoa natural e que no compasso trazido a LGPD, a Proteção de Dados Pessoais está intimamente ligada à vida e a intimidade da pessoa natural, já que os dados são provenientes de fontes veiculadas pelos desdobramentos das ações e dos dados pessoais da pessoa natural.

Após nove anos, a preocupação no Brasil ficou claramente vista quando o legislador resolveu escrever a Lei 12.527 – Lei de Acesso à Informação – tratando desses direitos particulares da pessoa natural e classificando sigilo das informações e a importância do consentimento da pessoa no tratamento e divulgação das informações, o que parece ter escrito desde esse início forçosamente e no embalo do avanço tecnológico, já que as Leis internacionais como as regras de proteção de dados pessoais europeias incomodavam o Brasil para um início do que poderia ser previsto como informação.

Com acesso a informação chegado a todos os usuários no Brasil e sem fonte normativa que

coibissem abusos, vários ataques cibernéticos, começaram a eclodir, mas somente após uma atriz brasileira, Carolina Dieckmann, ter tido a sua vida particular invadida por meio de acesso a conteúdo privado em seu notebook e divulgação de fotos íntimas espalhadas na internet, foram promovidas alterações no Código Penal, tipificando crimes informáticos pela Lei 12.737 de 2012.

Foi aí que o legislador acordou para o que estava ocorrendo na terra sem dono: a internet, e marcou o país com o surgimento do Marco Civil da Internet, e, diga-se de passagem, escrito também tardiamente pela Lei 12.965 de 2014.

A Lei que marcou a legislação sobre a internet reforçou sobre a proteção de dados em seu artigo 16, a transparência do operador de dados na hipótese de ter vazamento e insegurança no sistema de informações de dados pessoais, em seu artigo 07º e ratificou o que o Código de Defesa do Consumidor com o conteúdo de que as informações devem ser claras e simples para o entendimento e acesso fácil do consumidor ao tratamento de seus

dados pessoais, inclusive, até com a exclusão definitiva dos seus dados.

A Lei do Marco Civil da Internet estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso de qualquer usuário no campo da internet com uma seção especialmente tratada para proteção aos registros, aos dados pessoais e as comunicações privadas, prevendo, inclusive, sanções cíveis, criminais ou administrativas aqueles que infringirem as normas previstas nas Leis com pena de admoestação verbal com a aplicação de medidas corretivas, pena pecuniária de até 10% do faturamento do último exercício do grupo econômico existente no Brasil, suspensão de atividades e até proibição de atividades.

Apesar da escrita pelo legislador ter sido breve com apenas 32 artigos o Marco Civil da Internet realmente tratou um início do que os usuários poderiam tomar como parâmetros sobre o bom uso da internet.

Em 2016 a Comissão Europeia propôs um regulamento que integrasse os Estados membros para gerar segurança jurídica e demonstrar proteção dos direitos

individuais, a chamada GDPR (EU 2016/679) – General Data Protection Regulation.

Foi então que em 2018 por iniciativa do Deputado Federal Milton Monti do Partido Liberal de São Paulo, propôs um Projeto de Lei 4060/2012 que veio a gerar a norma da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais cuja Lei é a de número 13.709 de 2018.

Este projeto elaborado em 2012 foi o esboço do hoje então impactado mundo tecnológico pelas disposições que marcou a proteção de dados pessoais, alterando a Lei 12.965 de 2014 sobre o Marco Civil da Internet.

O Projeto de Lei original tiveram alguns vetos, pois ficou omissis em vários quesitos no que diz respeito a efetividade da proteção de dados pessoais, já que, para a proteção do direito seja realmente exercida, é necessária uma fiscalização, contudo, o capítulo 08 que trata da fiscalização, inicia-se a seção 01 aduzindo sobre sanções administrativas ao que saltou aos olhos da leitura da suprarreferida Lei que o interesse primordial quanto à fiscalização das práticas pelo tratamento

de dados dos agentes fosse prioritariamente financeiro, já que até o valor da multa estipulada no artigo 52, inciso II da LGPD entra em confronto no disposto do artigo 12 inciso II da Lei do Marco Civil da Internet.

Esta discordância do teto da multa deve ser bem analisada pelos operadores de direito que atuam na área do direito eletrônico, principalmente, isso porque à aplicabilidade do teto da multa como forma de penalizar a infração cometida pelo operador deve ser defendida para que haja razoabilidade quando de fato a Lei entrar em vigor, já que a Lei do Marco Civil da Internet preceitua a multa de até 10% do último faturamento do exercício do grupo econômico e, a nova Lei Geral de Proteção de Dados, impõe o teto de até 02% deste faturamento do último exercício e ainda acrescenta limitação por infração no patamar de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o que era omissis um teto em 2014 no Marco Civil da Internet.

Dessa forma, fica claramente ressaltada a preocupação extrema no recebimento de verbas pelo

descumprimento da Lei, mas deixa a desejar quanto ao que deveria ter sido tratado primeiramente neste capítulo que seria o planejamento da fiscalização dos órgãos, que deveria já ter sido exaustivamente traçado pela LGPD.

A LGPD não mostrou dar respaldo quanto à segurança jurídica da proteção do processamento de dados pessoais a pessoa natural e a pessoa jurídica, pois é a pessoa jurídica que trata dos dados pessoais quem deve elaborar relatórios e enviar para que os órgãos fiscalizadores apurem possíveis irregularidades ou infrações no tratamento destes dados.

Ora, a indulgência quanto às possíveis infrações é claramente tão perdoada quando a pessoa jurídica pagar sua infração em forma de pecúnia, que nesse momento, a arrecadação financeira do Estado tornou-se mais importante que a efetiva proteção de dados pessoais do usuário do sistema, já que seria possível o próprio infrator colacionar provas contra si?

Ao que mostra, o assunto foi discutido rasamente, pois teve que vir a Medida Provisória 869 de

27/12/2018 para alterar a LGPD que a pouco tempo havia sido sancionada pelo então Presidente da República, Michel Temer.

A iniciativa para corrigir as lacunas da LGPD partiu do Deputado Orlando Silva do Partido Comunista do Brasil de São Paulo, com o fim específico de incluir autonomia técnica e decisória à Autoridade Nacional de Proteção de Dados e zelar pela proteção e segredos comerciais e industriais.

A Medida Provisória 869 de 2018 passou a alterar o artigo 03º inciso II trazendo a atividade de tratamento ou fornecimento de bens ou serviços para qualquer empresa que esteja no território nacional; no artigo 4º inclui no inciso “b” os acadêmicos, os parágrafos 02º e 03º do mesmo artigo limitando o tratamento de dados pelo pessoa jurídica em casos específicos; no artigo 05º incluiu o inciso VIII passou a denominar o encarregado com outro significado, no inciso XVIII também alterou a denominação do órgão de pesquisa e no inciso XIX alterou a denominação e atribuição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados; no artigo 11 em seu 04º

parágrafo, também foi alterado no que diz respeito quanto a vedação e a comunicação do uso compartilhado entre os controladores dos dados pessoais, incluídos os incisos I e II; o artigo 20 teve alteração na redação em seu caput quanto ao direito de solicitar revisão das decisões sobre o tratamento de dados do titular; o artigo 26 teve vetado o inciso II, alterando o inciso III no que diz respeito a indicação do encarregado para as operações de tratamento de dados pessoais, teve incluídos os incisos IV, V e VI; foi alterado o artigo 27 sobre a comunicação do compartilhamento da Pessoa Jurídica de Direito Privado e público; o artigo 29 teve a redação alterada garantindo a Autoridade Nacional a solicitação de informações sobre o detalhamento do tratamento de dados pessoais realizados; e as demais alterações no artigo 55 que foram acrescentadas sobre os órgãos fiscalizadores será tratada na próxima seção.

Pelo todo o exposto da imersão da legislação para a sociedade na época em que vivencia o Brasil -a infoera, percebe-se uma demora na escrita sobre os direitos e deveres

dos usuários quanto ao uso e divulgação de dados no campo da internet, trazendo impacto negativo nas legislações que tratam sobre o assunto, pois como visto acima foram escritas abruptamente com falhas e lacunas e que nenhuma Lei advinda de outra conseguiu até o momento suprimi-las.

## SEÇÃO 2: OS ÓRGÃOS FISCALIZADORES

### 2.1. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados que já havia sido mencionada na Lei Geral de Proteção de Dados, desta vez, na Medida Provisória 869 de 2018 teve o texto ampliado, modificado e deu outras disposições, iniciando pelo veto integral do artigo 55 da LGPD incluindo, a partir do artigo 55-A, deixando claro que a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, deve ser sem aumento de despesa e que será um órgão da administração Pública Federal, integrante da Presidência da República.

Os artigos subsequentes incluídos na Medida Provisória 869, fornecem amparo legal a autonomia técnica a este órgão indicando a composição dos membros que deverão ser ter: Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, Órgão de Assessoramento Jurídico Próprio, Unidades Administrativas e Unidades Especializadas para atender a fiscalização da Proteção de Dados.

O conselho Diretor que comporá a Autoridade Nacional de Proteção de Dados tem como previsão a sua composição por 05 diretores, sendo que 01 deverá ser presidente. Esses membros serão nomeados pelo Presidente da República e ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superior-DAS de nível 05. Esses membros deverão ser brasileiros, de reputação ilibada, precisarão ter estudo em nível superior de educação e elevado conceito no campo de especialidade para o cargo. Estes membros, terão mandatos de até 04 anos, e perderão o cargo somente se renunciarem ou tiverem condenação judicial transitada em julgado

ou tiverem sido penalizados pelo Conselho Ético Disciplinar.

Em razão do órgão da Autoridade Nacional de Proteção de Dados ser integrante da Presidência da República, é o Presidente da República quem estruturará esse órgão, inclusive, com apoio técnico e administrativo dele e da Casa Civil.

Os membros da comissão que exercerão funções de confiança da Agência Nacional de Proteção de Dados serão indicados pelo Conselho-Diretor e nomeados pelo Presidente do Conselho.

O objetivo da Agência Nacional de Proteção de Dados é fiscalizar os agentes de tratamento e todo tratamento de dados pessoais realizados por ele, zelando pelas proteções de dados, editando normas e procedimentos para proteção dos dados, deliberar a interpretação da LGPD e dos casos omissos, que serão muitos, pois conforme visto na seção anterior, a Lei possui diversas lacunas.

A competência deste órgão se estende a requisitar informações, em qualquer tempo, aos agentes de tratamento e, conforme for

implementar mecanismos para o registro de reclamações quanto ao tratamento de dados que infringirem a LGPD.

Essa fiscalização dá o direito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados aplicar as penalidades previstas na LGPD, inclusive de comunicar essas infrações aos órgãos públicos. Mas a previsão da competência deste órgão também é educativa, pois a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, deverá estimular a proteção de dados pessoais pelos agentes de tratamento e até mesmo pelo Titular do seu direito, elaborando estudos pragmáticos sobre as ações de proteção para privacidade desses dados, analisando a Lei local e internacional, com consultas públicas.

Toda essa competência também traz deveres quanto as informações de suas atividades à sociedade, contudo, será explorado na seção posterior que é uma problemática já que os relatórios da gestão da Autoridade Nacional de Proteção de Dados estão previstos para serem gerados de um em um ano.

Para facilitar a comunicação entre os titulares de direito dos

dados pessoais e os agentes de tratamento desses dados à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, deverá ela criar o fórum de comunicação de caráter permanente, pois dessa maneira, o legislador entendeu que facilitaria a comunicação entre os setores interligados que estarão conexos nas atividades posteriores às penalidades das infrações.

Este órgão terá autonomia para ter em segredo empresarial e sigilo todas as informações que obtiver durante a fiscalização, prevista pelo legislador pena de responsabilidade, porém que não tratou qual a pena sofreria caso o sigilo viesse à tona, tampouco qual desdobramento essa responsabilidade se daria no campo público e privado.

A autonomia técnica da Autoridade Nacional de Proteção de Dados é tão ampla que, de acordo com as reclamações colhidas, elas poderão tomar outras providências que não foram especificadas no parágrafo 5º do artigo 55-J. E atuará em conjunto com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com órgãos e entidades que poderão ser afetadas

em que poderão ter relação na sanção dos agentes de tratamento que infringirem a proteção de dados pessoais do titular.

Os artigos 56 e 57 do texto original da Medida Provisória 869 de 2018 foram vetados, portanto no texto atualizado eles não foram acrescentados.

### 2.2. O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPDP)

O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPDP) que é inserido no campo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados não havia sido mencionado no texto original da Lei Geral de Proteção de Dados e foi incluído pela Medida Provisória 869 de 2018 no inciso II do artigo 55-C, tendo em sua inclusão uma seção específica para tratar de sua composição, de sua competência e do seu objetivo. Os membros que comporão o Conselho Nacional de Proteção de Dados

Pessoais e da Privacidade serão designados pelo Presidente

da República e os seus suplentes serão indicados pelos titulares com mandato de até 02 anos permitida uma recondução.

A composição do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade deverá ser de 23 representantes entre titulares e suplentes de órgãos pré-determinados: seis membros deverão ser do Poder Executivo Federal, um do Senado Federal, um da Câmara dos Deputados, um do Conselho Nacional de Justiça, um do Conselho Nacional do Ministério Público, um do Comitê Gestor da Internet no Brasil, quatro de Entidade da Sociedade Civil que deverão atuar comprovadamente no tema tecnológico sobre a Proteção de Dados Pessoais, quatro de instituições científicas, tecnológicas e de inovação, quatro de entidade representativas do setor empresarial que têm ligação com tratamento de dados pessoais.

Os membros das entidades da Sociedade Civil, das Instituições científicas, tecnológicas e de inovação, bem como os das Entidades representativas do setor empresarial não poderão ser membros do

Comitê Gestor da Internet no Brasil, deverão ser escolhidos membros que não possuem ligação com esse Comitê, e eles serão indicados sob um regulamento, que não teve tratamento nesta Medida Provisória, ficando aberta a interpretação quanto a escolha destas 3 categorias de membros que comporão o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

Para este Conselho, foi dada tamanha importância que toda prestação de serviços será considerada relevante, o que não deveria ser diferente já que se trata de interesse público e de matéria que denota a proteção de dados pessoais de uma coletividade da sociedade, pois a unidade de pessoas naturais e jurídicas formam um massa de titulares sobre este direito eletrônico que será cada vez mais discutido na infoera.

Mas não pense que esse ardo trabalho fiscalizatório e de cooperação com o Poder Público terá remuneração, pois será um trabalho totalmente gratuito pelos membros do Conselho Nacional de Dados Pessoais e da Privacidade.

A competência do Conselho Nacional de Proteção de Dados

Pessoais e da Privacidade inclui a elaboração de Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade para atuação própria e da Autoridade Nacional e da Proteção de Dados com a indicação com diretrizes estratégicas quanto a Política de Fiscalização; os relatórios que foram mencionados nesta seção no título anterior que tratou sobre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados continuam com o prazo anual para a competência deste conselho no que cerne a avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; o Conselho deverá atuar cooperativamente com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ajudando no estudo de ações que possibilitem a fiscalização das infrações pelos Agentes de Tratamento. Essas ações deverão ser previamente estudadas e debatidas em audiências públicas, que tratarão exclusivamente sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade dos titulares do direito.

Em atividade conjunta com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e

da Privacidade deverá, sobretudo, espalhar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e direitos da privacidade e intimidade que a população tem como direitos preconizados na Carta Magna para proteção de sua honra e intimidade.

O interessante é o *vacatio Legis* previsto pelo Deputado, que sobre os órgãos públicos fiscalizados, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação, ou seja, em 27/12/2018 já passou a vigorar tudo sobre o que dispõe a fiscalização, no entanto, como visto, ainda existem disposições que necessitam ser complementadas e explicadas, mesmo que os demais artigos ainda estejam sob a vacância da Lei e entrarão em vigor após 24 meses do dia em foram publicados, o que se dará em 14/08/2020.

### SEÇÃO 3: A EFETIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO

#### 3.1. Problemática: a Frágil Proteção

A Lei Geral de Proteção de Dados teve como objetivo a proteção de dados pessoais circulantes sobre o âmbito eletrônico frente a preocupação do avanço tecnológico e despreparo para receber o tratamento desses dados no meio digital.

Sabendo-se que após a informação ser tratada em meio digital, a sua exclusão é de difícil atingimento já que a propagação das informações é rapidamente atingida por milhares de internautas, o legislador teve a intenção de proteger o titular desses direitos, atribuindo a denominação de palavras atinentes ao direito eletrônico e dispondo sobre elas significados, como é o caso das palavras mencionadas no artigo 05º da LGPD: dado pessoal, dado pessoal sensível, dado anonimizado, banco de dados, titular, controlador, operador, encarregado, agentes de tratamento, anonimização, consentimento, bloqueio, eliminação, transferência internacional de dados, uso compartilhado de dados, relatório de impacto à proteção de dados pessoais, órgão de pesquisa e Autoridade Nacional.

É evidente o cuidado que o legislador pretendeu com o fim de

punir os agentes de tratamento se violarem a Lei Geral de Proteção de Dados, pois as sanções administrativas previstas vão de admoestação verbal, multa de até 02% do faturamento do último exercício da Pessoa Jurídica de Direito Privado, grupo ou conglomerado existente no Brasil, limitada no teto de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões) por cada infração, bloqueio de dados pessoais e eliminação desses dados à até publicização da infração em meio à sociedade.

São diversos os problemas que deverão ser enfrentados na era futura sobre o avanço tecnológico das informações de dados, mas aqui, iniciaremos pelo olhar financeiro que o capítulo VIII da fiscalização tratou em primeiro lugar, quando discorreu no artigo 52 sobre as sanções administrativas que serão aplicadas em face as infrações cometidas por violação da Lei Geral de Proteção de Dados.

É de se assustar que no capítulo que trata sobre a fiscalização, o legislador deveria apontar as medidas concretas que deveriam ser tomadas pelos órgãos fiscalizadores para efetivar a proteção conferida

pela LGPD, inicia tratando sobre sanções administrativas, o que significa entender que o recebimento pecuniário pelo Poder Público, é interesse superveniente ao bem-estar geral da sociedade e individual do titular que tiver o dado pessoal exposto de maneira irregular ou não consentida.

O legislador mostrou que o interesse público da LGPD é, sobretudo, o que ele terá a ganhar com as empresas que desrespeitam esta Lei, que sequer, teve uma redação segura, concisa, e que respeitasse a segurança jurídica das empresas que operam no ramo tecnológico, ou com qualquer empresa que trabalha direta ou indiretamente com dados pessoais de pessoas naturais ou jurídicas, pelo o que a LGPD menciona o Poder Público poderá ter livre acesso e requisitar essas informações que forem pertinentes aos dados pessoais e banco de dados das pessoas natural e jurídica, sem autorização judicial.

O legislador deixou claro na LGPD que espera boa-fé do infrator, no entanto, a escrita desesperada pela frágil proteção e pelo resgate financeiro da infração é

tão ressaltada que ele mesmo não mostrou boa-fé ao detalhar como seriam fiscalizadas essas infrações, apenas descreveu que no futuro a Autoridade Nacional de Proteção de Dados por meio de um regulamento descreveria a metodologia que usariam, inclusive quando o legislador trata desse regulamento e da orientação dessa metodologia, novamente menciona somente o interesse financeiro, é o que aduz o artigo 53 da LGPD quando trata do cálculo do valor-base das sanções de multa.

Destrinchando todo o capítulo da fiscalização da LGPD nenhum dos artigos foram inscritos sobre a efetiva fiscalização, mas sim, todos os artigos tratam sobre sanções; e a sanção é uma medida punitiva para aquele que infringir a Lei. Dessa forma, o legislador deveria ter dado um capítulo específico para as sanções administrativas no caso de infração e descumprimento das regras elaboradas na LGPD.

Mas o legislador equivocou-se totalmente em criar um capítulo que deveria ser destinado à fiscalização e da fiscalização propriamente-dita não mencionar nenhuma palavra,

isso significa entender, como já foi falado nas seções anteriores, que não há preocupação em fiscalizar, mas sim, em arrecadar.

Esse último entendimento leva a crer que não há efetividade na fiscalização para proteção de dados pessoais no Brasil.

Para que haja proteção é necessário haver planejamento prévio sobre as medidas assecuratórias que levarão as medidas de proteção serem cobertas pelas estratégias semântico definidas.

A proteção requer vigilância, requer uma ação pré-determinada dos órgãos fiscalizadores para de fato, serem guardada protetiva os tratamentos de dados pessoais.

Sabendo-se que os meios digitais são de difícil alcance, as vezes de reparação impossível, e de impacto tecnológico devastador, o legislador deveria ter tratado de um capítulo específico sobre as diretrizes de vigilância para a proteção dos dados pessoais, mas o que se vê na LGPD é uma enganação a sociedade pois no tema da fiscalização como exaustivamente falado: não há sequer uma medida de atividade fiscal que resguarde os direitos sobre

a proteção de dados pessoais.

O legislador criou a LGPD na busca de arrecadar verbas financeiras para o Poder Público e maquiou essa intenção pondo o objetivo da proteção de dados, mas percebeu-se que isso não é verdade e imputou a sua responsabilidade de fiscalizar traduzindo a zero o trabalho inicial à pessoa jurídica de direito privado que tratam de dados pessoais, pois é ela quem deve emitir relatórios sobre as operações realizadas com o tratamento dos dados pessoais, é ela quem deve desenvolver cláusulas contratuais com observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais e direitos dos titulares, criar políticas internas para manter a segurança e o sigilo de dados, manter boas práticas nos tratamentos de dados e implementar programa de governança em privacidade, ter pré- adotadas medidas corretivas em caso de inobservância de qualquer dispositivo da LGPD e ainda ter como reserva ou adotar seguro privado para possíveis danos, já que não há concordância entre o Marco Civil da Internet regulado em 2014 e a LGPD disciplinada em 2018 no que cerne a

aplicabilidade e teto da multa.

Poderia aplicar a Lei mais benéfica quando o teto se limita a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) ou utilizar-se o corregedor do infrator aplicar a multa mais gravosa que é a de 10% do último exercício da empresa?

De acordo com o princípio que rege o Poder Público, o interesse Público é superveniente ao interesse do particular, acontece que, o particular no caso da LGPD é obrigado a produzir provas contra si, é obrigado neste prazo de vacatio legis criar uma série de políticas internas e de medidas de urgência para atender os requisitos para a LGPD com condão caso não atendidas, seja exposto a drásticas sanções administrativas.

Para que uma empresa possa se adequar a nova LGPD, não é necessário apenas boa vontade e boa-fé para cumprir os novos regimentos, mas sim, a disposição financeira para contratar os recursos tecnológicos e injurídicos para atender ao que dispõe a Lei e ao mesmo tempo criar prevenções quanto ao avanço tecnológico.

No cenário atual em que o

Brasil está, com 13 milhões de brasileiros desempregados com uma série de demissões em massa por empresas que tiveram impacto negativo financeiro desde 2017, como poderão atender as exigências contidas na LGPD e não serem massacradas ou violentamente forçadas a encerrarem as suas atividades, porque simplesmente não conseguirão contratar os serviços tecnológicos que dão esse suporte de proteção de dados e contratar assessoramento jurídico para criar políticas de boas práticas regulamentadas em contratos.

A LGPD não está apenas para a empresas de grande porte que em teoria possuiriam reserva econômica destinadas para tanto, mas sim, alcança também pequenos empresários e empresas de pequeno porte que trabalham com o tratamento de dados e/ou armazenamento de dados de pessoas naturais e jurídicas.

Quicá, as empresas privadas terem 24 meses para adequação das novas normas de proteção de dados, não pode-se presumir que todas elas possuam disposição financeira para cumpri-las.

Outro ponto abordado que traz insegurança é a criação da autoridade nacional da proteção de dados e seus desdobramentos quanto à sua composição, pois até o momento não houve eleição de seus membros, para ocuparem os cargos dos Conselhos, da Corregedoria, da Ouvidoria, do Órgão de Assessoramento Jurídico, das Unidades Administrativas e das Unidades Especializadas.

Se a LGPD foi sancionada em 14/08/2018, tendo entrado em vigor em 27 de dezembro de 2018, as disposições sobre os órgãos fiscalizadores desde a confecção da LGPD já deveriam ter sido disciplinadas as matérias quanto à fiscalização e não manter genericamente o planejamento fiscal como o texto incluído pela Medida Provisória 869/2018.

Pelo cenário estudado, espera-se um futuro totalmente problemático quanto à eficácia dessas novas regras e veremos um caos sendo instalado nas empresas brasileiras que trabalham com o banco de dados e dados pessoais.

Após analisar as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o antepassado legislativo que levou a disposição sobre a escrita desta nova Lei, se percebeu que não há efetividade da proteção de dados pessoais no Brasil.

Isto porque, as normas que deveriam estabelecer direitos e deveres sobre o uso dos dados pessoais, em meio ao ambiente virtual, não acompanhou o avanço tecnológico que acabou por dar alcance a toda população brasileira de todas as classes sociais, inclusive, as empresas que tratam dos dados pessoais, de pequeno à grande porte.

Dessa forma, a busca alucinada por escrever e disciplinar sobre o tema trouxe à tona uma legislação cheia de lacunas e defeitos que trarão resultados prejudiciais às empresas, além de uma falsa sensação de proteção aos titulares dos dados pessoais.

A LGPD surgiu como uma luz que prometeu segurança à proteção de dados pessoais dos titulares delas, contudo, o ponto que daria desfecho à essa vigilância não foi regulamentado, apenas tido como título de um capítulo que busca

apenas a aplicação sanção e como resultado aumento financeiro para o Poder Público

#### R E F E R Ê N C I A S BIBLIOGRÁFICAS:

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; BEPPU, Ana Cláudia (Coord.) Proteção de Dados Pessoais no Brasil: uma nova visão a partir da Lei n. 13.709/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZUFFO, João Antonio. A Infoera: O Imenso Desafio do Futuro. São Paulo: Editora Saber LTDA, 1997.

ABNT. Normatização 2019. Disponível em: <http://www.normaseregras.com/normas-abnt/>. Último acesso em 31/05/2019.

Câmara Legislativa. Medida Provisória 896/2018. Disponível em: [Phttps://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219028](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219028). Último acesso em 30/06/2019.

Consumidor Moderno. Entenda Como Será a Futura

Autoridade de Projeção de Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/05/01/entenda-futura-autoridade-nacional-protECAO-dados/>. Último acesso em 30/06/2019.

Jornal Oficial da União Europeia. Regulamentos. Disponível em: <http://www.eur-lex.europa.eu>. Último acesso em 30/06/2019.

Planalto. Medida Provisória 896/2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm). Último acesso em 30/06/2019.

Planalto. Lei n. 12.813/2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm). Último acesso em 30/06/2019.

Planalto. Lei n. 12.965/2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Último acesso em 30/06/2019.

Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil\_03/constituicao/constituicao/compilado.htm. Último acesso em 30/06/2019.

Senado Notícias. MP que Cria Autoridade Nacional de Proteção de Dados Ainda Aguarda Instação de Comissão Mista. [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/12/mp-que-cria-a-autoridade-](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/12/mp-que-cria-a-autoridade-nacional-de-protECAO-de-dados-ainda-aguarda-instalacao-de-comissao-mista)

nacional-de-protECAO-de-dados-ainda-aguarda-instalacao-de-comissao-mista. Último acesso em 30/06/2019.

SERPRO. Órgão de Proteção de Dados Pessoais é Aprovado pela Câmara. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/orgao-protECAO-dados-pessoais-aprovado-camara>. Último acesso 30/06/2019.

#### NOTAS:

1 ZUFFO, João Antonio. A Infoera: O Imenso Desafio do Futuro. São Paulo: Editora Saber LTDA, 1997, p. 66.

2 IBIDEM

3 IBIDEM

4 BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; BEPPU, Ana Cláudia (Coord.) Proteção de Dados Pessoais no Brasil: uma nova visão a partir da Lei n. 13.709/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21.

# CONFUSIO LINGUARUM

URBANO NOBRE NOJOSA

**A** Bíblia afirma que no princípio era o verbo. No velho testamento no capítulo 11 do Gênesis elabora o argumento da existência da diversidade de línguas como uma punição divina frente a soberba humana. A diversidade linguística seria uma contradição entendida como uma desgraça. Entretanto, no capítulo 10, a diversidade linguística é uma bênção, pois os filhos de Noé disseminaram cada um com sua própria língua a terra. Essa ambivalência entre desgraça ou bênção trata-se de um confusio linguarum. Essa busca de solucionar a unidade e diversidade linguística no século 19 surgiu 173 projetos de línguas internacionais. Todos os projetos almejavam unificar um Logos discursivo capaz de criar uma unidade e uniformidade ao projeto de humanidade. No século 18, essa questão da unidade linguística fazia parte do projeto do racionalismo filosófico como também do método da filosofia do italiano Giambattista Vico em que defendia uma Ciência Nova expressa

por uma união metodológica entre a filosofia e a filologia. Recentemente em um episódio de Black Mirror resgatou a importância da inteligência artificial como um pêndulo transitório entre o viver e morrer, demonstrando como a bruxaria tecnológica envolvida pelos algoritmos e inteligência artificial na construção de um avatar capaz de resgatar a memória da personalidade morta, como também torná-la viva através do uso da tecnologia de Máquinas de Aprendizagem. Esse exercício de ficção extrapola as possibilidades tecnológicas disponíveis atualmente na sociedade a partir do cruzamento informacional e midiático das redes sociais com o uso tecnologia de armazenamento de imagem, ritmos sonoros da persona da voz humana, paisagem, gestos, cruzamento de fotografias e vídeos pessoais nas redes sociais. Tudo isso pode garantir a possibilidade concreta dessa ficção. Esse episódio de Black Mirror demonstra a importância dos dados informacionais deixado no rastro dos ambientes das plataformas e algoritmos digitais, como “recordações dolorosas”, mescladas



por uma tentativa de forjar uma inteligência artificial com aspectos humanoides agregados ao uso de software de reconhecimento de voz e realidade virtual, criando uma percepção no tempo com um aion, tempo indeterminado, sem duração, sem fim, sem começo, sem sequência, naquilo que os gregos identificavam como eternidade ou uma força vital. Esse hibridismo entre algoritmos de inteligência artificial, big data, máquinas de aprendizagem propicia um suporte técnico para a implementação da “internet das coisas”. Essa mescla de cultura da virtualidade com a realidade, num híbrido identificado como capitalismo informacional, que para alguns autores realçam a desigualdade e polarização social da exclusão política. Recentemente esse processo de exclusão social, articulado pelo uso dessas tecnologias de inteligência artificial foi tratado no documentário Coded Bias (2020) em que a diretora Shalini Kantayya que revelou o viés racista e machista dos algoritmos de reconhecimento facial da inteligência

artificial usado nas redes sociais. Esses algoritmos reiteram a exclusão dos grupos marginalizados da sociedade. O documentário Coded Bias demonstrou a crítica de Joy Buolamwini, como mulher negra e cientista da área de computação do Instituto de Tecnologia de Massachusetts- MIT, ao dispor seu rosto frente ao dispositivo de captação de imagem, foi surpreendida pelo sistema de reconhecimento facial, que atribuía erros de reconhecimento do rosto de uma mulher negra, realçando um recorte valorativo étnico-racial racista, pois quando Joy Buolamwini sobrepôs ao seu rosto uma máscara branca, foi reconhecida plenamente. Não podemos considerar esse recorte étnico-racial como um erro ingênuo da tecnologia de reconhecimento facial da inteligência artificial e seus algoritmos, portanto, os comportamentos racistas e machistas foram transpostos para os algoritmos de reconhecimento facial. O uso de inteligência artificial no jornalismo acontece de forma acelerada concomitante com o momento de reorganização empresarial dos conglomerados de mídia. Demissão

de jornalista, esvaziamento das redações, surgimento dos fake News, o uso da pós-verdade, negacionismo, desinformação, concorrência midiática acelerada e por fim, a própria crise do modelo de negócio oriunda da descentralização do monopólio da informação. Nesse caldo de mudanças dos ambientes da indústria da informação jornalista surge um tempero novo que é o uso da inteligência artificial na produção de notícias. Desde 2009 várias agências de notícias têm utilizado recurso de robô para averiguar informação nas agências de checagem de fatos e em geração de notícias e pequenas notas de sobre acontecimentos cotidianos. A Conferência “Artificial Intelligence and the future of journalism: will artificial intelligence take hold of the fourth estate?”, em maio 2021, organizada pela Federação Europeia de Jornalistas (EFJ), debateu o dilema se a IA é uma ameaça ou uma oportunidade para o setor de mídia. Nessa conferência surgiu três tendências a respeito do debate entre inteligência artificial e jornalismo. “: a) a adoção da IA potencializa o risco de ampliar a lacuna

entre a grande e a pequena mídia; b) a alfabetização dos jornalistas em dados, enfatizando a urgência de qualificar/requalificar para as novas habilidades; e c) os desafios éticos.” Entretanto, a questão ética torna-se o tendão de Aquiles para pensarmos o papel da inteligência artificial no futuro do jornalismo. Isto porque todo sistema ético parte da premissa de que sem a decisão autônoma não temos como garantir a liberdade e igualdade para decidir de forma ética, pois o acesso à informação é um direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro do artigo 5, em que a lei de acesso à informação deverá zelar pela transparência da informação garantindo sua disponibilidade, autenticidade e integridade. Entretanto, de acordo com os algoritmos da programação da inteligência artificial, já podemos pôr em suspensão o elemento da autenticidade e integridade desta informação que no fundo não é uma mediação entre coisas, mas entre indivíduos como cidadãos em relação com outros cidadãos garantindo a base contratual desse direito fundamental à informação, liberdade e ética.

# CURSO INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS



on line  
10 hs aula  
início 30/11  
Investimento  
\$1.000,00

## ETHIKAI INSTITUTO

INSTITUTOETHIKAI@GMAIL.COM  
ETHIKAI.COM.BR

Apoio cultural

OABMG Comissão IA no Direito/Comissão Proteção de  
dados  
CSViews



# ETHIKAI

ETHICS AS A SERVICE