



No 10

ISSN 2764-4596

NOVEMBRO/DEZEMBRO/2023

ethicai.com.br

ETHIKAI

ETHIKAI

ETHICS AS A SERVICE

EXPEDIENTE EDITORIAL

REVISTA ETHIKAI

Seja bem-vindo à Revista Ethikai



APRESENTAÇÃO, MISSÃO E OBJETIVOS

Pretendemos com a Revista Ethikai alcançar um público mais amplo, não apenas acadêmico, utilizando-se para tanto também da linguagem lúdica das artes, além da abordagem interdisciplinar e crítica, buscando assim uma perspectiva inclusiva, democrática, decolonial e ao mesmo tempo científica, mas, sobretudo, uma visão não polarizada, por holística para se repensar as ambivalências e contradições presentes na sociedade da informação e de dados, diante das novas tecnologias disruptivas, em especial da IA.

O Instituto Ethikai – “ethics as a service” é uma associação civil independente e apartidária, sem fins lucrativos, em atividade desde 2019, com foco em promover a aplicação ética, confiável e responsável da inteligência artificial e de práticas de tratamento de dados, por meio do diálogo democrático e inclusivo, visando a aproximação de diversos campos de saberes bem como entre academia, empresas, órgãos governamentais, população e estudantes em geral. Possui como objetivos a produção de estudos científicos, consultorias, certificações, elaboração de documentos de “compliance” (AIIA), edição e coordenação de

Revista científica Ethikai, realização de cursos, workshops, seminários, congressos e eventos semelhantes, com foco na abordagem crítica, democrática e interdisciplinar. Possui uma abordagem inclusiva, decolonial e democrática, contribuindo para a discussão científica e mútuo enriquecimento entre as áreas das ciências, “duras” e outras, além de produzir também material com linguagem mais acessível ao público leigo, e ampliar com isso a educação digital e cidadania digital.

Fundado em São Paulo, o Instituto Ethikai possui uma equipe de pesquisadores multidisciplinar, independente e multiétnica de alto renome nacional e internacional, desenvolvendo trabalhos de forma independente e apartidária, sem vinculação a qualquer instituição, partido político ou empresa.

Visa-se contribuir para o desenvolvimento das pesquisas científicas com foco na interseção da IA, novas tecnologias e humanidades, auxiliar empresas e órgãos governamentais na implementação e estruturação de estratégias de IA, de forma a promover, de um lado a inovação responsável e ética, e de outro lado, propiciar uma adequada e sistêmica proteção a direitos fundamentais e humanos, bem como verificar os principais desafios e impactos, externalidades positivas e negativas de aplicações de IA.

EXPEDIENTE



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, 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 Hoffmann-Riem, Joana Covelo de Abreu, Viviane Séllos Knoerr, Thiago Felipe Avanci,

Caio Sperandeo de Macedo, Fausto Santos de Moraes, Marcelo Graglia, 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 Petrónio, Basílele Malomalo, Carlos Frederico Mares, Ann Cavoukian, Alberto Jacob Cerda Silva, Eduardo Vasquez de Castro, Ugo Pagallo, Mark Coeckelbergh, Rafael Dias, Claus Roxin, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Marco Aurélio Florêncio

PERIODICIDADE: semestral

IDIOMAS

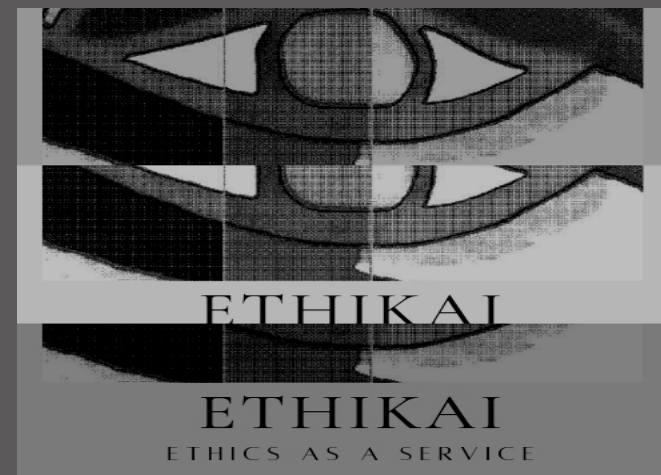
Os textos são publicados na língua original dos seus respectivos autores, de preferência em português, espanhol, francês e inglês entre 8 e 40 páginas. Quanto às resenhas o texto deverá ter dimensão variável entre 2 a 5 páginas, contendo o registro e a crítica de livros, teses e dissertações publicados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

últimos anos. Os ensaios fotográficos, poesias e crônicas podem ser individuais e coletivos.

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/>
<https://revistaethikai.org>

POLÍTICAS EDITORIAIS



Política de Direitos Autorais, Propriedade Intelectual e Licenças

A revista Ethikai publica artigos com acesso aberto sob a licença Creative Commons Attribution-NonCommercial, permitindo a utilização, distribuição e reprodução por qualquer meio,

sob a condição de inexistência de finalidades econômicas e com citação da fonte. Todo o conteúdo da revista possui, pois, em regra, licença Creative Commons do tipo Atribuição-NãoComercial.

Ética e política anti-plágio

Será utilizado algum software de identificação de plágio, a exemplo do iThenticate e Turnitin, reduzindo a possibilidade de tal ocorrência, de forma a contribuir para a transparência e atuação ética e responsável.

Diretrizes de Boas Práticas e Ética Editorial

Os artigos a serem submetidos devem possuir conteúdo

original e autêntico, elaborado, portanto, pelos próprios autores, e devem ser submetidos através do e-mail oficial da revista (revistaethikai@gmail.com). Preliminarmente haverá uma análise do conteúdo e forma (normas editoriais, abordagem

científica e crítica, interdisciplinariedade, consistência do texto) pelo Conselho Editorial em relação ao cumprimento das normas editoriais, além de aspectos no tocante à relevância da temática e abordagem para a linha editorial da revista e contribuição em termos de inovação e pensamento criativo. Após tal

fase preliminar o artigo passará pela análise do mérito de seu conteúdo e pertinência temática. Posteriormente, será comunicado ao autor acerca da decisão editorial (aceitação, reformulação ou recusa).

Normas para submissão

A Revista ETHIKAI aceita para publicação trabalhos inéditos, de autoria individual ou coletiva de pesquisadores e acadêmicos das mais diversas áreas de atuação e formação, com abordagem interdisciplinar e crítica, sob a forma de artigos ou resenhas, ensaio, estudos de casos, 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.

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 a observância dos Eixos temáticos da Revista Ethikai, a abordagem interdisciplinar e crítica, além de trazer contribuições ao pensamento científico, e observar os valores do Instituto Ethikai. Eventuais modificações de forma, estrutura ou de conteúdo, solicitadas só serão incorporadas mediante concordância dos autores, podendo ser recusada a publicação no caso de não observância das alterações solicitadas. Os revisores dos textos 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 para correspondência.

Orientações para formatação e normalização

O texto deve ser digitado em fonte Times New Roman, corpo 12, com espaço entre parágrafos de 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, antes

e 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 ETHIKAI 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).

Eixos temáticos



I. TEORIA DA IA

1. IA e teorias críticas: estudos interdisciplinares, decoloniais e epistemologias do sul

2. IA e Filosofia: aspectos filosóficos e éticos da IA; ética

digital intercultural

3. IA, economia e sociedade: impactos sociais e transformações digitais

4. IA e cultura: cultura, democracia e cidadania digitais

5. IA, política e comunicação

6. IA e educação: acessibilidade, alfabetização e inclusão digital

7. IA e negócios: indústria, serviço, gestão, varejo, agricultura “4.0” 8. IA e meio ambiente: sustentabilidade ambiental, “life centered AI”

8. IA e inovação: tecnologias sociais, comunidades digitais, mercados digitais, economia criativa e novas tecnologias

9. IA, psicologia e saúde

10. IA e Direito

11. IA, design e arte

3. Instrumentos de compliance, boas práticas e governança de IA, “frameworks”, métricas, certificações, “sandbox regulatório”

4. IA, Poder Público e políticas públicas

Sumário

DESENHANDO MODELOS REGULATÓRIOS:
ENTRE A REGULAÇÃO TRADICIONAL E AS NORMAS DA ISO/ABNT
WILSON ENGELMANN

12

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, RESPONSABILIDADE CIVIL E RETIRADA DE CONTE-
ÚDO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO MARCO CIVIL DA INTERNET
THIAGO BRAGA RÖSLER

30

“UTOPIA HOJE, CARNE E OSSO AMANHÃ1” - DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA DE
GÊNERO E A SELEÇÃO DE PESSOAS TRABALHADORAS
LUCIANE LOURDES WEBBER TOSS

58

O PAPEL DOS GRUPOS DE INTERESSE NÃO PERSONALIZADOS NO COMBATE À
DESINFORMAÇÃO: POR UMA ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS ATORES NO AGRONEGÓ-
CIO BRASILEIRO

FABIANE VELASQUEZ MARAFIGA

86

O TEMPO, O DIREITO E A PENA:
UM BREVE ESTUDO SOBRE A RELAÇÃO DE TEMPORALIDADE COM AS FINALIDA-
DES DA PENA SOB A ÓTICA DE FRANÇOIS OST

ADRIANA BOHNERT

108

AS TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO ENSINO JURÍDICO, O PERÍODO
PANÊMICO E PÓS-PANDEMIA E O USO DAS MÍDIAS DIGITAIS

LUCIANA SABBATINE NEVES

140

O QUE A BOA-FÉ OBJETIVA PODE ENSINAR AOS ALGORITMOS?
GUILHERME CARNEIRO DE REZENDE

154

O ESTADO DE DIREITO – LEGISLATIVO – COMO PARÂMETRO MÁXIMO DA DECI-
SÃO JUDICIAL

FRANCO LEMOS BERTUZZI

198

HOW MULTISTAKEHOLDER GOVERNANCE CAN SHAPE
RESPONSIBLE AI

JULIÃO BRAGA, ITANA STIUBIENER, PERCIVAL HENRIQUES, HELENA CANANEA

224

SOBRE A COMPATIBILIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS
PESSOAIS PARA OS EUA
ALESSANDRA SILVEIRA

252



INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONCEITUAÇÃO DA TECNOLOGIA E IMPACTOS SOCIAIS

Curso de Extensão • On-line Síncrono

INSCREVA-SE

www.pucsp.br



WILSON ENGELMANN (lattes): Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Realizou estudos de pós-doutorado em Direito Público - Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha (2018); Professor e pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS; bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq; é pesquisador colaborador do Latin American Nanotechnology & Society Network; pesquisador associado do Portugalense Institute for Legal Research, do Cen-

tro de I&D sobre Direito e Sociedade e do CEAD - Centro Francisco Suárez ? Centro de Estudos Avançados em Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, todos de Portugal; Membro do Comitê de Assessoramento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: nanotecnologias, inteligência artificial, direitos humanos, novos direitos, diálogo entre as fontes do direito, gestão dos riscos das novas tecnologias, regulação e autorregulação regulada



LUCIANA SABBATINE NEVES (lattes): Advogada; Doutoranda em Direito público pela UNISINOS; Doutoranda em Direito empresarial pela UNINOVE; Mestra em Direitos Humanos pela PUC/SP, com extensão acadêmica em direitos humanos, políticas públicas e legislação, processo civil e teoria do direito, professora das equipes do Dr. Wagner Balera e do Dr. Ricardo Sayeg em Direito na PUC/SP. Conselheira do Instituto De Atenção e Apoio à Vítima; Conselheira fiscal do do Instituto De Atenção e Apoio à Vítima (PROVITIMA), ano 12/2023- atual; Coordenadora de Direitos humanos do Projeto Humanitas - Comissão permanente da OAB Guarulhos; Conselheira da Comissão de Inovação Gestão e Tecnologia da OAB-Guarulhos 2022-2023; Membro da Comissão de Inovação, Gestão e Tecnologia e Co-coordenadora do Grupo de Estudos: Games and Law: sobre mercado de jogos eletrônicos no Brasil, bem como negócios

digitais OAB/GRU/SP, possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). integrante da comissão do Instituto do Capitalismo Humanista Acadêmico - ICapH Acadêmico e pesquisadora no Instituto ETHIKAI. Atualmente é uma das fundadoras de NEVES ADVOGADAS. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direito e Integração Regional", sob orientação da Professora Dra. Luciane Klein Vieira.

DESENHANDO MODELOS REGULATÓRIOS: ENTRE A REGULAÇÃO TRADICIONAL E AS NORMAS DA ISO/ABNT¹

WILSON ENGELMANN²

Entre as diversas transformações ocorridas nos últimos anos, e que geram impactos no Direito como um todo, se encontra a emergência das chamadas “novas tecnologias”, dentre as quais se destacam as nanotecnologias.

As nanotecnologias parecem que já estão incorporadas na vida cotidiana da sociedade. Os dados revelam e suportam essa constatação preliminar. Qual o motivo dessa observação preliminar? O manuseio da escala nanométrica, ou seja, aquela que se situa na bilionésima parte de um metro, a ser expressa

pela notação científica de 10⁻⁹, se encontra em muitos produtos de diversas cadeias produtivas. Segundo pesquisa realizada em 24 de fevereiro de 2023, na base de dados Nanotechnology Products Database (STATNANO, 2023), se encontrou a existência de 10.629 produtos, que são desenvolvidos por 3.531 organizações empresariais, localizadas em 65 países. Esses produtos se encontram nos seguintes segmentos: eletrônicos, medicina e outras áreas da saúde, construção, cosméticos, têxtil, automotivo, meio ambiente, energias renováveis, alimentos e embalagens, aparelhos domésticos, petróleo, agricultura, impressão,

esporte e fitness, e outros, onde se encontram: polímeros, aplicações eletrônicas, artesanato, brinquedos e acessórios infantis, outros produtos à base de grafeno, nanofluido, prata coloidal, nanotubos de carbono e nanopartículas de óxido de zinco (CHOWDHURY et al, 2022). Chama a atenção essa quantidade numérica de diferentes produtos e a amplitude de segmentos e formulações que já se tem no mercado consumidor. Toda essa produção e consumo é segura?

A QUESTÃO SOBRE A
AVALIAÇÃO E CONSTATAÇÃO
DOS RISCOS

Pesquisadores do Centro de Energia Nuclear na Agricultura da Universidade de São Paulo (CENA-USP) revisaram 1.154 artigos científicos originais, publicados entre 2009 e 2022, que tratam do efeito de nanomateriais sobre 1.374 plantas de 253 espécies. O objetivo foi capturar (de forma quantitativa) e organizar os parâmetros experimentais empregados pela comunidade científica, além dos resultados obtidos ao longo da última década (SANTOS et al, 2022).

Com os metadados - dados gerados a partir de outros já publicados na literatura - o grupo de autores sistematizou quais são os

nanomateriais mais utilizados, em que tipo de ambiente as plantas são expostas, quais órgãos vegetais são mais expostos aos tratamentos e quanto tempo duram os estudos. Além disso, mostraram os percentuais de tratamentos à base de nanomateriais que causaram efeitos positivos, negativos ou ambos - além daqueles que não afetaram as plantas. “Se queremos de fato explorar as propriedades de nanomateriais para aumentar a produtividade das culturas, ou acessar o potencial de risco que podem oferecer ao ambiente, nós precisamos planejar e executar adequadamente os estudos” (SANTOS et al, 2022).

A pesquisa verificou, por

exemplo, que 71% dos estudos não utilizaram controles positivos. Mas ao avaliar o efeito de uma dada nanopartícula também se deveria tentar incluir partículas micrométricas ou compostos solúveis com composição química análoga. “O desacoplamento de efeitos oriundos de propriedades nanométricas daqueles causados por íons ou micropartículas poderia ser facilitado por essa estratégia” (SANTOS et al, 2022).

Outra questão abordada foi a concentração de nanomateriais a que as plantas são expostas. Se nota “que para um dado elemento químico as concentrações são, em geral, maiores do que aquelas às

quais as plantas estão expostas naturalmente no ambiente ou aquelas às quais são expostas em ambientes de produção agrícola” (SANTOS et al, 2022). Isso leva a outra questão: os efeitos obtidos, especialmente os negativos, derivam das concentrações elevadas ou realmente de propriedades do mundo nanométrico?

Além disso, constatou-se que os estudos são curtos quando se comparam sua duração e o ciclo de vida das culturas. A mediana da duração da maioria dos experimentos foi de 49 dias para plantas cultivadas em solo, o que é bem pouco em comparação aos ciclos anuais dos cultivos, de 90 a 120 dias. Ou seja, a minoria dos estudos avalia o impacto dos tratamentos à base de nanomateriais sobre a produtividade e a qualidade da produção. E poucos experimentos (6%) foram realizados em condições de campo (que requerem grande esforço). Em um experimento de campo, as variáveis de clima, patógenos e solo se alteram de um local para o outro. Logo, para ter validade, deve ser instalado em locais diferentes

e mesmo por mais de uma safra, aponta o artigo. Por outro lado, antes da aplicação de nanopartículas na lavoura é preciso muito cuidado com experimentos bem estabelecidos em casas de vegetação, para não espalhar substâncias potencialmente tóxicas no ambiente.

O grupo também verificou que apenas 19% dos estudos em que nanopartículas foram aplicadas no solo avaliaram se elas causam algum impacto sobre microrganismos. “Estes últimos são componentes essenciais para a manutenção da fertilidade do solo” (SANTOS et al, 2022).

“É difícil tirar conclusões das razões pelas quais os experimentos foram conduzidos dessa forma. Por outro lado, nossa meta-análise aponta oportunidades e direções que podem ser interessantes de se seguir. Claramente, trata-se de uma área de conhecimento multidisciplinar relativamente recente e ainda há muito a ser estudado” (SANTOS et al, 2022). Por exemplo, é conhecido que algumas propriedades são mais pronunciadas em partículas

menores do que 29 nanômetros. O estudo revela que cerca de metade dos tratamentos estava acima dessa fronteira. “Isso pode sinalizar que ainda estamos tentando entender como o tamanho das partículas afeta as plantas”. As observações apontam para a intrincada relação entre a capacidade de inferir conclusões e o desenho experimental empregado (SANTOS et al, 2022).

A visão abrangente e atualizada dos efeitos dos nanomateriais nos sistemas vegetais levanta a questão de se estes levarão a ganhos incrementais de rendimento ao substituir insumos atuais por outros baseados em nanotecnologia, como a liberação controlada de fertilizantes e pesticidas, ou se poderão revolucionar a agricultura atacando problemas até agora não abordados na prática, como “driblar” os estresses e os mecanismos de defesa das plantas, ou modular seu metabolismo (SANTOS et al, 2022).

Outro exemplo a ser destacado se refere às dúvidas científicas em relação às nanopartículas, se relaciona ao “corante E171”, que

contém nanopartículas de dióxido de titânio, que é normalmente encontrado em produtos alimentícios variados, além de medicamentos e cosméticos. Essa espécie de corante é utilizada como agente branqueador e de realce em doces, chicletes, molhos brancos e glacê para bolos. Em maio de 2021, como resultado de continuadas pesquisas científicas sobre esse corante, se descobriu o risco de que essas nanopartículas pudessem criar danos ao DNA, não sendo possível determinar a segurança para o consumo dessa modalidade de corante nanoparticulado. Por isso, a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar (que tem o acrônimo EFSA, no inglês) emitiu documento para o Parlamento Europeu - considerando a proibição da adição desse corante que já foi adotado na França, Itália, Holanda, Alemanha - seja suspensa a autorização para a utilização a partir de 2022 (Motion for a Resolution - B9-0308/2020). Por isso, o Regulamento da Comissão Europeia 2022/63, determinou que alimentos com E171 poderiam

chegar ao mercado até 07/08/2022 e comercializados até o prazo de validade, depois, não se poderá mais comercializar, fechando também o ciclo produtivo (Regulamento (UE) 2022/63 da Comissão Europeia). Essa discussão destaca a incerteza científica em relação a essa espécie de nanopartícula. Característica que está presente em muitas outras partículas nessa escala e que integram produtos do nosso cotidiano, especialmente quando se tratam de metais pesados.

Outra constatação, relacionando riscos e regulação, foi publicada em 15 de fevereiro de 2023 - pela Environmental Coalition on Standards (ECOS) e pelo Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND), organizações não governamentais na Europa que trabalham tanto em padronização quanto em nanotecnologias - um relatório intitulado “Making nano and advanced materials safe for all: Status of OECD discussions” (2023). Segundo as duas organizações, o uso de nanomateriais continua pouco regulamentado na União

Europeia e o principal problema é que ainda existem muitas incógnitas no domínio dos nanomateriais. Até o momento, a pesquisa se concentrou apenas em alguns tipos de nanomateriais, e a maioria dos nanomateriais comercializados permanece sob o radar dos reguladores. As duas organizações recomendam o seguinte, para o teste de materiais nano e materiais avançados:

1) os Estados Membros da União Europeia e a indústria precisam adotar uma forte abordagem de precaução para nanomateriais e materiais avançados, especialmente quando se tratam de metais pesados;

2) as administrações nacionais e as organizações internacionais devem estabelecer o quadro de governança adequado. Entre outras coisas, essa estrutura deve garantir que a indústria compartilhe informações nos estágios iniciais do projeto de novos nanomateriais e materiais avançados;

3) onde as Diretrizes de Teste da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

(OCDE) existem, mas ainda não estão adaptadas para nanomateriais e materiais avançados, isso deve ser feito ao abordar todas as questões de saúde e meio ambiente. Se devem fazer testes robustos e interpretação de resultados; e

4) a União Europeia deve atualizar seus regulamentos constantemente para fazer pleno uso das Diretrizes de Teste da OCDE. O uso das Diretrizes de Teste da OCDE deve apoiar o desenvolvimento de uma estrutura política da União Europeia mais robusta para nanomateriais, levando a medidas regulatórias específicas (“Making nano and advanced materials safe for all: Status of OECD discussions”, 2023). Essas medidas, embora projetadas para a União Europeia, poderão orientar a discussão da matéria no Brasil. Além disso, a referida recente publicação confirma a necessidade de se tomar a sério as questões relativas aos riscos dos nanomateriais.

A PERCEPÇÃO PÚBLICA DOS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS

Apesar dos avanços na oferta ao consumidor de produtos com nanotecnologias, ainda faltam os dados necessários para avaliar sistematicamente a segurança antes da comercialização, o que historicamente levou a dois resultados “fatais” para tecnologias emergentes: (1) aceitação ameaçada devido à percepção pública de um risco na ausência de dados de alta qualidade, ou (2) observação atrasada dos impactos adversos levou a substituição desses produtos, ignorando as potencialidades que poderiam ser proporcionados às pessoas (WEZEL; LENTE; SANDT et al, 2018). Essas avaliações sistemáticas de trade-offs são imperativas para informar o design sustentável de produtos emergentes, enquanto as avaliações prospectivas são necessárias para minimizar as implicações imprevistas associadas à seleção de materiais e decisões de design do produto (FALINSKI, PLATA, CHOPRA et al, 2018).

Rathore e Mahesh (2021) apontaram duas preocupações

considerando os países em desenvolvimento no Sul Global: a capacidade regulatória de nano P&D é fraca com regulamentações precárias e, se as regulamentações existentes existem, elas não são monitoradas ou aplicadas adequadamente, e a conscientização pública sobre nanotecnologia é pior quando em comparação com os países ocidentais desenvolvidos. É mais difícil para os países em desenvolvimento comunicar os riscos da nanotecnologia ao público e, portanto, difícil o diálogo público e a tomada de decisões. Enquanto os países desenvolvidos estão buscando inovações e direitos de propriedade intelectual sobre novos nanomateriais, dispositivos e manufatura, alguns países em desenvolvimento estão descobrindo os efeitos da nanotecnologia emergente em seu futuro e os impactos das transformações tecnológicas nanoinduzidas (RATHORE; MAHESH, 2021).

Esse cenário sinaliza algumas evidências importantes para o estudo das fontes do Direito no Brasil: a) perspectiva transdisciplinar

da construção das conclusões, juntando pesquisadores das áreas exatas envolvidas com as nanotecnologias, que oferecem subsídios para a regulação, estruturando um efetivo “ambiente regulatório”, sustentado na “ciência regulatória”, que não é mais exclusivamente trabalhada pelos pesquisadores jurídicos; b) a agilidade na “comunicação” entre as diversas ciências envolvidas na perspectiva regulatórias; c) a formulação regulatória não dependente da atuação do Poder Legislativo, por meio de projeto de lei e com a mobilização do processo legislativo. Se tem, portanto, um efetivo transbordamento da construção normativa e das fontes.

AS NANOTECNOLOGIAS COMO UM EXEMPLO DE INOVAÇÃO CIENTÍFICO-TECNOLÓGICA DISRUPTIVA E OS DESAFIOS DE SUA REGULAÇÃO

Quando se aborda o tema e as aplicações das nanotecnologias, se poderá dizer tratar-se de uma

inovação científico-tecnológica disruptiva. Mas o que isso significa? A inovação disruptiva é caracterizada por descobertas científicas que mudam os paradigmas de produtos tecnológicos existentes e fornecem a base para o surgimento de novas tecnologias e produtos mais competitivos, incluindo melhorias na proposta de valor para os clientes/consumidores. A inovação tecnológica disruptiva pode ser caracterizada pelo surgimento de tecnologias completamente novas, as diferentes combinações e aplicações de tecnologias existentes e a aplicação de novas tecnologias a áreas problemáticas específicas da sociedade, cada uma precipitando um impacto significativo, mudança de paradigma para a tecnologia do produto ou a criação de paradigmas inteiramente novos (KAAL; VERMEULEN, 2017). O acesso à escala nanométrica, a incorporação de partículas aos produtos produzidos na indústria, gerando novas propriedades físico-químicas nos materiais, que diferem dos seus similares em escala macro, evidenciam tratar-se

o “fenômeno nanotecnológico” de uma inovação disruptiva e que apresenta características inusitadas na sua constituição e classificação (MIERNICKI; HOFMANN; EISENBERGER et al, 2019).

Para regular essa inovação disruptiva se deverá desenvolver mecanismos metodológicos e estruturas regulatórias também inovadoras, tão disruptivas quanto a tecnologia a ser regrada. Nesse ponto, se encontra o problema que este artigo pretende discutir: até o momento, as tentativas de regulação das nanotecnologias ainda se encontram vinculadas a uma realidade não disruptiva, pois se pretende criar uma lei para que se tenha um marco regulatório para as nanotecnologias.

Os diversos processos regulatórios das nanotecnologias integram a chamada “Ciência Regulatória” (HALAMODA-KENZAOU; GEERTSMA; POUW et al, 2022), onde se terá o exercício fecundo da perspectiva transdisciplinar a ser desenvolvida, promovendo o desenvolvimento do chamado “ambiente regulatório”. Com isso, se busca

trazer ao debate a necessidade de se planejar o design de estruturas normativas flexíveis e facilmente adaptáveis para o cenário nanotecnológico, disponibilizando informações a todos os atores envolvidos com as nanotecnologias, sem criar obstáculos e complexidades para o avanço científico-industrial-econômico (MALLOY, 2011), conforme sintetizadas no quadro a seguir:

Panorama de problemas e consequências da regulação (ou ausência dela) das nanopartículas:

O quadro acima demonstra os desafios que são apresentados à regulação convencional, especialmente a partir da falta de informação completa e suficiente sobre os riscos, algumas limitações de metodologias e técnicas para realizar os estudos toxicológicos e o rápido desenvolvimento científico-tecnológico das nanotecnologias. Para enfrentar os desafios regulatórios acima apresentados, tudo indica que se deverá construir as bases de um conhecimento cada vez mais

transdisciplinar, ou seja, um conhecimento que integra diversas áreas e a partir de estratégias vinculadas em objetivos e metas e não em uma perspectiva de conteúdo previamente estruturado. Esse processo metodológico sinaliza a necessidade de uma integração mais sistemática dos processos reflexivos na “ciência transdisciplinar”, que pode ser defendida em bases epistemológicas, normativas e pragmáticas. Aqui se destacam as bases normativas, por estarem mais relacionadas ao

| Características dos problemas | Consequências |
|--|--|
| Faltam metodologias e dados disponíveis sobre usos, riscos e exposições sobre nanopartículas. | Na ausência dessas metodologias e dados, a regulação direta convencional não é viável. |
| As agências governamentais possuem capacidade técnica, conhecimento e recursos limitados. | Os mecanismos de governança devem contar com a capacidade, o conhecimento e os recursos de empresas e organizações de terceiros. |
| O desenvolvimento e a implantação benéficos, mas potencialmente arriscados, da nanotecnologia estão ocorrendo rapidamente. | A implementação equilibrada dos mecanismos de governança deve ocorrer com velocidade compatível. |
| Fonte: MALLOY, 2011. | |

escopo do trabalho.

No “nível epistemológico”, uma consideração crítica dos pressupostos, valores e determinantes socioinstitucionais da pesquisa pode expor vieses e reducionismos. Se destaca que os processos reflexivos podem melhorar tanto o enquadramento do problema quanto a metodologia, especialmente na construção colaborativa de conhecimento entre diferentes tipos de partes interessadas (adaptado a partir de POPA; GUILLERMIN; DEDEURWAERDERE, 2015).

No “nível normativo”, os processos reflexivos facilitam a convergência de valores e compromissos normativos, ou pelo menos uma melhor gestão de diferenças e conflitos de valores. Isso poderá ser implementado pelo uso de métodos participativos para facilitar a formação de preferências, eleger valores compartilhados e, assim, apoiar o enquadramento colaborativo de problemas ou gerenciamento de conflitos. Em um desses casos, a convergência de valores é construída por meio de avaliações

éticas de várias partes interessadas envolvendo uma “matriz ética” para avaliar vários cenários e, em seguida, enriquecer ainda mais as avaliações por meio do envolvimento das partes interessadas (“stakeholders”). Enquanto a matriz ética, que “especifica e interpreta princípios éticos reconhecidos selecionados de acordo com a situação de cada parte interessada”, o processo participativo “ancora os valores na situação real e abre caminho para a aceitabilidade dos julgamentos éticos”. A criação de estruturas regulatórias flexíveis revela a importância de arranjos metodológicos e institucionais que não restrinjam a pluralidade de expressões de valor e o espaço de experimentação social, bem como a atitude de co-responsabilidade resultante do envolvimento direto de todas as partes interessadas e não somente na consulta por especialistas (adaptado a partir de POPA; GUILLERMIN; DEDEURWAERDERE, 2015).

A “reflexividade participativa” também desempenha um

papel fundamental na abordagem de considerações mais pragmáticas. Ela pode ser usada para mobilizar o apoio público para a produção de conhecimento científico, aumentando assim a confiança do público no conhecimento científico e nas intervenções políticas que dependem desse conhecimento. No caso das nanotecnologias, buscando suprir as lacunas acima apresentadas por Malloy (2011) deverá ser estruturadas por meio de métodos participativos, como seminários sobre as nanotecnologias e seus impactos com linguagem acessível aos cidadãos em geral, painéis de desenvolvimento de consenso, conferências de busca e prospecção de cenários futuros, planejamento de cenários, investigação apreciativa, negociação de princípios e matrizes éticas podem ser usados para obter valores das partes interessadas e facilitar convergência em soluções preferíveis (em vez de ótimas). A avaliação participativa - muitas vezes complementada por análise multicritério (MCA) - procura obter soluções alinhadas com

as necessidades abertas pelas nanotecnologias e ancoradas nos princípios constitucionais, nos termos da Constituição Federal de 1988, além de dialogarem com as estruturas normativas relativas aos direitos humanos, que possam ser endossadas por participantes com diferentes sistemas de valores e interesses, por meio do diálogo e da negociação (adaptado a partir de POPA; GUILLERMIN; DEDEURWAERDERE, 2015). O cruzamento desses três níveis sinaliza para a importância do chamado “experimento no Direito” (DOMÉNECH-PASCUAL, 2021), que destaca para a produção normativa para além do Poder Legislativo, conectando os procedimentos metodológicos e científicos na produção do normativo.

Dois fatores principais contribuíram para o atual avanço de experimentos, os quais na área jurídica ainda apresentam muito espaço para crescimento: seus benefícios crescentes e seus custos decrescentes. Durante os séculos XX e XXI, houve avanços consideráveis nos métodos, técnicas e tecnologias para projetar,

conduzir e analisar experimentos. Esses avanços (i) melhoraram substancialmente as informações que os experimentos podem produzir, aumentando assim seus benefícios esperados e (ii) reduziram drasticamente os custos de realizá-los. Não é por acaso que experimentos proliferaram massivamente na economia digital (DOMÉNECH-PASCUAL, 2021). Tais características também poderão ser trazidas para o Direito, especialmente para que se faça experimentos com modelos de regulação que tenham características de autorregulação e de autorregulação regulada (ENGELMANN, 2018; ENGELMANN, 2021).

A VALORIZAÇÃO DA CAPACIDADE REGULATÓRIA DOS STANDARDS DA ISO E ABNT E OS LABORATÓRIOS REAIS DE TESTAGEM

A regulação de uma nova tecnologia sempre é assunto delicado, pois promove uma dupla de possibilidades: regular desde logo ou aguardar um quadro informacional

mais aprofundado. Dependendo daquela que for implementada se terá efeitos negativos ao desenvolvimento da própria tecnologia, se a estrutura normativa for muito rigorosa e restritiva.

As duas faces desse dilema da tecnologia são caracterizadas por David Collingridge (1980) a partir de dois problemas, aparentemente opostos:

a) um problema informacional: o caso das nanotecnologias se enquadra aqui, pois ainda não existem informações suficientes para se estruturar um arcabouço regulatório, existem dúvidas científicas sobre os riscos de algumas nanopartículas;

b) um problema de poder: depois que as nanotecnologias estiverem integralmente estabelecidas, com informações suficientes e adequadas para regulação, se poderá ter dificuldades para estabelecer limites ou outros liames legais (COLLINGRIDGE, 1980).

O dilema está no desafio de equacionar uma fórmula regulatória que possa trazer segurança

jurídica, sem criar obstáculos ao desenvolvimento das pesquisas e da inovação tecnológica. O design do percurso adequado para enfrentar esse dilema deverá ponderar as vantagens que a nova tecnologia trará para a vida das pessoas na sociedade com os eventuais riscos e danos ao meio ambiente e ao desenvolvimento da vida saudável de todos os seres vivos. Se deverá valorar o respeito aos direitos e garantias fundamentais (plano interno) com a salvaguarda dos direitos humanos (plano externo). Esses dois planos da regulação das nanotecnologias deverão ser desenhados a partir da atividade da chamada “Ciência Regulatória”, contando com a participação de um grupo diversificado de partes interessadas e conhecedoras da tecnologia a ser normatizada.

A estrutura da chamada Ciência Regulatória contempla: o “[...] desenvolvimento de novas ferramentas, padrões e abordagens que avaliem de forma eficiente e consistente a segurança, eficácia, qualidade e desempenho dos produtos” (HALAMODA-KENZAOU;

GEERTSMA; POUW, 2022). “[...] Os dados decorrentes da pesquisa científica regulatória apoiam a educação e o compartilhamento das melhores práticas identificadas por meio de orientação com pares nacionais e internacionais, através da tomada de decisões regulatórias, desenvolvimento de documentos de orientação cientificamente sólidos, decisões de revisão e autorização de comercialização, regulamentos, recomendações ao consumidor, rotulagem [...]” (FDA, 2021; HAMBURG, 2011). Esse conjunto de possibilidades de se construir a arquitetura regulatória para o cenário de inovação disruptiva, que é própria do desenvolvimento das nanotecnologias, sinaliza para a necessidade “[...] de uma abordagem regulatória incremental, reflexiva e cooperativa, utilizando tanto a criação de regras públicas quanto a criação de regras privadas” (KAAL, 2016, p. 11-12). A conjugação de esforços públicos e privados, guiados pelos direcionadores da adaptação, coevolução e agilidade, buscam construir as bases para uma efetiva reforma

estruturante na normatização da tecnologia e das inovações produzidas por meio dela.

Portanto, além da inovação tecnológica, a partir da escala nanométrica, o setor regulatório também deverá passar pelo processo inovativo nos formatos e velocidades para se normatizar essas novidades (SMISMANS; STOKES, 2017). Existem diversos órgãos ou agências de normalização, que elaboram e publicam “Standards normativos”, espalhados no ambiente global, apresentando diferentes possibilidades regulatórias para as nanotecnologias (SOLTANI; POUYPOUY, 2019; FRYDMAN, 2018).

Segundo dados colhidos na página do StatNano, no dia 24 de fevereiro de 2023, já existem 3.540 documentos com standards vinculados em normatizar as nanotecnologias, que foram desenvolvidos por 55 organizações, localizadas em 44 países. Esses dados se referem ao “ambiente regulatório” das nanotecnologias. São documentos que servem para a regulação das atividades realizadas a partir da nano escala e

com nanopartículas.

Das 55 organizações se destacam as seguintes, considerando a quantidade de standards já publicados:

até o dia 24/02/2023, se publicaram 6 Standards (STATNANO, 2023).

Os dados revelam que se tem uma ampla variedade de normas reguladoras sobre as nanotecnologias e que estruturam um ambiente

país, eles apresentam legitimidade regulatória, dada a participação de representantes estatais nessas 55 organizações. Dessa forma, na medida em que se tem representantes de cada país participando

| Órgão normalizador | Quantidade de Standards já publicados |
|--------------------|--|
| SAC (China) | 250 |
| BSI (UK) | 186 |
| ISO (Global) | 156 |
| INSO (Irã) | 142 |
| DS (Dinamarca) | 134 |
| NEM (Holanda) | 133 |
| | Fonte: STATNANO, 2023 (dados colhidos em 24/02/2023) |

Analisando-se os dados a partir do ano de publicação de cada Standard, se observa que em 2018 foram publicados 207 Standards; em 2019 foram divulgados 332 Standards; em 2020 se publicaram 270 Standards; em 2021 foram publicados 300 Standards; em 2022 se divulgaram 345 Standards; em 2023,

global altamente normatizado nessa matéria das produções em escala nanométrica.

Embora esses Standards não tenham o caráter vinculante para as partes relacionadas com esse segmento nanotecnológico, que é uma característica preponderante da legislação elaborada em cada

do processo de elaboração desses Standards, eles acabam tendo uma conjugação de interesses públicos com elementos privados, formando um conjunto de normas jurídicas, do tipo de normas técnicas (FRYDMAN, 2018) e que destacam uma nova forma de produção de normas para regular comportamentos.

As novas tecnologias, como é o caso das nanotecnologias, exige esse tipo inovador de regulação. Os Standards deverão ser seguidos por todas as partes interessadas e que operam ao longo de todo o ciclo de vida de um nanomaterial, especialmente nos setores da agricultura, alimentos e questões ambientais, dentre os demais acima apresentados. Não será necessário aguardar nenhuma outra iniciativa ou fórmula de regulação. Os Standards têm validade jurídica, pois foram criados a partir de procedimentos publicados por cada uma dessas organizações e estão alinhadas com o estado atual do desenvolvimento das nanotecnologias. Portanto, apresentam elementos intrínsecos e extrínsecos para serem considerados normas jurídicas.

Como são 55 organizações localizadas em 44 países diferentes, além de se considerar que cada uma dessas organizações é a reunião de diversos Estados membros (países), os Standards apresentam uma abrangência global que dificilmente se conseguirá com qualquer outra

iniciativa regulatória.

Como exemplo, se poderá analisar a ISO - International Organization for Standardization, que é uma organização internacional não-governamental independente com participação de 167 órgãos nacionais de padronização. Por meio de seus membros, reúne especialistas para compartilhar conhecimento e desenvolver padrões internacionais voluntários, baseados em consenso e relevantes para o mercado, apoiando a inovação e fornecendo soluções para desafios globais (ISO, 2023). O caso da ISO evidencia que ela é uma dessas 55 organizações, mas que reúne a participação e o esforço regulatório de representantes de 167 países. Ao se examinar mais de perto cada uma das 55 organizações se terá uma visão ampla da sua capacidade regulatória.

Com tais dados, se tem procedimentos de participação pública para a elaboração desses Standards, contando com a participação de especialistas nos temas a serem standardizados, o que confere às normas atualidade e adequação nos

comandos que são decididos nessa atividade regulatória que é pública e privada concomitantemente. E mais do que isso, com a atividade dessas organizações se tem um design moderno de criação de normas jurídicas de base nanotecnológica, além de outros exercícios importantes, que conferem legitimidade para os Standards, como: colaboração, participação de atores especializados e deliberação do conteúdo normatizado; flexibilidade e revisabilidade; sem que se possa esquecer da possibilidade de adaptação, aprendizado, responsabilidade e transparência decisória (adaptado a partir de MIETTINEN, 2020). Essas características nem sempre se encontram em processos legislativos estatais convencionais. Por isso, o processo de criação dos Standards por parte da ISO deve ser considerado uma efetiva nova modalidade de criar estruturas regulatórias para um tema que muda constantemente.

A partir das características do Sandbox Regulatório ou do Living Lab Regulatório - espaços estruturados para a participação de

múltiplos atores e partes envolvidas, sem a preocupação formal e integral de se observar uma regulação que já exista, mas um laboratório para testar novos modelos, como os Standards da ISO, incorporados ao Direito Brasileiro a partir do trabalho da ABNT.

O Sandbox Regulatório ou o Living Lab Regulatório³ abrem caminhos para a aprendizagem, avaliação e adaptação regulatória, sem a necessidade de se passar pelos percursos burocráticos de um processo legislativo convencional. Inclusive esses espaços de testagem reais poderão proporcionar ambientes de aprendizagem de experiências regulatórias estrangeiras (SANER; MARCHANT, 2015). Com isso, se aproxima a regulação jurídica da “era do design”, do “legal design” e da “tecnorregulação” (MAGRANI, 2019). A metodologia de composição do Sandbox Regulatório e/ou do Living Lab Regulatório buscam praticar novos modos de governança (em oposição à regulamentação coercitiva tradicional ou de comando e controle) (ANSELL;

BAUR, 2018), oferecendo soluções promissoras para problemas de riscos altamente complexos, incertos e contestados, como os associados às novas tecnologias.

Nesse sentido, as nanotecnologias fornecem um campo de teste útil para as ambições de novos e melhores modos de governança, porque ainda não existem ideias fixas sobre o curso de ação apropriado. Por isso, os métodos de regulação de comando mais convencionais são insuficientes e inapropriados (STOKES, 2013). Aqui se inserem espaços criativos, onde o Sandbox Regulatório e/ou o Living Lab Regulatório poderão ser um exemplo, onde se poderão gerar informações sobre riscos, gestão de riscos e as metodologias para o desenvolvimento do ciclo de produção de certo produto à base de nanopartículas, sem colocar em risco a vida e a saúde do ser humano e mediante a preservação do meio ambiente (RAMANATHAN, 2019). Essa estrutura de um “ambiente regulatório” se orienta pelas seguintes características, sublinhadas pelo

Fórum Econômico Mundial (WEF, 2020), tendente ao desenvolvimento de uma regulação ágil: abordagens regulatórias experimentais; Standards voluntários (aqui ingressam as normas ISO); regulação conduzida/dirigida por dados; autorregulação e co-regulação e Cooperação Regulatória Internacional (CRI) com fundamento em boas práticas regulatórias.

Esse contexto de inovação jurídico-normativa se insere dentro da estrutura de “gestão jurídica do risco” em substituição aos processos de regulação formal-estatal-legislativa, por meio de: modelos com arquiteturas principiologicamente testagem em ambientes reais onde as nanotecnologias são pesquisadas, desenvolvidas, industrializadas, consumidas e descartadas; com a observação dos resultados e impactos que se processam nesse ambiente real.

Portanto, se apresentou algumas estruturas metodológicas para a composição de ambientes reais à testagem de modelos de regulação estruturados a partir de princípios,

como é o caso do Sandbox Regulatório ou do Living Lab Regulatório.

REFERÊNCIAS

ANSELL, Christopher; BAUR, Patrick. Explaining trends in risk governance: how problem definitions underpin risk regimes. In: *Risk, Hazards & Crisis in Public Policy*, v. 9, n. 4, 2018.

CHOWDHURY, A.T.; RAFA, N.; KABIR, A.; SELVAKUMAR, P.M. Consumer Nanoproducts for Environment. In: *Handbook of Consumer Nanoproducts*. Singapore: Springer, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-981-16-8698-6_67. Acesso em 24 fev. 2023.

COLLINGRIDGE, David. *The social control of technology*. St. Martin's Press, 1980.

DOMÉNECH-PASCUAL, Gabriel. Thought experiments in Law. In *Special issue experimental legislation in times of crisis*. Sofia Ranchordás & Bart van Klink (eds.). *Law and Method*, 2021. Doi: 10.5553/REM/.000053.

ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologia e direitos humanos*.

Cadernos de Direito Actual, Santiago de Compostela, Espanha, n. 9. Núm. Ordinario, 2018, p. 441-487. Disponível em <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/325/201>. Acesso em 24 fev. 2023.

ENGELMANN, Wilson. O papel do Living Lab Regulatório no cenário da Inteligência Artificial. In VEIGA, Fábio da Silva (org.). *Derecho Iberoamericano en análisis*. Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi, S.A.U., v. 1, 2021, p. 1-20.

ENGELMANN, Wilson. Percursos para inovar a teoria geral das fontes do Direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica [recurso eletrônico]: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. n. 18. Organizadores: Anderson Vichinkeski Teixeira, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Blumenau, SC: Editora Dom Modesto, 2022.

FDA. *Advancing Regulatory Science at FDA: focus areas of*

regulatory science (FARS). 2021. Disponível em: <https://www.fda.gov/media/145001/download>. Acesso em 24 fev. 2023.

FALINSKI, Mark M.; PLATA, Desiree L.; CHOPRA, Shauhrat S. et al. A framework for sustainable nanomaterial selection and design based on performance, hazard, and economic considerations. *Nature Nanotechnology*, v. 13, August 2018, p. 708-714. Disponível em: www.nature.com/naturenanotechnology. Acesso em 24 fev. 2023.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por Standards e indicadores*. Tradução Maria Beatriz Krug. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

GOTTARDO, Stefania et al. NANoREG framework for the safety assessment of nanomaterials, abril 2017. Disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC105651/kjna-28550enn.pdf>. Acesso em 24 fev. 2023.

HALAMODA-KENZAOU, Blanka; GEERTSMA, Robert;

POUW, Joost et al. Future perspectives for advancing regulatory science of nanotechnology-enabled health products. *Drug Delivery and Translational Research*, April 2022. <https://doi.org/10.1007/s13346-022-01165-y>

HAMBURG, Margaret A. Advancing regulatory science. *Science*, v. 331, n. 6020, p. 987, 25 Feb. 2011.

ISO - International Organization for Standardization. 2023. Disponível em: <https://www.iso.org/about-us.html>. Acesso em 24 fev. 2023.

KAAL, Wulf A.; VERMEULEN, Erik P. M. How to regulate disruptive innovation - from facts to data. *Jurimetrics Journal*, v. 57, p. 169-209, 2017.

KAAL, Wulf A. Dynamic Regulation for Innovation. Fenwick, M.; Kaal, W. A.; Kono, T. & Vermeulen, E.P.M. (eds.). *Perspectives in Law, Business & Innovation*. Springer, 2016.

MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MAKING NANO- AND ADVANCED MATERIALS SAFE

FOR ALL: Status of OECD discussions. Environmental Coalition on Standards (ECOS) and The Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND), 2023. Disponível em: <https://ecostandard.org/wp-content/uploads/2023/02/ECOS-BUND-Making-nano-and-advanced-materials-safe-for-all.pdf>. Acesso em 24 fev. 2023.

MALLOY, Timothy F. Nanotechnology regulation: a study in claims making. In: *Nano Focus*, American Chemical Society, v. 5, n. 1, p. 5-12, 2011.

MIERNICKI, Martin; HOFMANN, Thilo; EISENBERGER, Iris et al. Legal and practical challenges in classifying nanomaterials according to regulatory definitions. *Nature Nanotechnology*, v. 14, March 2019, p. 208-216. Disponível em: www.nature.com/naturenanotechnology. Acesso em 24 fev. 2023.

MIETTINEN, M. 2020. "By Design" and risk regulation: insights from nanotechnologies. *European Journal of Risk Regulation*, p. 1-17. Doi 10.1017/err.2020.58

MOTION for a Resolution - B9-0308/2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0308_EN.html. Acesso em 24 fev. 2023.

POPA, Florin; GUILLERMIN, Mathieu; DEDEURWAERDERE, Tom. A pragmatist approach to transdisciplinarity in sustainability research: from complex systems theory to reflexive science. *Futures*, v. 65, 2015, p. 45-56.

RATHORE, Ankita; MAHESH, G. Public perception of nanotechnology: a contrast between developed and developing countries. *Technology in Society*, v. 67, 2021.

RAMANATHAN, Amall. Toxicity of nanoparticles - challenges and opportunities. In: *Applied Microscopy*, v. 49, p. 1-11, 2019.

REGULAMENTO (UE) 2022/63 da Comissão Europeia. Regulamento (UE) 2022/63 da Comissão de 14 de janeiro de 2022 que altera os anexos II e III do Regulamento (CE) n. 1333/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho no que se refere ao aditivo alimentar dióxido de titânio (E 171). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32022R0063>. Acesso em 24 fev. 2023.

SANER, Marc A.; MARCHANT, Gary E. Proactive international regulatory cooperation for governance of emerging

technologies. In: *Jurimetrics Journal of Law, Science and Technology*, Vol. 55, Issue 2, Winter 2015.

SANTOS, E.; MONTANHA, G.S.; GOMES, M.H.F.; DURAN, N.M.; CORRÊA, C.G.; ROMEU, S.L.Z.; PEREIRA, A.E.S.; OLIVEIRA, J.L.; ALMEIDA, E.; PÉREZ-DE-LUQUE, A.; GHOSHAL, S.; SANTAELLA, C.; LIMA, R.; FRACETO, L.F.; CARVALHO, H.W.P. Are nanomaterials leading to more efficient agriculture? Outputs from 2009 to 2022 research metadata analysis. *Environmental Science: Nano*, Issue 10, 2022. Disponível em: <https://pubs.rsc.org/en/content/articlelanding/2022/en/d1en01078f#!divCitation>. Acesso em 24 fev. 2023.

SINGH, P.M.; Tiwari, A.; MAITY, D. Recent progress of nanomaterials in sustainable agricultural applications. *J Mater Sci* 57, 2022, p. 10836-10862. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10853-022-07259-9>. Acesso em 24 fev. 2023.

SOLTANI, Ali Mohammad; POUYPOU

NOTAS

1 Este trabalho é o resultado parcial das pesquisas realizadas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa: a) Chamada CNPq n. 09/2020 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa - PQ, projeto intitulado: "Percurso para ressignificar a Teoria Geral das Fontes do Direito: o Sandbox regulatório como um elemento estruturante da comunicação reticular entre o Direito e as nanotecnologias"; b) "Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas", Edital FAPERGS/CAPES 06/2018- Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS. Este trabalho também está vinculado às pesquisas realizadas pelo autor nos seguintes Centros Internacionais de Investigação: CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal; do Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, cidade do Porto, Portugal; e do CEAD - Centro Francisco Suárez - Centro de Estudos Avançados em Direito da

Universidade Lusófona de Lisboa, Portugal e do Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

2 Doutor e Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brasil; realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito Público-Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO; e-mail: wengelmann@unisin.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>.

3 Aqui são considerados como espaços de testagem real e, portanto, como sinônimos. Portanto, consultar: ENGELMANN, 2022.

The Basic Works of
Aristotle

Explore Ethics Applied To AI

Ethics Institute is the first real international and transcultural
people passionate about ethics applied to AI

The Methods of Ethics

Sidgwick

FRANKISH AND RAMSEY

THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF
ARTIFICIAL INTELLIGENCE

AFTER VIRTUE

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, RESPONSABILIDADE CIVIL E RETIRADA DE CONTEÚDO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MARCO CIVIL DA INTERNET

THIAGO BRAGA RÖSLER ¹

FREEDOM OF SPEECH, TORTIOUS LIABILITY AND CONTENT TAKEDOWN: (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR INTERNET

SUMÁRIO Introdução; 1 Conceitos Propedêuticos; 1.1 Liberdade de Expressão; 1.2 Responsabilidade Civil; 1.3 Provedores; 1.4 Retirada de Conteúdo na Internet. 2 Jurisprudência e Legislação no Brasil; 2.1 Os Primeiros Casos de Responsabilização 2.2 O Surgimento do Marco Civil na Internet: Avanço ou Retrocesso?; 2.3 O Direito Comparado 3 Críticas ao Marco Civil: Retirada de Conteúdo por Ordem Judicial; 3.1 Teoria do Notice and Takedown: Inconstitucionalidade do art. 19; 3.2 Ilegalidade: Criação de Pressuposto para Responsabilização Civil; 3.3 Panorama Atual: a questão do fake News; 3.4 Colisão

de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de comunicação; Conclusão: Inconstitucionalidade e Retrocesso do Marco Civil; Referências

Resumo: o tema do artigo analisa o choque de direitos fundamentais: o da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade. Isso é feito a partir da análise da responsabilização civil aquiliana de provedores (google, portais de notícias, youtube, aplicativos de relacionamento, entre outros) decorrente do dano causado por conteúdo veiculado na internet. O estudo é permeado por uma mudança significativa na jurisprudência brasileira, que obrigatoriamente passa pela instituição da Lei n.º 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, que motivou o problema: como estaria a tutela à liberdade

de expressão trazida pela referida lei mitigando a defesa dos direitos da personalidade? A hipótese é que existe demasiada proteção à liberdade de expressão que inviabiliza a responsabilização civil aquiliana e prejudica a tutela à imagem, à honra, à vida privada, entre outros. Após exame dos casos concretos, da evolução jurisprudencial e da doutrina mais atualizada, tudo isso coadunado com o exame do direito comparado, principalmente da teoria do notice and takedown, conclui-se pela inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 19 e seguintes do Marco Civil da Internet, que acaba trazendo, ainda, dificuldade

no controle da proliferação de informações privadas, como fotos e dados, e no combate ao fake news.

Palavras-chave: retirada de conteúdo da internet, responsabilização civil, inconstitucionalidade do marco civil, teoria do notice and takedown.

Abstract: the subject of the article analyzes the clash of fundamental rights: freedom of expression against the rights of the personality. It was done by analyzing the civil accountability of providers (google, website news, youtube, relationship applications, among others). The study is carried out on the occasion of the realization of Brazilian jurisprudence, which is mandatorily considered by Law n.º 12.965/2014, the Civil Internet Framework, which motivated the problem: how would the protection of the freedom of expression brought by said law mitigating the defense of the rights of the personality? The

hypothesis is an exaggerated protection of the freedom of expression, impairing tortious liability, private life, honor, among others. The exam of concrete cases, jurisprudence and more specific law, everything that is consistent with the examination of comparative law, especially the notice and takedown theory, concludes by the unconstitutionality and illegality of article 19 off the Civil Internet Framework, which furthermore have the difficulty of controlling the proliferation of information, such as photos and data, and the fake news control.

Key-Words: content take-down of internet, tortious liability, unconstitutionality of the civil rights framework for internet, notice and take down.

INTRODUÇÃO

Este artigo trata da temática que envolve a Responsabilidade Civil gerada para os provedores (google, youtube, portais da web, entre outros) por veiculação de conteúdo particular – fotos, informações, notícias.

Esse assunto foi escolhido a partir de uma nova postura do poder judiciário – notadamente o Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral - verificada em 2022 e 2023 para combater fake news e responsabilizar os provedores de internet e administradores de redes sociais. Porém, o assunto é polêmico e de difícil manutenção de um aparato normativo atual e, em consequência, demanda uma construção acadêmica e discussão em torno do direito à liberdade de expressão e de seu limite frente à veiculação de conteúdos na internet.

Já estamos, por exemplo, frente a uma nova problemática: como lidar com os famigerados fake

news em época de eleições no país?

A internet tem seu embrião na ARPANET², criada em 1969, que somente ganhou expansão mundial, inclusive no Brasil, na forma de world wide web após a década de 90³. Incrivelmente, apenas 24 anos depois é que se deu a positivação de um marco jurídico no sentido de regular a internet: a Lei 12.965 de 2014, em que pese os esforços legislativos datarem de 1995, ano de início do serviço comercial de conexões à internet no Brasil.⁴

É mister ressaltar uma das principais telologias do marco civil da internet: manter o conceito de internet freedom. Nesse sentido, a liberdade da rede não demanda uma ausência total de leis, mas normativas que “possam garantir e preservar as liberdades que são usufruídas por todos justamente por causa da tecnologia e mais especificamente pelo desenvolvimento da Internet”.⁵

Em que pese o surgimento tardio desse marco - já se discute, atualmente, uma nova etapa de regulação para a rede mundial de computadores: a necessidade de

uma lei de proteção de dados -, cresce de importância a discussão acerca da validade dos seus dispositivos que, justamente pela pouca idade da lei, recém começa a ter doutrina formada, principalmente a partir do âmbito acadêmico.

O objetivo deste artigo é expor parte dessa doutrina e discutir os argumentos dela sobre a constitucionalidade e legalidade da necessidade de ordem judicial para a retirada de conteúdo da internet, que encontra respaldo no direito à liberdade de expressão.

Outrossim, discutir-se-á o marco temporal para o surgimento da responsabilidade civil do provedor de acessos – somente após a referida determinação do poder judiciário e somente em caso não obediência.

A problematização está inserida no choque de direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988: em que medida o direito à liberdade de expressão pode ser exercido sem o surgimento de responsabilidade civil aquiliana dos provedores de acesso

em decorrência de danos aos direitos da personalidade em decorrência da veiculação de conteúdos na internet?

A hipótese aponta para uma exagerada proteção aos provedores de internet que foi positivada pelo marco civil da internet em 2014, o que acaba por proliferar o vazamento de conteúdos, principalmente de ordem estritamente íntima, como fotos de nudez – os populares “nudes”. Assim, o direito à liberdade de expressão estaria sendo privilegiado em detrimento da proteção à honra e à imagem, o direito à intimidade, bem como o direito ao esquecimento (este último não tratado no presente trabalho, dada sua extensão).

O marco teórico foi construído a partir da conceituação básica do direito à liberdade de expressão, da responsabilidade civil e de seus elementos e do direito à honra e à imagem. A partir desse arcabouço jurídico, aborda-se a perspectiva adorada pela jurisprudência brasileira e sua evolução, que passa obrigatoriamente pela análise da

Lei n.º 12.965/2014 – o marco civil da internet.

Essa evolução é relatada a partir da análise de casos famosos que ocorreram no Brasil envolvendo indenização por responsabilização civil de provedores – veiculação de imagens ou vídeos íntimos.

Por fim, com base no que foi exposto, é realizada uma análise sobre o art. 19 e seguintes do Marco Civil, que tratam da necessidade de ordem judicial para que um provedor de acesso seja obrigada a proceder à retirada de conteúdo da internet. Aborda-se a teoria do notice and takedown e a problemática do combate ao fake News, que deve ser realizada dentro dos parâmetros postos pelo marco regulatório da internet, para culminar na conclusão acerca da constitucionalidade ou não do art. 19 da Lei do Marco Civil.

1. CONCEITOS PROPEDÊUTICOS

1.1 Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão é

direito consagrado na Constituição Federal de 1988 – CF88, promulgada em contexto após longo período de governo militar, em que severas restrições foram estabelecidas a esse direito. A liberdade de expressão e informação é tida como um termômetro do regime democrático constituindo-se em característica determinante das atuais sociedades democráticas.⁶

Talvez a famosa primeira emenda da constituição norte-americana seja o maior exemplo – e um dos pioneiros, com texto original de 1787 - de garantia ao direito de liberdade de expressão que encontramos no direito comparado: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press [...]”.⁷

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também consagra o princípio: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e

transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.⁸

Dessa forma, não poderia a CF/88 caminhar em sentido oposto, tendo ela apresentado diversos dispositivos que tutelam a autonomia privada e as diversas espécies de liberdades do indivíduo, dentre elas a liberdade de expressão. Logo no art. 1º, por exemplo, temos a noção de pluralismo político⁹

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.

Em seguida, no art. 5º, temos diversos direitos fundamentais estabelecidos que se relacionam ou são, na essência, o próprio direito de liberdade de expressão:

Art. 5º Todos são

iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. [...]

Art. 220 A

manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...]

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Assim, não restam dúvidas da importância desse direito de primeira geração.

1.2 Responsabilidade Civil

A responsabilização civil tem o intuito de indenizar a vítima de algum ato ilícito que lhe tenha causado dano, seja isso oriundo de um contrato (responsabilidade contratual) ou não (responsabilidade extracontratual ou aquiliana). Pablo Stolze traz o conceito jurídico e já destaca os elementos ou pressupostos da responsabilização civil¹⁰

A noção jurídica de

responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilícitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar. Traçando esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas. Decompõe-se, pois, nos seguintes elementos, que serão estudados no decorrer desta obra: a) conduta (positiva ou negativa); b) dano; c) nexo de causalidade.

O referido autor menciona que os elementos da responsabilização civil são a conduta, o dano e o nexo de causalidade, extraindo-os do art. 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹¹

1.3 Os Provedores e a Relação com os Usuários

Conforme explicado na introdução, a responsabilização civil aqui estudada alcança os diversos tipos de provedores estabelecidos pela jurisprudência e mantidos pelo Marco Civil da Internet. Bruna Manhago Serro explica que existem os provedores de conexão e de aplicações,¹² São provedores de aplicações de internet “o conjunto de funcionalidade que podem ser acessadas por meio de um terminal conectados à internet”¹³

Dessa forma, para situar o leitor sobre o âmbito deste estudo, explica-se que a responsabilização

civil aqui analisada é a do provedor de aplicações de internet, como por exemplo o google, o youtube, o facebook, portais de notícias, websites, aplicativos de relacionamentos (tinder), entre outros.

Assim, a relação jurídica objeto do presente estudo é aquela estabelecida entre um provedor e uma pessoa qualquer (física ou jurídica) que tenha dados privados divulgados na internet, quando o acesso a esses dados por terceiros (usuários da internet em geral) causar danos aos direitos de personalidade das pessoas cuja privacidade foi invadida.

Nota-se que são 4 partes envolvidas: i) a pessoa que tem dados e a privacidade divulgadas; ii) o provedor de aplicações da internet, que possibilita a publicação de imagens, textos, entre outros; iii) a pessoa responsável pelo envio e divulgação dos dados (e sobre essa responsabilidade não há dúvidas que existe desde o início da conduta danosa); e, por fim, os usuários da internet que acessam o provedor de aplicações de internet (usuários de

uma rede social, por exemplo).

Quanto à responsabilidade, existem dois agentes, portanto, de diferentes condutas e tratamento jurídico: o agente que carrega o conteúdo (citado como “terceiros” no marco civil da internet, art. 18) e o provedor que permite a divulgação e que não o tira, quando notificado.

1.4 Retirada de Conteúdo na Internet

A retirada de conteúdo da internet pelos provedores de aplicações não é, atualmente, obrigatória. Isso porque o art. 19 determina que (sem grifos no original):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no

âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Desse artigo se depreende que a retirada de conteúdo somente é obrigatória se houver uma ordem judicial com essa determinação. A exceção é o conteúdo com caráter de nudez ou atos sexuais de caráter privado (art. 21 do Marco Civil) – esse sim tem a obrigação de retirada da internet “após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.”¹⁴

Quando não estiver tratando da exceção, o provedor de aplicações poderá retirar o conteúdo de maneira voluntária ou, simplesmente, não retirar o conteúdo.

Quando da retirada, deve haver justificativa para o usuário

que fez o envio. O provedor de aplicações deverá comunicar o usuário responsável pelo carregamento do conteúdo na rede (art. 20):

[...] caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário [...]

Essa exigência de ordem judicial para a retirada de conteúdo e, ainda, como marco para uma possível responsabilização civil para os provedores de aplicações não existiam anteriormente, sendo uma inovação do Marco Civil na Internet. Isso gerou uma série de reações e crítica da doutrina mais atual, principalmente pelo choque de direitos fundamentais com clara preferência pela lei à liberdade de

expressão. Veja-se a evolução da jurisprudência.

2. JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO NO BRASIL

2.1 Os Primeiros Casos de Responsabilização

Carlos Affonso sintetiza em três tipos as principais decisões envolvendo a responsabilização de provedores:¹⁵

De modo geral pode-se apontar três entendimentos que têm sido prevalentes na jurisprudência nacional sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet: (i) a sua não responsabilização pelas condutas de seus usuários; (ii) a aplicação da responsabilidade civil objetiva, ora fundada no conceito de risco da atividade desenvolvida, ora no defeito da prestação do serviço; e (iii) a responsabilidade de natureza

subjetiva, aqui também encontrando-se distinções entre aqueles que consideram a responsabilização decorrente da não retirada de conteúdo reputado como lesivo após o provedor tomar ciência do mesmo (usualmente através de notificação da vítima) e os que entendem ser o provedor responsável apenas em caso de não cumprimento de decisão judicial ordenando a retirada do material ofensivo.

Primeiramente, o provedor de aplicações seria apenas um mero intermediário entre o usuário (aquele que carregou o conteúdo) e a vítima.

Dessa forma, não havia embasamento legal para a responsabilização – pois não havia conduta. Foi nesse sentido a decisão do TJPR, citada pelo autor (TJPR, Apelação Cível nº 130075-8, j. 19.11.2002.):

Civil - Dano Moral

- Internet - Matéria ofensiva à honra inserida em página virtual - Ação movida pelo ofendido em face do titular desta e do provedor hospedeiro – Coresponsabilidade - Não caracterização - Contrato de hospedagem - Extensão - Pertinência subjetiva quanto ao provedor - Ausência - Sentença que impõe condenação solidária - Reforma. Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra

de terceiro.

No segundo caso, o da responsabilização objetiva, tem-se uma construção baseada no defeito do serviço prestado em uma relação consumerista – os provedores seriam, nessa senda, fornecedores de serviço englobados no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:¹⁶

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Também há construções baseadas no ato ilícito previsto no art. 927 do Código Civil, com a teoria do risco da atividade. No TJSP há decisão que responsabilizou lan house de maneira objetiva,

conforme citação de Carlos Affonso.

[...] vigora a responsabilidade civil objetiva consoante prevista no art.927, § único, do Código Civil, em razão do desenvolvimento de atividade que por sua natureza implique em risco para o direito de outro, caso em que ao autorizar o reconhecimento do dever de indenizar não assume relevo a conduta doloso ou culposa do agente já que basta a existência do dano e do nexo etiológico entre o fato e o dano. Nesse sentido, quem disponibiliza terminais de computadores ou rede sem fio para uso de Internet assume o risco do uso indevido desse sistema para lesar direito de outrem, exemplo do que sucede no caso dos autos (TJSP, Processo n. 583.00.2006.243439-5, Juiz Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior; j. em 06.03.2008.)

O autor explica, no entanto, que esse posicionamento evoluiu, pois esse risco não seria suportado pelos provedores, conforme constou na decisão da Min. Nancy Andrighi no REsp n.º 1308830, de 2012: “O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo”.¹⁷

No último caso, atualmente positivado pelo marco civil da internet, há responsabilidade subjetiva dos provedores. Há uma subdivisão que se estabeleceu nas decisões antes mesmo de 2014: i) na primeira, assume-se a responsabilidade civil a partir da notificação (extrajudicial) da vítima ou de alguém ao provedor (a partir da não retirada do conteúdo, haveria dano e responsabilização, encampando a teoria norte-americana do notice and takedown); ii) na segunda, seria necessário provocar o poder judiciário e se conseguir uma determinação judicial para a retirada – isso foi positivado no Marco Civil da Internet.

Esses casos não eram de pessoas famosas – o primeiro caso assim que ganhou repercussão nacional (até mundial) foi o da apresentadora de televisão Daniela Cicarelli, que teve vídeos íntimos na praia carregados (enviados) ao youtube. Nas cenas, atos de sexo em uma praia na Espanha, filmados por um paparazzo. A artista e o então namorado Renato Malzoni cobraram R\$ 94 milhões de indenização do youtube e do google, mas tiveram procedência parcial na ação apenas com uma condenação de R\$ 500 mil.

O caso narrado ocorreu em 2008 e somente em 2012 o TJSP deu ganho de causa à Daniela. Somente em 2015, porém, é que o caso transitou em julgado, sendo submetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Conforme se depreende voto do Ministro Luis Felipe Salomão¹⁸, não foi encampada a teoria do notice and takedown, isso porque, conforme essa construção norte-americana, a partir da notificação do provedor, deveria haver responsabilização.

No entanto, o STJ sequer utilizou a própria determinação judicial para fins de “notice” e de marco inicial para responsabilização. Houve um “malabarismo” do relator ao diminuir o quantum indenizatório, isso porque o magistrado reconheceu o “notice” (do ponto de vista da notificação judicial, e não da notificação extrajudicial da autora) e verificou a mora do provedor em cumprir a determinação. Ainda assim, não contabilizou a responsabilização desde a data da notificação, pois ela restaria “astronômica”, nas palavras utilizadas pelo Ministro.

2.2 O Surgimento do Marco Civil na Internet: Avanço ou Retrocesso?

É mister ressaltar que esse julgamento se iniciou em um panorama onde havia várias correntes de responsabilização dos provedores – desde a não responsabilização até a responsabilização após a demanda da vítima pela retirada do conteúdo e, ainda, o entendimento de que

seria necessária a ordem judicial.

Essa última restou positivada no Marco Civil da Internet, publicado em 23 de abril de 2014. Esta lei foi resultado de uma discussão aberta ao público, conforme se depreende da leitura da exposição dos motivos do Marco Civil:¹⁹

Uma discussão ampla foi realizada com a sociedade pela própria Internet, entre outubro de 2009 e maio de 2010, por meio de um blog hospedado na plataforma Cultura Digital (uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP). Esse processo de participação popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, incontáveis manifestações sobre o “#marcocivil” em ferramentas virtuais, como os microblogs Identi.ca e Twitter, além de dezenas de documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior.

Os números das participações populares por meio de ferramentas digitais não são tão expressivos para os lê em 2018, dez anos depois, mas, em se tratando de uma inovação nesse tipo de construção legislativa, pode-se afirmar positiva a experiência.

Parte da doutrina, incluindo o autor estudioso da área Carlos Affonso Souza, celebra o Marco Civil da Internet, principalmente por ele disciplinar o modelo de responsabilização dos provedores de aplicação, inibindo ordens judiciais como a interrupção de serviços mundiais como o youtube, whatsapp, entre outros. O referido autor opina que o Marco Civil não permite que os provedores se tornem instrumentos de censura (o youtube, por exemplo, chegou a ser retirado do ar no caso Cicarelli).²⁰

Por outro lado, há parte da doutrina que entende que o Marco Civil da Internet se consubstancia em retrocesso.

Isso porque ele fere diversos

aspectos constitucionais e legais. O primeiro deles é o acesso ao poder judiciário: o art. 18 simplesmente exclui a responsabilização dos provedores por conteúdos gerados por terceiros: “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. O art. 19 coloca um marco temporal e um requisito para a responsabilização dos referidos provedores – repete-se o art. 19 aqui, apesar de já tratado em outro tópico, para enfatizar a necessidade de ordem judicial para que seja obrigatória a retirada de conteúdo da internet:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no

âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Anderson Schreiber leciona entende que a Lei n.º 12.965/14 foi um retrocesso: “estabeleceu um mecanismo extremamente engessado, que cria uma proteção intensa para as sociedades empresárias que exploram redes sociais e reduz o grau de proteção que já vinha sendo fixado pela jurisprudência”. O autor explica a deturpação da teoria do notice and takedown – tratada no subitem 3.1.²¹

2.3. O Direito Comparado

Na argentina já se decidiu, inclusive com menção ao Marco Civil da Internet brasileiro pela Suprema Corte argentina, que a simples notificação privada não seria suficiente para a responsabilização, em caso envolvendo a atriz

argentina María Belén Rodríguez, que teve exibição de todos seus não autorizadas.²²

Em que pese os EUA contar com o Digital Millennium Copyright Act, lei americana que protege direitos autorais, e países da América do Sul já possuir leis de proteção de dados – a Lei Argentina de Proteção de Dados é de 2000 e reconhecida internacionalmente como vanguarda – o Brasil foi arrojado e um dos primeiros a editar uma lei que regulasse as relações na internet, com destacado intuito da preservação da liberdade de expressão e da garantia de diversos direitos.²³

Assim, em que pese críticas da doutrina – e deste trabalho – em relação ao Marco Civil da Internet, é imperioso ressaltar a tempestividade na lei, que foi e está sendo inspiração para outros países. A Itália, por exemplo, apresentou e aprovou em 2015 a Declaração dos Direitos da Internet, assumidamente com raízes no marco civil da internet brasileiro.

Pode-se trazer como justificativa possível o sistema de

common law dos países como Estados Unidos e Inglaterra, algo que se refletiria na ausência de normatização da internet. Por outro lado, Brasil e Itália, tradicionais países da Civil Law, teriam a necessidade histórica de maior normatização.

Outro país de Civil Law que recentemente regulou as relações na internet foi a Alemanha, com a lei *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (*NetzDG*), que em português poderia ser escrito como “Lei de Aplicação da Rede”.

A lei obriga que, no país germânico, a notificação não judicial alertando os discursos de ódio obriga grandes provedores a retirarem conteúdos do ar em até sete dias ou, em casos mais graves, em 24h.²⁴

Em que pese nosso sistema Civil Law, não deixa haver um destaque, portanto, ao ordenamento jurídico e à atuação de vanguarda do país no cenário mundial.

3. CRÍTICAS AO MARCO CIVIL: RETIRADA DE CONTEÚDO POR ORDEM JUDICIAL

A ordem judicial para a retirada de conteúdo de internet é um requisito que traz algumas dificuldades de ordem prática se traduzem em inconstitucionalidade e ilegalidade. A primeira delas é a afastabilidade do poder judiciário, pois há requisito que praticamente inviabiliza uma rápida ação para mitigar a proliferação de informações de ordem íntima (nudez não explícita, por exemplo).

Notou-se, principalmente com a ocorrência das eleições federais e estaduais de 2022, um ativismo judicial para possibilitar o combate às fake news.

A necessidade de intervenção judicial implica ofensa à autonomia privada – ora, se um particular não quer que informações suas estejam disponíveis para outros, por que motivo a liberdade de expressão deveria prevalecer sobre esse direito de índole existencial da autonomia privada?

O Marco Civil da Internet tem como princípios a garantia à liberdade de expressão (art. 3º, I)

mas também a proteção da privacidade (art. 3º, II) e a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades (art. 3º, VI). Assim, o art. 19, que exige ordem judicial para se responsabilizar um provedor, parece extrapolar e ir de encontro aos próprios princípios da lei, criando um desequilíbrio na balança dos direitos fundamentais que se chocam – ao passo que eles deveriam ser analisados caso a caso, por meio de uma ponderação, sem a aniquilação de um princípio a partir do estabelecimento de uma regra.²⁵

Outros pontos que podem se destacar é a deturpação da teoria do notice and takedown, a invenção de um elemento da responsabilidade civil (a ordem judicial) e o engessamento ao combate contra o fake news: como lidar com os fake news e o surgimento de novas redes sociais como o whatsapp, extremamente “privada” e criptografada, que amplia o alcance das informações “a um número inaudito de usuários”²⁶ e que, conforme é sabido, a empresa ainda se nega a fornecer dados até mesmo diante de ordens

judiciais.

3.1 Teoria do Notice and Takedown: Inconstitucionalidade do art. 19

A teoria do notice and takedown é inspirada no Digital Millennium Copyright, uma lei de direitos autorais norte-americana. O instituto obriga que, havendo violação de direito autoral na internet, o conteúdo seja retirado do ar após notificação (que não precisa ser judicial).

Essa teoria foi, durante algum tempo, a principal na jurisprudência brasileira, inclusive no âmbito do STJ. Anderson Schreiber explica uma nova modalidade de responsabilização civil, condicionando-a a uma notificação (ainda que não judicial):²⁷

A importação da teoria do notice and takedown para o campo da responsabilidade civil por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro representaria, sob certo ângulo, uma fissão

no sistema brasileiro de responsabilidade civil. O responsável somente seria considerado como tal se, após comunicado, deixasse de agir para impedir a perpetuação do dano. Tratar-se-ia de uma espécie de responsabilidade civil ex post, posterior ao início da produção do dano, voltada a impedir que o dano se propagasse.

Assim, tem-se um marco para o início da responsabilização: a comunicação ao provedor. Ora, mas e como fica a reparação do dano, direito constitucional fundamental, princípio norteador do marco civil (responsabilização dos agentes)?

Outrossim, fica evidente o prejuízo ao princípio da reparação integral.

Ao criar uma necessidade de ordem judicial de notificação, o Marco Civil da Internet engessou ainda mais o notice and takedown: na verdade, o já referido autor entende que não houve a adoção

do notice nem do down, e sim uma deturpação do instituto.²⁸

A menção à “ordem judicial” golpeia de morte toda a inspiração do notice and takedown. Como já se destacou, a limitação legal à responsabilidade civil dos chamados “provedores de aplicações” somente pode se justificar como estímulo à sua atuação proativa, capaz de evitar a propagação do dano independentemente do tempo e custo necessários à propositura de uma ação judicial. Se a vítima da lesão ao seu direito fundamental precisa recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando uma ordem judicial, a ser expedida à empresa, o art. 19 lhe é inteiramente inútil pela simples razão de que a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre existiu no direito brasileiro e o descumprimento de ordem judicial, independentemente

de qualquer consideração sobre responsabilidade civil, configura crime de desobediência (CP, art. 330).

3.2 Ilegalidade: Criação de Pressuposto para Responsabilização Civil

Conforme explicado no subitem 1.2, os elementos ou pressupostos para a responsabilização civil são, em regra, o dano, o nexo e a conduta do agente. Assim, o Marco Civil da Internet acabou por disciplinar indevidamente matéria do Código Civil. Pelos critérios de antinomia, não é possível identificar ou crer que o Código Civil foi revogado.

Em que pese se presumir que não há letras mortas na legislação, a responsabilização “após a ordem judicial” é um tanto que óbvia, pois qualquer ordem judicial não cumprida geraria responsabilização.

Assim, essa necessidade de ordem judicial tem uma única inovação: a de excluir a

responsabilização em relação ao período anterior à comunicação. Aparentemente, trata-se de imunidade demasiada aos provedores de acesso, uma proteção injustificada sob o argumento da garantia à liberdade de expressão.

3.3 Panorama Atual: a questão do fake News

É questão já cediça a importância da conscientização da população sobre os fake news, notícias falsas inseridas propositalmente na rede que acabam por se viralizar. Podem ser utilizadas de maneira proposital: em uma eleição, por exemplo, pode-se desestabilizar um candidato ou partido político a partir da invenção ou distorção de fatos, em clara intervenção, portanto, ao processo democrático.

O Tribunal Superior Eleitoral está atento ao tema e vem se preparando para enfrentar o desafio do combate ao fake news e já determinou a retirada de conteúdo da internet:²⁹

O ministro Sérgio Banhos,

do Tribunal Superior Eleitoral, mandou o Facebook retirar de suas páginas cinco postagens consideradas ofensivas à ex-senadora Marina Silva, pré-candidata do Rede à Presidência da República. O ministro também determinou que a rede social disponibilize os dados de acesso dos autores da página “Partido Anti-PT” ao Rede.

No processo n.º 060054670.2018.6.00.0000, o Ministro Sérgio Banhos utilizou o Marco Civil da Internet como fundamento para determinar a identificação do perfil e, ainda, a retirada de conteúdo da internet.³⁰ Na decisão, confirmam-se os argumentos expostos neste trabalho: a justiça é morosa e o requisito da determinação judicial engessa o controle dos fake news e da responsabilização do agente responsável: há postagens de dezembro de 2017 e a ordem judicial somente foi expedida em junho de 2018. São 6 meses de dano a que o provedor de conexão simplesmente estará imune.

3.4 Colisão de Direitos: a

honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação

A Lei n.º 12.965/2014 nasceu sob a égide de um pensamento moderno: não seria a ausência de leis que determinariam a liberdade na rede, a internet freedom.

O que ditaria a liberdade na internet seria uma normatização que viabilizasse o exercício de alguns direitos – e um dos principais seria a liberdade de expressão – e garantisse a proteção de outros – como a dignidade da pessoa humana.

Nos princípios que balizam a lei, há menção tanto à liberdade de expressão como à responsabilização dos agentes, bem como a proteção da privacidade e de dados pessoais. São todos direitos fundamentais, com ampla positividade.

Diante de direitos fundamentais, com fundamento de validade em nível constitucional, não poderia haver uma lei que restringisse um deles, aliás, muitos deles (pois se restringe a proteção à vida

privada, mitiga-se à proteção à honra e à indenização por danos, entre outros). Foi exatamente isso que o Marco Civil da Internet fez ao exigir uma determinação judicial para que se considerasse um provedor de acesso notificado e, a partir do momento dessa comunicação, passível de responsabilização.

É uma excludente de responsabilização civil sem precedentes – até porque qualquer notificação na via judicial para fazer ou cessar alguma conduta, se desrespeitada, já geraria responsabilização – descumprimento de ordem judicial.

A autonomia privada resta fortemente abalada em detrimento da liberdade de expressão e, o que se tem visto, é a proliferação de “nudes” e de fake news que fogem do controle das redes sociais e de outros tipos de provedores: ora, se não serão responsabilizados, sua preocupação certamente não é tão grande. Isso ficou plenamente demonstrado no caso Cicarelli: o youtube e o google somente atuaram de forma mais efetiva quando houve mais sanção financeira via

judicial.

4. CONCLUSÃO: INCONSTITUCIONALIDADE E RETROCESSO DO MARCO CIVIL

A necessidade de ordem judicial para que um provedor de acesso promova a retirada de conteúdos da rede, estabelecida pelo art. 19 do Marco Civil da Internet, é um retrocesso para a proteção dos direitos da personalidade, tratando-se de inovação e criação de um elemento da responsabilização civil praticamente inalcançável.

Uma ordem judicial não pode ser concebida como algo simples: deve seguir o rito do devido processo legal, passar por uma série de exigências (ainda que simplificadas em sede dos juizados especiais) e demanda um tempo que, conforme é de conhecimento geral, não é rápido no Brasil.

Isso torna insuficiente e precária a defesa da intimidade, traduzindo-se em verdadeira não concretização do direito, não prescrição jurisdicional e uma verdadeira

afastabilidade do poder judiciário em relação à possibilidade de se demandar em juízo a responsabilização civil aquiliana por danos aos direitos de personalidade, ou seja, flagrante quebra de princípio constitucional consagrado e afronta a dispositivos de tutela do Código Civil.

Sob a possível antinomia do Marco Civil com o Código Civil, é importante frisar o critério presente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Dessa forma, não se pode dizer que houve revogação da proteção aos direitos de personalidade e mais forçoso ainda seria entender que o marco civil teria a força para criar novo elemento da responsabilização civil, eis que os requisitos do dano, da conduta e do nexa encontram guarida direta no texto constitucional.

Confirma-se, portanto, a hipótese sugerida para o problema - há demasiada proteção ao direito de liberdade de expressão, que não poderia ser o direito “escolhido” quando em choque contra outro direito fundamental. O trecho a seguir, retirado do livro do Ministro Gilmar Mendes e do membro do MPU, Paulo Gonet, enquadra-se com maestria na temática da retirada de conteúdo da internet frente à liberdade de expressão, por abordar caso hipotético de direito à liberdade de expressão frente ao direito à privacidade:³¹

A colisão de princípios, da mesma forma que

o conflito entre regras, refere-se a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra 109 ou declarando-se que uma delas não é válida.

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido

venha a prevalecer.

A ilustração dessa teoria pode facilitar a sua compreensão. Figure-se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade que ocorrerá se um jornalista desejar expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm a índole de princípios, eles não se diferenciam hierarquicamente, nem constituem um a exceção do outro. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso. Não seria impróprio, assim, considerar que, se o indivíduo retratado não vive uma situação pública

relevante, a privacidade terá maior peso do que se ele é ator de algum fato de interesse público significativo, quando o interesse geral na matéria poderá ser arguido para emprestar maior peso à liberdade de expressão.

Dessa forma, depreende-se que o Marco Civil não poderia ter abdicado da responsabilização do agente, admitindo-a apenas após uma ordem judicial. Foi uma tentativa fracassada de legislar e concretizar algo abstrato, que está no campo do choque e colisão de princípios e direitos fundamentais.

Outrossim, o caminho da ordem judicial para a retirada de conteúdo da internet demanda um controle único, de apenas um poder, sobre um instituto que tem se proliferado em velocidade que não se consegue mensurar: os fake news.

O combate ao fake news torna-se, com a concentração no poder judiciário e a dependência de ordem judicial para que se obrigue um site ou uma rede social a retirar uma

notícia falsa do ar, demasiadamente moroso e complicado, engessando o processo de monitoramento das falsas informações que circulam na rede – o que já seria por si só complexo acabou sendo um retrocesso ainda maior com a determinação contida no art. 19 do marco civil.

Não só o fake news se perpetua, mitigando a vinculação da liberdade de expressão à noção de democracia, como o direito ao esquecimento fica prejudicado – vide casos da atriz Ísis Valverde que teve foto íntima de 2016 divulgada indevidamente em 2018 – notícia que jamais será apagada da rede.³²

5. O FUTURO: REGULAÇÃO X CENSURA

O que se tem visto nos últimos meses de 2022 e início de 2023 foi a derrubada de inúmeras contas ou perfis de redes sociais e de plataformas que são ditas relacionadas a fake News. A própria eleição presidencial de 2022 foi extremamente polarizada não apenas no

campo político, mas no âmbito do contencioso jurídico por meio de ações judiciais no Tribunal Superior Eleitoral em que os candidatos solicitavam retirada de conteúdo da internet dos adversários ou proibições futuras de os candidatos fazerem determinadas afirmações ou temáticas.

Em que pese algumas derrubadas de conteúdo combaterem a disseminação de fake news, verificou-se que o poder judiciário estava monitorando as redes sociais por meio de algum tipo de algoritmo em que se automatizou a retirada do conteúdo do ar pelos provedores ou redes sociais após um alerta provocado pelo poder judiciário, em que o autor do conteúdo somente era notificado após a derrubada, perdia seus acessos e notadamente enfrenta dificuldades para exercer sua ampla defesa, pilar basilar do Estado Democrático de Direito.

Verificado que muitos desses conteúdos eram de opinião jornalística, pode-se cogitar certo grau de excesso nesse tipo de medida automatizadora, tendente

a produzir censura com o contraditório postergado e extramamente dificultado – até mesmo impossibilitado. Ainda se transcorre pouco tempo da utilização desse tipo de medida, de maneira que não se tem dados concretos sobre a sua acertabilidade.

O que se tem por certo são as notícias contadas reinstauradas após manifestação em autos judiciais (os famigerados inquéritos do STF) ou após medidas jurídicas adotadas pelos censurados – praticamente uma confissão do coator de que sua medida foi extrema e desacertada, ou seja, foi uma censura prévia, com uma inversão da presunção de inocência e elevado grau de discricionariedade (arbitrariedade?).

Também foi fato notório que se reinstaurou os perfis de parlamentares que dispõem de imunidade parlamentar após provocação do Presidente da Câmara dos Deputados – também um possível reconhecimento de que a medida de derubada “prévia” precisa ser melhor discutida e indicador de que as casas do Congresso Nacional devem

estabelecer um debate acerca do tema, merecedor também de mais pesquisas acadêmicas. Uma possível regulação das redes sociais deve ganhar foco ainda em 2023, permitindo a continuação das discussões do presente artigo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros Ed, 2003.

BARBOSA, Rui. A imprensa e o dever da verdade. São Paulo: Com-Art, 1990.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 maio. 2018

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 maio. 2018.

_____. Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 maio. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 maio. 2018.

_____. Marco Civil na Internet. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 14 maio. 2018.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

DE FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. SA Fabris, 2008.

DONEDA, Danilo. A regulação da criptografia e o bloqueio do WhatsApp. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/danilo-doneda-regulacao-cripto->

grafia-bloqueio-whatsapp>. Acesso em: 05 jun. 2018.

LIEVROUW, L. A.; LIVINGSTONE, S. Handbook of new media: social shaping and consequences of ICTs. London: Sage, 2002. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/200026248_New_Media_Handbook> Acesso em: 20 maio. 2018.

LUNARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MANHAGO, Bruna Cerro. Da Responsabilidade Civil Dos Provedores De Aplicações Frente À Lei 12.965/2014: Análise Doutrinária E Jurisprudencial. Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-3.pdf>>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. Indenização por Responsabilidade Civil – Tac – Seguradora. Soluções Práticas de Direito. Revistas dos Tribunais Online. v. 6, set. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Salvador: Juspodivm. 2017.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da lei n. 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. “Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aluizio. “Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016.

SCHREIBER, Anderson. “Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro”, in: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). Direito & Internet III – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-305. Disponível em: <https://www.academia.edu/28711449/Marco_Civil_da_Internet_Avan%C3%A7o_ou_Retrocesso>. Acesso em: 13 abr. 2018.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. “As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da internet”. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.).

Direito & Internet III – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Internet: publicações ofensivas em redes sociais e o direito à indenização por danos morais. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 1, n. 1, p. 79-93, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/6263-29654-1-pb.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

NOTAS

1. Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília (DP). Auditor do Tribunal de Constas do Mato Grosso desde 2013. Pós-graduado em: Direito e Controle Externo (FGV), Direito Tributário (LFG) e Contabilidade Pública (Unisul).

2. A ARPANET foi um sistema de comunicação do Departamento de Defesa dos Estados Unidos que utilizou computadores e uma arquitetura de comutação de pacotes durante a guerra fria. LIEVROUW, L. A.; LIVINGSTONE, S. Handbook of new media: social shaping and consequences of ICTs. London: Sage, 2002. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/200026248_New_Media_Handbook> Acesso em: 20 maio. 2018. p. 256.

3. Tim Berners-Lee, a British scientist at CERN, invented the World Wide Web (WWW) in 1989. The web was originally conceived

and developed to meet the demand for automatic information-sharing between scientists in universities and institutes around the world. Disponível em: <<https://home.cern/topics/birth-web>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

4. O ano de 1995 é citado na exposição dos motivos do Marco Civil da Internet como o início da oferta comercial de conexões à Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/emi/2011/86-mj%20mp%20mct%20mc.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

5. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016. p. 16.

6. DE FARIAS, Edilsom Pereira. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada ea imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. SA Fabris, 2008. p.128.

7. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment>. Acesso em: 28 maio. 2018.

8. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2018.

9. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 maio. 2018.

10. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

11. BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 maio. 2018.

12. MANHAGO, Bruna Cerro. Da Responsabilidade Civil Dos Provedores De Aplicações Frente À Lei 12.965/2014: Análise Doutrinária E Jurisprudencial. Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em: <[<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-3.pdf>> Acesso em: 04 jun. 2018. p. 6-8.](http://</p></div><div data-bbox=)

13. _____. Marco Civil na Internet. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 14 maio. 2018.

14. Idem.

15. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016. p. 69-70.

16. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 maio. 2018.

17. Ibidem, p. 77.

18. Em outras palavras, estão sedimentados nos autos que houve, de fato, a renitência da recorrida em efetivar a ordem concedida em sede de antecipação da tutela, ao menos no período mencionado, bem como o valor determinado a título de multa diária. Caso Cicarelli – TJ/SP,

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 488.184-4/3 e STJ, Resp 1.492.947, Relator, Luis Felipe Salomão. a liquidação carece de qualquer utilidade prática. Disponível em:<<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/10/youtube-cicarelli.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018

19. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/emi/2011/86-mj%20mp%20mct%20mc.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018..

20. Disponível em:<https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151014_google_cicarelli_cc>. Acesso em: 04 maio. 2018.

21. SCHREIBER, Anderson. “Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro”, in: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). Direito & Internet III – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-305. Disponível https://www.academia.edu/28711449/Marco_Civil_da_Internet_Avan%C3%A7o_ou_Retrocesso>. Acesso

em: 13 abr. 2018. p.12.

22. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016. p. 92.

23. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2014-set-02/marco-civil-brasileiro-internet-copiado-exterior>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

24. Disponível em:<<https://en.wikipedia.org/wiki/Netzwerkdurchsetzungsgesetz>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

25. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros Ed, 2003. p. 94.

26. DONEDA, Danilo. A regulação da criptografia e o bloqueio do WhatsApp. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/danilo-doneda-regulacao-criptografia-bloqueio-whatsapp>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

27. SCHREIBER, Anderson. “Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro”, in: DE LUCCA, Newton, et al. (org.).

Direito & Internet III – Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-305. Disponível em:<https://www.academia.edu/28711449/Marco_Civil_da_Internet_Avan%C3%A7o_ou_Retrocesso>. Acesso em: 13 abr. 2018. p.10.

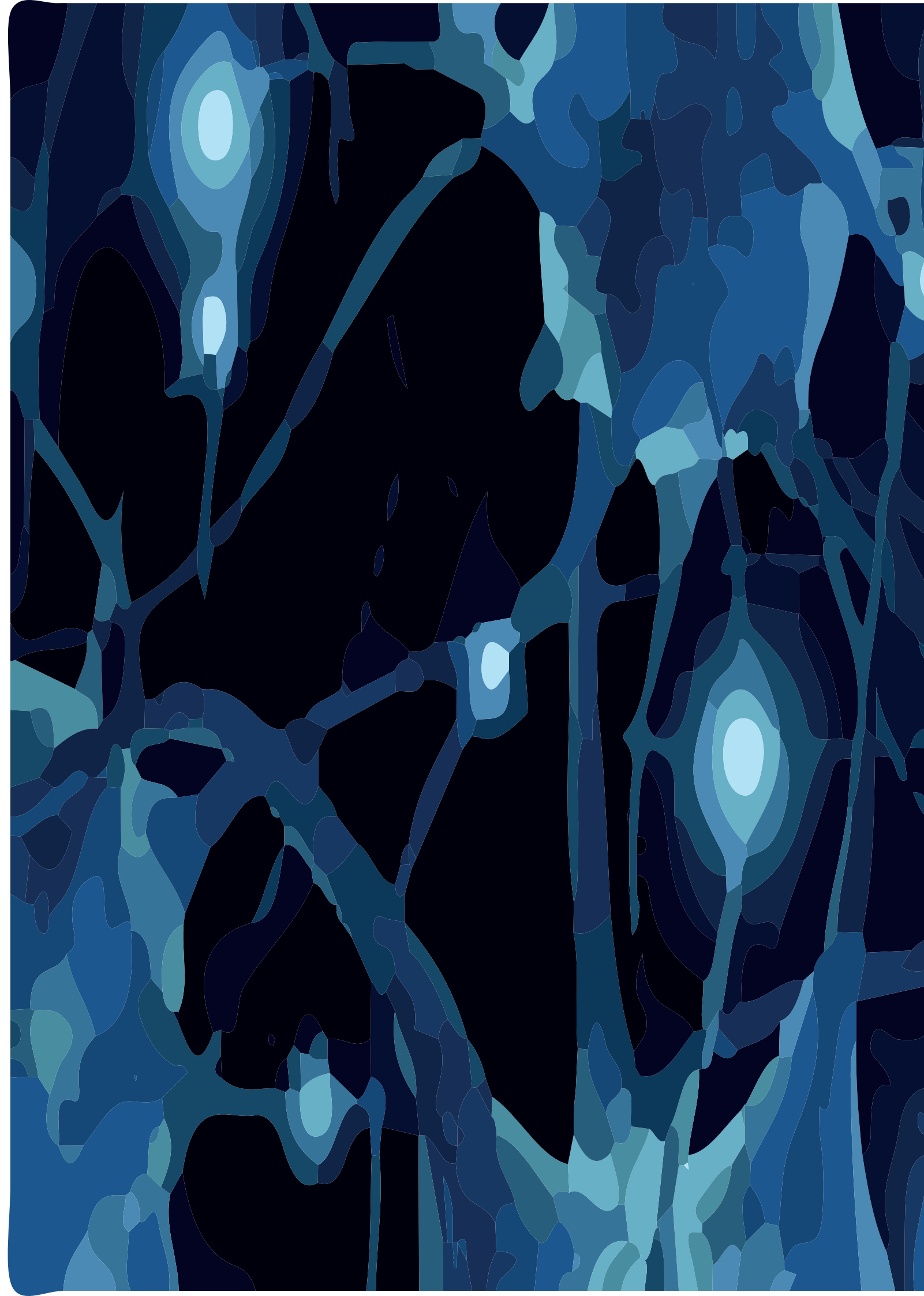
28. Ibidem, p. 13.

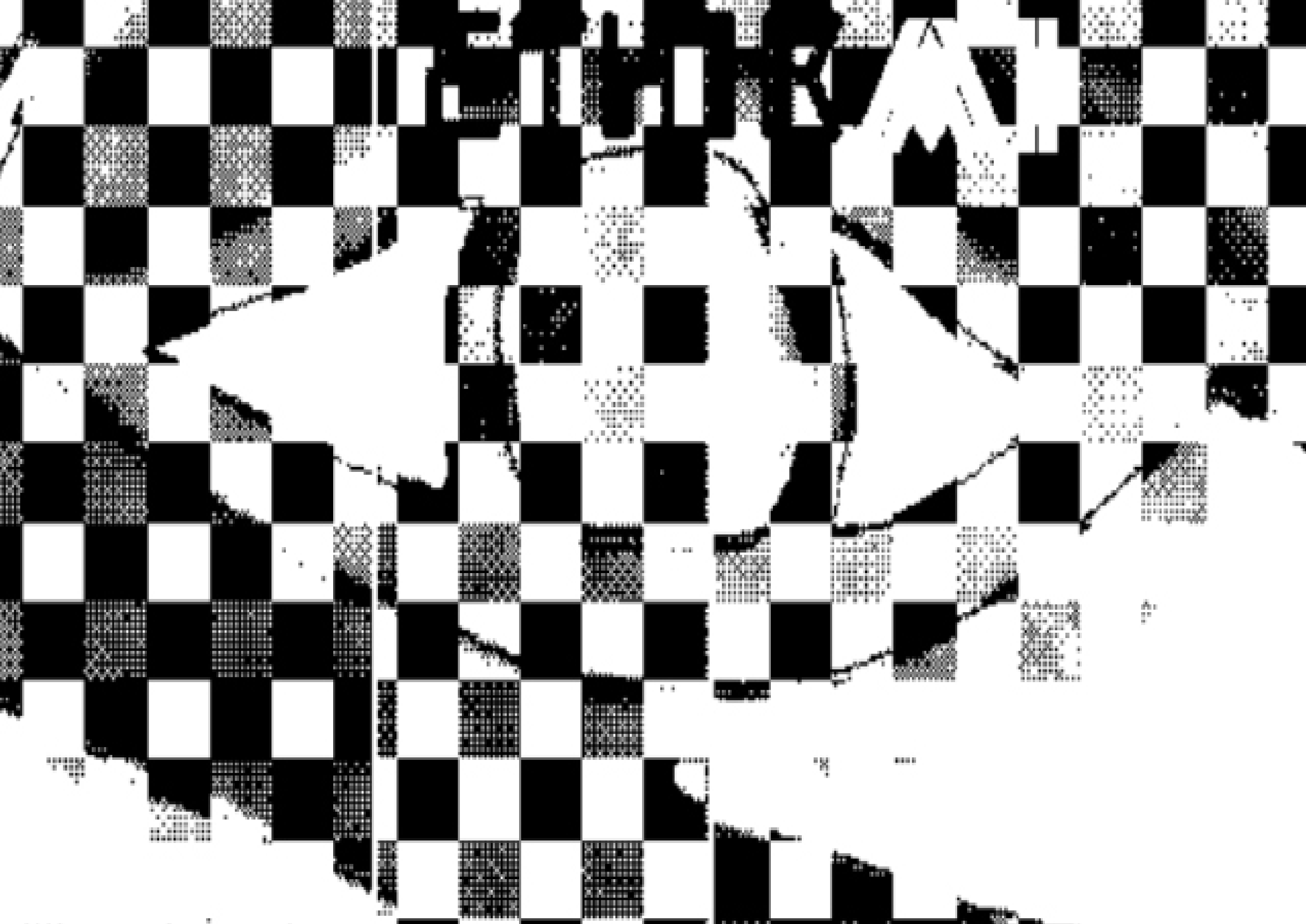
29. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/tse-manda-facebook-retirar-post-fake-news-ar>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

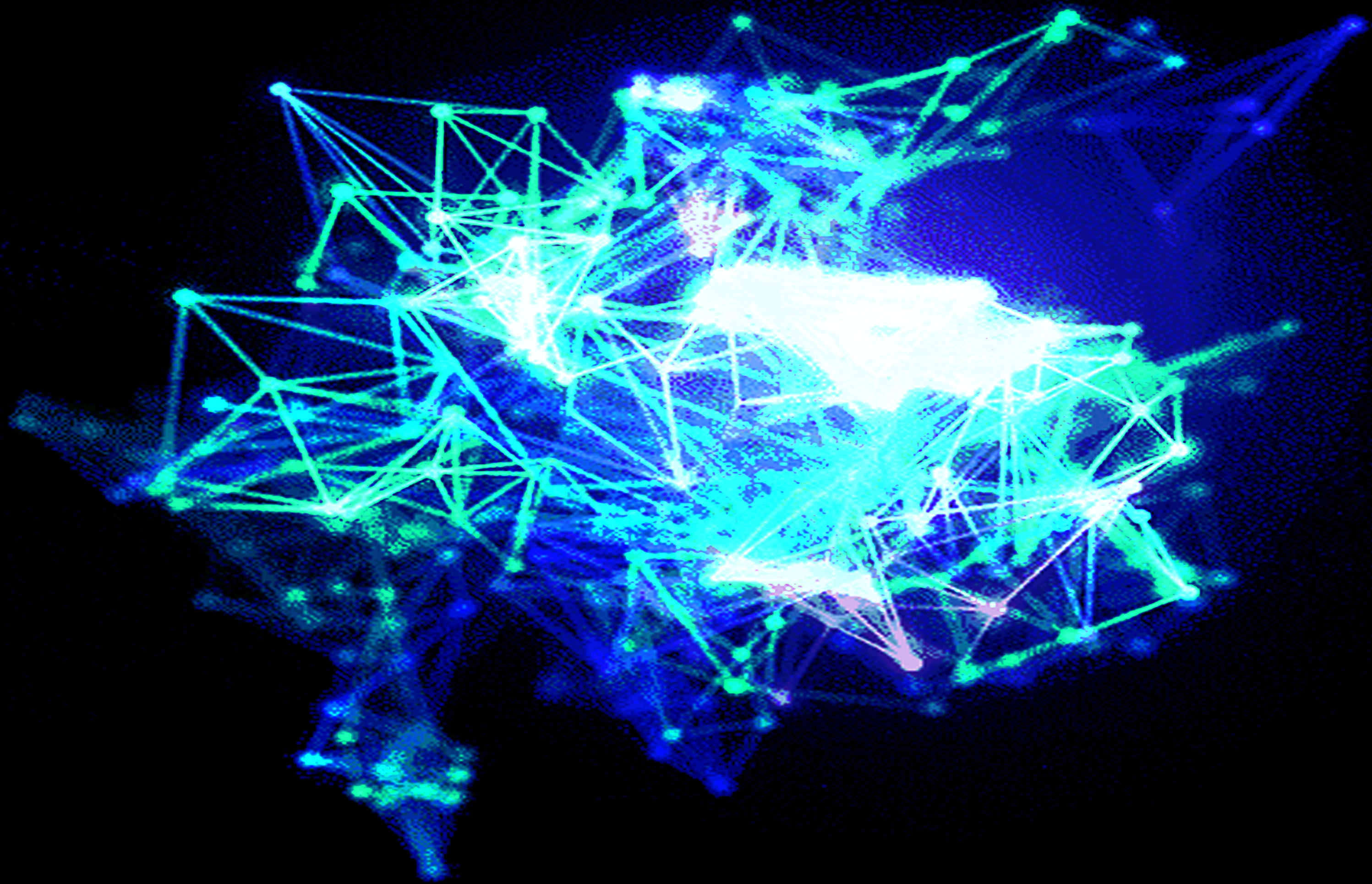
30. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/dl/marina-silva-fake-news.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

31. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.81.

32. Disponível em:<<https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2018/06/isis-valverde-tomara-medidas-legais-contra-nude-vazado.shtml>>. Acesso em:<14 jun. 2018>.







“UTOPIA HOJE, CARNE E OSSO AMANHÃ¹” - DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA DE GÊNERO E A SELEÇÃO DE PESSOAS TRABALHADORAS

LUCIANE LOURDES WEBBER TOSS

“As rodas da máquina têm de girar constantemente, mas não podem fazê-lo se não houver quem cuide delas. É preciso que haja homens para cuidar delas, homens tão constantes como as rodas nos seus eixos”. Aldous Huxley - Admirável Mundo Novo²

INTRODUÇÃO: ALGORITIMOS, RECURSOS CORPORATIVO-INSTRUMENTAIS E O IMPACTO NA VIDA DAS MULHERES TRABALHADORAS

A Inteligência Artificial despontou como um importante mecanismo tecnológico para sistemas organizacionais da sociedade humana³ A inteligência artificial no

sentido de “um sistema da empresa X que utiliza técnicas de IA” para atividades, tarefas e dinâmicas que são melhor desenvolvidas por pessoas, mas que não são dinamizadas pelas soluções tecnológicas da computação convencional. O entusiasmo em relação a sua eficiência e possibilidades de inserção em diferentes espaços corporativos se dá, conforme Sichman, por “três

fatores fundamentais”: a redução de custos de processamento e de armazenamento de dados; o surgimento de “redes neurais profundas” que resultam em avanços científicos em todas as áreas do conhecimento e a abundância de informações disponíveis, a todas as pessoas, nos sistemas de mídia e redes sociais.⁴

A otimização destes três recursos (porque ao mesmo tempo

são habilidades, mas podem significar diferenciais de administração de custos e de investimento no mercado corporativo) em determinadas atividades organizativas ganha contornos especiais a partir da incorporação da possibilidade de “agentes autônomos e sistemas multiagentes” que cooperam e se coordenam na busca das soluções desejadas.⁵

Esta dinâmica permite à

Inteligência Artificial atuar interagindo com as tarefas propostas, contextualizando-as e considerando a otimização de dados quantitativos a sua disposição (por exemplo, hipoteticamente, se o mercado de tecnologia é composto majoritariamente por homens e brancos e o emprego doméstico é composto majoritariamente por mulheres negras, o algoritmo entenderá que

cargos tecnológicos são destinados a homens brancos e cargos no serviços gerais e no asseio e conservação são para mulheres negras).

É um sistema de “métricas de confiança baseadas no histórico de interações anteriores”⁶ que, de acordo com Dignum, deve ser projetado, ou seja, é uma funcionalidade desejada pelo usuário.⁷ Esta ferramenta (que filtra critérios para

otimizar soluções) também atua em dimensões comportamentais e morais das corporações e vem estabelecendo quais são os perfis de pessoas trabalhadores mais adequados nas mais diversas áreas da economia. No entanto, esta plurifacetada autonomia de conformação entre demandas, práticas existentes e adaptações do sistema vem estabelecendo também quem não acessará as vagas disponíveis pelo seu gênero e sexualidade, independentemente de seus currículos e habilidades pessoais.

Um bom exemplo de como isso interfere diretamente na vida profissional das mulheres é a pesquisa, publicada em 2021, que analisou as recomendações de artistas femininas e de suas músicas, pelo aplicativo Spotify. Cantoras mulheres eram pouco sugeridas pelo aplicativo. Os usuários recebiam sugestões de artistas do gênero masculino, o que impactava no gosto dos ouvintes, na formação de playlists e no nível de popularidade das artistas.⁸

A recomendação é uma das

formas como o algoritmo atua. No caso dos aplicativos de música, de acordo com Oliveira et. al⁹, há uma escuta gerada organicamente pelo público e outra escuta induzida algoritmicamente. Comparando as recomendações de múltiplas abordagens, os pesquisadores concluíram que o viés de gênero está presente no conjunto de dados.

A invisibilidade das artistas mulheres e de suas músicas impacta e repercute nas remunerações e na manutenção de suas carreiras (nos contratos, nas vendas, na agenda de shows, etc.). Entender o sistema de recomendação dos algoritmos é especialmente importante para compreender a extensão das funcionalidades que a Inteligência Artificial pode alcançar.

O uso da Inteligência Artificial por Estados e empresas foi objeto de um relatório apresentado em setembro de 2021, pela então Alta Comissária de Direitos Humanos da ONU, Michel Bachelet. Os dados analisados apontavam como a linguagem algorítmica estava sendo usada na criação de perfis,

na tomada de decisão automatizadas, nas linguagens tecnológicas e afetando o direito das pessoas à privacidade e a bens sociais (previdência e emprego), bem como direitos à saúde, educação, liberdade de circulação, liberdade de reunião e associação pacífica e liberdade de expressão.¹⁰

O relatório detalha como os sistemas de Inteligência Artificial dependem de grandes conjuntos de dados, com informações privadas sobre pessoas, que serão coletadas, compartilhadas, mescladas e analisadas de maneiras múltiplas e sem qualquer limite, controle ou fiscalização:

20. The decision-making processes of many AI systems are opaque. The complexity of the data environment, algorithms and models underlying the development and operation of AI systems, as well as the intentional secrecy of government and private actors are factors that undermine meaningful ways for

the public to understand the effects of AI systems on human rights and society. Machine-learning systems add an important element of opacity; they can be capable of identifying patterns and developing prescriptions that are difficult or impossible to explain. This is often referred to as the “black box” problem. The opacity makes it challenging to meaningfully scrutinize an AI system and can be an obstacle for effective accountability in cases where AI systems cause harm. Nevertheless, it is worth noting that these systems do not have to be entirely inscrutable[“20. Os processos de tomada de decisão de muitos sistemas de IA são opacos. A complexidade do ambiente de dados, algoritmos e modelos subjacentes ao desenvolvimento e operação de sistemas de IA, bem como o sigilo intencional do governo

e dos atores privados são fatores que minam maneiras significativas para o público entender os efeitos dos sistemas de IA nos direitos humanos e na sociedade. Os sistemas de aprendizado de máquina adicionam um importante elemento de opacidade; eles podem ser capazes de identificar padrões e desenvolver prescrições que são difíceis ou impossíveis de explicar. Isso é muitas vezes referido como o problema da “caixa preta”. A opacidade torna desafiador examinar significativamente um sistema de IA e pode ser um obstáculo para a responsabilização efetiva nos casos em que os sistemas de IA causam danos. No entanto, vale a pena notar que esses sistemas não precisam ser totalmente inescrutáveis”.¹¹

Essa é discussão que afeta o mundo do trabalho, ou melhor, a distribuição de espaços,

lugares, cargos e remunerações das mulheres.

Em 2018 se tornou público, através de um relatório da Agência Reuters¹², um problema com o sistema de recrutamento da Amazon.com. A empresa estava revisando currículos de pessoas candidatas a empregos e desenvolveu um mecanismo que utilizou a Inteligência Artificial para pontuar os currículos. No entanto, detectou que cargos relacionados ao desenvolvimento de software e outros cargos técnicos tinham recorte marcado pelo gênero e favorecia pessoas do sexo masculino. Depois de tentativas de adaptação acabou abandonando aquela ferramenta, mas manteve o uso da Inteligência Artificial no recrutamento de pessoas. De acordo com o mesmo relatório, em 2018, 50% dos gerentes de recrutamento dos Estados Unidos estavam usando a Inteligência Artificial para recrutamento e seleção de currículos.

Em 2019, o Sistema Mineiro de Informação – SIMI, noticiou que a rede de hotéis Hilton Worldwide,

com mais de 5 mil propriedades em 109 países estava utilizando a Inteligência Artificial e o reconhecimento facial como parte de seu processo de seleção. Em 5 anos, 43 mil pessoas passaram pelo aplicativo da HireVue (responsável pelo processo), sendo que mais de 28 mil foram rejeitadas sem serem vistas ou ouvidas por uma única pessoa, ou seja, descartadas pelo algoritmo. Nenhum dos critérios utilizados para rejeitar estes currículos foi tornado público¹³

Um estudo publicado pela Harvard Business School intitulado *Hidden Workers: Untapped Talent* (Trabalhadores Ocultos: Talentos Sem Uso) analisou recrutamentos de pessoas por aplicativos que usavam Inteligência Artificial e revelou que milhões de pessoas trabalhadoras na foram consideradas para vagas às quais estavam aptas e eram qualificadas. Os recortes propostos pelos algoritmos vão desde equívocos nos filtros (a vaga era para inserção de dados de pacientes no computador e o algoritmo buscou como habilidade a programação

computacional) até a eliminação automática de mulheres grávidas, por serem consideradas inaptas ou incapacitadas para o trabalho.¹⁴

A discriminação algorítmica de gênero está entre os riscos da utilização da Inteligência Artificial pelas corporações e empresas. Isto porque as mãos que alimentam o algoritmo vem de uma sociedade que mantém estereótipos de gênero e os preconceitos estruturais contra as mulheres no trabalho.

A hipótese deste artigo é pensar o que o direito pode fazer para conter discriminações de gênero e quais são os mecanismos jurídicos que podem minimizar o impacto de métricas algorítmicas produzidas por uma sociedade patriarcal cujo modelo de mercado ainda se organiza a partir de uma divisão sexual do trabalho.

O esforço analítico está: a) em compreender como a divisão sexual do trabalho impacta em dados quantitativos sobre as mulheres no mercado de trabalho (o que pode influenciar significativamente nos recortes métricos que os algoritmos

fazem na seleção de perfis de pessoas que se baseiam em características individuais); b) de que forma os estereótipos de gênero e os vieses inconscientes atuam na manutenção dos lugares que as mulheres ocupam na organização social do trabalho; c) como o preconceito atua na leitura dos sistemas algoritmizados de seleção de pessoas; d) como podemos identificar discriminações de gênero e, por fim e) quais os recursos jurídicos atuais, disponíveis no Brasil, para conter discriminações de gênero nas seleções e recrutamentos de pessoas.

O presente artigo utilizou o método dedutivo, a partir de dados estatísticos e bibliográfico-documental.

COMO A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO ATUA NA MANUTENÇÃO DO LUGAR DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

A divisão sexual do trabalho tem um papel fundamental na organização social do trabalho no

Brasil. Várias das funções precárias e subalternas, nas relações econômicas laborais contemporâneas, são exercidas por mulheres.¹⁵

Dos 38 milhões de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza no Brasil, 27 milhões são do sexo feminino. No mercado informal, 41% dos postos são ocupados por mulheres brancas e 47,8% por negras e pardas. Setenta por cento (70%) delas não tem CTPS anotada. Do percentual de trabalhadoras negras, 92% são trabalhadoras domésticas. O cuidado de idosos também fica a cargo das mulheres (85%).¹⁶

Segundo o IBGE, do grupo de pessoas submetida a condições precárias de trabalho, mais de 66% são mulheres (39,8% são mulheres negras, 26,9% são mulheres brancas). O salário de uma mulher negra com o ensino superior concluído é, em média, R\$ 2,9 mil, enquanto o de um homem branco é de R\$ 6,7 mil.¹⁷

O trabalho é uma categoria central também para as mulheres, em sua materialidade e enquanto

prática. Todo processo de dominação da mulher pelos homens refletirá na distribuição das tarefas que organizam os sistemas laborais, seja o trabalho em si, seja o sistema legal. A divisão sexual do trabalho, portanto, não é uma simples repartição de trabalhos entre homens e mulheres¹⁸. Ela estabelece uma relação de poder dos homens sobre as mulheres e evidencia de que forma essa relação entre sexo e classe social impacta a vida das mulheres no âmbito profissional e doméstico¹⁹.

A relação entre mulheres e mundo do trabalho está inserida no que Fraser chama de políticas de redistributividade e de reconhecimento.²⁰ O gênero, como coletividade ambivalente, encaixa-se nesses dois campos. Por um lado, o gênero possui dimensões econômico-políticas, pois é um princípio estruturante básico da economia política. Ele organiza a divisão entre trabalho produtivo remunerado (para homens e mulheres) e trabalho reprodutivo não remunerado (exclusivamente feminino).

No Brasil, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). O recorte por cor ou raça indica que as mulheres pretas ou pardas estavam mais envolvidas com os cuidados de pessoas e os afazeres domésticos, com o registro de 22,0 horas semanais em 2019, ante 20,7 horas para mulheres brancas. Para os homens, contudo, o indicador pouco varia quando se considera a cor ou raça ou região²¹.

Por outro lado, ainda em Fraser, o gênero também estrutura uma divisão interna no trabalho remunerado, no qual entre as ocupações profissionais com maiores remunerações e prestígio predominam os homens e as ocupações com baixos rendimentos e reconhecimento inferiorizado, a exemplo do trabalho doméstico, predominam as mulheres. Disso resulta uma estrutura econômico-política que constrói modos de exploração e marginalização que são marcados pelo sexo da pessoa trabalhadora.

Se considerarmos um recorte de raça e gênero nos dados estatísticos sobre a participação percentual por segmentos hierárquicos no mercado de trabalho teremos o seguinte quadro:

| Cargo | Homem Branco | Mulher Branca | Homem Preto | Mulher Preta |
|-----------|--------------|---------------|-------------|--------------|
| Diretoria | 73% | 17% | 8% | 2% |
| Gerencia | 43% | 33% | 13% | 11% |
| Outros | 32% | 24% | 26% | 18% |

Dados obtidos da Pesquisa: Desigualdade racial e de gênero nas empresas listadas na Bolsa de Valores²².

Neste quadro, considerando o universo de todas as pessoas empregadas, 57% são mulheres e 43%, homens, no entanto, quando são tomados apenas os cargos da alta gestão, sem recorte racial, apenas de gênero, a dominância masculina desponta, chegando a 81% nas diretorias (enquanto 19% ficam com as mulheres). Na mesma pesquisa, a remuneração mostrou-se desigual conforme o gênero e a cor da

pele. Considerado o conjunto dos empregados em 2017, para cada R\$ 100,00 de remuneração de um homem branco, uma mulher branca ganhou R\$ 66,00, um homem negro auferiu R\$ 54,00 e uma mulher

preta recebeu R\$ 36,00. Na diretoria e na gerência, uma mulher negra ganhou respectivamente R\$ 56,00 e R\$ 48,00 para cada R\$ 100 de salário de um homem branco²³.

Os dados corroboram a conclusão de Ferrito, de que as mulheres ingressam no mercado de trabalho tentando se adaptar “a uma realidade que não foi feita para elas, por elas ou a partir delas”²⁴.

Uma boa explicação para a frequente sujeição a situações que transformam as experiências do trabalho mais penosa às mulheres (percepção do mundo do trabalho como representativo das

contradições e divergências em matéria de gênero) são as imagens de subalternização e de secundarização da importância da mulher no contexto do trabalho produtivo, os chamados estereótipos de gênero e

os vieses inconscientes.

O estereótipo de gênero será um agregado de convicções sobre as características que cada pessoa tem e que são tidas como mais apropriadas a homens e a mulheres. Tais crenças podem tanto ser individuais ou coletivas, quanto particulares ou partilhadas. Figuram no universo opinativo que gera preconceitos generalizados sobre atributos ou distinções que homens e mulheres possuem ou deveriam possuir, ou ainda, das funções sociais que ambos desempenham ou deveriam desempenhar²⁵.

Estereótipos são, de acordo

com Lysardo-Dias as “imagens mentais coletivas que determinam formas de pensar, agir e mesmo de sentir das pessoas”. Elas vão ser transmitidas pelas fontes mais diversas (pela família, pelos amigos, pela escola, no trabalho e pelos meios midiáticos e de comunicação). A linguagem e as imagens exercem um importante papel na construção de quem somos, ou melhor, de quem o entorno pensa ou interpreta que somos²⁶.

Quando estas pré-designações passam a exercer um estágio permanente, elas geram prejuízos na vida das mulheres, comprometem o desenvolvimento de habilidades pessoais, reduzem possibilidades de projeção nas carreiras profissionais e afetam a tomada de decisões, são os chamados vieses inconscientes. Uma pesquisa publicada pela revista *Sciense* em 2017 revelou que as meninas começam a se sentir menos inteligentes do que os meninos a partir dos seis anos de idade. Os dados coletados revelam que os estereótipos associam capacidade intelectual mais com os

homens do que com as mulheres²⁷.

É o que Baccega chama de “realidade alterada”. Os preconceitos, na medida em que são repetidos, tornaram-se modelos e frases feitas, ideias preconcebidas que interferem na nossa percepção de realidade, levando-nos a compreender os fatos de um modo pré-construído, fatos transmitidos²⁸.

Mas o que isso tem a ver com a discriminação algorítmica?

Algoritmos nada mais são do que sequências, em linguagem matemática, de instruções pré-definidas que tem como finalidade alguma funcionalidade desenvolvida pelo computador. Estas instruções são instrumentalizadas por dados que irão estabelecer o desempenho e os resultados esperados²⁹.

De acordo com Borges e Filó a Inteligência Artificial cria “um ambiente virtual personalizado para cada usuário” e isso acontece a partir das preferências, crenças e perspectivas políticas, sociais e culturais de cada pessoa³⁰.

Implica que se as informações ou dados podem refletir visões

estereotipadas da mulher ou reproduzir vieses inconscientes, os programas podem adotar preconceitos e produzir discriminações. De acordo com Pennington, as máquinas podem aprender o que as pessoas aprendem, só que com maior agilidade e com maior potencial de alcance³¹. E isso pode se estender ao plano de auto programação, onde a partir da realidade posta o algoritmo atua estruturando, incentivando ou mesmo manipulando diferentes tipos de comportamento humano³².

Por esta razão o caso da Amazon.com é um indicador tão importante para esta discussão. Os currículos analisados pelo aplicativo da companhia (em número de 50 mil) tinham como requisito de seleção a formação e a experiência em tecnologia e programação de dados. O período de busca foram os 10 anos antecedentes à consulta. Ora, os dados que refletem a realidade do mercado acerca das áreas de ciência e tecnologia são majoritariamente masculinas. Há uma série de problemas sistêmicos relacionados a

participação profissional das mulheres nesse mercado, em que pese elas terem um percentual considerável de participação acadêmica na área³³.

De acordo com a National Girls Collaborative Project, nos últimos 20 anos, nos Estados Unidos, as mulheres obtiveram cerca de metade de todos os diplomas de bacharel em ciências e engenharia e tem a maioria dos diplomas de bacharel em psicologia, ciências biológicas e ciências sociais. Em 2019, as mulheres representavam metade da força de trabalho com formação superior nos Estados Unidos, mas somente 34% da força de trabalho em ciência e engenharia³⁴. No Brasil, de acordo com o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia em um universo de 982.158 inscritos, 184.881 são do sexo feminino, ou seja, apenas 19%³⁵

No caso da seleção da Amazon.com há discriminação algorítmica de gênero, porque os currículos das mulheres foram excluídos da seleção por um filtro algorítmico que considerou a realidade quantitativa do mercado. Portanto, critérios

neutros ou matemáticos tendem a manter as discriminações estruturais e sistêmicas que colocam as mulheres em evidente desvantagem na disputa por vagas de trabalho., sobretudo quando estas vagas são em funções mais bem remuneradas.

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA DE GÊNERO - CONTENDO E REPARANDO DANOS

Adotar o uso de algoritmos para decisões corporativas não é, necessariamente, uma opção pela neutralidade das escolhas. Grupos historicamente em desvantagem³⁶, como as mulheres, podem ser discriminados (seja porque os programadores transferem seus preconceitos de forma consciente ou não,³⁷ seja porque o algoritmo se auto programa a partir da realidade quantitativa do mercado, seja porque elas não se enquadram no perfil estratégico da organização)³⁸ A discriminação algorítmica se configura pela contaminação do banco de dados e de entrada de

informações por certos vieses que produzem distorções na análise de dados (saída).

O conceito normativo de discriminação é formado por uma série de normativas internacionais³⁹ que constroem a categoria jurídica a partir de uma multiplicidade de violências constatadas e que se direcionam a diferentes grupos humanos.

De acordo com Rios, discriminação é:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública⁴⁰.

As reivindicações na esfera do gênero e da sexualidade, para além de uma proposta corporativo-instrumental, exigem que o direito atue sobre a realidade. Significa

dizer que para além de um conceito jurídico de discriminação, é fundamental que tenhamos critérios, legais ou judiciais, que proibam as condutas discriminatórias e as que violem o direito de iguais oportunidades às mulheres.

De acordo com Moreira, no Direito Constitucional Brasileiro a igualdade atua como princípio fundante e como uma norma estruturante prescrevendo condições e procedimentos que vinculam não só poder estatal, mas as esferas privadas da sociedade. Significa dizer que a vedação de discriminações vem ordenada pelo direito à igualdade, ou como prefere o autor, pelo direito ao tratamento isonômico⁴¹.

Neste sentido é importante entender que a discriminação algorítmica de gênero pode ser intencional e consciente (discriminação direta) ou mediante atitudes aparentemente neutras, com impacto prejudicial, ainda que sem intencionalidade (discriminação indireta).

Rios nos auxilia:

A discriminação

direta varia de acordo com o instrumento utilizado, podendo o elemento discriminador estar expresso em lei (discriminação explícita), estar presente na aplicação da norma, mesmo que inexistente de forma expressa na legislação (discriminação na aplicação do direito) e na presença intencional de caracteres aparentemente neutros, mas intencionalmente inseridos visando a causar prejuízos (discriminação na concepção). A discriminação indireta ocorre quando, mesmo desprovida de intenção, uma medida aparentemente neutra impacta, de modo diferenciado e prejudicial, indivíduos e grupos discriminados. Ela pode decorrer desde uma motivação inconsciente – a denominada discriminação indireta inconsciente – até alastrar-se pelas estruturas organizacionais formais e informais, como acontece

na discriminação institucional, na reprodução de privilégios invisibilizados ou naturalizados⁴².

Em dezembro de 2020 a Corte Bolonhesa na Itália condenou a empresa Deliveroo (semelhante à plataforma iFood brasileira) por discriminação algorítmica. Frank⁴³, o nome dado ao algoritmo, foi considerado um bom gerenciador de fluxos, mas um instrumento discriminatório por que não permitiu nem adaptabilidade organizacional, nem flexibilidade de julgamento nas questões envolvendo a dinâmica das entregas e as características das pessoas trabalhadoras. Ao regressar de um período de ausência por motivos diversos (problemas de saúde, compromissos relacionados com o cuidado de familiares ou de uma atividade sindical, naquele caso greve), as pessoas trabalhadoras podiam ser automaticamente desclassificadas e tinham sua pontuação reduzida ou zerada (o que afetava a escala de horários de entregas mais cobijados)⁴⁴

A decisão aponta que o

sistema de acesso às reservas adotado pela Deliveroo não constitui uma discriminação direta, mas uma discriminação indireta, dando execução a uma disposição aparentemente neutra (a legislação contratual relativa ao cancelamento anticipado das sessões marcadas) que, no entanto, coloca uma certa categoria de pessoas trabalhadoras (as que participam em iniciativas sindicais de abstenção de trabalho) numa posição de potencial desvantagem particular.

Frank foi considerado discriminatório. O algoritmo estava programado para excluir pessoas faltosas, independentemente das circunstâncias, motivos e ausências legais:

Né può sostenersi che il rider – allo scopo di evitare gli effetti pregiudizievoli della adesione allo sciopero – possa/debba semplicemente cancellare anticipatamente la sessione prenotata, perché così facendo metterebbe la piattaforma in condizioni di sostituirlo, annullando ogni

effetto pratico della iniziativa di astensione collettiva e vanificando il diritto di sciopero costituzionalmente garantito anche ai lavoratori autonomi parasubordinati... Le medesime considerazioni possono essere svolte in relazione alle ulteriori ipotesi di mancata partecipazione alla sessione prenotata o di cancellazione tardiva della stessa per le altre cause legittime ipotizzate in ricorso (malattia, handicap, esigenze legate alla cure di figli minori, ecc.): in tutti questi casi il rider vede penalizzate le sue statistiche indipendentemente dalla giustificazione della sua condotta e ciò per la semplice motivazione, espressamente riconosciuta da Deliveroo, che Pagina 19 la piattaforma non conosce e non vuole conoscere i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione o non partecipa ad una sessione prenotata e non cancellata. Ma

è proprio in questa “incoscienza” (come definita da Deliveroo) e “cecità” (come definita dalle parti ricorrenti) del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun rider che alberga la potenzialità discriminatoria dello stesso. Perché il considerare irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa, sulla base della natura asseritamente autonoma dei lavoratori, implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta. Il sistema di profilazione dei rider adottato dalla piattaforma Deliveroo, basato sui due parametri della affidabilità e della partecipazione, nel trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa

perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest’ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro⁴⁵.

A cidade de Nova Iorque publicou a Lei No. 144, que entrou em vigor em janeiro de 2023, restringindo o uso da inteligência artificial para administrar questões relacionados ao trabalho. Ela contém disposições sobre publicidade acerca das qualificações e características usadas pelo sistema de seleção de pessoas, bem como, a submissão anual dos sistemas a uma auditoria, cujos resultados devem ser divulgados publicamente⁴⁶. A lei nova iorquina se aplica tanto para a seleção de pessoas, quanto para a promoção e progressão de carreira.

No Brasil, construção de um

ramo do Direito para tratar discriminações, aliado as disposições sobre a responsabilidade objetiva dos empregadores pelos riscos da atividade econômica e à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, pode apontar um caminho para a questão jurídica.

Para Moreira o Direito Antidiscriminatório tem seu próprio aparato teórico, um corpo de normas jurídicas e precedentes jurisprudenciais cuja fundamentação está nos princípios fundamentais, na proteção dos direitos humanos e na reparação às suas violações⁴⁷.

No caso da seleção e recrutamento de pessoas, a questão estaria bem melhor albergada pelo Direito Constitucional e pelo Direito Civil, do que nas disposições atuais do Direito do Trabalho. No entanto, é importante lembrar que as Cortes Superiores já consolidaram posição no sentido de que é do empregador e do tomador do serviço, a responsabilidade objetiva pela reparação de danos advindos de atos praticados por prepostos, empregados ou prestadores de serviço da empresa⁴⁸.

A LGPD prevê em seu art. 20 que:

Art. 20. “O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos

discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais⁴⁹.

O Sistema de Justiça brasileiro pode exercer um importante papel no sentido de condicionar a utilização destas tecnologias no território nacional à programas e conteúdos que transponham os obstáculos da realidade legal e social brasileira. A LGPD abre a possibilidade de estabelecer critérios auditáveis sempre que houver riscos de danos baseado em aspectos discriminatórios.

De acordo com Costa⁵⁰ o desenvolvimento do software e o treinamento do algoritmo deveriam ser previamente auditados para que se verificasse a existência de vieses discriminatórios ou critérios de neutralidade que possam gerar distinção, exclusão, restrição ou preferência que pretendam ou ferem prejuízo a pessoas por conta de sua sexualidade e de seu gênero, por exemplo. Sugere que entre as normas de proteção aos dados e ações antidiscriminatórias, poderia ser implementação o que chama

“equidade desde a concepção”, que no Brasil vem orientada pelo artigo 46, §2º e dos “princípios da prevenção e da não discriminação” dispostos no artigo 6º, ambos da LGPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – NÃO EXISTE NEUTRO

Os sistemas de Inteligência Artificial estão se desenvolvendo rapidamente para se ajustar a demandas do setor corporativo. O número de contratações de desenvolvedores no Brasil ainda não alcança os números de grandes conglomerados digitais nos EUA, na Europa e na Ásia. Aqui, empresas como a Time-Now, Cotesa e Embraer tem utilizado mecanismo de seleção a partir de algoritmos

A EMBRAER adotou o sistema de recrutamento por Inteligência Artificial em 2019. Os números da companhia, divulgados até 2016, apontavam que 15.596 homens trabalhavam para a empresa e apenas 2.910 mulheres. Mesmo tendo no horizonte a diversidade e a inclusão e mulheres, a situação não se alterou

após a inserção da Inteligência Artificial. No ano passado, o presidente da EMBRAER anunciou um programa para garantir que 20% dos quadros de liderança sejam exercidos por mulheres⁵¹ Este percentual, em 2016, era de 11% nos cargos de direção e de 16,7% no cargos de gerentes⁵².

Mesmo que os dados destas empresas ainda sejam insuficientes para apurar a existência ou não de uma discriminação de gênero, a publicação de dois estudos importantes dão conta de que o sexista e o machismo seguem estabelecendo os parâmetros de configuração da Inteligência artificial.

Um relatório publicado pela UNESCO em 2020 sobre Inteligência Artificial e Igualdade de Gênero, informa que existem estereótipos e preconceitos de gênero encontrados em conjuntos de dados de treinamento de algoritmos e dispositivos da Inteligência Artificial. Empresas como Apple, Google e Microsoft reforçam visões estereotipadas das mulheres em assistentes virtuais

como a Siri, a Alexa e a Cortana⁵³. As assistentes virtuais, todas com voz e nomes femininos, foram concebidas para servir pessoas, cuidar de pessoas, organizar a vida de pessoas. Tal como na vida, os modelos de mulheres algoritmizadas seguem sendo responsáveis pelo cuidado. Além disso, Siri, Alexa e Cortana são mulheres jovens, educadas, servis e sempre disponíveis (é possível que a maioria dos homens as imaginem dentro do padrão da mulher sexy do comercial de cerveja).

O outro é uma pesquisa da Universidade de Stanford, de 2018, publicada em maio de 2020 sobre pessoas que trabalham como motoristas de aplicativos que aponta que as mulheres motoristas ganham 7% a menos do que os homens motoristas. Se tomássemos os dados dos salários de mulheres e homens no Brasil onde elas ganham 2/3 da remuneração deles, este percentual das motoristas da UBER poderia passar despercebido. No entanto, o estudo mostra que isso ocorre em um ambiente organizado por algoritmos que não são programados

para distinguir gêneros, que remunera as os trajetos com os mesmos valores e que tem as mesmas bases de cálculo (formula conhecida) e cujos percentuais de cancelamento de viagens é praticamente o mesmo. Mas o que fez com que as mulheres reduzissem seus rendimentos em relação aos homens? Os pesquisadores detectaram que os homens dirigem 2,2% mais rápido e realizar mais viagens semanais do que as mulheres⁵⁴.

Ou seja, a neutralidade com que algoritmo opera (mesmo critérios de quilometragem, mesma tabela de remuneração, etc.) desconsidera uma características comum, tanto nos homens, quanto nas mulheres, que faz com que as mulheres tenham prejuízos a distribuição final da remuneração.

Significa dizer que qualquer conteúdo legislativo ou parâmetro normativo isonômico deve afastar a neutralidade como um critério igualitário na programação de algoritmos para a Inteligência Artificial.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Glauco. A transparência no centro da construção de uma ia ética. *Novos Estudos. CEBRAP*. V 39, n. 02. São Paulo, Mai.–Ago. 2020. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em: p.p. 395-413.

BIAN, Lin; LESLIE, Sara Jane e SIMPIAN, Andrey. Gender stereo-types about intellectual ability emerge early and influence children's in-terests. *Science* 355. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/312961123_Gender_stereo-types_about_intellectual_ability_emerge_early_and_influence_chil-dren's_interests, p.p. 389–391.

BORGES, Gustavo, & FILÓ, Mauricio. (2021). Inteligência artificial, gênero e direitos humanos: o caso Amazon. *Revista Justiça Do Direito*, n. 35(3), p.p. 218-24. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/12259>.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos Desumanizantes e Violação Seletiva de Direitos humanos

Giudice Chiara Zompi, Accerta e dichiara la discriminarietà della condotta di Deliveroo Italia s.r.l. in relazione alle condizioni di acesso alla prenotazione delle sessões de trabalho tramite la piattaforma digitale. Bologna, 31/12/2020. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Ordinanza-Bologna.pdf>.

MARCZAK, Bill, SCOTT-RAILTON, John, BERDAN, Kristin, ABDUL RAZZAK, Bahr and DEIBERT, Ron. Hooking Candidate Another Mercenary Spyware Vendor Comes into Focus. CITIZENLAB. July 15, 2023. Acesso em: 20 fev 2023 Disponível em <https://citizenlab.ca/2021/07/hooking-candidate-another-mercenary-spyware-vendor-comes-into-focus/>.

MATOS, Pedro. Inteligência artificial no RH: softwares podem discriminar mulheres e negros? Sistema Mineiro de Informações – SIMI. Publicado em 07 de fevereiro de 2019. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <http://www.simi.org.br/noticia/>

Inteligencia-artificial-no-RH-sof-twares-podem-discriminar-mulheres-e-negros.

MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório I. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NATIONAL CENTER FOR SCIENCE AND ENGINEERING STATISTICS. 2021. Women, Minorities, and Persons with Disabilities in Science and Engineering. Special Report NSF 21-321. Alexandria, 2021 Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://nces.nsf.gov/wmpd>.

NATIONAL SCIENCE BOARD, NATIONAL SCIENCE FOUNDATION. 2022. Science and Engineering Indicators 2022: The State of U.S. Science and Engineering. Alexandria, 2022. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://nces.nsf.gov/pubs/nsb20221>

OLIVEIRA, Ricardo, NOBREGA, Caio, BALBY MARI-NHO Leandro, and ANDRADE, Nazareno. A Multiobjective Music Recommendation Approach for Aspect-Based Di-versification.

Proceedings of the 18th ISMIR Conference, Suzhou, China, October 23-27, 2017. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://archives.ismir.net/ismir2017/paper/000153.pdf>, p. , 414–420.

PENNINGTON, Jeffrey, SOCHER, Richard and MANNING, Christopher D. GloVe: Global Vectors for Word Representation. Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing (EMNLP). October 25-29, Doha, Qatar. c 2014, pages 1532–1543. Acesso em: 19 fev 2023. Disponível em: <https://aclanthology.org/D14-1162.pdf>

RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 117-153.

RIOS, Roger Raupp. O Conceito de Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação. In: POCAHY, Fernando (org.). Rompendo o Silêncio. Homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea Políticas,

teoria e atuação. Porto Alegre: Nuances, 2017, p. 27-48. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em https://www.academia.edu/2393403/Rompendo_o_sil%C3%Aancio_homofobia_e_heterossexismo.

RIOS, Roger Raupp. Temas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. Revista Direito e Práxis., Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1332-1357. Acesso em 19 mar 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdp/a/YBF9fKfmKTXdZj7j6GGYGqc/?format=pdf&lang=pt>.

RUSSELL, S. J.; NORVIG, P. Artificial Intelligence - A Modern Approach, Third International Edition. s.l.: Pearson Education, 2010. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em <http://repo.darmajaya.ac.id/3800/1/Artificial%20Intelligence%20A%20Modern%20Approach%20%283rd%20Edition%29.pdf%20%28%20PDFDrive%20%29.pdf>.

SICHMAN, Jaime Simão. Inteligência Artificial e Sociedade: avanços e riscos. Estudos

Avançados. 35 (101). Jan-Apr 2021. São Paulo : USP, p. 37-49. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/c4sqqrthGMS3ngdBhGWtKhh/?format=pdf&lang=pt>, p. 38.

THE CITY OF NEW YORK. LOCAL LAWS No. 144. To amend the administrative code of the city of New York, in relation to automated employment decision tools. December 13, 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://www.natlawreview.com/>

TOSS, Luciane ; DOMBKOVITSCH, Luciana. Tira a Mão Daí: As Mulheres e o Assédio Sexual No Trabalho. In: Alessandra Camarano e Karlla Patricia de Souza. (Org.). Feminismo, Pluralismo e Democracia. 3ed. Belo Horizonte: RTM, 2021, v. 1, p.p. 216-230.

TOSS, Luciane . Como o Sistema Normativo Pode Garantir Práticas que Estimulem a paridade de Gênero e Minimizem a Sobrecarga de Trabalho das Mulheres Durante o Isolamento Social. In: ADRIANA LAMOUNIER; LARISSA MATOS; LUCIANE TOSS; SILVIA SAMPAIO. (Org.). Direito do trabalho

em tempos de cólera. 1ed. Bauru, SP: Canal6 editora, 2020, v. 1, p. 7-32.

TOSS, Luciane. Mulheres e Sindicatos: Uma História Entrecruzada. In: Toss, Luciane; Matos, Larissa; Lamounier, Adriana e Sampaio, Silvia.. (Org.). Um Direito do Trabalho Todo Seu. 1ed. Bauru: Canal 6 Editora, 2021, v. 1, p. 193-214.

UNESCO. Artificial intelligence and gender equality: key findings of UNESCO's Global Dialogue. Unesco Digital Library. Paris, Agosto de 2020, Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://en.unesco.org/AI-and-GE-2020>.

UNITED NATIONS - HUMAN RIGHTS COUNCIL - HRC/48/3. The right to privacy in the digital age. Annual report of the United Nations High Commissioner - for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Forty-eighth session, 13 september 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session48/list-report>

NOTAS

1. Hugo, Vitor. *Os Miseráveis*, São Paulo: Martin Claret; 1ª edição, 2014, p. 891.

2. HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

3. A inteligência artificial no sentido de “um sistema da empresa X que utiliza técnicas de IA” para atividades, tarefas e dinâmicas que são melhor desenvolvidas por pessoas, mas que não são dinamizadas pelas soluções tecnológicas da computação convencional. SICHMAN, Jaime Simão. *Inteligência Artificial e Sociedade: avanços e riscos*. *Estudos Avançados*. 35 (101). Jan-Apr 2021. São Paulo : USP, p. 37-49. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/c4sqqrthGMS3ngdBhGWtKhh/?format=pdf&lang=pt>, p. 38.

4. SICHMAN, Jaime Simão. *Inteligência Artificial e Sociedade: avanços e riscos*. *Estudos*

Avançados. 35 (101). Jan-Apr 2021. São Paulo : USP, p. 37-49. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/c4sqqrthGMS3ngdBhGWtKhh/?format=pdf&lang=pt>, p. 37.

5. RUSSELL, S. J.; NORVIG, P. *Artificial Intelligence - A Modern Approach*, Third International Edition. s.l.: Pearson Education, 2010. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em <http://repo.darmajaya.ac.id/3800/1/Artificial%20Intelligence%20A%20Modern%20Approach%20%283rd%20Edition%29.pdf%20%28%20PDFDrive%20%29.pdf>, p. 434.

6. FALCONE E CASTELFRANCHI, apud, SICHMAN, Jaime Simão. *Inteligência Artificial e Sociedade: avanços e riscos*. *Estudos Avançados*. 35 (101). Jan-Apr 2021. São Paulo : USP, p. 37-49. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/c4sqqrthGMS3ngdBhGWtKhh/?format=pdf&lang=pt>, p. 41.

7. DIGNUN, apud., ARBIX, Glauco. *A transparência no centro da construção de uma ia ética*.

Novos Estudos. CEBRAP. V 39, n. 02. São Paulo, Mai.–Ago. 2020. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em: p.p. 395-413.

8. FERRARO, Andres, FERRO, Xavier and BAUER, Christine. *Break the Loop: Gender Imbalance in Music Recommenders*. CHIIR '21, March 14–19, 2021, Canberra, Australia. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://www.christinebauer.eu/publications/ferraro-2021-break-the-loop/ferraro-2021-break-the-loop.pdf>. P.p. 249-254.

9. OLIVEIRA, Ricardo, NOBREGA, Caio, BALBY MARI-NHO Leandro, and ANDRADE, Nazareno. *A Multiobjective Music Recommendation Approach for Aspect-Based Diversification*. *Proceedings of the 18th ISMIR Conference*, Suzhou, China, October 23-27, 2017. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://archives.ismir.net/ismir2017/paper/000153.pdf>, p. , 414–420

10. Uma das motivações para que Bachelet propusesse a atualização de dados acerca do

uso indiscriminado da Inteligência Artificial no tráfego e manejo de pessoas, por Estado e por corporações privadas, foram as conclusões de um outro relatório apontando, não só o impacto de ferramentas como Pegasus (que foi acusada de espionar chefes de organizações e autoridades em 45 países) e Candiru (que atingiu de forma semelhante pelo menos 100 defensores dos direitos humanos e jornalistas em pelo menos 10 países), mas também a extensão amplificada de danos aos direitos humanos. MARCZAK, Bill, SCOTT-RAILTON, John, BERDAN, Kristin, ABDUL RAZZAK, Bahr and DEIBERT, Ron. *Hooking Candiru Another Mercenary Spyware Vendor Comes into Focus*. CITIZENLAB. July 15, 2023. Acesso em: 20 fev 2023 Disponível em <https://citizenlab.ca/2021/07/hooking-candiru-another-mercenary-spyware-vendor-comes-into-focus/>.

11. “20. Os processos de tomada de decisão de muitos sistemas de IA são opacos. A complexidade do ambiente de dados,

algoritmos e modelos subjacentes ao desenvolvimento e operação de sistemas de IA, bem como o sigilo intencional do governo e dos atores privados são fatores que minam maneiras significativas para o público entender os efeitos dos sistemas de IA nos direitos humanos e na sociedade. Os sistemas de aprendizado de máquina adicionam um importante elemento de opacidade; eles podem ser capazes de identificar padrões e desenvolver prescrições que são difíceis ou impossíveis de explicar. Isso é muitas vezes referido como o problema da “caixa preta”. A opacidade torna desafiador examinar significativamente um sistema de IA e pode ser um obstáculo para a responsabilização efetiva nos casos em que os sistemas de IA causam danos. No entanto, vale a pena notar que esses sistemas não precisam ser totalmente inescrutáveis”. UNITED NATIONS - HUMAN RIGHTS COUNCIL - HRC/48/3. *The right to privacy in the digital age*. Annual report of the United Nations High Commissioner - for Human Rights and reports of the

Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Forty-eighth session, 13 september 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session48/list-reports>, p. 6.

12. DUSTIN, Jeffrey. *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. Reuters Agency. October 10, 2018. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>

13. MATOS, Pedro. *Inteligência artificial no RH: softwares podem discriminar mulheres e negros? Sistema Mineiro de Informações – SIMI*. Publicado em 07 de fevereiro de 2019. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <http://www.simi.org.br/noticia/Inteligencia-artificial-no-RH-softwares-podem-discriminar-mulheres-e-negros>.

14. Fuller, Joseph, Raman, Manjari., Sage-Gavin, Eva, Hines,

- Kristen. Hidden Workers: Untapped Talent. Harvard Business School Project on Managing the Future of Work and Accenture. September 2021. Acesso em 20 feve 2023, Disponível em <https://www.hbs.edu/managing-the-future-of-work/Documents/research/hiddenworkers09032021.pdf>, p. 8 e p. 42.
15. TOSS, Luciane. Mulheres e Sindicatos: Uma História Entrecruzada. In: Toss, Luciane; Matos, Larissa; Lamounier, Adriana e Sampaio, Silvia.. (Org.). Um Direito do Trabalho Todo Seu. 1ed. Bauru: Canal 6 Editora, 2021, v. 1, p. 193-214.
16. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Publicado em 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf.
17. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Publicado em 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf.
18. SOUZA LOBO, Elizabeth. A Classe Operária Tem Dois Sexos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991 e SAFFIOTI, Iara Bongiovani Heleith. A mulher na sociedade de classes: mitos e verdades. Rio de Janeiro : Expressão Popular, 2013 (1976 1ª. Ed.)
19. TOSS, Luciane . Como o Sistema Normativo Pode Garantir Práticas que Estimulem a paridade de Gênero e Minimizem a Sobrecarga de Trabalho das Mulheres Durante o Isolamento Social. In: ADRIANA LAMOUNIER; LARISSA MATOS; LUCIANE TOSS; SILVIA SAMPAIO. (Org.). Direito do trabalho em tempos de cólera. 1ed. Bauru, SP: Canal6 editora, 2020, v. 1, p. 7-32.
20. Fraser, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Cadernos De Campo (São Paulo - 1991), 15(14-15), p. 231-239. Acessado em 20.04.2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109/54229>
21. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Publicado em 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf, p. 3.
22. FRANCA, Michael e TAVARES, Rafael. Desigualdade racial e de gênero nas empresas listadas na Bolsa de Valores – relatório 1. Núcleo de Estudos Raciais – Insper. Publicado em 16 de junho de 2022. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2022/11/Desigualdade_Bolsa_de_Valores_1.pdf
23. FRANCA, Michael e TAVARES, Rafael. Desigualdade racial e de gênero nas empresas listadas na Bolsa de Valores – relatório 2. Núcleo de Estudos Raciais – Insper. Publicado em 16 de junho de 2022. Acesso em 20 fev 2023. Disponível https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2022/11/Desigualdade_Bolsa_Valores_2.pdf
24. FERRITO, apud. TOSS, idem. p. 9.
25. D’ALMORIN, apud, TOSS, idem.
26. LYSARDO-DIAS, apud, TOSS, Luciane ; DOMBKOVITSCH, Luciana. Tira a Mão Daí: As Mulheres e o Assédio Sexual No Trabalho. In: Alessandra Camarano e Karlla Patricia de Souza. (Org.). Feminismo, Pluralismo e Democracia. 3ed. Belo Horizonte: RTM, 2021, v. 1, p. 223
27. BIAN, Lin; LESLIE, Sara Jane e SIMPIAN, Andrey. Gender stereo-types about intellectual ability emerge early and influence children’s in-terests. Science 355. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/312961123_Gender_stereo-types_about_intellectual_ability_emerge_early_and_influence_chil-dren’s_interests, p.p. 389–391.
28. BACCEGA, apud, TOSS, Luciane ; DOMBKOVITSCH, Luciana. Tira a Mão Daí: As Mulheres e o Assédio Sexual No Trabalho. In: Alessandra Camarano e Karlla Patricia de Souza. (Org.). Feminismo, Pluralismo e Democracia. 3ed. Belo Horizonte: RTM, 2021, v. 1, p. 223.
29. DOMINGOS, Pedro. The master algorithm: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world. Nova Iorque: Basic Books, 2015, p. 1.
30. BORGES, Gustavo, & FILÓ, Mauricio. (2021). Inteligência artificial, gênero e direitos humanos: o caso Amazon. Revista Justiça Do Direito, n. 35(3), p.p. 218-24. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/12259>.
31. PENNINGTON, Jeffrey, SOCHER, Richard and MANNING, Christopher D. GloVe: Global Vectors for Word Representation. Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing (EMNLP). October 25-29, Doha, Qatar. c 2014, pages 1532–1543. Acesso em: 19 fev 2023.
- Disponível em: <https://aclanthology.org/D14-1162.pdf>
32. Danaher, J. The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation. Philos. Technol., 29, 2016, p. 245–268. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s13347-015-0211-1>>. Acesso em: 13 nov. 2021.
33. NATIONAL CENTER FOR SCIENCE AND ENGINEERING STATISTICS. 2021. Women, Minorities, and Persons with Disabilities in Science and Engineering. Special Report NSF 21-321. Alexandria, 2021 Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://nces.nsf.gov/wmpd> .
34. NATIONAL SCIENCE BOARD, NATIONAL SCIENCE FOUNDATION. 2022. Science and Engineering Indicators 2022: The State of U.S. Science and Engineering. Alexandria, 2022. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://nces.nsf.gov/pubs/nsb20221>
35. CONFERDERACAO DE ENGENHARIA E AGONOMIA – CONFEA. Encontro nacional reúne comitês regionais do Programa

Mulher. Acesso em 19 fev 2023. Disponível em <https://www.confea.org.br/200-mil-mulheres-compoem-o-sistema-confeacrea-e-mutua#:~:text=Desde%20a%20sua%20concep%C3%A7%C3%A3o%2C%20em,esse%20percentual%20subiu%20para%2014%25>.

36. Ditos em desvantagens porque conforme Bragato, ficam fora de “medidas (leis, políticas públicas, etc.) aparentemente neutras e não direcionadas a nenhum grupo específico e que acabam por reforçar as situações de vantagem e desvantagem já existentes na sociedade e que são ligadas a diversos fatores, como raça e sexo, por exemplo”. BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Discursos Desumanizantes e Violação Seletiva de Direitos humanos Sob a Lógica da Colonialidade*. *Quaestio Iuris* vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1806-1823. Acesso em 18 mar 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/43672836/Discursos_desumanizantes_e_a_viola%C3%A7%C3%A3o_seletiva_de_direitos_humanos_sob_a_l%C3%B3gica_

da_colonialidade., p. 1819.

37. De acordo com Rios, o preconceito, como uma elaboração mental, atua no campo psico-sociológico. Significa, regra geral, percepções negativas que formamos a respeito de parte das pessoas ou de grupos de pessoas, considerando seus traços distintivos, identidades e lugar de posição social e cultural. Esse juízo mental são construídos com nuances de irracionalidade, vez que consideramos inferiorizadas tais pessoas ou grupos a que pertencem. São elaborações provenientes, muitas vezes, do desconhecimento, da ignorância e falta de contato e de disposição de convívio. RIOS, Roger Raupp. *O Conceito de Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação*. In: POCAHY, Fernando (org.). *Rompendo o Silêncio. Homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea* Políticas, teoria e atuação. Porto Alegre: Nuances, 2017, p. 27-48. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em https://www.academia.edu/2393403/Rompendo_o_sil%C3%A7%C3%A3o_homofobia_e_heterossexismo.

edu/2393403/Rompendo_o_sil%C3%A7%C3%A3o_homofobia_e_heterossexismo.

38. Recrutar pessoas a partir do uso da Inteligência Artificial, mais do que escolher a pessoa certa para a o trabalho certo, de acordo com Cipriani et. al., adquiriu “importância estratégica para tornar a qualidade da seleção uma vantagem competitiva para a organização. CIPRIANO, Gael Santos, CERIBELI, Harrison Bachion, MACIEL, Gustavo Nunes, CAMPOS, Alyce Cardoso e CAMPOS, Rita de Cássia Leal. *Inteligência Artificial nos Processos de Seleção de RH*. *Estudos de Administração e Sociedade* V.6, N.2, 2021. p.8 - P.22. Acesso em 21 fev 2021. Disponível em <https://periodicos.uff.br/revistaes/issue/view/2571/643>, p. 9.

39. Dentre as quais: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial - Aprovada pelas Nações Unidas em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968;. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação

contra a Mulher - Aprovada pelas Nações Unidas em 18.12.1979 e ratificada pelo Brasil em 21.03.1981; Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência - Internalizada pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 e Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância - Aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 06.06.2013 .

40. RIOS, Roger Raupp. *Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1332-1357. Acesso em 19 mar 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdp/a/YBF9fKfmKTXdZj7j6GGYGqc/?format=pdf&lang=pt.>, p. 1337.

41. MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório I*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

42. RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações*

afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 117-153.

43. ITALIA. TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA – Sezione Lavoro. *Causa Iscritta 2949/2019*. Giudice Chiara Zompi, *Accerta e dichiara la discriminazione della condotta di Deliveroo Italia s.r.l. in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale*. Bologna, 31/12/2020. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Ordinanza-Bologna.pdf>, p. 4.

44. ITALIA. TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA – Sezione Lavoro. *Causa Iscritta 2949/2019*. Giudice Chiara Zompi, *Accerta e dichiara la discriminazione della condotta di Deliveroo Italia s.r.l. in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale*. Bologna, 31/12/2020. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/01/>

Ordinanza-Bologna.pdf. ITALIA. TRIBUNAL ORDINÁRIO DE BOLONHA – Justiça do Trabalho. *Processo 2949/2019*. Magistrada Chiara Zompi. *Verifica e declara a conduta discriminatória da Deliveroo Italia s.r.l. em relação às condições de acesso à reserva de sessões de trabalho através da plataforma digital*. Bolonha, 31/12/202

45. “Também não se pode argumentar que o motociclista - para evitar os efeitos prejudiciais, da adesão à greve - pode/deve simplesmente cancelar a sessão marcada antecipadamente, porque isso colocaria a plataforma em posição de substituí-la, cancelando qualquer efeito prático da iniciativa de abstenção coletiva e anulando o direito constitucionalmente garantido à greve mesmo para os trabalhadores independentes parassubordinados... As mesmas considerações podem ser realizadas em relação às hipóteses adicionais de não participação na sessão marcada ou cancelamento tardio da mesma para as outras causas e hipóteses legítimas no recurso (doença, deficiência, necessidades

relacionadas ao cuidado de filhos menores, etc.): em todos esses casos, o motociclista vê suas estatísticas penalizadas independentemente da justificativa de sua conduta e isso pela simples motivação, expressamente reconhecido pela Deliveroo, na página 19, a plataforma não sabe e não quer saber as razões pelas quais o passageiro cancela sua reserva ou não participa de uma sessão reservada e não cancelada. Mas é precisamente nessa “inconsciência” (como definido por Deliveroo) e “cegueira” (como definido pelos candidatos) do programa de processamento estatístico de cada trabalhador que o potencial discriminatório do mesmo abriga. Porque considerar irrelevantes as razões da não participação na sessão marcada ou do cancelamento tardio da sessão, com base na natureza alegadamente autónoma dos trabalhadores, implica necessariamente dar o mesmo tratamento a situações diferentes, e é tipicamente aí que a discriminação indireta normalmente consiste. O sistema de perfil do motociclista

adotado pela plataforma Deliveroo, com base nos dois parâmetros de confiabilidade e participação, no tratamento da mesma forma daqueles que não participam da sessão agendada por razões triviais e aqueles que não participam porque estão em greve (ou porque estão doentes, são deficientes, ou ajudam uma pessoa com deficiência ou um menor doente, etc.) Na prática, discrimina este último, possivelmente marginalizando-o do grupo prioritário e, assim, reduzindo significativamente as suas futuras oportunidades de acesso ao emprego”. ITALIA. TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA – Sezione Lavoro. Causa Iscritta 2949/2019. Giudice Chiara Zompi, Accerta e dichiara la discriminatorietà della condotta di Deliveroo Italia s.r.l. in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale. Bologna, 31/12/2020. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Ordinanza-Bologna.pdf>, p. 18..ITÁLIA.

TRIBUNAL ORDINÁRIO DE BOLONHA – Seção do Trabalho. Processo 2949/2019 Magistrada Chiara Zompi, verifica e declara a conduta discriminatória da Deliveroo Italia s.r.l. em relação às condições de acesso à reserva de sessões de trabalho através da plataforma digital. Bolonha, 31/12/2020.

46. THE CITY OF NEW YORK. LOCAL LAWS No. 144. To amend the administrative code of the city of New York, in relation to automated employment decision tools. December 13, 2021. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: [47. MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório I. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.](https://www.natlawreview.com/.CIDADE DE NOVA IORQUE. LEIS LOCAIS N° 144. Alterar o código administrativo da cidade de Nova York, em relação às ferramentas automatizadas de decisão de emprego. 13 de dezembro de 2021.</p></div><div data-bbox=)

48. BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROCESSO N° TST-

-RR-1000697-56.2017.5.02.0089. Indenização por Danos Morais. Assédio Moral. Palavras Ofensivas. Configuração. Transcedência Política Reconhecida. Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. Publicado 26 de abril de 2022. Acesso em 10 fev 2023. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/tst/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>.

49. BRASIL, Lei 13.709. Lei Geral de Proteção de Dados. publicada em 14 de agosto de 2018. Acesso em 18 fev 2023. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm

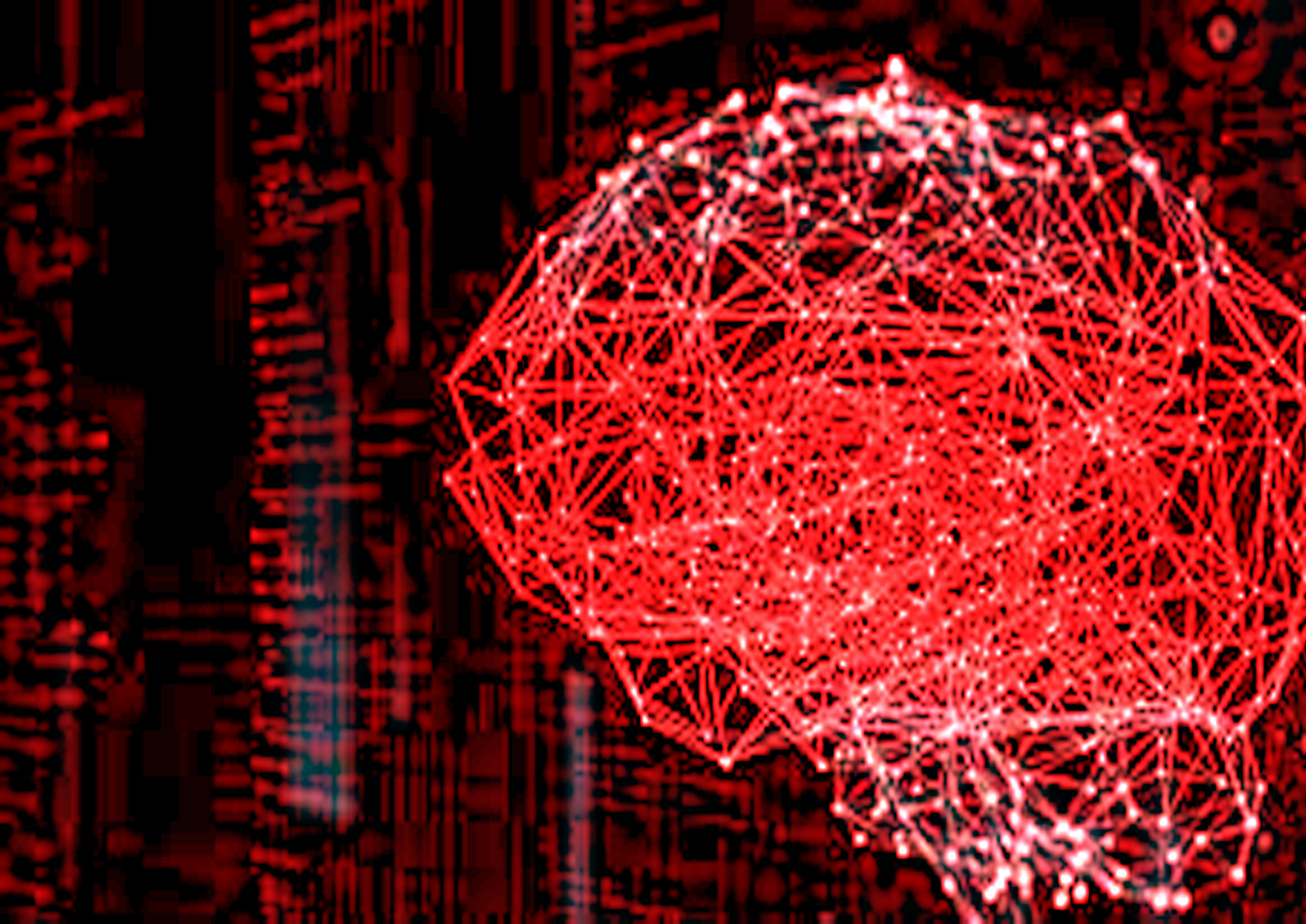
50. COSTA, Diego. Carneiro. O Viés do Algoritmo e a Discriminação por Motivos Relacionados à Sexualidade, 2018. Dissertação apresentada no Programa de Pós Graduação Lato Senso em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Orientador prof. Leandro Reinaldo da Cunha. Acesso em 20 fev 2023. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/34394/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O-%20Diego%20>

Carneiro%20Costa.pdf

51. EMBRAER. Relatório Anual 2021. Acesso em 19 fev 2023. Disponível <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/12a56b3a-7b37-4dba-b80a-f3358bf66b71/7ef0a16b-ec2f-b22e-0b68-5a9473871954?origin=1> p.p.

52. EMBRAER. Relatório Anual 2016. Acesso em 19 fev 2023. Disponível https://www.embraer.com/relatorio_anual2016/pt/indicadores-gri.htm, p. G4-5.

53. UNESCO. Artificial intelligence and gender equality: key findings of UNESCO’s Global Dialogue. Unesco Digital Library. Paris, Agosto de 2020, Acesso em 20 fev 2023. Disponível em: <https://en.unesco.org/AI-and-GE-2020>. COOK, Cody, DIAMOND, Rebecca, J.V. HALL, Jonathan, LIST, John A, and OYER, Paul Oyer. The Gender Earnings Gap in the Gig Economy: Evidence from over a Million Rideshare Drivers. June, 2018. Working Paper No. 3637. Acesso em 20 mar 2021. Disponível em <https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/working-papers/gender-earnings-gap-gig-economy-evidence-over-million-rideshare>, p. 20.



O PAPEL DOS GRUPOS DE INTERESSE NÃO PERSONALIZADOS NO COMBATE À DESINFORMAÇÃO: POR UMA ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS ATORES NO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO

FABIANE VELASQUEZ MARAFIGA

RESUMO: Após 1988, com a redemocratização e a abertura econômica, ocorreram mudanças no Brasil que levaram à alteração da diplomacia econômica brasileira, tradicionalmente exercida pelo Ministro das Relações Exteriores de forma centralizada. Passou-se a contar, assim, com a participação de novos atores estatais e não estatais. Apesar disso, o setor vem sendo alvo de importantes ataques, que sem desconhecer seu papel estratégico, inclusive na diplomacia internacional, fato que se agravou nos últimos tempos com o fenômeno das fake news. Desse modo, o presente artigo questiona, como problema de pesquisa, quais seriam os atributos necessários para que os Grupos de Interesse Não Personalizados, importantes atores da cena contemporânea do agronegócio brasileiro, atuem em bases efetivamente

NON-PERSONALIZED INTEREST GROUPS AND ENGAGEMENT AGAINST FAKE NEWS: FOR A DEMOCRATIC ROLE FOR BRAZILIAN AGRIBUSINESS ACTORS

democráticas e em combate à desinformação. Desse modo, o objetivo geral do artigo é identificar o papel dos Grupos de Interesse Não Personalizados no cenário do agronegócio brasileiro e sua missão de, no complexo contexto das fake news, combater o citado fenômeno, contribuindo para o estabelecimento da segurança nas relações entre sociedade civil e o setor produtivo do agronegócio. Como hipótese,

afirma-se que o enfrentamento das fake news é imprescindível para garantir o acesso à informação, vital também para o setor do agronegócio brasileiro, o que enseja uma atuação democrática dos Grupos de Interesse Não Personalizados. Como resultado, e confirmando-se a hipótese de pesquisa, o artigo demonstra todo esse cenário de desinformação pode gerar prejuízos incalculáveis ao comércio

internacional do agronegócio brasileiro, com impactos em cascata em outros setores econômicos e sociais.

PALAVRAS-CHAVE: agronegócio brasileiro; notícias falsas; combate à desinformação; atores; grupos de interesses.

ABSTRACT: After 1988, with the redemocratization and economic opening, changes occurred in Brazil that led to the alteration of Brazilian economic diplomacy, traditionally exercised by the Minister of Foreign Affairs in a centralized manner. Thus, new state and non-state actors began to participate. Despite this, the sector has been the target of major attacks, without ignoring its strategic role, including in international diplomacy, a fact that has worsened in recent times with the phenomenon of fake news. Thus, this article questions, as a research problem, what would be the necessary attributes for Non-Personalized Interest Groups, important actors in the contemporary scene of Brazilian agribusiness, to act on effectively democratic bases and in the fight against misinformation. Thus, the general objective of the article is to identify the role of Non-Personalized Interest Groups in the Brazilian agribusiness scenario and their mission, in the complex context of fake news, to combat the aforementioned phenomenon,

contributing to the establishment of security in relations between society civil society and the productive sector of agribusiness. As a hypothesis, it is stated that tackling fake news is essential to guarantee access to information, which is also vital for the Brazilian agribusiness sector, which gives rise to democratic action by Non-Personalized Interest Groups. As a result, and confirming the research hypothesis, the article demonstrates that this entire scenario of disinformation can generate incalculable damage to international trade in Brazilian agribusiness, with cascading impacts on other economic and social sectors.

KEYWORDS: Brazilian agribusiness; fake news; disinformation struggle; actors; interest groups.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIPLOMACIA DO AGRONEGÓCIO E O PAPEL DOS ATORES PÚBLICOS E PRIVADOS; 2.1 O agronegócio brasileiro e os Grupos de Interesse Não Personalizados; 3 DESINFORMAÇÃO NO AGRONEGÓCIO; 4 POR UMA ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS GRUPOS DE INTERESSE NÃO PERSONALIZADOS; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema o cenário do agronegócio brasileiro, em especial, do papel dos Grupos de Interesse Não Personalizados no combate à desinformação, pugnando por uma atuação democrática dos atores no setor.

Contextualizando esse recorte metodológico, analisa os paradigmas – clássico e contemporâneo – e que envolve a atuação de atores privados no setor do agronegócio, principalmente os Grupos de Interesse Não Personalizados. Busca abordar transdisciplinarmente a adoção de soluções para as questões relativas às fake news e suas implicações em todo setor produtivo no agronegócio. A pesquisa, portanto, envolve tema de fundamental importância para a sociedade brasileira.

A partir da Guerra Fria (1945-1990), mudanças ocorreram no cenário internacional com o

avanço do processo de globalização em quase todos os países inseridos em regime democrático. Após 1988, com a redemocratização e a abertura econômica, ocorreram mudanças no Brasil que levaram à alteração da diplomacia econômica brasileira, tradicionalmente exercida pelo Ministro das Relações Exteriores de forma centralizada. Passou-se a contar, assim, com a participação de novos atores estatais e não estatais. A diplomacia, portanto, passou a ser entendida como instrumento de política externa, possibilitando novo dimensionando no papel dos atores domésticos para explicação das decisões de política externa no âmbito econômico nacional e internacional.

A expansão do agronegócio e o aumento de sua inserção no mercado mundial, por meio do aumento da produção, foram acompanhados pela crescente participação do setor privado nas discussões políticas. A questão agrícola sempre figurou como a questão sensível dos acordos comerciais nas negociações do sistema multilateral do comércio.

Apesar disso, o setor vem sendo alvo de importantes ataques, que sem desconhecer seu papel estratégico, inclusive na diplomacia internacional, acabam por fazer pesar sobre o agronegócio brasileiro a pecha de elitista e refratário às dinâmicas contemporâneas, fato que se agravou nos últimos tempos com o fenômeno das fake news.

Assim, como problema de pesquisa, indaga-se: quais seriam os atributos necessários para que os Grupos de Interesse Não Personalizados, importantes atores da cena contemporânea do agronegócio brasileiro, atuem em bases efetivamente democráticas e em combate à desinformação?

Como hipótese, afirma-se que o enfrentamento das fake news é imprescindível para garantir o acesso à informação, vital também para o setor do agronegócio brasileiro, o que enseja uma atuação democrática dos Grupos de Interesse Não Personalizados.

O objetivo geral do artigo é, portanto, identificar o papel dos Grupos de Interesse Não

Personalizados no cenário do agronegócio brasileiro e sua missão de, no complexo contexto das fake news, combater o citado fenômeno, contribuindo para o estabelecimento da segurança nas relações entre sociedade civil e o setor produtivo do agronegócio.

Os objetivos específicos são: a) compreender o contexto dos atores públicos e privados no cenário do agronegócio brasileiro, com destaque para a dinâmica de atuação dos Grupos de Interesses Não Personalizados no país; d) compreender a dinâmica contemporânea de propagação de desinformação no agronegócio; d) identificar perspectivas para o enfrentamento das fake news no agronegócio, com o reposicionamento estratégico da atuação dos atores privados nesse cenário.

O desenvolvimento do artigo estrutura-se em quatro tópicos. No tópico dois (Diplomacia do agronegócio e o papel dos atores públicos e privados), serão analisados quem são os atores públicos e privados e os grupos de interesse que fazem parte na construção da diplomacia

do agronegócio brasileiro, contextualizando essa compreensão com o cenário contemporâneo de desenvolvimento do agro no Brasil. Analisará, ainda, de que modo o agronegócio brasileiro se aperfeiçoou, principalmente por meio da dinâmica de atuação de atores públicos e privados, com destaque, no último grupo, para o que se busca denominar de Grupos de Interesse Não Personalizados, conceito que será apresentado.

O tópico três, intitulado “Desinformação no agronegócio”, apresenta o fenômeno das fake news e a atualização dos termos “verdade” e “mentira”, que sofreram impacto na contemporaneidade, nomeadamente pelo pano de fundo da pós-verdade, em que crenças particulares passaram a ganhar destaque, em prejuízo do factual. O tópico demonstra, também, como o agronegócio brasileiro vem sendo alvo de ataques, muitas vezes infundados, além de conjecturar algumas linhas sobre o caminho a ser trilhado pelo setor.

Por fim, o tópico quatro, cujo

título é “Por uma atuação democrática dos Grupos de Interesse Não Personalizados”, propõe alternativas de como os Grupos de Interesse Não Personalizados podem contribuir efetivamente no combate as fake news e a desinformação no agronegócio. Essa postura envolve o reforço na propagação da informação verdadeira, compreendendo, ainda, que a tipificação penal, embora possa significar algum resultado imediato, a longo prazo não ataca a origem da questão e mais desagrega do que efetivamente aglutina.

A pesquisa se dá no modelo dogmático e tem como raciocínio predominante o indutivo. É de perspectiva transdisciplinar, pois combina Direito do Comércio Internacional, Direito do Agronegócio, Ciência Política, Relações Internacionais e Negociação, além da Diplomacia do Agronegócio, tendo sido desenvolvida mediante pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

2DIPLOMACIA DO AGRO-NEGÓCIO E O PAPEL DOS ATORES PÚBLICOS E PRIVADOS

Após a Guerra Fria, em 1991, com ampla abertura comercial, as economias se tornaram mais complexas, envolvendo maior número de assuntos e de atores. Assim, serão analisados a seguir o conceito de diplomacia econômica e o papel dos atores.

A diplomacia pode ser conceituada como atividade restrita às relações entre os Estados e conduzida por agentes dos Ministérios de Relações Exteriores, os diplomatas (MAGALHÃES, 1996).

Contudo, as definições contemporâneas do termo ampliam o seu âmbito, incorporando outros protagonistas. Nesse sentido, considera-se a diplomacia como mecanismo de representação, comunicação e negociação por meio do qual os Estados e outros atores internacionais conduzem seus negócios (SANER; YIU, 2001). Nenhum desses, porém, se relaciona à diplomacia econômica, dado o seu propósito

específico (BAYNE; WOOLCOCK, 2007).

No agronegócio brasileiro, diversos atores têm destaque, pois são verdadeiros provedores de informações. Destaque-se, nessa linha, os Grupos de Interesse Não Personalizados, que fazem circular a informação de modo ágil e estratégico, buscando influenciar os atores governamentais. Além disso, por trabalharem como categorias articuladas, também influenciam políticas em favor de suas demandas.

2.1O agronegócio brasileiro e os Grupos de Interesse Não Personalizados

A partir do período posterior à Segunda Guerra Mundial, verifica-se processo de expansão do comércio agrícola mundial impulsionado pelos Estados Unidos, que é acompanhado pela aceleração da industrialização da agricultura e pela disseminação internacional do sistema de produção denominado agronegócio (MENDONÇA, 2015, p. 375).

No mesmo período, os padrões de produção foram novamente intensificados devido ao aumento da demanda por alimentação. A superprodução, advinda do processo de aperfeiçoamento industrial e caracterizada por aumentos nos custos da manufatura e tempo de trabalho, criou uma tendência à crise (MENDONÇA, 2015).

Nos anos 1970, a agricultura brasileira passou por processo de modernização, o que proporcionou significativo aumento da produtividade do setor. A abertura econômica e a liberalização comercial fizeram com que o governo brasileiro adotasse estratégias de estímulo à produção agrícola, o que fez do Brasil país exportador no cenário internacional do agronegócio.

A elevação do Brasil ao posto de potência agrícola pode ser vista como um dos eventos mais relevantes da história contemporânea. A partir de 1960, com o começo desse soerguimento, o Brasil deu início à modificação de sua posição de importador e pequeno exportador para atingir o posto de maior

exportador líquido de alimentos no mundo. Essa escalada ocorreu apenas recentemente, pois até o meio do século XX o Brasil detinha economia agrícola tradicional, fazendo uso de tecnologias simples, sem maquinários e com uso sucessivo de solos virgens como principal estopim para agricultura (KLEIN; LUNA, 2019).

A redemocratização, processo iniciado em 1985, e a posterior abertura da economia na década de 1990, durante o Governo Fernando Collor de Mello, introduziram mudanças na economia e na política domésticas. Essas mudanças, além de gerar mais espaço de atuação para a sociedade civil, fizeram com que o Brasil passasse a diversificar sua diplomacia, incorporando novos atores e desenvolvendo estratégias mais efetivas no mundo dos negócios. (SIMON, 2012, p. 6).

A escalada do agronegócio teve um momento de desvio após a queda do valor do Real, em 1999. É possível observar desde então, certo afluxo na expansão do segmento, com mudança positiva na quantidade de grãos produzidos. Ademais, também houve crescimento no consumo de países asiáticos, que ingressaram no mercado importando grandes quantidades de alimentos (JANK; NASSAR; TACHINARDI, 2005).

Contudo, tendo em consideração o período 1995/2003, incluindo os anos decorridos sob a vigência do Plano Real, verificou-se que o crescimento do agronegócio foi equivalente ou melhor que 3%. Foi precisamente a tenra melhoria na performance do agronegócio brasileiro que rendeu ampliação do Brasil na participação do PIB mundial. O melhor desempenho se deu especialmente devido à expansão da cultura da soja (BENETTI, 2004).

O comportamento favorável do campo no período de 1995-2002, trasladado na ampliação do PIB anual, ocorreu de maneira

simultânea ao aumento expressivo nas participações globais dos valores relacionados à exportação brasileira do agronegócio, o que aumentou de 2,67% para 3,34%, representando acréscimo de 25%. Esses números apontam crescimento na inserção das produções agrícolas brasileiras no comércio global de produtos do setor (BENETTI, 2004).

No que se refere ao agronegócio e o PIB, nos 10 anos anteriores, a agropecuária foi o setor com maior crescimento médio anual se comparado à indústria e aos serviços. O desempenho das atividades agropecuárias não significa que elas sejam a locomotiva de crescimento nacional. Há evidências que, apesar dos avanços, o setor não possui força para conduzir uma economia com dimensões como a brasileira (WEDEKIN, 2019). Isso ocorre também em países mais desenvolvidos e nos grandes emergentes. As explicações são a limitada participação da agricultura no PIB e menor efeito multiplicador das cadeias agroindustriais (WEDEKIN, 2019).

Apesar disso, o agronegócio

tem sido identificado como portador essencial do crescimento econômico brasileiro. Em 2019, a soma-tória dos serviços e bens gerados no agronegócio chegou a R\$ 1,55 trilhão ou 21,4% do PIB do país (PANORAMA..., 2020).

Outro efeito positivo do cultivo no país foi o progresso urbano dos municípios ligados à lavoura do grão e, conseqüentemente, o crescimento desses. Os grãos geram milhões de postos de trabalho de forma direta e indireta, no campo e na cidade, e contribui para desenvolver o interior do Brasil, melhorando a qualidade de vida das pessoas. Municípios que produzem a soja têm melhor Índice de Desenvolvimento Humano. Estados produtores de soja, por exemplo, têm arrecadação superior à média nacional (A SOJA..., 2018).

Esse destaque do agronegócio brasileiro não é em vão. Nas engrenagens do seu funcionamento há importantes atores, com dinâmica de atuação diplomática.

No grupo dos atores não estatais estão as Organizações Não

Governamentais, as empresas transnacionais e os Grupos de Interesse, que vêm conquistando espaço no campo da diplomacia (SHIMA, 2015). Esses atores canalizam reivindicações por meio da mídia, do engajamento político e da participação direta junto aos formuladores de política, evidenciando-se por meio da atuação e da organização baseadas na expertise técnica superior em relação aos representantes dos governos – que, muitas vezes, não acompanham as profundas e rápidas transformações ocorridas no cenário internacional (SHIMA, 2015).

Por fim, os Grupos de Interesse, regra geral, organizam-se por meio de confederações, associações, empresas e conglomerados, baseando posições compostas por preferências dos atores. Representam, então, interesses específicos, como os agrícolas, que atuam por meio de lobbies junto ao governo, com o objetivo de promover demandas no processo de formulação da política externa econômica (MILNER, 1997).

Um dos exemplos de Grupos de Interesses são as confederações. Essas representam os interesses gerais de determinado segmento da economia, tal como o Sistema CNA¹, composto pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), que representa os produtores rurais brasileiros de pequeno, médio e grande portes, o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), que atua como um instrumento para formação profissional rural e promoção social e qualidade de vida de homens e mulheres do campo, e o Instituto CNA, que desenvolve estudos e pesquisas na área social e no agronegócio. Como entidade de cúpula do setor agrícola, a CNA defende os interesses dos produtores junto ao Governo Federal, ao Congresso Nacional e aos tribunais superiores. Embora não façam parte de seu sistema formal, a CNA congrega associações e lideranças políticas e rurais em todo o país (NAIDIN; VEIGA; RIOS, 2020, p. 104). A CNA desenvolve intensa atividade de articulação com órgãos do Executivo e

com o Poder Legislativo, buscando influenciar as políticas públicas que afetam o agronegócio.

Já as associações representam setores econômicos com interesses específicos e têm o objetivo de influenciar a formulação de políticas que favoreçam seus interesses, que variam com o peso e grau de influência (SHIMA, 2015). Entre as associações, cite-se a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), criada em 1993, que tem entre seus objetivos contribuir para a integração internacional da economia brasileira. Há diversas associações setoriais empresariais no âmbito do agronegócio brasileiro, muito atuantes na defesa dos interesses de seus associados.

Esses atores não estatais passaram a demandar maior participação na formulação da política externa nacional, principalmente pelos impactos das negociações internacionais nos seus interesses. Contextualmente, observa-se maior organização e mobilização desses atores, influenciando o processo de tomada de decisão governamental

nas políticas nacionais e, também, nas negociações internacionais (MACDONALD; WOOLCOCK, 2007).

Como fruto dessa mobilização, aliada à intensificação das mídias sociais, o modelo de atuação de diversos Grupos de Interesse também se alterou. Surgem, assim, o que se pode denominar de Grupos de Interesse Não Personalizados. Trata-se de agrupamentos cujo meio de comunicação predominante é o digital, e que reúnem pequenos espectros de determinado setor, interessados na promoção do comércio internacional e, por conseguinte, na melhor articulação da diplomacia econômica.

Um dos Grupos de Interesse Não Personalizados de destaque no cenário do agronegócio brasileiro é o Núcleo Feminino do Agronegócio (NFA). Embora não dotado de personalidade jurídica, o NFA reúne 31 produtoras rurais de diversos Estados brasileiros e busca compartilhar experiências e informações, com o intuito de aprimorar os “[...] processos dentro das propriedades”

(AFINAL..., [2020?]). Realizando reuniões mensais – mas com contato permanente de suas membras –, o NFA também divulga o conhecimento ligado ao agronegócio, além de promover e estreitar tratativas comerciais e políticas.

Outro modelo de Grupos de Interesse Não Personalizados em expansão no país é o Grupo Pecuária Brasil Rosa (GPB Rosa). Almejando amplificar a influência feminina no cenário do agronegócio, o GPB Rosa é um grupo exclusivo de mulheres desse ramo que, por meio de redes sociais, principalmente o WhatsApp, engaja as participantes nas mais diversas questões, principalmente técnicas, comerciais e políticas (GPB ROSA, [2016?]).

Cabe destacar, no entanto, que a relevância e força desses Grupos de Interesse independe da ausência ou complexidade de sua estrutura jurídica; o papel desses atores no cenário da diplomacia econômica do agronegócio, por exemplo, está ligado à relevância das informações que reúnem, aliando conhecimento à análise estratégica, seja no campo

técnico, comercial ou político. Muitas vezes, destaque-se, considerando a rápida veiculação das informações no meio digital, os Grupos de Interesse Não Personalizados podem vir a ter mais força do que os Grupos de Interesse dotados de personalidade jurídica, já que unem os setores de modo mais dinâmico, com respostas e articulações ágeis, inclusive no campo político. Esses arranjos, assim, têm a capacidade de ressoar em diversas esferas, inclusive em oposição a outros setores, até o plano internacional.

3DESINFORMAÇÃO NO AGRONEGÓCIO

Mentira e verdade fizeram parte da história antropológica. No transcorrer dos tempos, como o surgimento da tecnologia, seu desenvolvimento e avanço, tornou-se mais fácil disseminar informações tanto verdadeiras quanto falsas. Tornou-se mais simples mentir e, também, mais fácil determinar a verdade.

O ser humano evoluiu muito

nos últimos oito mil anos. Tratou água, esgoto, produziu vacinas, criou o microscópio, inventou a penicilina e várias outras invenções. Fez tudo isso lidando com a mentira e a verdade.

Com o advento da internet, a criação das redes sociais e dos aplicativos, a circulação de informações tornou-se cada vez mais rápida e para maior número de pessoas. Na era digital, o maior benefício é o acesso fácil à informação. A velocidade com que as notícias se espalham é algo muito positivo. Em que pese essa tecnologia tenha facilitado muito a vida e o trabalho do cidadão, trouxe consigo o lado negativo, um dos maiores problemas da comunicação atual: as fake news.

As notícias falsas, geralmente possuem rápida disseminação e estão relacionadas ao sensacionalismo ou causas particulares. Apelem para um lado de cunho emocional do leitor, com poder viral muito grande, multiplicando-se ao longo dos tempos.

Eleita “palavra do ano”

de 2016 pelos Dicionários Oxford, a pós-verdade é o qualificativo das circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na opinião pública que os apelos emocionais e as crenças pessoais. Assim posto, seria a pós-verdade não apenas um sinônimo de fake news, mas, sobretudo, de convicção (ANGENOT), vez que, falsas ou verdadeiras, as informações são divulgadas ou excluídas não pela sua veracidade, mas pela sua adequação às crenças/valores de cada sujeito. Tal indisponibilidade à verificação se daria, em tese, por razão do tipo de racionalidade instrumental, pragmatista e utilitarista (BOUDON), que configura a cognição e a retórica dos sujeitos.

O que de certo modo tem como minimizar a pós-verdade já que no agronegócio tem-se como aferir os resultados, porque são

mensuráveis e podem ser medidas em números, em percentagens, em valores, em hectares, quilos, toneladas, etc. Deixando, assim as respostas mais exatas e verídicas, pairando menor dúvidas a respeito do que é verdade ou o que é falso. O grande desafio teórico para a existência da pós-verdade é o fato de que, na grande parte dos casos, uma verdade tende a prevalecer. De fato, há muitas verdades em disputa que não são versões possíveis do mesmo fenômeno, mas sim uma verdade entre variadas interpretações equivocadas (o que faz parte do jogo político). (SEIXAS, 2019, p. 16).

Sobre a questão, Mathew D’Ancona (2018, p. 57) afirma: “Essa é a característica que define o mundo da pós-verdade. A questão não é determinar a verdade por meio de um processo de avaliação racional e conclusiva. Você escolhe

sua própria realidade como se escolhesse comida de um bufê.” Esse é um grande problema, já que a razão e os dados objetivos são relegados. Na pós-verdade, os envolvidos literalmente escolhem suas próprias verdades, como afirma Mathew D’Ancona (2018), de acordo com a conveniência e possibilidade de auferir alguma vantagem, por simples desconhecimento ou pela falta de discernimento.

Patrícia Campos Mello contextualiza o gigantismo dos números e o problema das informações falsas compartilhadas em redes sociais:

Essa avalanche de desinformação muitas vezes é impulsionada com recursos de marketing que fazem sobressair determinados conteúdos. No Facebook e no Instagram, por exemplo, é possível pagar para que um conteúdo atinja mais pessoas, seja visto mais amiúde ou alcance certos públicos (segmentados por idade, gênero, localização

e outros parâmetros). No Twitter e Facebook, quanto mais engajamento (cliques e curtidas) tem o conteúdo, maior destaque ele recebe. No entanto, muitas vezes usam-se sistemas automatizados, os robôs ou bots, ou então pessoas contratadas, os trolls, para forjar maior engajamento em certos conteúdos e dar visibilidade a certo tema, simulando uma popularidade que ele não tem.

Outra maneira de criar a impressão de que “todo mundo está falando sobre determinado assunto” e, assim, ofuscar outros temas é contratar agências que fazem disparos em massa no WhatsApp memes, textos, áudios ou vídeos que disseminam um ponto de vista.

Uma vez “impulsionada”, a narrativa é então propagada naturalmente pelas redes orgânicas, que são as pessoas de carne e

osso que acreditam naquilo que está sendo veiculado. Os americanos chamam isso de firehosing, derivado de fire house, mangueira de incêndio, trata-se da disseminação de uma informação, que pode ser mentirosa, em um fluxo constante, repetitivo, rápido e em larga escala. As pessoas são bombardeadas de todos os lados por uma notícia – sites de notícias, grupos de WhatsApp, Facebook, Instagram – e essa repetição lhes confere a sensação de familiaridade com determinada mensagem. A familiaridade, por sua vez, leva o sujeito a aceitar certos conteúdos como verdadeiros. Muitas vezes, esse será o primeiro contato que ele terá com determinada notícia – e essa primeira impressão é muito difícil de desfazer. (MELLO, 2020, p. 23-25).

Infelizmente no país e no mundo todo, atualmente, tudo ou

quase tudo se transforma em jogo do poder político, o que não deveria de acontecer, principalmente no fim de uma pandemia mundial, em que economias foram devastadas. Isso também ocorre nos grupos de interesse, em que a busca pela verdade tanto dentro dos grupos como fora deles. Nas mídias digitais, no interior de grupos, associações etc., a busca pela verdade é frenética para dirimir os erros de percurso.

As fake news são mentiras, dolosas e premeditadas, com intuito trazer a público algo que não é verdade, para mascarar uma situação ou fato e levar à dominação das grandes massas da população, por meio do efeito manada. A era da pós-verdade é uma época em que a arte da mentira está abalando as próprias fundações da democracia e do mundo como o conhecidas. A pós-verdade é diferenciada de uma longa tradição de mentiras políticas, mostrando o poder das novas tecnologias e das mídias sociais de manipularem, polarizarem e enraizarem opiniões.

Na pós-verdade, pano de

fundo para o surgimento das fake news, os apelos à emoção, as crenças e as ideologias têm mais influência em moldar a opinião pública que os fatos objetivos. Como seria possível defender a verdade em uma época de mentiras, os chamados fatos alternativos, indaga D’Ancona (2018). Nessa linha, Giuliano da Empoli complementa:

Para além da dimensão física, é no terreno virtual que a adesão aos movimentos nacional-populistas encontra sua realização mais completa. Lá, os algoritmos desenvolvidos e instaurados pelos engenheiros do caos dão a cada indivíduo a impressão de estar no coração de um levante histórico e de ser ator de uma história que ele achava que estaria condenado a suportar passivamente [...] (EMPOLI, 2019, p. 122).

Não se pode objetar, ainda que, que a era das fake news tem

outro ponto relevante, os algoritmos, que a espalham a de forma instantânea aos quatro ventos como se fosse verdade.

Na tentativa de combater o fenômeno, o Facebook, por exemplo

[...] começou a trabalhar com sessenta agências de checagem de fatos que verificam conteúdo em mais de cinquenta idiomas. Quando algo é considerado falso ou enganoso, a plataforma reduz a distribuição do post ou insere um alerta, além de derrubar as postagens que podem levar a danos à saúde. O Twitter passou a remover tuítes de pessoas que duvidam ou refutam orientações” (MELO, 2020, p. 218).

Mas quem são esses órgãos como julgadores (agências de checagem) do que é fake news ou não? Qual a legitimidade que essas empresas possuem para essa atribuição?

Com isso, a discussão sobre regulação das redes para coibir a epidemia de desinformação acabava, mais uma vez, binária. De um lado, Facebook, Google e Twitter resistindo a qualquer responsabilização, sob o argumento de que toda regulamentação vai resultar em perda de liberdade de expressão. Para combaterem fake news, essas plataformas sempre oferecem “educação midiática” e checagem de fatos. Achar que as pessoas vão sair do WhatsApp para checar em outras fontes a veracidade da informação é, no mínimo, fantasioso. Não dá para aceitar bovinamente o argumento de que qualquer regulamentação dos gigantes da internet vai acabar com a internet livre. Por outro lado, acreditar que uma lei despótica será a bala de prata para matar a desinformação também é ilusório. É preciso discutir

com cuidado e ampla participação da sociedade civil como conceituar o que são notícias falsas e punir quem as financia e as espalha. (MELO, 2020, p. 210).

Existem no Brasil algumas agências de checagem de fake news. Mas o debate sobre a legitimidade na atuação dessas agências precisa ser discutido, já que “A crise econômica decorrente da pandemia atingiu em cheio os veículos de mídia, já fragilizados financeiramente” (MELLO, 2020, p. 206).

Retomando ao objeto de análise neste artigo, de se notar que o agronegócio tem sido alvo de controvérsias e sofrido por isso. Ainda mais nos tempos atuais, que propicia o evidente aumento de preconceitos, há mitos e ideias equivocadas em vários elos dessa cadeia.

Isso acaba fomentando o preconceito na sociedade a respeito do agronegócio. Esse processo de gerar informações inverídicas e que não possuem embasamento científico prejudica o setor, porque o coloca

contra a sociedade, criando antagonismo entre o campo e a cidade, gerando divergência, oposição, rivalidade, competição, embate, o que é maléfico para todos os envolvidos.

A divulgação de notícias falsas é grave, porque há um descrédito geral no potencial de ajuda e desenvolvimento que o setor traz à população e às cidades, ampliando, assim, ainda mais, as dificuldades para o seu desenvolvimento. As fake news atacam as principais cadeias produtivas, focando em temas sensíveis, como alimento seguro, meio ambiente e saúde pública. Esses temas são primordiais nos grandes acordos comerciais entre países.

As fake news surgem também no contexto da agenda ambientalista, tema tratado mundialmente, com pautas sobre desmatamento, efeito estufa, agrotóxicos, alimentos orgânicos, veganismo, consumo abusivo da água, trabalho escravo, uso de hormônios, maus tratos de animais oposição à agricultura familiar, entre outros.

Entre as principais recomendações de conteúdo que

bombardeiam os milhões de usuários da internet é fundamental verificar se determinado texto é uma reportagem jornalística ou um artigo de opinião, averiguar se o conteúdo é de sites de credibilidade e grande alcance, fazendo, então, a checagem das fontes e dos meios.

No aplicativo de WhatsApp é válido sempre desconfiar de áudios que sugerem especialistas comentando um assunto, pois existem muitos interesses políticos e comerciais por trás da divulgação.

É necessário ler todo conteúdo – e não apenas a manchete – antes de compartilhar a informação, fazendo-se uma análise crítica a respeito do tema. As pessoas possuem o costume errôneo de compartilhar tudo o que veem sem procurar saber a veracidade do que foi postado.

Também é preciso confirmar as informações com entidades e órgãos do governo de abrangência nacional, de relevância ou instituições de pesquisa, como a Embrapa, Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, Confederação Nacional da Agricultura, entre

outros.

Por esses e outros motivos que o setor do agronegócio deve investir cada vez mais na propagação da verdade, com conteúdo de base técnica, mostrando fatos, números e estatísticas. O setor precisa trabalhar entre si para a compreensão, mostrando e educando toda a sociedade e órgãos públicos. Também é necessário a adaptação da linguagem, que ainda é um obstáculo. A maior parte das estratégias do agronegócio está voltada da “porteira para dentro”; agora, é imprescindível – mais do que antes – que a conversa seja ampliada com toda sociedade civil.

Há a preocupação em saber lidar com os fenômenos da geração X e Y, que atualmente são os influenciadores digitais. Cabe traçar diretrizes para estreitar a comunicação mais dirigida a eles, já que são os maiores influenciadores dos jovens e formadores de opinião ditando regras e a moda, inclusive na alimentação com o veganismo, o não consumo de carne e produtos provindos dos animais.

Em momento de intensa polarização ideológica em todo país, acentuado no ano eleitoral de 2022 e a polarização que se estabeleceu em todo o mundo, as pessoas estão em busca de saciar seus questionamentos internos e argumentos que justifiquem seus posicionamentos. Os produtores de conteúdo falso se aproveitam desses momentos, agravados no pós-pandemia pela curiosidade, ingenuidade e falta de auto-crítica das pessoas, sem checagem de informações para alavancar interesses e, também, para confundir as pessoas, mascarar a verdade real dos fatos, fazendo o efeito conhecido como manada nas populações.

Nesse cenário, o setor do agronegócio deve procurar e apoiar os veículos de comunicação, assessorias de imprensa e influenciadores que realizem um trabalho sério, pautando-se na ética e credibilidade. Os comunicadores vêm angariando espaço e representatividade e espera-se que contribuam com o sucesso de toda cadeia produtiva de forma responsável.

Há conteúdos produzidos por

profissionais que se identificam com o setor, como produtores rurais, pesquisadores, lideranças de empresas, entidades do agro, jornalistas especializados. São profissionais engajados para melhorar a comunicação na divulgação de informação de qualidade e relevantes sobre as tendências de consumo, inovações, macroeconomia, sustentabilidade, digitalização entre outros.

Estratégias de marketing de qualidade podem ser criadas aos produtores rurais para que tenham acesso a dados confiáveis. O setor precisa de informações corretas. Serão produtores de conteúdo com conteúdo técnico, sem adjetivismos.

As fake news no agronegócio se tornaram um problema social, no sentido de que as pessoas ficaram desconfiadas e receosas sobre os alimentos que estão ingerindo, pois possuem narrativas muito bem construídas para quem não tem conhecimento sobre o assunto. Isso acaba sendo um malefício indireto para toda cadeia produtiva do setor.

Essas informações irreais acabam por prejudicar mais os

pequenos produtores do que os grandes, já que esses possuem capital maior para se defender e investir em ações de marketing para reverter sua imagem. Já o pequeno produtor não tem esse investimento e acaba tendo que se unir a outras organizações, como sindicatos rurais. O combate à notícia falsa será um trabalho hercúleo e de todos, que transita muito mais pelo caminho da comunicação e transparência do que pela saída por meio da tipificação penal.

O agronegócio nas redes sociais é algo muito recente e que ainda não se sabe exatamente como lidar para se tirar o melhor das situações.

4POR UMA ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS GRUPOS DE INTERESSE NÃO PERSONALIZADOS

O agronegócio foi um setor em que grupos de interesse se uniram muito nos últimos anos. Isso deve principalmente ao surgimento do WhatsApp, que é um aplicativo

multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz, que se tornou canal de comunicação fundamental no Brasil, inclusive para que o setor do agronegócio trabalhasse junto e conectado.

Antes do surgimento das tecnologias de comunicação e informação, cada empresário rural não tinha contato direto e frequente com outros produtores, pois cada um vivia praticamente isolado em suas cidades ou propriedades rurais. Isso se deve ao fato de que o Brasil é um país de dimensões continentais, o que dificulta o contato entre os profissionais devido às longas distâncias entre as propriedades, principalmente quando localizadas em estados diferentes.

Com o advento do WhatsApp e das mídias digitais foi possível estabelecer essas conexões. Os produtores puderam ficar mais próximos, tornando-se mais unidos. Isso propiciou a formação de grupos de interesse que, atualmente, trabalham em nível nacional, em prol do crescimento e expansão do setor, facilitando o intercâmbio

de informações técnicas, notícias e experiências, com o intuito de difundir mais conhecimento.

Esses grupos cresceram, principalmente, entre as mulheres, que já atuavam no setor e que também queriam ser reconhecidas como atores desse processo, pois dele sempre fizeram parte.

O crescimento desses grupos entre mulheres deveu-se ao fato de que elas ofereceram menos resistência a aderir às novas tecnologias digitais, tanto que as incorporaram ao seu cotidiano, utilizando-as em seus negócios, o que acabou transformando o agronegócio, conferindo-lhes maior empoderamento. Além disso, tais grupos integraram também mulheres de todas as regiões do Brasil, inseridas nas mais diversas culturas que, por meio da troca de experiências, perceberam dificuldades comuns no trabalho que realizam.

Assim como em outros setores, a agropecuária era tradicionalmente masculina, mas o cenário atual mostra que isso está mudando. Ao longo dos anos, as mulheres

estão cada vez mais mostrando seu papel e sua preocupação com o setor, desmistificando-o e potencializando-o. Criaram-se, então, grupos de trocas, de apoio técnico e pessoal, de crescimento profissional que, também, promovem a consciência da real importância do posicionamento criado para o setor e para o país, a fim de que, somando forças, as mulheres lutem em prol de um agronegócio mais justo, competitivo e sustentável, sempre atentas às demandas do comércio internacional – o objetivo primordial do desenvolvimento do agronegócio.

Inicialmente o objetivo principal desses grupos era o de unir as mulheres, a fim de fortalecer a classe. Em um segundo momento, tiveram também o propósito de levar informações técnicas e verídicas para outras mulheres com pouca experiência no setor.

O Congresso Nacional das Mulheres do Agronegócio, realizado anualmente no mês de outubro, tem o intuito de esclarecer a importância da diplomacia do agronegócio para toda a cadeia produtiva do

setor, valorizando e incentivando a participação de diversos atores. A discussão ampla e clara da temática não só é indispensável, mas também permite a adoção de novas posturas do Brasil no comércio internacional.

O Núcleo Feminino do Agronegócio (NFA), criado por agropecuaristas, faz parte de amplo movimento nas posições de comando das companhias em todos os setores da economia e tem por objetivo unir forças entre mulheres do agronegócio. O NFA, sendo um Grupo de Interesse Não Personalizado, trata de temas como infraestrutura de produção, demandas de mercado, nutrição animal, pastagens, operações na bolsa de mercado, linhas de crédito, entre outros assuntos. Tem como foco a experiência de cada uma das integrantes tanto que hoje se tornou referência no assunto.

À medida que os grupos crescem, surgem, naturalmente, a necessidade de essas informações serem repassadas também a pessoas da sociedade civil, tornando-se, então, a desempenharem um papel de cunho social.

Isso se deve ao fato de que, ao mesmo tempo em que o advento das novas tecnologias de comunicação e informação, bem como a criação das redes sociais aproximou grupos de interesse propiciando a troca de experiências, também acarretou a divulgação, em larga escala, de informações falsas. A preocupação que se manifesta é a de que esses Grupos de Interesse Não Personalizados, materializados em mídias como o WhatsApp, não podem funcionar como propagadores de desinformação. Nesse sentido, cabe questionar: como proceder à checagem dessas informações?

O intuito desses grupos de interesse é o de ajudar a desmistificar essas notícias falsas e difundir, de forma simples, informações verdadeiras, com base científica e com análise de dados, combatendo, com qualidade técnica, as fake news. A principal estratégia a ser adotada seria, então, levar tais informações ao conhecimento da sociedade civil, sem atacar ou desprezar a opinião de outros grupos, nunca reagindo.

Os Grupos de Interesse Não

Personalizados podem criar, nos seus âmbitos, serviços de checagem de fatos, os fact checking, que são instrumentos poderosos para checagem de notícias falsas, confrontando-as com dados, pesquisas e registros. Trata-se de forma de qualificar o debate público por meio de uma apuração jornalística, de checar qual é o grau de verdade das informações. No Brasil, existem alguns verificadores de fatos independentes, como Agência Lupa (LUPA..., 2020), Aos Fatos (QUEM..., 2021), Fato ou Fake, Comprova e FactCheck.org, entre outros. No entanto, além de não serem robustos, é necessário ressaltar que esses serviços de checagem não são específicos para o agronegócio.

É por isso que se afirma que o melhor antídoto para as fake news é o plano da construção da comunicação, com foco nas especificidades do agronegócio.

5 CONCLUSÃO

Considerando a relevância do agronegócio para a economia do país, a pauta da agricultura é tema sensível e recorrente, em esferas sociais, políticas e, também, nas negociações dos acordos comerciais.

O fenômeno da globalização e a aceleração dos processos de mundialização trouxeram consigo mudanças estruturais importantes no comércio internacional. Entre essas mudanças o papel do Estado mudou sensivelmente nessa área das relações internacionais. O Estado diminuiu a sua importância, passando a ter papel de proteger as posições formadas no âmbito doméstico, dividindo, assim, com outros atores, as iniciativas no curso dos acontecimentos na esfera das relações econômicas nacionais e internacionais.

A partir da redemocratização da abertura econômica e das mudanças verificadas nas estruturas políticas internas, surgiram atores

públicos e privados inéditos, que passaram a cooperar no processo de formulação das posições comerciais brasileiras.

Os atores privados que integram os Grupos de Interesse Não Personalizados, desempenham papel fundamental para a tomada de decisão dos atores do poder público, quer contribuindo com a sua experiência quer expondo informações técnicas as quais, muitas vezes, o poder público não tem conhecimento. Daí a relevância do trabalho dos grupos de interesse, não só para o aperfeiçoamento das atividades do agronegócio em nível nacional, mas também para atuar no combate às fake news.

O papel dos atores privados é o de expor quais são seus interesses, dar opinião, dizer o que é melhor e mais vantajoso para o setor e formar posicionamentos. Em contrapartida, o governo e os atores estatais têm o papel de fiscalização e a produção de leis e regulamentos necessários, conferindo auxílio e criando mecanismos de defesa para o setor do agronegócio. Na atualidade, há

um trabalho conjunto entre os atores estatais e dos atores não estatais, inclusive os Grupos de Interesses Não Personalizados, tudo em prol do agronegócio brasileiro.

Para que isso se aperfeiçoe é imprescindível que os grupos de interesse avaliem constantemente a própria atuação em relação à desinformação, além esclarecer à sociedade civil o real papel do agronegócio (e suas limitações), fornecendo-lhes informações confiáveis, o que poderia contribuir para o combate às fake news.

Nesse aspecto, esses Grupos de Interesses Não Personalizados também desempenham papel educativo, pois o combate às fake news não deve se restringir apenas a uma justiça punitiva, mas fornecer aos leitores dados científicos, tornando-os capazes de interpretá-los e fazer seu próprio julgamento. Com a formação dessa bagagem, o leitor estará mais habilitado para discernir o que é verdadeiro e o que é falso.

No passado, a posição do mercado interno era menor e menos incisiva se comparada com os dias

atuais, já que não havia tantas informações em circulação, estando os grupos alheios às novas tecnologias digitais, inclusive as redes sociais, já que os atores, tanto públicos como privados possuíam menor acesso a informações e o contato era reduzido entre seus membros para a formulação de posições comerciais e estratégicas.

Em contrapartida, hoje as informações são disseminadas de forma massiva e instantânea. Entre elas, a maioria das informações é falsa, mas que são tomadas como verdadeiras. São falsas ou por distorcerem grotescamente os fatos ou por não serem baseadas em bases científicas. Todo esse cenário de desinformação pode gerar prejuízos incalculáveis ao comércio internacional do agronegócio brasileiro, com impactos em cascata em outros setores econômicos e sociais.

Assim, confirma-se a hipótese de pesquisa, a saber, a de que, os Grupos de Interesses Não Personalizados do agronegócio desempenham papel relevante no combate a desinformação.

Utilizar o agronegócio como

elemento do processo de desenvolvimento econômico do país é o caminho para a criação de mais oportunidades no cenário global. A geopolítica mundial mudará para a chamada economia verde e o país precisa estar preparado para essa nova realidade.

Essa posição, vital para o alcance da segurança alimentar de diversos países, exige do Brasil mais do que a mera sofisticação das linhas de cultura e produção na complexa cadeia do agronegócio; impõe postura ativa e protagonista no comércio internacional, com novas condutas, principalmente ligadas ao combate das fake news e o papel exercido nas relações diplomáticas no comércio internacional do agronegócio brasileiro.

REFERÊNCIAS

A SOJA: a origem do grão. Aprosoja Brasil, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://aprosojabrasil.com.br/a-soja/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

AFINAL, o que é o NFA? NFA, [s. l.], [2020?]. Disponível

em: <https://nfa-agro.com.br/afinal-oque-e-o-nfa/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BAYNE, Nicholas; WOOLCOCK, Stephen. The new economic diplomacy: decision-making and negotiation in international economic relations. 2. ed. Ashgate: Cornwall, 2007.

BENETTI; Maria Domingues. A internacionalização real do agronegócio brasileiro - 1990-03. Revista Eletrônica FEE, Porto Alegre, v. 32, n. 2, p. 197-222, ago. 2004.

D'ANCONA, Matthew. Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News. Trad. de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2018.

EMPOLI, Giuliano da. Engenheiros do caos. São Paulo: Vestígio, 2019.

GPB Rosa [Grupo restrito]. [S. l.], [2016?]. Disponível em: <http://whatsapp.com>. Acesso em: 15 jan. 2023.

JANK, Marcos Sawaya; NASSAR, André Meloni; TACHINARDI, Maria Helena. Agronegócio e comércio exterior brasileiro. Revista USP, [s. l.], n. 64, p. 14-27,

2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13387>. Acesso em: 15 jan. 2023.

KLEIN, Herbert S.; LUNA, Francisco Vidal. Alimentando o mundo: o surgimento da moderna economia agrícola no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2019.

LUPA: a primeira agência de fact-checking do Brasil. [S. l.: s. n.], 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MACDONALD, Kate; WOOLCOCK, Stephen. State actors in economic diplomacy. In: BAYNE, Nicholas; WOOLCOCK, Stephen. The new economic diplomacy: decision-making and negotiation in international economic relations. 2. ed. Ashgate: Cornwall, 2007. p. 63-76.

MAGALHÃES, José Calvet. A diplomacia pura. 2. ed. Venda Nova: Bertrand, 1996.

MELO, Patrícia Campos. A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake news e violência

digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MENDONÇA, Maria Luisa. O papel da agricultura nas relações internacionais e a construção do conceito de agronegócio. Contexto Internacional, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 375-402, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-85292015000200002>. Acesso em: 15 jan. 2023.

MILNER, Helen V. Interests, institutions, and information: domestic politics and international relations. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

NAIDIN, Leane Cornet; VEIGA, Pedro da Motta; RIOS, Sandra Polónia. Diplomacia Alimentar: qual o apetite do Brasil no cenário mundial? – A regulação internacional da produção e do comércio de alimentos. [S. l.]: Instituto Escolhas, 2020. Disponível em: <https://www.escolhas.org/wp-content/>

[uploads/2020/04/RELAT%C3%93RIO_Diplomacia-Alimentar_A-regula%C3%A7%C3%A3o-internacional-da-producao-e-comercio-de-alimentos_02abril2020.pdf](https://www.escolhas.org/wp-content/uploads/2020/04/RELAT%C3%93RIO_Diplomacia-Alimentar_A-regula%C3%A7%C3%A3o-internacional-da-producao-e-comercio-de-alimentos_02abril2020.pdf). Acesso em: 15 jan. 2023.

notas

1.O Sistema CNA, ligado à Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), vincula-se à administração paraestatal. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a administração paraestatal “caracteriza-se pela instituição, por lei, de um ente privado criado para atuar ao lado do Estado, recebendo delegação legal para a prática de atividades administrativas públicas, mas sem vínculo de qualquer natureza com a hierarquia da Administração Pública. No direito positivo brasileiro, são exemplos de entidades tradicionais da administração associada paraestatal, os serviços sociais autônomos, expressamente excluídos da administração indireta.” (MOREIRA NETO, 2014, grifo do autor).



O TEMPO, O DIREITO E A PENA: UM BREVE ESTUDO SOBRE A RELAÇÃO DE TEMPORALIDADE COM AS FINALIDADES DA PENA SOB A ÓTICA DE FRANÇOIS OST

ADRIANA BOHNERT

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar, a relação entre a temporalidade e as questões referentes a pena e sua fundamentação. Para tanto, inicialmente foram estudadas a conexão entre o tempo e o direito, através da lenda de Kronos, o Deus do tempo, e de como a concepção de tempo altera a compreensão do direito, estabelecendo o tempo como uma construção coletiva da sociedade, sendo, portanto, um tempo sócio-histórico, pressupondo a existência de um desenvolvimento histórico através do qual as comunidades forjam suas identidades, que são cheias de aspirações, projetos e promessas, e

direitos dos quais a justiça é guardiã. Posteriormente, foi estudado o nexó entre o tempo e a pena, fixando que sua função retributiva refere-se ao passado, sua função preventiva cuida do futuro, sendo que o presente teria conexão com a função reparativa, onde para o fim desde trabalho, enfatizou-se as duas primeiras funções, mais especificamente a primeira que liga-de as noções de vingança e ressentimento. Por fim, foram estudadas, as implicações da lei de talião e a diferenciação entre a pacificação e a vingança, determinando por fim que o tempo da pena é escrito na memória e que quando ligado

a vingança, anula-se no ressentimento, mas quando superado, traz confiança para o futuro, com formas de temporalidade melhoradas como o perdão e a promessa.

Palavras-chave: tempo; direito; pena; finalidades da pena; retributivismo; utilitarismo; temporalidade do direito.

1 INTRODUÇÃO

Dostoiévski, em seu romance autobiográfico titulado “A memória da Casa dos Mortos”, destaca que os presídios não corrigem o delinquente, apenas castigam-no com a intenção de proteger a sociedade de novos atentados contra a sua paz. A seu ver, o presídio e os trabalhos forçados aos quais eram submetidos os criminosos naquela época incutem “[...] apenas o ódio, sede por prazeres proibidos e uma levianidade horripilante” aos condenados.

O sistema de isolamento do delinquente também se torna ineficaz, pois alcança um objetivo falso e aparente, visto que suga a essência vital do homem, enfraquecendo a sua alma, deixando-a intimidada, terminando por apresentar à sociedade uma “2

Isso demonstra que a fundamentação da pena tinha e ainda tem conotações arcaicas, enraizadas na vingança e na ideia de castigo, que muito longe de legitimar o sistema penal, torna inalcançável as finalidades da punição quando de sua aplicação concreta, qual seja a finalidade socializadora e preventiva[MARQUES, Oswaldo H. Duek.

Fundamentos da pena. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 1.].

No entanto, o que o tempo tem a ver com a fundamentação da pena? Como dito anteriormente, os princípios que orientam a punição e sua aplicação, ainda hoje, possuem raízes profundas nas noções de vingança e ressentimentos e essas questões encontram origem na relação entre o direito e a temporalidade que foram estudadas por François Ost em sua obra titulada “O Tempo e o Direito”. Para o autor a relação entre vingança, o ressentimento e o tempo são de extrema importância para que possamos compreender a posição que a pena ocupa na

temporalidade.

Assim, de uma forma geral, o presente artigo tem por objetivo estudar, a relação entre a temporalidade e as questões referentes a pena e sua fundamentação. Para tanto, inicialmente foram estudadas a conexão entre o tempo e o direito, através da lenda de Kronos, o Deus do tempo, e de como a concepção de tempo altera a compreensão do direito, estabelecendo o tempo como uma construção coletiva da sociedade, sendo, portanto, um tempo sócio-histórico, pois é uma construção coletiva da história, pressupondo a existência de um desenvolvimento histórico através do qual as comunidades forjam suas identidades, que são cheias de aspirações, projetos e promessas, e direitos dos quais a justiça é guardiã. Posteriormente, foi estudada o nexos entre o tempo e a pena, fixando que sua função retributiva refere-se ao passado, sua função preventiva cuida do futuro, sendo que o presente teria conexão com a função reparativa, onde para o fim desde trabalho, enfatizou-se as duas

primeiras funções, mais especificamente a primeira que liga-de as noções de vingança e ressentimento. E nesse tocante foram estudadas as implicações da lei de talião e a diferenciação entre a pacificação e a vingança, determinando por fim que o tempo da pena é escrito na memória e que quando ligado a vingança, anula-se no ressentimento, mas quando superado, traz confiança para o futuro, com formas de temporalidade melhoradas como o perdão e a promessa.

2 O TEMPO E O DIREITO

Qual a relação entre a fundamentação da pena e o tempo? Relaciona-se mais com o tempo de pena aplicada ao indivíduo que delinuiu ou com o curso da pena na história da humanidade? Essas são questões que podem encontrar sua origem no elo entre tempo e direito, minuciosamente, estudado por François Ost, em sua obra intitulada “O Tempo do Direito”. Nesse sentido, para estabelecer essa conexão entre os componentes intrínsecos

a sociedade, é preciso entender o tempo, antes de entender a pena e sua fundamentação.

Ost, abre esta reflexão com a trajetória de Kronos, que confunde-se com a indivisão do não-tempo. No início, existiam apenas Urano e Géia, o céu e a terra, respectivamente, de cuja união surgiram inúmeros e incontáveis filhos, que eram lançados ao Tártaro. Tentando repelir a aproximação de Urano, Géia deu a Kronos uma foice, com a qual cortou os testículos de Urano, seu pai. O ato, marca a separação do Céu e da Terra e dá origem ao domínio de Kronos. Profeticamente alertado de que um de seus filhos o destronaria, Kronos devora seus filhos, assim que Réia, sua esposa, lhes dava a luz, até o momento em que Réia decide poupar a vida de um deles, Zeus, dando uma pedra para que Kronos engolissem. Chegando na idade adulta, Zeus, como previsto pelo oráculo, chefia a revolta e destrona o pai, enviando-o ao Tártaro³

O autor então se questiona, se é possível mensurar a negatividade que é atribuída ao tempo, ao

observar a trajetória de seu Deus:

Pois, enfim, que faz Kronos, que, ao separar o abraço da Terra e do Céu, lança o próprio movimento da história? Ele se coloca em posição de senhor do tempo, bloqueando sua passagem tanto em direção ao passado quanto ao futuro. Cortar os genitais de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; engolir seus próprios filhos é fazê-los regressar a uma posição uterina, é privar o porvir, desta vez, de qualquer desenvolvimento futuro. O tempo do tirano esgota-se em um presente estéril, sem memória nem projeto⁴

Destaca ainda que esse tempo estático é repetitivo, compulsivo repleto de comportamentos arbitrários que tornam evidentes, sempre as mesmas reações dominadas pela violência, estimulando um ciclo de

violência, que é o sinônimo de um tempo sem perspectiva gerando um “passado que não passa”, estando diante de uma impossibilidade que vem em dois sentidos, impossibilidade do passado e impossibilidade do futuro, demonstrando que o tempo nunca deixou de assombrar o homem.⁵

Em contraponto ao tempo violento de Kronos, encontram-se as Horas, cuja pluralidade de duração e alternância de períodos, que são bem-vindas, trazem uma medida equilibradas dos dias e das cidades, estimulando o início de um tempo dialético, mais aberto.⁶

Desde os Gregos, portanto, é colocada a relação entre a temperança, que corresponde a sabedoria do tempo, e a justiça que corresponde a sabedoria do direito, e que François Ost analisa na obra mencionada estabelecendo três teses. Para os fins deste artigo, trabalhar-se-a a primeira, que interpreta o tempo como uma construção social, e portanto como um desafio as questões de poder, estabelecendo uma exigência ética e um objeto

jurídico⁷.

Para Ost, o tempo é sócio-histórico, sendo um produto das “construções coletivas da história”, é um procedimento sempre em curso de elaboração⁸. Nesse tocante, como aproximar as questões relacionadas a fundamentação da pena com as questões ligadas ao tempo?

Como já mencionado, o tempo é uma construção coletiva da história, é portanto, uma construção social, isso pressupõe a existência um desenvolvimento histórico através do qual as comunidades forjam suas identidades respectivas, que são repletas de aspirações, projetos e promessas, que sem sempre são completamente realizadas, levar seriamente o precedente, aqui, é preservar o comprometimento, assumir as exigências que não pararam de delimitar o ser da comunidade, assumir as sombras do passado desta comunidade, tendo a sabedoria de rejeitar os elementos incompatíveis as aspirações, projetos e promessas essenciais. Essa responsabilidade, no que se refere aos pecados do passado é

um exercício de memória profética⁹, pois ela pretende aceitar o passado para atribuir-lhe um futuro, e nessa perspectiva o que guarda os pactos anteriores firmados e que ligam os indivíduos que compõe a comunidade, ou seja o que guarda o direito é a justiça¹⁰. A justiça guarda o direito, guarda a memória da promessa que se relaciona com o tempo, e é dentro da memória que o tempo se relaciona com as questões relativas a fundamentação da pena.

3 O TEMPO E A PENA

Segundo Ost, o mundo jurídico possui dois lados, um deles, o mais claro, a face diurna, composta por leis e direitos, uma face edificante e oficial, o outro lado, o mais obscuro, a face noturna é composto por prejuízos e ofensas, e ainda afirma que da mesma forma que se diz que “há direito antes do direito” seria correto afirmar que, também “há crime antes do crime”¹¹, pois o crime, como recorda Girard é sempre punido pela vingança:

Não há diferença nítida entre o ato que a vingança pune e a própria vingança. Ela é concebida como represália, e cada represália invoca uma outra. Muito raramente o crime punido pela vingança é visto como o primeiro: ele é considerado como a vingança de um crime mais original. A vingança constitui portanto um processo infinito, interminável¹².

Dessa forma, os homens sempre foram confortados com a violência, existindo um futuro antes do mal da mesma forma que existe um futuro antes da legalidade, e é nessa anterioridade do crime que se responde a perpetuidade da memória punitiva, portanto “punir é então, de início, se recordar”¹³.

Levando este ponto de vista em consideração, pergunta-se se o direito penal moderno ainda guarda essa relação tão próxima com a vingança? E para responder a esta questão é necessário visitar as funções

esperadas da pena no sistema penal contemporâneo, relacionando-as com suas respectivas dimensões temporais: a função preventiva que cuida do futuro, a reparativa, que dedica-se ao presente e a retribuição que refere-se ao passado¹⁴.

Pela função preventiva, a pena tem o objetivo de impedir o futuro, tolher os comportamentos que são indesejáveis em uma comunidade. Para Ost, é a finalidade da pena mais racional, contando com as graças do utilitarismo que teve como expositores principais Jeremy Bentham e John Stuart Mill¹⁵.

Para Bentham, a felicidade da comunidade é um cálculo hedonístico em que se somam as dores e os prazeres dos indivíduos membros dessa comunidade, substituindo a teoria do direito natural pela teoria do utilitarismo, passando de um mundo de ficção para um mundo de fatos, onde só a experiência seria capaz de afirmar se uma instituição é útil ou não, defendendo, portanto, a aplicação do princípio da utilidade.

Bentham inicia sua primeira e

principal obra “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação” afirmando que reinam sobre o ser humano dois “senhores soberanos”, a dor e o prazer, e que cabe a eles a orientação do que deve ou não ser feito, estando vinculados à norma, distinguindo o que é certo e o que é errado e as causas e efeitos dos atos humanos. Ou seja, a dor e o prazer governam a vida humana e se manifestam em cada ato, cada gesto ou palavra. O ser humano, portanto, é subjugado a esses elementos, e o princípio da utilidade, reconhecendo essa subjugação, coloca a dor e o prazer na base da construção da felicidade mediante a utilização da razão e da lei¹⁶.

Sob essa ótica, compreendendo que o ser humano é regido pelo prazer e pela dor, as normas e as leis devem ser aplicadas de forma que possibilite a cada ser humano buscar a sua felicidade, desde que essa felicidade se adequa aos limites aceitos pela comunidade na qual o indivíduo está inserido. Assim, deve ser recompensado tudo aquilo que incentiva a felicidade, e devem ser

punidos todos os atos que se posicionem contra ela¹⁷.

Tendo isso em vista, os indivíduos buscam com mais frequência o prazer em detrimento da dor e é dentro dessa vontade de promover o prazer que o princípio da utilidade encontra propósito¹⁸. O princípio da utilidade, portanto, é:

[...] aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isso vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo¹⁹.

Vale destacar o que Bentham

entende por “utilidade”. Na sua interpretação, o termo representa a característica que um objeto possui e na sua capacidade de transmitir felicidade, prazer, vantagem ou bem, sendo que, no sentido oposto, busca reduzir dano, dor, sofrimento ou infelicidade de algo específico, seja individual ou comum.

A comunidade, nada mais é do que um conjunto de indivíduos que se consideram seus membros e que a soma de seus interesses individuais resulta no interesse comunitário. É, portanto, impossível, tratar do interesse comunitário sem compreender o interesse individual. Ao atender aos interesses de um indivíduo específico, ocorre o aumento de seus prazeres ou diminui a soma de suas dores²⁰.

Dessa forma, a ação que estaria em harmonia com o princípio da utilidade maximiza a felicidade. Assim, uma vez que o governo toma atitudes utilitárias, ele visa, naturalmente, a maximizar a felicidade comunitária. Alguém partidário do princípio utilitarista valoriza os atos governamentais que buscam

a felicidade da comunidade, desaprovando os demais atos, ou seja, se os atos estão ou não em conformidade com os ditames e as normas utilitárias.

É, de certa forma, um princípio natural da constituição da natureza do ser humano, pois o homem consegue agir de acordo com esse princípio sem refletir constantemente a seu respeito, para justificar suas ações ou julgar as ações dos outros²¹.

As funções do governo, nesse ponto de vista, seriam promover a felicidade comunitária e punir os atos que ferem essa felicidade, sendo esse o objeto do Direito Penal. A necessidade da punição se mede pelo potencial pernicioso de um determinado ato que pode perturbar a felicidade, que é a capacidade de diminuir as dores e aproveitar os prazeres. A gradação de uma ação perniciosa é aferida segundo a soma de suas consequências materiais, ou seja, pela diferença entre as consequências positivas e negativas e sua capacidade de produzir prazer ou dor, independentemente da

intenção do agente²².

No tocante à intenção do agente, no que diz respeito às consequências de um ato, observa-se dois fatores: a vontade com relação ao próprio ato e a percepção do que acompanha a intenção; e o segundo fator depende do estado de consciência, inconsciência e da falta de consciência. Existe consciência quando o agente crê apenas em circunstâncias que realmente existem. A inconsciência ocorre quando o indivíduo deixa de ver a existência de algumas circunstâncias que existem na realidade. Já a falta de consciência é quando a pessoa imagina algumas circunstâncias que não existem²³.

Assim, todo ato que leva a uma punição precisa ser analisado tendo em vista quatro elementos: o ato em si, as circunstâncias mediante as quais o ato é praticado, a intenção que acompanha o ato e a consciência, inconsciência ou falta de consciência que acompanhou o ato.

Em suma, toda lei deveria visar à maximização da felicidade

comunitária, excluindo tudo o que a diminua, ou seja, todo ato pernicioso. No entanto, a punição por si só institui um ato pernicioso, pois constitui um mal, e, assim sendo, a punição só será permitida se sua aplicação prevenir um mal maior²⁴.

Não se deve aplicar a punição, portanto, quando não tiver motivo para punir; quando não existir resultado a ser evitado; quando a punição for ineficaz, não evitando o prejuízo; quando for inútil, sendo o prejuízo gerado pela pena maior do que o prejuízo causado pelo ato pernicioso; e quando for supérflua, isto é, quando o prejuízo pode ser evitado sem a aplicação de uma punição²⁵.

Quando valer a pena punir, leva-se em consideração quatro objetivos. O primeiro é evitar ofensas ou crimes, ou, como destaca Bentham “[...] agir de tal forma que não haja possibilidade de se cometer nenhuma ofensa ou crime”²⁶. O segundo objetivo, quando for inevitável que alguém cometa um crime, que o agente seja impelido a

cometer um crime menos danoso à comunidade. O terceiro objetivo visa a evitar que o prejuízo do crime cometido pelo agente seja maior do que o necessário para obter a finalidade almejada. Por fim, o quarto objetivo seria evitar o prejuízo do crime de forma “menos dispendiosa”²⁷.

Tendo por base esses objetivos, serão estabelecidas as normas que determinarão a proporção em que a punição deverá ser aplicada. A primeira norma corresponde ao primeiro objetivo, que é evitar os crimes e as ofensas, e, nesse sentido, o valor da punição não pode ser inferior ao que é necessário para superar o quantum de benefício que se adquire com o crime, pois do contrário a punição será, inútil, portanto, ineficaz.

A segunda norma, ainda ligada ao primeiro objetivo, prevê que, se o indivíduo tem o conhecimento de que um determinado crime deve ser evitado por um grau de punição, quanto pior for o resultado do crime, maior será o valor da pena aplicada. É uma questão

de chance, pois a punição sempre terá um preço que é cobrado antecipadamente. Assim, para cumprir o seu objetivo, a segunda norma prevê que, quanto maior for o prejuízo causado pelo crime, maior deverá ser o preço da pena aplicada ao agente.

A terceira norma se relaciona com o segundo objetivo, que é induzir o criminoso a escolher o crime de menor prejuízo, determina que, quando houver dois crimes, a pena aplicada ao mais prejudicial seja graduada de forma que influencie o agente a escolher o crime de menor prejuízo.

A quarta norma corresponde ao terceiro objetivo, que é não causar dano maior do que o necessário para obter o benefício do delito, estabelece que a “[...] punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la”²⁸.

A quinta norma se liga ao último objetivo, que define que seja qual for o crime que se queira evitar,

deve-se fazê-lo de forma menos onerosa, prevê que a punição não pode ser maior do que o quilate necessário para que se adeque às normas previstas acima.

Por fim, na sexta norma, Bentham estabelece que, segundo os modos e intensidades diferentes como as pessoas são afetadas, uma punição aplicada de forma igual nem sempre gera a mesma quantidade de desconforto e dor em pessoas distintas.

No pensamento de Mill, de uma forma muito semelhante ao de Bentham, utilidade não é o oposto do prazer, mas sim o próprio prazer e a ausência de sofrimento e dor. Dessa forma, aqueles que aceitam o princípio da utilidade como um fundamento moral defendem que os atos corretos são os que viabilizam a felicidade e, em contrapartida, reconhecem que os atos considerados errados diminuem essa felicidade. Por felicidade se entende, como dito antes, o prazer e a ausência de dor. Ainda, destaca-se que alguns prazeres da vida são mais desejáveis do que outros, dando

preferência àqueles prazeres que todos os membros da comunidade experimentaram e que geralmente estão ligados ao sentimento de dignidade, de forma que é essencial a todos os seres humanos, sendo, portanto, uma das faculdades mais elevadas²⁹.

O autor assevera que alguns prazeres são preferíveis a outros, não pela quantidade de prazer que geram, mas sim pela qualidade. Os prazeres que derivam de faculdades e sentimentos elevados são preferíveis em detrimento daqueles que são motivados pela natureza animal do ser humano. No entanto, o critério para a compreensão adequada do utilitarismo não é a aquisição de felicidade para um indivíduo específico, mas a soma de prazeres que acarreta na felicidade geral. Se existir dúvida a respeito de ser possível um caráter nobre ser considerado o mais prazeroso em razão de sua nobreza, não pode existir dúvida de que esse caráter nobre pode tornar muitas pessoas felizes, o que resultaria em ganho inestimável para o mundo. Dessa forma, o princípio

da maior felicidade e o utilitarismo determinam que:

[...] o fim último, com referencia ao qual e pelo qual todas as outras coisas são desejáveis (quer consideremos o nosso próprio bem ou o de outras pessoas), é uma existência tão isenta possível de dor e tão rica quanto possível de gozos, tanto do ponto de vista da quantidade como da qualidade. A prova de qualidade e a regra para medi-la em relação à quantidade é a preferência sentida por aqueles que, pelas suas oportunidades de experiência, às quais se devem apresentar seus hábitos de autor-reflexão e auto-observação, estão mais bem dotados dos meios de comparação³⁰.

Nesse sentido, o utilitarismo ligado à moral entende que o ser humano tem a habilidade de sacrificar o que considera como bem para si em prol de um bem maior, do que

representa o bem para os outros, mas não reconhece que o sacrifício seja um bem em si, considera que o sacrifício é desperdiçado se não alcança a felicidade geral da comunidade: “A única autorrenúncia que aprova é a devoção à felicidade ou a alguns dos meios que conduzem à felicidade dos outros, quer se trate da humanidade coletivamente, quer se trate dos indivíduos nos limites impostos pelos interesses coletivos da humanidade”³¹.

Assim sendo, Mill busca refinar a teoria de Bentham, fazendo-a menos calculista, utilizando-se não apenas de critérios quantitativos, mas também qualitativos³². Ambos concordam que se deve procurar o prazer como objetivo da vida humana, sendo que, para Mill, essa busca não é numérica, pois engloba a qualidade dos prazeres buscados. Considerando que existem prazeres superiores, a maximização da felicidade estaria vinculada à eleição desses valores mais elevados³³.

O ato correto, e obrigatório, é sempre aquele que torna maior a felicidade geral. No entanto, essa

maximização da felicidade só pode ser alcançada se cada ser humano, utilizando-se de suas faculdades, escolher seu próprio caminho e selecionar os atos corretos por compreender que, se os outros estiverem felizes, o indivíduo, em particular, também estará³⁴.

A finalidade reparadora da pena, preocuparia-se, mais especificamente com a vítima, procurando reparar seu prejuízo, reparar o dano causado a ela, encontra-se no presente pois busca amenizar e reduzir o prejuízo sofrido pela vítima, sendo ela uma pessoa individual, ou uma coletividade. Nesse tocante o agente do dano deve, além de arcar com a responsabilidade objetiva do ato, obrigar-se a reparar, mesmo que nenhuma falta possa lhe ser atribuída. Essa função da pena permaneceu por muito tempo relegada ao esquecimento, no entanto, hoje opera-se um retorno dessa finalidade da pena, um retorno forçado, levando em conta a retribuição dá um lugar central à vítima, dentro do processo penal³⁵.

Já a função retributiva, a que

Ost dá mais importância em sua reflexão, é a mais antiga das teorias de finalidade da pena³⁶, a qual traz pela primeira vez a ideia de culpabilidade, cujo princípio garante que a ninguém será aplicada pena sem que tenha havido um crime e que o suposto agente seja julgado perante um tribunal. Isto é, só será punido aquele que infringiu a lei, sendo, por isso, merecedor da reprovação estatal³⁷.

Boonin afirma que o retributivismo olha essencialmente para o passado porque compreende que uma ofensa ocorrida no passado é suficiente para que se justifique uma punição no presente, sendo irrelevante as consequências que essa punição trará no futuro, sejam elas positivas ou negativas. Dessa forma, o retributivismo começa com o pressuposto de que a punição é moralmente aceita e é baseada no merecimento, ou seja, a punição é permitida pois a pessoa merece ser punida³⁸.

Para o retributivismo, a punição e a censura guardam relação com o mérito. O mérito, por sua

vez, advém da culpa do agente, que mesmo consciente e responsável, conhecedor das normas legais, comete erro público e, portanto, culpável. A punição neste caso é proporcional ao erro cometido, como destaca Coitinho: “Para o retributivismo, a pessoa que age erroneamente mereceria sofrer de forma proporcional ao seu erro, tendo por foco a culpa do agente, isto é, um ato do passado”³⁹.

A partir da visão retributivista, o merecimento da punição pela culpa do agente retiraria o mal causado pelo Estado por meio da aplicação da pena, e, assim, o valor negativo de sofrimento da punição se tornaria positivo. A maior parte dos retributivistas acredita que o infrator merece sofrer a punição mesmo que não se alcance nenhum outro objetivo com a sua aplicação.

Roxin nos lembra que a teoria retributiva não encontra a justificativa da pena como um fim socialmente útil, pelo contrário, é uma teoria absoluta, em que se afirma que o fim da pena é independente de seu efeito social. Segundo esse

entendimento, a pena é uma imposição de um mal que retribui, equilibra e expia a culpa do agente diante do fato cometido⁴⁰.

Essa interpretação da pena não é nova, acompanha a humanidade desde a Antiguidade e permanece viva na sistemática da comunidade com muita naturalidade. Segundo Roxin, “[...] la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense”⁴¹.

Assim, quando um sistema penal é formado sob essas estruturas, ele olha para o passado, quando o crime já foi cometido:

É uma compensação de culpa, de uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores, tais como devem ser. À culpabilidade, como categoria evolutiva da simples noção de dano, corresponde a pena. Os dois termos são indissolúveis, binários, sempre

necessários e proporcionais, de modo com que a afirmação ou negação de um deles importe na mesma polaridade adstrita ao outro. A pena não vislumbra nenhum fim socialmente útil, postulando a resposta, a expiação do mal cometido, traduzido juridicamente por um injusto culpável⁴².

Importa, nesse momento, traçar a compreensão dos dois principais filósofos que defendem a retribuição como fundamentação legítima da pena, sendo eles Kant e Hegel. Kant, ao buscar responder à questão “por que punir?”, junta a ela outra questão a respeito do princípio interno da pena e de sua finalidade externa, ou seja, trata concomitantemente o problema da razão de ser da punição e de seu efeito. O crime, para Kant, é a razão primeira e única da pena, não se pode punir um indivíduo para que ele não cometa mais crimes, mas sim porque cometeu um⁴³.

Como liberal, Kant, adotando

uma postura transcendental da natureza humana, via com reservas a utilização do homem como instrumento e como meio para se alcançar um bem social, o que acontece no modelo utilitarista, o qual ele repudia veementemente⁴⁴.

Kant entendia que o contrato social não poderia ser selado por um ser humano que oferta sua liberdade em prol da convivência harmônica em comunidade sob o teto da obediência da lei. Se assim fosse, a fundamentação da pena precisaria ser aceita de forma mútua, no entanto, a fundamentação da pena encontra-se no merecimento. Há, portanto, apenas retribuição, não aceitação⁴⁵. Nesse sentido:

A liberdade, como elemento configurador da natureza humana, não pode ser ceifada pelo contrato. De acordo com o seu raciocínio, é a celebração de um estado jurídico, com o qual o homem, aí sim, alcança sua liberdade, homenageando-a de modo verdadeiro

e profundo. A liberdade é garantida pelo Estado através da atividade jurídica, possibilitando a convivência e a expressão daquilo que é inato ao homem e ao seu desenvolvimento⁴⁶.

Baseado nesse raciocínio e nesse pensamento a respeito da liberdade, Kant explica que a pena não pode utilizar o homem como um meio para atingir outro objetivo, visto que o homem é um fim em si mesmo. A pena, sob esta perspectiva, não possui outra finalidade se não reestabelecer o mal causado pelo cometimento do crime.

Kant, começou a distinguir a punição jurídica da punição natural. Pena natural, para o autor, corresponde ao sofrimento moral que engloba várias torturas da consciência e que podem levar à execução de um delito. Já a punição jurídica não precisa inspirar esses sentimentos de culpa, pois encontra sua justificação no ato ilícito cometido pelo agente, ou seja, pune-se “porque” e não “para que”⁴⁷.

Höffe assinala que Kant não procura compreender a pena natural, que é aquela cujo legislador não possui apreço, mas se ocupa da pena criminal e a compreende como uma instituição pública:

Kant não se propõe a analisar a pena natural “pela qual o vício se pune e à qual o legislador não tem consideração. A pena de que trata exclusivamente é a pena penal como instituição de direito público. Ele lida com isso no contexto de seu <Comentário geral sobre os efeitos jurídicos decorrentes da natureza da união civil>, que segue imediatamente o parágrafo 49 do direito público. Na seção E, mais extensa, trata do “direito de punir e perdoar”. Começamos por definir os conceitos de direito de punir, crime e punição judicial, sem fundamentar mais precisamente essas definições; seu significado, do ponto de vista

do método, não é tão óbvio quanto se poderia desejar (tradução nossa) [“Kant ne se propose pas d’analyser la peine naturelle «par laquelle le vice se punir lui-même et à laquelle législateur n’a point égard. La peine dont il s’occupe exclusivement est la peine criminelle en tant qu’institution de droit public. Il la traite dans le cadre de sa <Remarque générale sur les effets juridiques qui découlent de la nature de l’union civile> qui suit immédiatement le paragraphe 49 du droit public. Dans la section E qui est plus vaste, il traite du <droit de punir et de gracier>. On commence par y définir les concepts du droit de punir, du crime et de la peine judiciaire, sans fonder ces définitions avec plus de précision; leur signification, du point de vue de la méthode n’est pas aussi évidente qu’on pourrait le souhaiter”].⁴⁸

Portanto, Kant entende que o Estado deve punir o agente infrator por ter infringido a lei, não existindo outra razão para fazê-lo:

A pena jurídica (poena forensis), que difere da pena natural (poena naturalis), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser usada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinqüiu; porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade inata o garante contra tal ultraje, mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil. O malfeitor

deve ser julgado digno de punição antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico...⁴⁹.

Kant entendia a pena, do ponto de vista filosófico, como uma retribuição ética e preocupava-se com a intensidade da resposta estatal ao delito praticado. O conteúdo da sanção correspondia à proporcionalidade quando a função era a consolidação da justiça⁵⁰.

Dessa forma, para identificar que pena deve ser aplicada, Kant defende que deve-se ter por base o princípio da igualdade, como especifica em sua obra:

Mas qual o tipo e o grau de pena que a justiça pública adota como princípio e padrão? Nenhum outro senão o princípio de igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais

para um lado do que para o outro. O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo. Se você o insulta, então insulta a si mesmo; se você o rouba, então rouba a si mesmo; se você o agride, então agride a si mesmo; se você o mata, então mata a si mesmo. Somente o direito de retaliação (jus talionis) pode oferecer com segurança - nos limites do tribunal, é evidente (não em seu juízo privado) - a qualidade e quantidade da punição; todos os outros critérios oscilando de um lado a outro e não podendo, devido a outras considerações imiscuídas, adequar-se ao veredicto da pura e estrita justiça⁵¹.

A pena sempre deve guardar relação com a proporcionalidade mesmo que não de forma absoluta e, na impossibilidade de equivalência, deve ser aplicada em equiparação.

Kant fundamenta a aplicação da pena em razão do delito cometido sem outras finalidades, em função da sua compreensão de Dignidade da Pessoa Humana, que impede que o ser humano seja utilizado como meio para outros fins⁵².

A dignidade, para Kant, é um valor intrínseco e absoluto, ou seja, não pode ser substituído por algo equivalente:

No reino das finalidades tudo tem um preço ou uma dignidade. No lugar daquilo que tem um preço, pode ser colocada outra coisa, equivalente; por outro lado, possui uma dignidade aquilo que está acima de qualquer preço, portanto, não possui nenhum equivalente. O que se refere às necessidades e inclinações humanas em geral, têm um preço de mercado; aquilo que não pressupõe uma necessidade, mas está de acordo com um determinado gosto, isto é, com

o prazer de uma simples diversão gratuita que satisfaz nossa sensibilidade, possui um preço afetivo; mas o que leva em conta a condição pela qual algo possa ser uma finalidade em si, não possui um valor apenas relativo, isto é, um preço, mas um valor interno, ou seja, uma dignidade. Então a moralidade é a única condição pela qual um ser racional pode ser finalidade em si mesmo, porque só por meio dela é possível alguém ser um membro legislador no reino das finalidades. Portanto, a moralidade e a humanidade na medida em que esta última é apta a possuir essa moralidade, são as únicas a terem dignidade⁵³.

Na concepção de Kant, a dignidade se limita ao ser humano possuindo uma viés fortemente igualitário; é a qualidade da qual todos os seres humanos compartilham, independentemente do lugar

que cada indivíduo ocupa dentro da comunidade; é o valor individual e inalienável. Nesse sentido, estamos todos submetidos às demandas que esta qualidade exige, sendo que a questão proposta por Kant é o que exatamente permite que a boa intenção ou a virtude faça essas demandas⁵⁴.

As demandas ligadas ao valor da dignidade vinculada ao ser humano, na visão de Kant, seriam permitidas pela cooperação do ser humano na legislação universal. O ser humano, conseqüentemente, seria um partícipe no reino das finalidades, ao qual já estava destinado a pertencer simplesmente por ser humano e ter finalidade em si mesmo, seria livre e cumpriria a lei que impôs a si mesmo, de modo que suas ações sejam o espelho da lei universal à qual se submetem⁵⁵. Dessa forma:

Nada tem um valor além daquele que lhe é determinado pela lei. Mas justamente por isso a própria legislação que determina

todo valor, precisa ter uma dignidade, isto é, uma valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito nos fornece a expressão mais convincente da estima que um ser racional deve lhe dedicar⁵⁶.

Assim, observa-se que a dignidade não se encontra apenas onde se limita a aplicação da punição, mas também onde se imputa ao indivíduo o crime cometido, pois, antes de a pena ser aplicada, o agente precisa ser considerado punível⁵⁷. Punir um criminoso e considerar que a aplicação dessa pena teria outra finalidade seria admitir a utilização desse criminoso, que é um ser humano, como um meio — o que é inadmissível para Kant.

Ainda segundo Kant, com o cometimento do crime, ocorre uma separação radical, em que parte do ser do criminoso, uma parte sensível, de nível empírico, quer uma ação ilícita em nome de um interesse imediato e se estabelece, com

o ato em si, uma relação de vontade pura. Essa relação deixa do sujeito empírico e passa a ser do sujeito puro, o sujeito da lei, e, em razão disso, deseja, de uma forma universal e absoluta, a punição para aquele que comete um ato criminoso. Nesse sentido, condenar um criminoso é honrar os interesses superiores de sua razão pura, é prestar justiça à sua humanidade⁵⁸:

Punir um homem é prestar justiça a esta exigência de justiça que ele transporta em si, enquanto ser racional e moral, sejam quais forem as vicissitudes da sua vida particular. Punir um homem para o tornar melhor ou fazê-lo servir de exemplo aos outros é negar a sua humanidade pura, é degradá-lo, é reduzi-lo ao nível da bestialidade, à animalidade sensível. No seu sentido autêntico, a punição que atinge o ser criminoso, ao mesmo tempo que atinge o eu sensível, respeita

o sujeito puro⁵⁹.

Compreender o crime como a única razão para a aplicação e existência da pena, cujo objetivo é punir um indivíduo que delinuiu, e não para prevenir outros delitos, sem a necessidade de inspirar sentimentos de arrependimento, demonstram o caráter antiutilitarista de Kant. Como já mencionado, a punição, sob o prisma kantiano, justifica-se pelo simples cometimento do crime, e a aplicação da reprimenda é uma homenagem à liberdade do ser moral que é o homem, e, mesmo que as consequências pareçam severas, é do humanismo que se trata a pena. O homem que recebe a reprimenda por um ato ilícito cometido por sua livre vontade não deve, em nenhum caso, ser considerado como um meio para a segurança de outros indivíduos, nem mesmo para a sua própria felicidade⁶⁰:

La peine n'est pas une mesure préventive mais bien une mesure post factum et elle se distingue de ce fait des

techniques de manipulation en vue d'un "monde nouveau et radieux", de formes patentes ou cachées de conditionnements et de propagande, de même que les techniques mises en oeuvre pour rendre inoffensif de prétendus "associaux". De plus, la peine ne devant pas seulement être infligée après le crime mais aussi en raison de celui-ci, Kant anticipe sur la théorie de la rétribution générale qui apparaît à l'alinéa suivant⁶¹.

Nesse sentido, considerar o caráter utilitarista no que diz respeito à pena corre o risco de incorrer na condenação de inocentes:

Quando se faz entrar a pena em cálculos de utilidade, quando se recusa baseá-la apenas no crime cometido, nada impede então que se condenem inocentes, desde que esta pena produza um ganho superior à condenação dos culpados. A

partir do momento em que, para fazer cair a sentença, o juiz já não diz "julguemos", mas "calculemos", priva-se o mundo de justiça e de sentido⁶².

Kant busca fazer uma crítica à doutrina penal do século XVIII, em que a pena apenas possuía o objetivo de ser útil à sociedade a partir da intimidação de prováveis delinquentes, por meio da sua teoria da retaliação. O filósofo defende a tese contrária e sua primeira razão a qual justifica que a pena criminal é baseada nas considerações sobre a justiça. Essas considerações são definidas dentro dos conceitos da razão prática pura. A lei penal, ao seu ver, possui a dignidade de um imperativo categórico, pois a justiça é uma exigência válida na aplicação da pena. A teoria da intimidação rebaixa o homem a um meio de atingir o bem social e privam-no da sua inviolável dignidade humana, sendo, portanto, injusta⁶³.

Para Kant, a doutrina penal, em seu sentido lato, inicia-se com

a ideia da razão prática, na qual a transgressão de uma lei moral é punível com a faculdade coercitiva, que se liga analiticamente ao direito e valida ao Estado, e, por fim, com a instauração do Estado Público de Direito, necessário para assegurar os direitos congêntos e legitimamente adquiridos. Esses elementos, juntos, respondem à questão "por que o estado deve punir?"⁶⁴.

Já o Direito Penal, em sentido estrito, desenvolvido pelo Direito de Estado, ocupa-se de responder a outras três questões: tornar claro o conceito de Direito Penal; estabelecer quem pode ser punido; e, por fim, determinar o princípio que deve regular o modo e a medida da sanção penal⁶⁵.

O Direito Penal, para Kant, corresponde a uma faculdade que compete ao poder público e ao poder executivo, contemplando, assim, a divisão de poderes. Ainda, compreende que é:

[...] na base da legislação que os tribunais impõem a pena, enquanto

o exercício da faculdade punitiva compete ao poder executivo. Visto que a faculdade punitiva nem compete aos prejudicados nem a vizinhos furiosos, tampouco a um difuso público (“sociedade”), senão a um poder juridicamente autorizado, e que este não pode atuar arbitrariamente, sendo conforme a sentenças de tribunais, e estes, por sua vez, só conforme à legislação vigente, a pena judicial não é o que, às vezes, se objeta a ela: um instituto vingativo da sociedade⁶⁶.

Assim, a faculdade punitiva é aplicada a sujeitos considerados submissos, ou seja, àqueles que se submetem à lei, grupo no qual se insere, inclusive, o indivíduo detentor de poder estatal, o chefe de Estado. Ainda, destaca-se que essa faculdade punitiva deve ser exercida sobre o agente em razão do crime cometido, aplicada por causa e de forma posterior a uma transgressão

jurídica. O Direito Penal, portanto, defende o princípio da retaliação, a partir do qual a pena se refere aos delitos que colocam em perigo a coletividade e não apenas as pessoas singulares. O comandante, segundo Kant, tem o direito de causar sofrimento, de causar mal ao agente. No entanto, pontua que nem todo mal tem caráter penal, e o que diferencia uma catástrofe natural da imposição da pena jurídica é a ação consciente e livre do agente⁶⁷.

Ao buscar responder às questões relativas a quem deve ser punido, Kant apresenta a retaliação geral como um princípio penal. Afirma que a pena judicial tem caráter de retaliação pois será aplicada apenas à figura do agente em razão de ter cometido ato considerado ilegal. Ainda, para que a pena seja aplicada e para que seja possível subtrair algum benefício, seja social ou pessoal, é necessário que alguém tenha sido considerado punível de forma prévia. Dessa forma, Kant não ignora o aspecto intimidador da pena, mas o coloca em segundo plano⁶⁸.

Por sua vez, o princípio da retaliação especial responde às questões que se relacionam com a forma e com a medida da pena a ser aplicada ao agente. Aqui, a culpa não é só uma condição necessária, mas uma condição suficiente para a imposição da pena judicial. A retaliação não depende de analisar a gravidade do crime cometido encontrando a pena correspondente, mas exige que não seja aplicada uma pena demasiada leve ou rigorosa em relação ao delito cometido. Assim, Kant não considera justa uma sentença que se baseia no arbítrio subjetivo do juiz ou no caráter utilitarista da sociedade. Para ele, a sentença justa é aquela que leva em consideração o peso do delito⁶⁹.

Em um contexto mais abrangente, Kant não afirma que a pena não deva procurar recuperar o delincente ou proteger a sociedade, mas que se tem o dever de se defender contra a perversão lógica de procurar no princípio da pena o seu efeito. Se da pena surgirem os benefícios de recompor o agente e

proteger a sociedade, é excelente. O que não se pode fazer é utilizar os benefícios para justificar a pena, ou seja, não é possível se basear no lucro sem recair em imoralidade. Pois, antes de buscar o lucro, a pena precisa procurar ser justa. Para Kant, portanto, é preciso punir por princípio⁷⁰.

Por sua vez, Hegel entende o Direito como uma ferramenta de coação (visto que objetiva agir contra a violência exercida em relação à liberdade), que é realizada por meio de algo exterior e submete a sacrifícios e à aplicação de força⁷¹.

Todo ser humano possui uma vida exterior baseada na liberdade, e essa liberdade é capaz de ser ferida por um ato violento ilegítimo, cuja resposta violenta é uma característica do sistema jurídico o qual a comunidade integra⁷². Para Hegel, a pena suprime a agressão:

O princípio de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com

outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira.⁷³

Do seu ponto de vista, mediante as agressões, que são o resultado da violência, adota-se a proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada como resposta. Aqui, não se identifica a pena como um mal, pois não faria sentido acrescentar um mal ao outro já praticado, o que se destaca é a justiça, sendo o crime uma negação do Direito, deve ter uma resposta adequada a ele. Nesse sentido, sendo o crime cometido pela vontade consciente do delincente, a pena é compreendida como seu direito. A pena é a medida proporcional, e, portanto, no pensamento de Hegel, a pena é a negação da negação do Direito⁷⁴.

Afirmando que a pena é uma negação do crime, ela teria um efeito de anulação do mal causado pelo delito e seria, assim,

a reafirmação de justiça⁷⁵. Nesse sentido:

O ato criminoso cometido pelo ofensor, o dano que este causou a sua vítima, seria uma expressão de injustiça, por ele negar à vítima aquilo que seria seu por direito. Essa negação seria um ato de injustiça. Ao negar esse ato de injustiça, a punição seria uma reafirmação da existência do direito e da justiça e, portanto, um ato de justiça⁷⁶.

Em outras palavras, Hegel interpreta o crime como uma violação da liberdade de um ser livre e racional, mediante a manifestação de sua vontade. Assim, sendo o Direito que realiza essa liberdade, quando ela é violada, viola-se o próprio Direito. No cometimento do crime, nega-se “[...] o que há de universal no predicado do que me pertence — a capacidade jurídica —, e isso sem que haja a mediação da minha opinião.

É o domínio do Direito penal⁷⁷.

Nesse sentido, a pena forma dois caminhos concomitantes. O primeiro é o interno, o qual a pena compreende como o resultado da cinesia do próprio Direito. O segundo, corresponde ao caminho externo e tem a pena como meio de manutenção da identidade social, orientando o comportamento ao demonstrar a norma⁷⁸.

Com uma visão levemente distinta da de Kant, Hegel admite um segundo fim para a punição, o qual seria subsidiário e só admitido depois que a pena tenha cumprido o seu objetivo primordial, que é a resolução proporcional e justa do mal causado pelo agente. Portanto, para o filósofo, a pena pode até adquirir aspectos de correção e intimidação, mas somente depois que a sanção justa ao caso tenha sido aplicada:

As diversas considerações referentes à pena como fenômeno, à influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que

tem na representação (intimidação, correção, etc.) ocupam o lugar próprio, até mesmo o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de se a pena é justa em si e para si⁷⁹.

No entanto, ele também adverte que a teoria que fundamenta a aplicação da pena com o objetivo de prevenir novos crimes nega o ideal de justiça, admitindo que os seres humanos, como os animais, poderiam ser treinados para não cometerem outros delitos mediante a utilização de ameaças, deixando de lado fundamentos básicos do Direito e da Justiça, como a liberdade⁸⁰.

Dessa forma, se alguém deixa de cometer um delito por medo de ser punido, seria o mesmo que dizer que esse indivíduo não tem capacidade de entender os motivos pelos quais não deve delinquir. Retira-se do ser humano a capacidade de agir por razões, igualando-o a um

animal que age motivado por instintos básicos e irracionais, buscando o prazer ou fugindo da dor⁸¹.

4 A LEI DE TALIÃO E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PACIFICAÇÃO E VINGANÇA

Antes de mais nada, no que se refere a Lei de Talião e a vingança, é preciso observar que as referências a pensamentos semelhantes são encontrados em inúmeros lugares, inclusive na Bíblia, no Corão, na lei das XII tábuas, e também no Código de Hamurabi, e em decorrência disso, muitas vezes a Lei de Talião conta com uma compreensão e expressão da lei universal. Essa Lei Universal faz uma apreciação repleta de contraste e que corresponde a práticas opostas. Possui portanto, por um lado, uma forma regressiva de violência, quando entendida sob a ótica da vingança privada, virtualmente interminável, cega e desmedida, e por outro lado, sob a ótica de uma figura justiceira, rudimentar, porém sólida e legítima, que se concretiza em um

sistema vindicativo reconciliador, ou em um princípio racional de reparação por tribunais embrionários. Essas duas interpretações da Lei de Talião, conduzem a duas compreensões distintas no que se regere ao tempo⁸².

No primeiro ponto, quando colocada em comparação a instituição judiciária, a vingança é compreendida como paixão funesta, como um desejo de violência que se alimenta daquilo que se lhe opõe, e que muitas vezes se fantasia de justiça, de justa retribuição, multiplicando a violência, ao em vez de tranquilizar. Nessa dimensão vingativa, o tempo paralisa em um espaço fechado no momento da ofensa, que é o passado, confinando o presente e o futuro a uma repetição⁸³. Assim, como destaca Ost:

Ora, o que é muito significativo é que esta incapacidade da vingança chegar a um outro tempo, fechado e repetitivo, corresponde também à sua incapacidade de chegar à terceira instância

social que permitiria triangular o conflito, e, desse modo, pacifica-lo duradouramente. A vingança é simultaneamente obsessiva e privada: encerrada no face a face estéril do delinquente e de sua vítima, esta forma de sanção permanece também prisioneira de um tempo entrópico e mortífero: literalmente, “não dá para sair”⁸⁴.

No que se refere ao sistema vindicativo, inicialmente é preciso aprender a distinguir o vindicativo do vindicatório. O primeiro diz respeito ao desejo cego de vingança, que foi mencionado anteriormente, já o segundo relaciona-se com a instituição que tem por objetivo de manter a violência em níveis aceitáveis, limitando-a. O sistema vindicatório compreende que a ofensa precisa de uma reparação, o equilíbrio precisa de retribuição. Surge então a necessidade de civilizar a vingança, fazendo a passagem da barbárie para a cultura, que

corresponde ao seu objetivo inicial, a retribuição, porém aplicada por um tribunal, de uma terceira instância para reger a lide. O que permite que possa-se operar substituições de compensação menos grosseiras que o “olho por olho”. O objetivo passa a ser reatar os laços sociais por meio da transformação do conflito⁸⁵.

Assim, o tempo da pena não é mais inscrito na memória, pois a pena na memória anula-se no ressentimento, e superando este, possibilita a confiança no futuro⁸⁶. Importa, portanto que a memória desenvolva-se e suplante a vingança em formas melhoradas de temporalidade como o perdão que cumpre a função de romper o elo com o passado, e o tempo da promessa que a partir do questionamento, forja um novo futuro. A vingança quando fixada no passado e no ressentimento torna-se regressiva e funesta, mas quando se socializa passando para uma perspectiva de reconciliação, olhando para o futuro, a vingança passa se chamar exigência de justiça, inaugurando

uma dimensão temporal nova que toma um sentido mais ligado na esperança que ao ressentimento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração a conjectura atual do sistema criminal onde a pena ainda possui uma conotação muito estreita com a vingança, é preciso lançar um olhar mais atento para os males que lhe são resultantes, visto que é necessário que a sociedade compreenda o que ela mesma produz. Observando estes males é possível notar que a pena em si não tem alcançado os objetivos primordiais a que se propõe, não previne novos delitos e não favorece a estabilidade social.

Contudo, o que o tempo tem a ver com as questões penais? Qual a relação entre a temporalidade e a fundamentação da pena? Esse elo é explicado por François Ost em sua obra “O Tempo e o Direito”, onde ela estabelece a conexão entre a vingança, o ressentimento e o tempo, para compreender a posição que a pena ocupa nas noções de tempo e

temporalidade.

Assim, o presente trabalho buscou, de forma breve, estudar a linha, mesmo que tênue, entre o tempo o direito, a pena e sua fundamentação. Dessa forma, primeiramente analisou-se a ligação entre o tempo e o direito, iniciando com a lenda de Kronos, o Deus Tempo, destacou-se que a concepção do Tempo altera a compreensão de direito ao longo da história, estabelecendo-se o tempo como uma construção coletiva da sociedade, caracterizando-se, portanto como o tempo sócio-histórico, que pressupõe a existência de um desenvolvimento histórico pelo qual as comunidades instituem sua identidade que possuem como elementos constituintes aspirações, projetos, promessas, que por sua vez compõem os direitos cuja guardiã é a justiça.

Em um segundo momento foi estudada o elo entre o tempo e a pena, onde François Ost estabelece que as finalidades da pena possuiriam correspondentes temporalidade. Ao seu ver, a finalidade

retributiva da pena guardaria correspondente com o passado, no qual a pena era compreendida apenas como uma resposta ao crime, sem possuir objetivos adicionais, tendo como guia as visões de Kant e Hegel, seus principais expositores. A finalidade preventiva, com base apoiada na teoria utilitarista, cuidaria do futuro, pois a pena, nessa concepção, era compreendida pelo seu objetivo principal, qual seja a prevenção de novos delitos por meio da dissuasão, utilizando-se as obras de Bentham e Mill para fundamentar esse modelo teórico. Já o presente estaria interligado com uma função reparativa, pouco estudada por Ost, que deu ênfase as duas primeiras finalidades penais.

Por fim, com o objetivo de tornar mais tangível a conexão entre o tempo e a pena, foram examinadas as implicações da Lei de Talião destacando a diferenciação entre a pacificação e a vingança por si só, abrindo espaço para o pensamento de que o tempo da pena está escrito na memória, e que essa memória, quando interligada com a

vingança torna estático, anula-se no ressentimento, e que para inspirar confiança no futuro é preciso superar esse ressentimento, com formas melhoradas de temporalidade como o perdão e a promessa.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BOHNERT, Adriana. Violações de direito pela mídia: uma análise jurisprudencial. In: BARRETO, Vicente de Paulo et al. (org.). Dimensões teóricas e práticas dos direitos humanos. Porto Alegre: Fi, 2019. Cap. 3. p. 67-68. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_7d260ebb90e24893bfab3113ae5ad5f8.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

BOONIN, David. The problem of punishment. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

COITINHO, Denis. Contrato & virtudes: por uma teoria moral mista. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

COSTA, Daniel de Vasconcelos. A punição como reconciliação em Hegel. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, São Carlos, v. 16, n. 27, p. 156-160, 2019. Disponível em: <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/342>. Acesso em: 25 jan. 2023.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Memórias da casa dos mortos. São Paulo: Martin Claret, 2016.

GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001.

GIRARD, René. A Violência e

o Sagrado. Trad. Martha Conceição Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 1923.

GRAÇA, Aulus; KOBUS, Renata Carvalho. O utilitarismo: alguns apontamentos a partir de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Michael Sandel. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, v. 5, n. 4, p. 486-489, ago. 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0479_0500.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HÖFFE, Otfried. Introduction à la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion. Paris: Vrin, 1993.

HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. Doutrina

do direito. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2018.

KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, [S. l.], v. 6, n. 11, 2005.

MARQUES, Oswaldo H. *Duek. Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MILL, John S. *O utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2020. local. 351-409. E-book.

ORRUTEA FILHO, Rogério Moreira. *A punição como simples retribuição: uma análise e defesa sob perspectiva kantiana*. *Kant e-Prints*, Campinas, v. 13, n. 2, dez. 2018. Disponível em: <https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/kant-e-prints/article/view/1292>. Acesso em: 25 jan. 2023.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999.

POSTEMA, Gerald J. *On the Moral Presence of Our Past*. *Mac Gill Law Journal*, v. 36, n.4. p. 1154-1221, nota 14, 1991. Disponível em: <https://lawjournal.mcgill.ca/article/on-the-moral-presence-of-our-past/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

RAFFUL, Leonardo José. *Utilitarismo e o positivismo jurídico*. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20994>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SANTOS, P. V. B. *Razões de punir: a teoria de H. L. A. Hart*. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6862>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

2. ed. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

SANTOS, P. V. B. *Razões de punir: a teoria de H. L. A. Hart*. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6862>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

NOTA

1. DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias da casa dos mortos*. São Paulo: Martin Claret, 2016. p. 32-33.

2. MARQUES, Oswaldo H. *Duek. Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 1.

3. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 9.

4. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 10.

5. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 10.

6. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 11-12.

7. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 12.

8. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 23.

9. POSTEMA, Gerald J. *On the Moral Presence of Our Past*. *Mac Gill Law Journal*, v. 36, n.4. p. 1154-1221, nota 14, 1991. Disponível em: <https://lawjournal.mcgill.ca/article/on-the-moral-presence-of-our-past/>. Acesso em: 27 dez. 2022. p. 1157.

10. GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 181.

11. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 121.

12. GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. Trad. Martha Conceição Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 1923. p. 27.

13. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 121.

14. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 121.

15. OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 121.

16. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 3.

17. RAFFUL, Leonardo José. *Utilitarismo e o positivismo jurídico*. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20994>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 69.

18. RAFFUL, Leonardo José. *Utilitarismo e o positivismo jurídico*. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20994>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 69.

19. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

20. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

21. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

21. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

21. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

21. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

21. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

21. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 4.

e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 5.

22. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 19.

23. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 19-20.

24. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 59.

25. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 59.

26. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 60.

27. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 60.

28. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 62.

29. MILL, John S. O utilitarismo. São Paulo: Iluminuras, 2020. local. 351-409. E-book.

30. MILL, John S. O utilitarismo. São Paulo: Iluminuras, 2020. local. 458. E-book.

31. MILL, John S. O utilitarismo. São Paulo: Iluminuras, 2020. local. 559. E-book.

32. SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 63.

33. GRAÇA, Aulus; KOBUS, Renata Carvalho. O utilitarismo: alguns apontamentos a partir de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Michael Sandel. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, v. 5, n. 4, p. 486-489, ago. 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0479_0500.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

34. GRAÇA, Aulus; KOBUS, Renata Carvalho. O utilitarismo: alguns apontamentos a partir de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Michael Sandel. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, v. 5, n. 4, p. 486-489, ago. 2018. Disponível

em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0479_0500.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

35. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 121.

36. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 121.

37. SANTOS, P. V. B. Razões de punir: a teoria de H. L. A. Hart. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6862>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 49.

38. BOONIN, David. The problem of punishment. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 87.

39. COITINHO, Denis. Contrato & virtudes: por uma teoria moral mista. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 173.

40. ROXIN, Claus. Derecho penal parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito.

2. ed. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. p. 81.

41. ROXIN, Claus. Derecho penal parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. t. 1. p. 82.

42. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 163.

43. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 36.

44. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade

de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 164.

45. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 164.

46. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 164.

47. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 39.

48. “Kant ne se propose pas d’analyser la peine naturelle «par laquelle le vice se punir lui-même et à laquelle législateur n’a point égard. La peine dont il s’occupe exclusivement est la peine criminelle en tant qu’institution de droit public. Il la traite dans le cadre de sa <Remarque générale sur les effets juridiques qui découlent de la nature de l’union civile> qui suit immédiatement le paragraphe 49 du droit public. Dans la section E qui est plus vaste, il traite du <droit de punir et de gracier>. On commence par y définir les concepts du droit de punir, du crime et de la peine judiciaire, sans fonder ces définitions avec plus de précision; leur signification, du point de vue de la méthode n’est pas aussi évidente qu’on pourrait le souhaiter”. HÖFFE, Otfried. Introduction à la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion. Paris:

Vrin, 1993. p. 233.

49. KANT, Immanuel. Doutrina do direito. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 176.

50. KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, [S. l.], v. 6, n. 11, 2005.

51. KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 138.

52. ORRUTEA FILHO, Rogério Moreira. A punição como simples retribuição: uma análise e defesa sob perspectiva kantiana. Kant e-Prints, Campinas, v. 13, n. 2, dez. 2018. Disponível em: <https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/kant-e-prints/article/view/1292>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 49.

53. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 77.

54. BOHNERT, Adriana. Violações de direito pela mídia: uma análise jurisprudencial. In: BARRETO, Vicente de Paulo et al. (org.). Dimensões teóricas e práticas dos

direitos humanos. Porto Alegre: Fi, 2019. Cap. 3. p. 67-68. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_7d260ebb90e24893bfab3113ae5ad5f8.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

55. BOHNERT, Adriana. Violações de direito pela mídia: uma análise jurisprudencial. In: BARRETO, Vicente de Paulo et al. (org.). Dimensões teóricas e práticas dos direitos humanos. Porto Alegre: Fi, 2019. Cap. 3. p. 68. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_7d260ebb90e24893bfab3113ae5ad5f8.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

56. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret, 2018. p. 78.

57. ORRUTEA FILHO, Rogério Moreira. A punição como simples retribuição: uma análise e defesa sob perspectiva kantiana. Kant e-Prints, Campinas, v. 13, n. 2, dez. 2018. Disponível em: <https://www.cle.unicamp.br/eprints/>

<index.php/kant-e-prints/article/view/1292>. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 52.

58. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 39.

59. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 39.

60. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 36-37.

61. HÖFFE, Otfried. Introduction à la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion. Paris: Vrin, 1993. p. 238.

62. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 38.

63. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 262-263.

64. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 263.

65. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 263-264.

66. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 263-264.

67. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 264-265.

68. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266.

69. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266-267.

70. GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. Lisboa: Stória Editores, Lda., 2001. p. 36-38.

71. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 166.

72. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 166.

73. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 84.

74. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/>

tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 166-167.

75. COSTA, Daniel de Vasconcelos. A punição como reconciliação em Hegel. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, São Carlos, v. 16, n. 27, p. 156-160, 2019. Disponível em: <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/342>. Acesso em: 25 jan. 2023.

76. COSTA, Daniel de Vasconcelos. A punição como reconciliação em Hegel. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, São Carlos, v. 16, n. 27, p. 160, 2019. Disponível em: <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/342>. Acesso em: 25 jan. 2023.

77. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 85.

78. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. 2008. 297 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/publico/Versao_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023. p. 167.

79. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 88-89.

80. COSTA, Daniel de Vasconcelos. A punição como reconciliação em Hegel. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, São Carlos, v. 16, n. 27, p. 161, 2019. Disponível em : <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/342>. Acesso em: 25 jan. 2023.

81. COSTA, Daniel de Vasconcelos. A punição como reconciliação em Hegel. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, São Carlos, v. 16, n. 27, p. 161, 2019. Disponível e m: <http://ojs.hegelbrasil.org/index.php/reh/article/view/342>. Acesso em: 25 jan. 2023.

82. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 123-124.

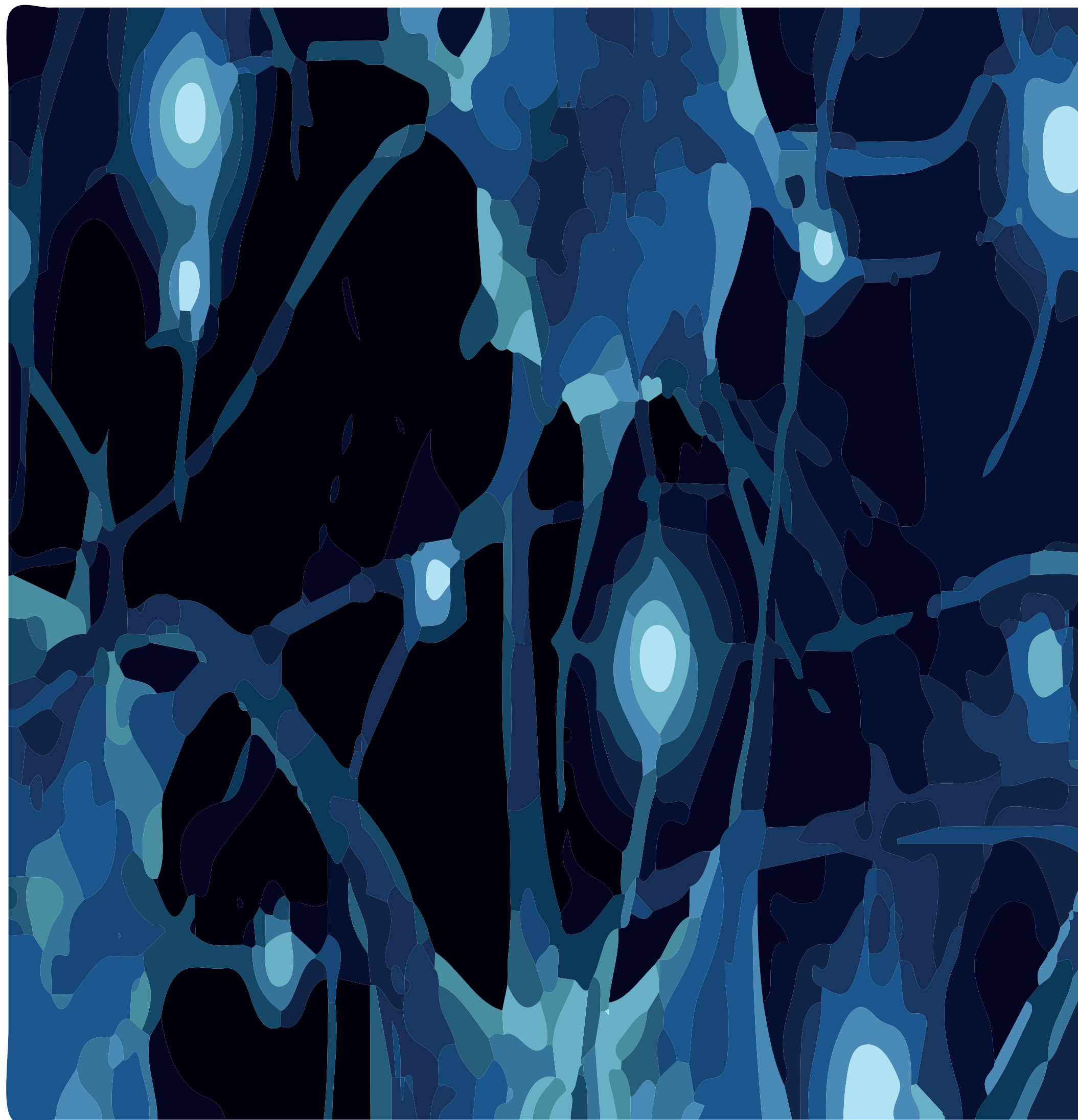
83. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes.

Caxias do Sul, 1999. p. 124.

84. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 125.

85. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 125-127.

86. OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. Caxias do Sul, 1999. p. 127-128.





AS TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO ENSINO JURÍDICO, O PERÍODO PANÊMICO E PÓS-PANDEMIA E O USO DAS MÍDIAS DIGITAIS

LUCIANA SABBATINE NEVES¹

AS TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO ENSINO JURÍDICO, O PERÍODO PANÊMICO E PÓS-PANDEMIA E O USO DAS MÍDIAS DIGITAIS

THE CONTEMPORARY TRANSFORMATIONS OF LEGAL EDUCATION, THE PANEMIC AND POST-PANDEMIC PERIOD AND THE USE OF DIGITAL MEDIA

RESUMO

Trata-se de análise que pontua alguns aspectos das mudanças, a partir da revolução tecnológica e efeitos do período pandêmico sobre o ensino jurídico pátrio; durante o período da pandemia por COVID 19, foram adotados, massivamente, métodos de ensino em ambiente digital, como solução, emergencial, ao fechamento das Universidades públicas e particulares; nota-se que tais soluções continuam a ser empregadas, nesse sentido, a

revolução tecnológica e a pandemia viral são fatores que impulsionaram mudanças significativas referentes ao ensino jurídico, objeto do estudo proposto. A metodologia utilizada resulta da combinação de revisão bibliográfica, descritiva e dedutiva e o estudo justifica-se na medida que aborda questões fulcrais relativas a Direitos humanos e fundamentais, desenvolvimento e educação.

PALAVRAS CHAVES: Direito; Ensino jurídico; Meios digitais de ensino.

ABSTRACT

This is an analysis that points out some aspects of the changes, from the technological revolution and effects of the pandemic period on the national legal education; during the period of the pandemic by COVID 19, teaching methods were adopted massively in the digital environment, as a solution, emergency, to the closure of public and private universities; It is noted that such solutions continue to be used, in this sense, the technological revolution and the viral pandemic are

factors that drove significant changes related to legal education, the object of the proposed study. The methodology used results from the combination of bibliographic, descriptive and deductive review and the study is justified as it addresses key issues related to human and fundamental rights, development and education.

KEY WORDS: Right; Legal education; Digital means of teaching.

INTRODUÇÃO

Tempus fugit, a expressão latina, que aparece no poema de Virgílio² (Publius Vergilius Maronis), livro IV de *Geórgicas*, carrega a inexorável conclusão, em livre interpretação, que o tempo passa e a vida é breve, ou talvez o tempo é breve pois a vida passa; se a existência (humana) tem fim, os inventos e escritos tem a capacidade de sobreviver ao tempo da vida humana, por sua “imortalidade” citamos hoje trecho de *Geórgicas* de Virgílio.

Foi também em Roma antiga que o ensino jurídico, através do estabelecimento do Direito romano³ foi sistematizado, com a criação de escolas voltadas a seu ensino⁴, deu o último passo necessário à divulgação da jurisprudência: iniciou o ensino público do direito (a princípio, os estudantes assistiam às consultas dadas, pelo professor, sobre casos práticos, seguindo-se a isso - algumas vezes - explicações

sob forma de discussão; mais tarde, nos fins da república, Sêrvio Sulpício aliou o ensino teórico ao prático, criando, assim, uma verdadeira escola de direito).” (ALVES, 2012, pg. 49)]; diga-se que a sociedade romana antiga divergia muito da atual, os contextos, conceitos (inclusive de aprendizado, ciência – conceito esse muito divergente do atual, etc.), organização social são muito diversos; o próprio Direito romano e seu ensino, nos mais de doze séculos em que vigorou, passaram por transformações profundas no decurso temporal mencionado.

Não só a estrutura social diferia, como também as estruturas econômicas, políticas relacionais entre Estados e pessoas; Estados e Estados eram diversas, hoje o que sobrevive da época são poemas, como o citado, leis, ruínas, em pequena enumeração, a partir das quais muitas reconstituições/ reconstruções se realizam ... fragmentos de civilizações sobre a qual erigem-se outras.

O ensino jurídico em Roma antiga foi estruturado a partir de

estratificação social vigente na época, não abrangendo mulheres, escravos, por exemplo; tempus fugit ... hodiernamente a escravidão é um tipo penal combatido e caracterizada como Jus Cogens internacional; a Constituição Federal de 1988 é expressa ao normatizar a igualdade formal/material entre homens e mulheres.

No Brasil o ensino jurídico, a época do descobrimento, ocorria em Portugal, na Universidade de Coimbra⁵, época do Brasil colônia até a abertura das primeiras Universidades de Direito brasileiras, após a independência, com a promulgação da Lei de 11 de agosto de 1827, estabelece-se a criação das Universidades de Olinda (15/05/1828) e São Paulo (28/03/1828)^{6,7} e seguiam as estruturas de fundação das bases de escolas/ universidades medievais de fundo teológico (católico romanas), diga-se, que em 1828, as cadeiras de grade curricular desses cursos jurídicos estavam associadas ao Direito natural e disciplinas que explicavam a religião do Estado, fatos e direitos sobre a monarquia, moral e bons

costumes de época (BENTO; SANCHES, 2009).

Estruturado sobre bases tradicionais aplicadas desde o medievo⁸ em Portugal (não se olvide a reforma pombalina), foram criadas as primeiras Universidades de ensino jurídico no Brasil; o lapso temporal decorrido até os dias de hoje não deixa de ser marcado por crises da estrutura descrita, aprofundada, hodiernamente, pela revolução tecnológica em curso, essa tecnológica, digital e em muitos sentidos disruptiva.

Algumas mudanças de impacto, retomando um decurso temporal, se referem a reforma em 1931 por Francisco Campos com a institucionalização da Universidade no Brasil; a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 1930, com a primeira Lei Federal estatutária – Estatuto da OAB, 4.215/1963 (revogada), com os requisitos para o exercício da profissão (provas de exame da ordem; estágio obrigatório; etc) e Portaria nº1.886/94 do Ministério da Educação, com exigências, para os cursos

de direito de nota mínima no exame de ordem, trabalho de conclusão de curso, estágio obrigatório etc (MOSSINI, 2010, p. 97-98).

Adiciona-se, que está em curso, a quarta revolução vivenciada pela humanidade (SCHWAB, 2018), tecnológica e em estágio preparatório para etapa tecnológica 6.0, como expresso pelas ações governamentais já adotadas pela China⁹; época da digitalização, Hiper conectividade, do “on line”/“off line”; do metaverso; da liquidez (BAUMAN, 2001), analisada sob diversos prismas: da agonia de Eros (HAN, 2017), da hipermodernidade (LIPOVETSKY, 2005), traz consigo a marca indelével: é era da inteligência artificial, do algoritmo e consequentemente de seus riscos e suas implicações, analisada a partir de impactos ao ensino jurídico em corte metodológico adotado.

Vivenciamos “Tempos interessantes” (SPROESSER; NEVES, 2022), e adensando contextualização transformadora, disruptiva.

No final de 2019, observamos o surgimento de uma nova cepa

viral que transformaria e desencadearia efeitos transversais globalizados, atingindo Estados e pessoas; a sociedade brasileira e global sofreram os efeitos devastadores sociais-econômicos-políticos-sanitários da pandemia viral SARS-CoV-2, COVID 19, causadora de síndrome aguda respiratória, altamente contagiosa e que pelo elevado contágio populacional, combinado à saturação (falência) dos sistemas de saúde públicos e privados (decorrente da gravidade dos casos e elevado número de pessoas em situação emergencial), letalidade elevada (antes da vacinação).

O surgimento ocorre na província de Wuhan, China, com inúmeros casos notificados, alastrando-se de forma avassaladora e rápida; diga-se que em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde foi notificada sobre a descoberta da nova cepa viral e já em 30 de janeiro de 2020 declara o surto pandêmico, classificando-o como Emergência de saúde pública de importância internacional¹⁰.

No Brasil as notificações

iniciaram em fevereiro de 2020 e em 20 de março de 2020 foi declarado estado de calamidade pública¹¹. O Ministério da saúde, em 22 de maio de 2022, declara o fim da emergência em saúde pública de importância nacional [Brasil. Ministério da saúde declara o fim da emergência em saúde pública de importância nacional,¹² não obstante, atualmente, após um período de relativa estabilidade no número de casos, os números de casos notificados estão em alta¹³, motivo pelo qual, o uso de máscaras nos sistemas de transportes públicos volta a ser obrigatório em localidades como São Paulo¹⁴, mas após a vacinação da população os impactos da gravidade dos casos e letalidade do vírus não tem paralelo com o período em que vigorava o estado de emergência referido, para análises: Brasil. Painel coronavírus, <https://covid.saude.gov.br/>, acesso em 15/12/2022.

Se já nos encontrávamos inseridos em uma revolução tecnológica (e ainda estamos) a pandemia, que varreu o globo terrestre e cujo combate passou por medidas de

isolamento social e severas restrições, dentre as quais, o fechamento das escolas e universidades públicas e particulares no Brasil, para a continuidade das atividades educacionais no período de fechamento físico, adota-se o ensino emergencial por meios digitais (ensino remoto emergencial), com adoção de métodos digitais alternativos a presença física; a presencialidade adquire novos contornos conceituais e agora implica também presença virtual, a partir do uso de tecnologias digitais de informação e comunicação (TDIC)¹⁵.

As tecnologias digitais de informação e comunicação (TDIC) permitiram que no período emergencial, as aulas ocorressem em ambientes digitais em sincronidade (docentes e discentes ingresam em sala virtual no mesmo tempo - seguindo os princípios do ensino presencial), fato que serviu a (re)definição do conceito de presença (física/virtual).

Ocorre que os meios digitais adotados no período pandêmico persistem; seja a aula síncrona em

ambientes digitais, seja através dos modelos híbridos.

Nesse sentido, importante diferir os conceitos em cotejo com ensino a distância (EAD), modalidade preexistente à pandemia, em que também se empregam tecnologias digitais de informação e comunicação (TDIC).

Dessa forma, desenvolvemos estudo, cujo corte metodológico proposto visa analisar elementos da revolução tecnológica exposta, manejando elementos teóricos de Shawb e Castells, em cotejo com os efeitos da pandemia, a saber, o fechamento físico das Universidades públicas e particulares, com o transporte do ensino jurídico para ambientes digitais com aportes teóricos de diversos autores.

A hipótese pode ser expressa, resumidamente, através da seguinte afirmação: as novas tecnologias digitais de informação e comunicação (TDIC), possibilitaram a migração ou uso combinado, do ensino jurídico para ambientes digitais, seja através de aulas síncronas em

plataformas digitais; modelos híbridos ou através do ensino a distância (EAD), no período de fechamento das Universidades públicas ou privadas; o modelo previsto para ser temporário, passa a ser uma opção permanente pós-pandêmica ao ensino jurídico, através dos modelos elencados.

As soluções emergenciais, tidas como temporárias foram absorvidas como alternativa a educação pátria; destacando que o ensino a distância (EAD) é modelo preexistente ao período pandêmico.

Dessa forma, como hodiernamente vivenciamos também um ensino jurídico em ambiente digital, o objetivo central do estudo é apontar problemas decorrentes de sua adoção com intuito de clarificando dificuldades, aperfeiçoar a metodologia adotada.

A metodologia utilizada resulta da combinação de revisão bibliográfica, descritiva e dedutiva.

O estudo divide-se em introdução, capítulo único e conclusões, seguidas das referências bibliográficas. A introdução se propõe

a determinar e declarar os principais elementos contidos no texto, cortes metodológicos aplicados, metodologia seguida pela autora e justificativa de pesquisa. O capítulo único concentra a discussão teórica, análises normativas, demonstrando as articulações e resultados que culminam nas conclusões, que por sua vez trazem os principais resultados do estudo realizado. Os objetivos dividem-se em específicos e gerais; os objetivos específicos se referem as etapas de construção do presente estudo: análise de escorço histórico de ensino jurídico; levantamento de impactos das novas tecnologias; o objetivo geral busca realizar um panorama sobre os benefícios e pontos de atenção à introdução de novas tecnologias ao ensino jurídico.

O estudo justifica-se na medida que aborda questões fulcrais relativas a Direitos humanos e fundamentais, desenvolvimento humano e social e ensino jurídico.

ANÁLISE SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES NO

ENSINO JURÍDICO A PARTIR DA PANDEMIA COVID 19 E ADOÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS AO ENSINO

Manuel Castells leva a cabo pesquisa de folego sobre o que denomina ser uma nova forma de organização social, a sociedade em rede¹⁶, essa relacionada as transformações sociais/organizacionais (mas não somente) originárias da presença e influência das novas tecnologias desenvolvidas, em especial, as novas formas de comunicação, analisando profundamente a digitalização como um fenômeno abrangente e contextualizado em um mundo complexo de transformações em curso.

Importa destacar que em suas análises o impacto social da introdução das novas tecnologias descritas, com destaque para o desenvolvimento da internet seguido das transformações atinentes a forma, meio pelo qual nos comunicamos, além de gerar um gap geracional dos nascidos antes de sua invenção (uso) com relação

aos nascidos após sua invenção e instrumentalização, teve o condão adicional, dentre outros, de criar uma nova perspectiva dimensional da vida humana: a digital.

Corroborando teoria do Autor, citamos Emenda Constitucional nº 115/2022, que incluiu a proteção de dados no rol dos direitos e garantias fundamentais, artigo 5º, inciso LXXIX da Constituição Federal de 1988.

Klaus Schwab aborda, igualmente o período temporal em que vivemos, conceituando-o como a quarta revolução tecnológica; e em curso, destacando a fusão entre os “mundos” biológico, físico e digital, as modificações nas estruturais sociais e globais que traz consigo¹⁷.

Destaque-se ainda, Santaella, com o que denomina, a segunda era da internet e as mudanças, inclusive ontológicas, que ocorrem a partir do contexto tratado:

Estávamos já assistindo à primeira grande virada do hibridismo humano, subspecie do

ciborgue, figura metamórfica do corpo tecnologizado a que preferi dar o nome de corpo biotecnológico, no contexto do debate e dos processos estéticos voltados para o pensamento crítico sobre o pós-humano. Infelizmente, aquilo que o conceito de pós-humano tem de melhor, a constatação de que as interfaces e hibridizações humano-tecnologias nos obrigam a repensar a ontologia do humano em suas múltiplas determinações, até hoje comparece confundido com o imbróglgio das tecnofantasia do transumanismo. Em Felinto e Santaella (2012, p. 35-44), procuramos desatar os nós desse imbróglgio, mas, como sempre, o sensacionalismo mal informado acaba falando mais alto do que a busca de compreensão lúcida dos fatos. (SANTAELLA, 2021, pg.10)

Engelmann e Hohendorff,

resgatam Floridi, na abordagem das mudanças de erosão de fronteiras e impacto da revolução tecnológica acarreta em conceitos até então nítidos:

We are also convinced that the aforementioned impact exercised by ICTs is due to at least four major transformations: a. the blurring of the distinction between reality and virtuality; b. the blurring of the distinction between human, machine and nature; c. the reversal from information scarcity to information abundance; and d. the shift from the primacy of stand-alone things, properties, and binary relations, to the primacy of interactions, processes and networks. (FLORIDI, 2009).

Dessa forma, evidencia-se a profundidade e multiplicidade de transformações que passamos, seja a partir de perspectiva individual,

social ou a partir de uma ótica de análise das estruturas do Estado; os impactos e transformações são transversais e profundos.

Como não bastasse, em 2019 a sociedade global assiste o surgimento da pandemia viral SARS-CoV2, COVID 19, que varreu o globo terrestre, sofrendo e vivenciando seus impactos avassaladores, transversais e multidimensionais, afetou economia, sociedade, política, educação, sistemas de saúde dos Estados, ceifando vidas em todos os locais do globo terrestre.

Não será possível, listar todos os impactos da pandemia, nos atemos aos relacionados ao ensino jurídico, objeto de nosso estudo, cujas medidas adotadas como prevenção, além do uso de máscaras, medidas higiene pessoal e higienização dos locais de uso comum, objetos etc., levaram ao fechamento das escolas e Universidades particulares e públicas, eis que, o distanciamento social e a quarenta foram meios utilizados para combatê-la.

O fechamento das Universidades públicas e privadas

desestruturou os meios adotados e tratados a partir dos modelos tradicionais; de uma hora para outra e sem muita possibilidade de reflexão, medidas urgentes foram tomadas para que a atividade educacional em todos os níveis não fosse inteiramente paralisada; diga-se que tratasse de recorte, pois todos os setores foram impactados e as tecnologias digitais, fruto da revolução tecnológica em curso, amplamente utilizadas para a continuidade de inúmeros segmentos e áreas, não apenas aplicadas ao ensino jurídico, sobre as formas de trabalho, Reis e Reis:

As vantagens que o mundo digital oferece, permitem que profissionais trabalhem de qualquer lugar utilizando a internet. Acesso remoto, aplicativos, armazenamento em nuvem e plataformas de vídeo conferência são recursos que estão sendo explorados amplamente durante a pandemia (REIS; REIS, 2021).

Não havia, no momento da

suspensão das atividades presenciais relacionadas ao ensino, previsão para sua reabertura; acreditava-se, entretanto, que se tratava de um período breve e o cenário era avassalador: a ceifa de vidas brutal, não existiam tratamentos com eficácia comprovada, os protocolos eram iniciais, como as pesquisas, incluindo-se as das vacinas; adensando, assistimos a superlotação e colapso dos sistemas de saúde e vivenciamos o estado de calamidade pública referido no introito; breves linhas que buscam expressar um momento trágico, brutal não imaginável (cuja possibilidade, entretanto já era visualizada, a exemplo de Bauman¹⁸).

A reação foi a estipulação do ensino por vias digitais emergencial (ensino remoto emergencial) em escolas e Universidades, com a transferência do ensino presencial para modelos digitais, dentre os quais o ensino através de plataformas digitais síncrono, destaque-se o texto do artigo 1º da Portaria do MEC 343/2020:

Art. 1º Autorizar, em caráter excepcional, a substituição das disciplinas presenciais, em andamento, por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação, nos limites estabelecidos pela legislação em vigor, por instituição de educação superior integrante do sistema federal de ensino, de que trata o art. 2º do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017. (BRASIL, Portaria MEC 343/2020, 2020)

Com o prolongamento do período pandêmico há utilização de modelo híbrido, principalmente em escolas para preservar o distanciamento social.

O ensino a distância, EAD é modelo muito anterior a pandemia, não havendo identidade conceitual entre os termos tratados, nesse sentido Martini e Miranda:

Em se tratando de ensino no Brasil em tempos

de pandemia, é importante diferenciarmos o Ensino à Distância, que já se utilizava de ferramentas virtuais para disseminação de conhecimento antes da pandemia da COVID-19, e o Ensino Remoto Emergencial, estabelecido especialmente para a situação de pandemia. (MARTINI; MIRANDA, 2022, pg. 252)

O Ensino remoto emergencial foi esforço para que se viabilizasse a continuidade da educação e repita-se em um contexto de urgência/emergência, com todos os problemas e implicações da urgência e devastação descritos¹⁹

Miranda e Lima, pontuam diferenciação importante entre os modelos em que as aulas físicas foram transportadas para ambientes virtuais, com a instituição do ensino remoto emergencial e o ensino a distância (EAD), a partir da sincronicidade da presença em aula em ambiente virtual entre docente e discentes e possibilidade

de interação, mas não somente, vejamos:

Para resgatar-se o entendimento adequado, não perfaz exagero reeditar que no ensino remoto, há uma identidade temporal de participação dos alunos e professores, que acessam uma sala virtual no horário ajustado pela Coordenação do Curso, em obediência ao calendário acadêmico institucional. Como dito anteriormente, as atividades são síncronas, e o encontro entre professores e alunos acontece sincronicamente. Contrariamente, no EAD, não há sincronicidade. Nesta modalidade de oferta, alunos e professores não interagem diretamente, através de um exercício síncrono, na mesma sala, durante os dias e horas previstos pelo calendário acadêmico do Curso. É sabido por todos que no ensino EAD, a utilização das

ferramentas tecnológicas de informação e comunicação é imprescindível para o desenvolvimento do aprendiz. Além da instituição disponibilizar videoaulas gravadas, oferece, também, o conteúdo do curso/disciplina, estruturado dentro de um ambiente virtual, onde o aluno pode acessar no seu tempo, sempre e quando obedeça ao cronograma da disciplina. (MIRANDA; LIMA, 2022, pg. 152)

Pontue-se que o ensino a distância, EAD, que talvez tenha um dos primeiros registros no Brasil em 1904, com anúncio de curso de datilografia por correspondência²⁰, é regulado pelo Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017:

Art. 1º Para os fins deste Decreto, considera-se educação a distância a modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos

de ensino e aprendizagem ocorra com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos. (BRASIL, 2017)

O conceito de ensino a distância, extraído do artigo 1º, Decreto 9.057/2017 e em Moran como o processo de ensino, intercedido por computadores, no qual docentes e discentes estão fisicamente separados, mas interligados por tecnologias²¹ (digitais) de comunicação e informação (TDIC)²², traz a toma a necessidade de clarificação sobre o que se considera tecnologias digitais de informação e comunicação (TDIC), aqui tratado como tecnologias interligadas, que possibilitam a comunicação em rede entre

usuários, a partir da manipulação de conceitos diversos:

No entanto, há pesquisadores (como KENSKI, 2008) que utilizam o termo Tecnologias Digitais da Comunicação e da Informação (TDICs) para se referir às tecnologias digitais conectadas a uma rede e há ainda outros (VALENTE, 2013, por exemplo) que nomeiam as TDICs a partir da convergência de várias tecnologias digitais como: vídeos, softwares, aplicativos, smartphones, imagens, console, jogos virtuais, que se unem para compor novas tecnologias. As TDICs referem-se a qualquer equipamento eletrônico que se conecte à internet, ampliando as possibilidades de comunicabilidade de seus usuários (VALENTE, 2013). (ANJOS; SILVA, 2018, pg. 06, <http://educapes.capes.gov.br/handle/capes/433309>, acesso em

15/12/2022)

Censo realizado pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) em 2018, período anterior a pandemia, demonstra que matrículas em ensino a distância, EAD, cresceram 26,1% entre 2015 e 2017, com decréscimo de 1,6% nas matrículas presenciais no mesmo período²³. Não obstante o exposto, a Ordem dos Advogados Nacional, ingressou com ação contra a possibilidade da modalidade em questão aplicada ao ensino jurídico, apoiando-se na falta de regulamentação específica à matéria e em “incompatibilidade” entre a carreira profissional e o ensino a distância:

Felipe Santa Cruz alerta que, no caso da graduação em Direito, a atual regulamentação das diretrizes curriculares se refere exclusivamente à modalidade presencial de ensino. “Não há previsão legal para cursos de Direito a distância. Além da ausência de regulamentação específica,

a centralidade da prática jurídica para a formação profissional em Direito se incompatibiliza com a oferta virtual. Sendo assim, os pedidos de credenciamento e de autorização de cursos a distância em Direito não possuem base legal, o que veda seu processamento pelo Ministério da Educação”, ressalta. (OAB-NACIONAL, 2019, <https://www.oab.org.br/noticia/57702/oab-vai-a-justica-contra-graduacoes-a-distancia-em-direito>, acesso em 17/12/2022)

Trata-se de debate acirrado ocasionado, inclusive pelo aumento do número de cursos jurídico oferecidos através de ensino a distância (EAD) em cotejo com a qualidade dos profissionais e sua inserção ao mercado, sobre a temática Miranda e Lima:

Justamente dentro deste contexto, à oferta do direito EAD ganhou um protagonismo dialogal que

ainda não encontra harmonia entre partidários e opositores. Enquanto os primeiros sustentam que a transmutação do ensino tradicional ao ensino digital não há de macular a essência da formação em direito, os segundos colacionam que o direito EAD “é um desserviço tanto para o ensino jurídico quanto para o direito do consumidor” (SALIBA, 2021). (MIRANDA; LIMA, 2022, pg. 148)

O ensino híbrido, por sua vez, adotado no período emergencial, muitas vezes não passou da transposição da aula física para ambiente digital, através de aula síncrona em ambiente virtual, mas em verdade, “qualquer programa educacional formal no qual um estudante aprende, pelo menos em parte, por meio do ensino on-line, com algum elemento de controle dos estudantes sobre o tempo, o lugar, o caminho e/ou ritmo” (HORN; STAKER, 2015, p. 34), compõe-se de uma série de

modelos que implicam combinação de usos diversos de ferramentas on line e off line; um exemplo é a “sala de aula invertida” e o laboratório rotacional²⁴.

Dessa forma a suspensão das aulas presenciais no período agudo da pandemia, com o fechamento das Universidades públicas e federais, teve como consequência fática a transferência para modelos em ambiente digital, com o decurso temporal com adoção posterior de modelos também híbridos, que viabilizaram a continuidade do ensino jurídico no país, evitando-se assim a paralisação completa, modelos esses que continuam em uso no período pós-pandêmico, que para Miranda e Lima constituem realidade sem volta:

Neste contexto, observa-se que a educação superior estampa cristalinamente um modelo disruptivo, eis que a estratégia utilizada para o enfrentamento da pandemia não apenas rompeu o fluxo tradicional das modalidades na oferta

educacional, como solidificou uma tendência que se mostra irreversível, ao menos nos próximos cinco, talvez dez anos. (MIRANDA; LIMA, 2022, pg. 139)

Há que se colocar, que em meio à crise social-econômica-política desencadeada pela pandemia viral, as Universidades que ofereciam cursos jurídicos tiveram, igualmente, que se adaptar as novas diretrizes veiculadas pelas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) aprovadas através da Resolução CNE/CES nº 5/2018²⁵. Também foi marcado pela abertura do protocolo para a criação de Cursos de Direito em EaD.” (RODRIGUES, 2022, pg. 09)] e que o foco de discussões acerca do ensino jurídico a distância (EAD), toma proporções.

A partir das constatações que modelos híbridos e ensino a distância (EAD) são realidades transformadoras ao ensino jurídico e mostram-se consagradas em momento posterior a pandemia (não como solução efêmera a um momento de

crise), questões devem ser colocadas como tratando alguns benefícios como problemas, dentre as quais, pesquisa realizada pelo laboratório de pesquisa da Universidade de Stanford em que se verifica que o uso de tecnologias e métodos não tradicionais de ensino, aumenta em pelo menos 25% o desempenho dos alunos:

In a controlled study conducted in our lab, we found that, compared to traditional text learning, performance increased significantly with the use of these tangible, interactive tools. We found a 25 percent increase in performance when open-ended exploration came before text study rather than after it. Our results show that the participants who used BrainExplorer better remembered the terminology of the domain, scored higher on conceptual questions and were better able to transfer

their understanding of the brain to new situations (SCHNEIDER; BLIKSTEIN; PEA, 2013, p. 1)

Agregam Montalvão, Silva e Rodrigues que a exposição a diferentes tipos de ambientes é benéfica para a formação dos discentes:

As escolas têm a incumbência de ensinar muito mais que conteúdos, auxiliam os alunos em sua formação para que possa agir em meio social, essa interação com as diversidades no ambiente escolar é benéfica para a formação do indivíduo. (MONTALVÃO; SILVA, RODRIGUES, 2022, pgs. 120/121)

Questões problemáticas esbarram nas estuantes desigualdades sociais e econômicas que impedem discentes e mesmo docentes ao acesso a rede de comunicação, em situação de exclusão digital patente[“A abrangência e a intensidade do

uso da internet na maioria das áreas da atividade social, econômica e política leva à marginalidade os que têm acesso apenas limitado a ela. É o apartheid digital. À medida que as tecnologias de acesso se tornam mais complexas, desacelera-se sua adoção pelos grupos de menor nível educacional e de renda. Como a capacidade de processar informações torna-se essencial, aqueles que têm limitações para aproveitar esse acesso ficam muito atrás dos outros. Educação, informação, ciência e tecnologia tornam-se essenciais para gerar valor na economia baseada na internet, mas exigem investimentos contínuos e muito elevados.” (DUPAS, 2005, pg. 201)], impedindo o uso de tais ferramentas, que contribui a exclusão: i) da acessibilidade à rede, que pode ser dividida em a) qualidade dos equipamentos que docentes e discentes possuem para acessar à rede de comunicação e b) qualidade do sinal que os mesmos têm acesso.

Vivemos em um país marcadamente desigual e tais questões devem ser levadas em conta se se

pretende que a educação preencha minimamente seus fins constitucionais delineados, dentre os quais a inclusão, igualdade e dignidade, conjunto dos artigos 1º, 3º da Constituição Federal de 1988 e, “Os artigos 205 e 206 da Constituição Federal de 1988 corrobora que a educação é um direito de todos, dever do estado e da família, visando o pleno desenvolvimento do cidadão, dando aos alunos igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (BRASIL, 1988).” (MONTALVÃO; SILVA, RODRIGUES, 2022, pg. 120), versando sobre a temática transcreve-se apontamentos de Montalvão, Silva e Rodrigues:

Contudo, a tecnologia ainda contribui para a formação de indivíduos individualistas e competitivos reforçando o modelo de desigualdade, em que os educadores e os recursos digitais que é o utilizado no atual momento como um fator de desequilíbrio,

em que deveriam prover de benefícios para a inclusão dos discentes torna-se contraditório. (MONTALVÃO; SILVA, RODRIGUES, 2022, pg. 116)

Outro ponto a ser considerado é a necessária ii) capacitação dos docentes para o uso das tecnologias²⁷; iii) acessibilidade ao sistema escolhido pela Universidade, esse ponto é complexo e pode ser dividido em uma gama de aspectos, novamente retornamos as bases constitucionais da educação.

A acessibilidade é especialmente complexa, tendo em vista que a imposição de barreiras ao acesso ao sistema já é em si uma barreira de acessibilidade; por outro lado as Universidades devem se adequar à proteção e devido tratamento de dados dos usuários do sistema; adicione-se a existência gap geracional entre os nascidos antes e depois da internet (CASTELLS, 2008), trata-se, dessa forma, de pontos de estrangulamento, pouco discutidos hodiernamente.

Deve-se considerar, igualmente, iv) que estudos comprovam que o rendimento de leitura e absorção de conteúdos transmitidos através de TIDCS não é igual a leitura física, cite-se Engelmann e Hohendorff:

Quando as pessoas assistem a algum vídeo, se verifica um fenômeno semelhante: transcorridos 10 segundos de qualquer vídeo, 89% das pessoas que começaram a assistir este vídeo ainda estão assistindo, 11% já foram embora; após 30 segundos 2/3 ainda estão assistindo, 1/3 das pessoas já foi embora. (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2022, pg. 294)

Aos quais adicione-se: iv) a presença física difere da presença virtual em muitos aspectos de importância para aprendizagem, novamente trazemos Engelmann e Hohendorff:

Aqui um ponto de contato com a matéria de

Pierre Lévy, sobre o déficit de atenção, gerado pelo excesso de estímulo tecnológico, que não oferece tempo e espaço para que se possa pensar sobre a quantidade de informações, seriam necessários desenvolver exercícios de atenção. (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2022, pg. 295)

Com dois outros aspectos que requerem atenção: v) a duração das aulas em sistemas remotos é ponto que traz necessidade de próprias e estudos aprofundado; vi) a ausência de aprofundamentos/ criações de relacionamentos no ambiente virtual também é ponto que necessita atenção.

A educação jurídica está em processo de transformações, e transformações não são processos fáceis, mas necessários. Os modelos expostos trazem mudanças enunciadas no presente estudo, a partir dos quais também se elenca alguns de seus benefícios, como pontos de necessária observância e atenção.

CONCLUSÕES

As novas tecnologias digitais impactam e transformam a forma, estrutura social, econômica e política atual; impactam a maneira como nos definimos e se inserem em um contexto disruptivo, já definido, Schwab como a quarta revolução industrial.

Trata-se de uma revolução em curso, onda revolucionária que tem seu início e cuja previsão para o fim não se vislumbra.

Natural que impacte o ensino jurídico; a medida que as formas organizacionais sociais mudam, estranho seria se não ocorrem mudanças, no mesmo sentido, às formas aplicadas ao ensino jurídico.

O ensino a distancia, que absorvera tecnologias digitais é um exemplo de modelo preexistente a disrupção digital, que absorvendo, fazendo uso de novos meios e ferramentas potencializa suas capacidades, capilaridade, mantendo-se, inclusive em expansão, nesse

sentido, resgate-se o censo realizado pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) em 2018, período anterior a pandemia, demonstra que matrículas em ensino a distância, EAD, cresceram 26,1% entre 2015 e 2017, com decréscimo de 1,6% nas matrículas presenciais no mesmo período²⁸.

A pandemia, com o fechamento das Universidades públicas e privadas impulsiona o uso das novas tecnologias digitais, na medida que permite a continuidade das atividades de ensino; não sem levantar, entretanto, questões éticas, constitucionais e legais relacionadas principalmente a (des)igualdades, acessibilidade e sociabilidade dentre outras levantas no presente estudo.

O próprio conceito de “presença” foi revisitado, se antes atinha-se a uma literalidade física, derivado de imbricação analógica de visão de mundo, hoje expande-se para contemplar os novos ambientes digitais, reforçando o carácter também ontológico tratado e exposto nas páginas iniciais

das transformações que a revolução tecnológica implica.

As novas tecnologias de impacto transversal provocam e continuarão a provocar modificações ao ensino jurídico, dessa forma é necessário (re)pensar seu uso, a forma pelas quais são introduzidas, seu acesso, o contexto socioeconômico e mesmo político em que se inserem e instrumentalizam; as estuantes desigualdades socioeconômicas não podem ser ignoradas, da mesma forma como o gap geracional descrito se se pretende realizar a arquitetura constitucional e normativa em matéria de educação, mas não somente.

O ensino híbrido, com modelo de “aula invertida” tem muito a contribuir e diga-se, a pandemia catalisa o uso, aplicação das tecnologias digitais, catalisando, igualmente uma transformação em curso sem volta.

Nesse sentido, mesmo em Universidades com aulas “físicas”, o uso de ferramentas tecnológicas digitais é combinado ao modelo “tradicional”, motivo pelo qual,

repita-se: urge que estudos e discussões sobre a temática ocorram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABMS. As mudanças necessárias no ensino e o conceito híbrido. <https://abmes.org.br/noticias/detalhe/3530/as-mudancas-necessarias-no-ensino-e-o-conceito-hibrido>, acesso em 17/12/2022.

Alves, José Carlos Moreira. Direito Romano. - 15º ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANJOS, Alexandre Martins do; SILVA, Gláucia Eunice Gonçalves d. Tecnologias Digitais da Informação e da Comunicação (TDIC) na Educação, 2018, <http://educapes.capes.gov.br/handle/capes/433309>, acesso em 15/12/2022)

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar Editora, 2001.

BENTO, Flávio; SANCHES, Samyra Haydêe dal Farra Napolini. A história do ensino do direito no Brasil e os avanços da portaria 1886 de 1994. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18, 2009, São Paulo. Anais..., Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 6186 - 6211. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+\(04,+05,+06+e+07+de+novembro+de+2009\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+(04,+05,+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf), acesso 18/12/2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 28/08/2022.

Brasil. Entra em vigor estado de calamidade pública no Brasil, <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil>, acesso em 14/12/2022.

Brasil. Ministério da saúde declara o fim da emergência em saúde pública de importância nacional, <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/abril/ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-em-saude-publica-de-importancia-nacional-pela-covid-19>, acesso em 18/12/2022.

Brasil. Painel coronavírus, <https://covid.saude.gov.br/>, acesso em 15/12/2022.

Brasil. Portaria MEC 343/2020, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20nº%20343-20-mec.htm, acesso 16/12/2022.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, volume I – 14 edição. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gherdard. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda., 2011.

CHRISTENSEN, Clayton M; HORN, Michael B; STAKER, Heather. Ensino Híbrido: uma inovação

disruptiva? Uma introdução à teoria dos híbridos. Clayton Christensen Institute, 2013.

ENGLEMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von. Cultura Digital OnLife e Educação Jurídica: Cruzamentos e Oportunidades, in MIRANDA, José Eduardo de; HUPFFER, Haide Maria (organizadores). Ensino Jurídico na Era Disruptiva. Boa Vista: Editora IOLE, 2022, pgs. 288 a 2.

Folha de São Paulo. Uso de mascarar volta a ser obrigatório nos ônibus, metro e trem de São Paulo, neste sábado (26), <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/11/mascara-volta-a-ser-obrigatoria-no-onibus-metro-e-trem-de-sp-neste-sabado-26.shtml>, acesso em 15/12/2022.

FLORIDI, L. et al. (eds.). The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era. Londres: Springer Open, 2009.

HORN, Michel B.; STAKER,

Hearther. Blended: usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação. Porto Alegre: Penso. 2015.

MARTINI, Sandra Regina; MIRANDA, Moara Curubeto Lona de; LIMA. DESVELAMENTOS NO ENSINO JURÍDICO NA PANDEMIA: UMA APOSTA NA FRATERNIDADE, in MIRANDA, José Eduardo de; HUPFFER, Haide Maria (organizadores). Ensino Jurídico na Era Disruptiva. Boa Vista: Editora IOLE, 2022, pgs. 250 a 262.

MIRANDA, José Eduardo; LIMA, Andrea Correa. PANDEMIA E DIREITO EAD: ENTRE A VIRTUALIZAÇÃO DA VIDA, A RECONFIGURAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO E A NECESSIDADE DE (RE) CONSTRUÇÃO DO FRATERNAE ET SOCIALIS HOMINIS, in MIRANDA, José Eduardo de; HUPFFER, Haide Maria (organizadores). Ensino Jurídico na Era Disruptiva. Boa Vista: Editora IOLE, 2022, pgs. 139 a 170.

MOURA, Taísa Ilana Maia de; TASSIGNY, Mônica Mota; SILVA, Thomaz Edson Veloso. O USO DA TECNOLOGIA NO ENSINO JURÍDICO: O MÉTODO DO ENSINO HÍBRIDO NO CURSO DE DIREITO, in Revista Univap – revista.univap.br São José dos Campos-SP-Brasil, v. 24, n. 45, Edição Especial, 2018.

MORAN, José Manuel. Novos caminhos de ensino a distância. Centro de Educação a distância. Rio de Janeiro: Senai, 2012.

MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade. 2010. 249 f. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9534/1/DanielaEmmerichdeSouzaMossini.pdf>, acesso em 18/12/2022.

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-NACIONAL). Notícias. OAB vai a justiça contra

graduações a distância em direito, <https://www.oab.org.br/noticia/57702/oab-vai-a-justica-contra-graduacoes-a-distancia-em-direito>, acesso em 17/12/2022).

Observatório Socioeconômico da COVID-19, projeto realizado pelo Grupo de Estudos em Administração Pública, Econômica e Financeira (GEAPEF) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e que conta com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERS) por meio do Edital Emergencial 06/2020 como resposta à crise provocada pela pandemia da COVID-19. A EDUCAÇÃO HÍBRIDA EM TEMPOS DE PANDEMIA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES, <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/820/2020/06/Textos-para-Discussao-09-Educacao-Hibrida-em-Tempos-de-Pandemia.pdf>, acesso em 15/12/2022.

OLIVIO, Luis Carlos Cancellier de. Origens históricas do ensino jurídico brasileiro.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (organizador). Ensino jurídico: para que(m)?: Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

Organização Mundial da Saúde (OMS). Histórico da pandemia de COVID-19, <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>, acesso em 14/12/2022.

PALMA, Rodrigo de Freitas. História do Direito – 9. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

REIS, R.; REIS, D. “A pandemia de Covid-19 e o processo de transformação digital”. Revista Processando o Saber, vol. 13, 2021.

SANTAELLA, Lucia. Humanos hiper-híbridos: linguagens e cultura na segunda era da internet. São Paulo: Paulus, 2021.

SANTOS, Paulo; MARCO, Chistian; MOLLER, Gabriela. TECNOLOGIA DISRUPTIVA E DIREITO DISRUPTIVO:

COMPREENSÃO DO DIREITO EM UM CENÁRIO DE NOVAS TECNOLOGIAS in, MIRANDA, José Eduardo de; HUPFFER, Haide Maria (organizadores). Ensino Jurídico na Era Disruptiva. Boa Vista: Editora IOLE, 2022, pgs 210 a 246.

SANTOS, Marcia Maria de Jesus...[et al.] (organizadoras) Práticas educativas no século XXI: desafios e inovações no processo de ensino-aprendizagem. Chapadinha: Editora Alfa Ciência, 2022.

SCHNEIDER, Bertrand; BLIKSTEIN, Paulo; PEA, Roy. The Flipped, Flipped Classroom. The Stanford Daily. Stanford, 7 ago. 2013. Disponível em: <https://www.stanforddaily.com/2013/08/05/the-flipped-flipped-classroom/>, acesso em 18/12/2022.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Editora Edipro Edições profissionais, 2018.

SHEEHAN, Matt. China's

New AI Governance Initiatives Shouldn't Be Ignored. Disponível em: <https://carnegieendowment.org/2022/01/04/china-s-new-ai-governance-initiatives-shouldn-t-be-ignored-pub-86127>, acesso em 20.01.2022.

SPROESSER, Barbara; NEVES, Luciana Sabbatine. Tempos Interessantes, in NEVES, Luciana Sabbatine (coordenação). Revista ETHIKAI, volume 7, OUTBRO / NOVEMBRO/2022, páginas 10 a 25.

VIRGILIO (PUBLIO VERGILIS MARONIS). Georgicas. Introdução, versão ritma e notas de Rubens Benifaz Nuño. México: Universidad Nacional Autonoma de México, 1963.

NOTAS

1. Doutoranda em Direito público pela Universidade do Vale

do Rio dos Sinos; Doutoranda em Direito empresarial pela Universidade Nove de Julho; Mestra em Direitos humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Advogada; email: luneves@yahoo.com.

2. “Sed fugit interea, fugit irreparabile, tempus” (VIRIGILIO, 1963, pg. 57)

3. “Direito romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana desde as origens (segundo a tradição, Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano 565 d.C., quando ocorreu a morte do imperador Justiniano.” (ALVES, 2012, pg. 24)

4. “Posteriormente, Tibério Coruncânio, o primeiro plebeu elevado à dignidade de sumo pontífice (254 a.C.), deu o último passo necessário à divulgação da jurisprudência: iniciou o ensino público do direito (a princípio, os estudantes assistiam às consultas dadas, pelo professor, sobre casos práticos, seguindo-se a isso - algumas vezes - explicações sob forma de discussão; mais tarde, nos fins

da república, Sérvio Sulpício aliou o ensino teórico ao prático, criando, assim, uma verdadeira escola de direito)” (ALVES, 2012, pg. 49)

5. “Os jesuítas mantinham o Colégio de Évora, em Portugal, idêntico ao Colégio da Bahia. Os graduados em Évora podiam ingressar diretamente no curso de Direito da Universidade de Coimbra, depois de cursar um ano da disciplina de Lógica. Mas este privilégio não era reconhecido aos estudantes baianos. Os graduados em Artes na Bahia eram obrigados a repetir o curso em Coimbra ou em Évora, ou, ainda, a prestarem exames de equivalência.” (OLIVO, 2000, pgs. 55 e 56)

6. “A importância do ensino jurídico na formação de quadros para o Estado estava clara nessa passagem do projeto elaborado pelo Visconde de Cachoeira, em 1825, que regeria, segundo a lei de 11 de agosto de 1827, o funcionamento dos cursos de São Paulo e Olinda. O documento do Visconde conforme, explica BASTOS, estava baseado nos estatutos novos e luminosos da

Universidade de Coimbra, ao tempo da reforma pombalina e deveria ser utilizado enquanto as Congregações não tivessem seus próprios estatutos: “Tendo-se decretado que houvesse, nesta Corte, um Curso Jurídico para nele se ensinarem as doutrinas de jurisprudência em geral, a fim de se cultivar este ramo da instrução pública, e se formarem homens hábeis para serem um dia os Magistrados, e peritos Advogados, de que tanto se carece; e outros que possam a vir ser dignos Deputados, e Senadores, e aptos para ocuparem os lugares diplomáticos, e mais empregados do Estado”. (OLIVO, 2000, pg.58)

7. “Fundada em 28 de março de 1828, o primeiro curso estava localizado no Convento de São Francisco, na capital paulista, e o segundo, criado em 15 de maio de 1828, em Olinda, no Mosteiro de São Bento” (MOURA; TASSIGNY; SILVA, 2018, pg. 04)

8. “Na idade média, foram as disciplinas essenciais para quem pretendesse o sacerdócio ou qualquer lugar na hierarquia eclesiástica.

O trivium relaciona-se com uma forma de ensinar, mas que, na verdade, proporciona o auxílio na produção de pensamentos. Composto pelas disciplinas: gramática, lógica e retórica, é um conjunto de conhecimentos que abrange desde a forma da escrita, o significado das palavras, a lógica do pensamento até ao uso da linguagem que deveria ser escolhida para comunicar e ensinar o que se compreendeu. O trivium tinha como objetivo o provimento de disciplina à mente, para encontrar expressão na linguagem, principalmente no estudo da matéria e do espírito. Já o quadrivium seria um conjunto de disciplinas relacionadas com as coisas, agregando conhecimentos associados à aritmética, geometria, música e astronomia. (MOURA; TASSIGNY; SILVA, 2018, pg. 03)

9. SHEEHAN, Matt. China's New AI Governance Initiatives Shouldn't Be Ignored. Disponível em: <https://carnegieendowment.org/2022/01/04/china-s-new-ai-governance-initiatives-shouldn-t-be-ignored-pub-86127>, acesso em

20.01.2022.

10. “que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional.” Histórico da pandemia de COVID-19, <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>, acesso em 14/12/2022.

11. Brasil. Entra em vigor estado de calamidade pública no Brasil, <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil>, acesso em 14/12/2022.

12. Brasil. Ministério da saúde declara o fim da emergência em saúde pública de importância nacional, <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/abril/ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-em-saude-publica-de-importancia-nacional-pela-covid-19>, acesso em 18/12/2022.

13. Brasil. Painel coronavírus, <https://covid.saude.gov.br/>, acesso

em 15/12/2022.

14. Folha de São Paulo. Uso de mascarar volta a ser obrigatório nos ônibus, metro e trens de São Paulo, neste sábado (26), <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/11/mascara-volta-a-ser-obrigatoria-no-onibus-metro-e-trem-de-sp-neste-sabado-26.shtml>, acesso em 15/12/2022.

15. Brasil. Portaria MEC 343/2020, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%20343-20-mec.htm, acesso 16/12/2022.

16. CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede, volume I – 14 edição. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gherdard. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda., 2011.

17. SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Editora Edipro Edições profissionais, 2018, passim.

18. BAUMAN, Zygmundt. Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar Editora, 2001, passim.

19. Brasil. Portaria MEC 343/2020, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%20343-20-mec.htm, acesso 16/12/2022.

20. “De acordo com a Associação Brasileira de Ensino a Distância (ABED), a história da educação a distância no Brasil começou em 1904, com uma matéria publicada no Jornal do Brasil, onde foi encontrado um anúncio nos classificados oferecendo curso de datilografia por correspondência (ABED, 2011).” Observatório Socioeconômico da COVID-19, projeto realizado pelo Grupo de Estudos em Administração Pública, Econômica e Financeira (GEAPEF) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e que conta com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERS) por meio do Edital Emergencial 06/2020 como resposta à crise provocada pela pandemia da COVID-19. A EDUCAÇÃO HÍBRIDA EM TEMPOS DE PANDEMIA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES, <https://www.ufsm.br/>

[app/uploads/sites/820/2020/06/Textos-para-Discussao-09-Educao-Hibrida-em-Tempos-de-Pandemia.pdf](https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/820/2020/06/Textos-para-Discussao-09-Educao-Hibrida-em-Tempos-de-Pandemia.pdf), acesso em 15/12/2022.

21. “O termo tecnologia tem origem da palavra grega “Téchné” que significa “saber fazer”” (MONTALVÃO; SILVA, RODRIGUES, 2022, pg. 115)

22. MORAN, José Manuel. Novos caminhos de ensino a distância. Centro de Educação a distância. Rio de Janeiro: Senai, 2012, passim.

23. “O crescimento significativo do mercado de educação a distância mostra a necessária mudança na tradicional forma de ensinar. De acordo com dados da ABMES (Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior), o número de alunos matriculados nessa modalidade quase que dobrou em menos de dez anos, resultando 1.756.982 de matrículas em 2017, contra 838 mil em 2009. O censo realizado pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) em 2018, mostra que as matrículas em EAD no Brasil cresceram em

26,1% entre 2015 e 2017, enquanto na modalidade presencial houve uma queda de 1,6% no mesmo período.” ABMS. As mudanças necessárias no ensino e o conceito híbrido. <https://abmes.org.br/noticias/detalhe/3530/as-mudancas-necessarias-no-ensino-e-o-conceito-hibrido>, acesso em 17/12/2022.

24. “Essa metodologia de ensino tem uma subdivisão, em que a primeira é sustentada, em que o tradicional se une a uma nova prática (neste modelo está a Rotação por estações, os Laboratórios Rotacionais e a “sala de aula invertida”). Em um segundo plano, há um modelo disruptivo em que se incluem os modelos Flex e A La Carte, Virtual Enriquecido e Rotação Individual (HORN; STAKER, 2015, p. 168). Por exemplo, entre os modelos disruptivos, no modelo Flex, o aluno tem uma lista de atividades a ser cumprida, de forma personalizada, online, e com o acompanhamento do professor. No modelo A La Carte, o aluno organiza o seu ritmo de estudo de acordo com sua vida, também personalizado e

acompanhado pelo professor que irá direcionar o ritmo adequado (SEBRAE, 2017, p.1) Lilian Bacich, Adolfo Tanzi Neto e Fernando de Mello Trevisani (2015, p. 46) esclarecem que: É possível, portanto, encontrar diferentes definições para ensino híbrido na literatura. Todas elas apresentam, de forma geral, a convergência de dois modelos de aprendizagem: o modelo presencial, em que o processo ocorre em sala de aula, como vem sendo realizado há tempos, e o modelo on-line, que utiliza as tecnologias digitais para promover o ensino. Podemos considerar que esses dois ambientes de aprendizagem, a sala de aula tradicional e o espaço virtual, tornam-se gradativamente complementares. Isso ocorre porque, além do uso de variadas tecnologias digitais, o indivíduo interage com o grupo, intensificando a troca de experiências que ocorrem em um ambiente físico, a escola. O papel desempenhado pelo professor e pelos alunos sofre alterações em relação à proposta de ensino considerado tradicional, e as configurações

das aulas favorecem momentos desintegração, colaboração e envolvimento com as tecnologias digitais. O ensino híbrido configura-se como uma combinação metodológica que impacta na ação no professor em situações de ensino e na ação dos estudantes em situações de aprendizagem.” (MOURA; TASSIGNY; SILVA, 2018, pgs. 10/11)

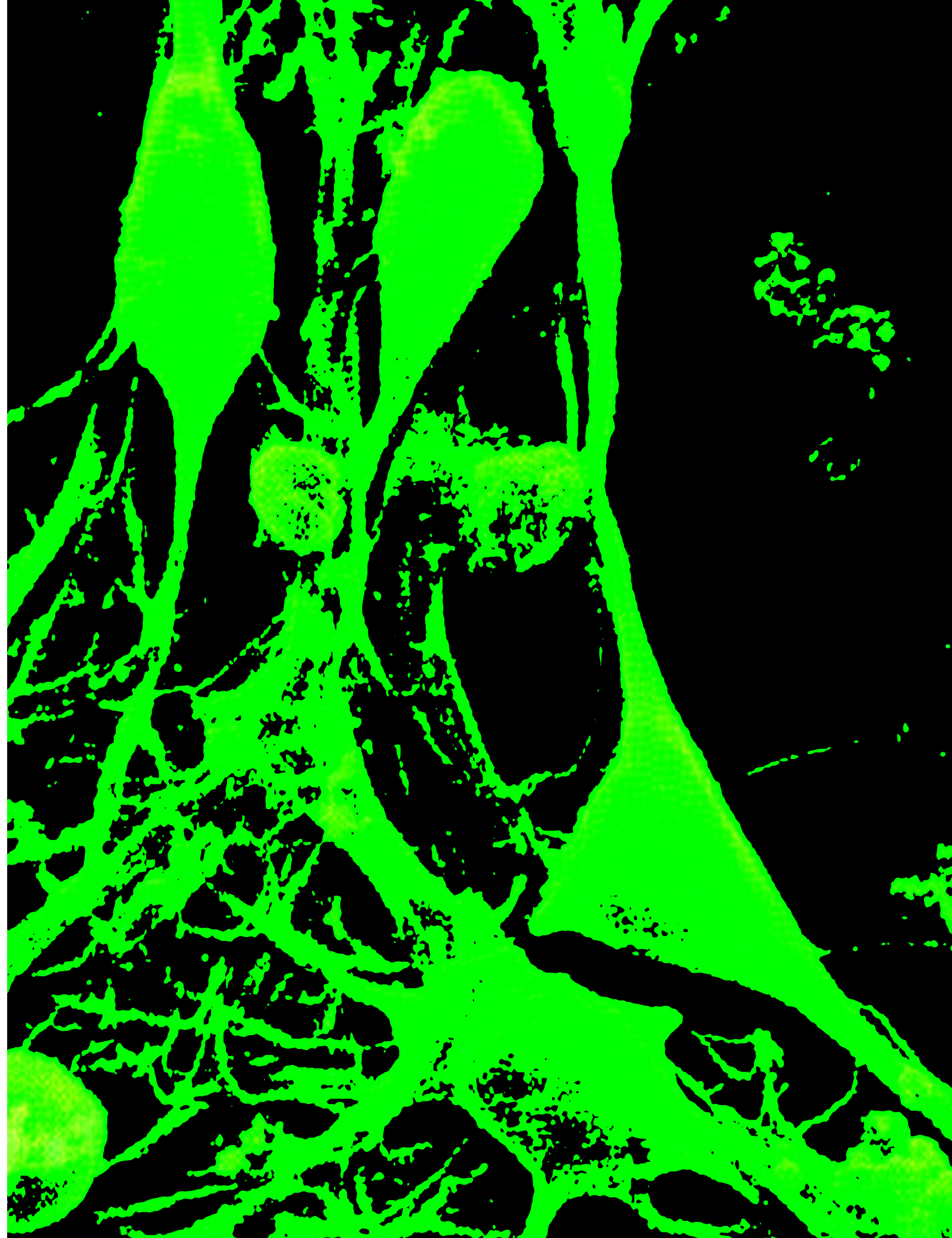
25. “O período da pandemia da Covid-19 também abrangeu, no caso específico da Educação Jurídica, o prazo de reformulação de todos os Cursos de Direito do país para se adaptarem às novas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) aprovadas através da Resolução CNE/CES nº 5/2018 e que tiveram seu prazo de cumprimento estendido até o final de 2021 pela Resolução CNE/CES nº 2/2021. Também foi marcado pela abertura do protocolo para a criação de Cursos de Direito em EaD.” (RODRIGUES, 2022, pg. 09)

26. “A abrangência e a intensidade do uso da internet na maioria das áreas da atividade social, econômica e política leva à marginalidade

os que têm acesso apenas limitado a ela. É o apartheid digital. À medida que as tecnologias de acesso se tornam mais complexas, desacelera-se sua adoção pelos grupos de menor nível educacional e de renda. Como a capacidade de processar informações torna-se essencial, aqueles que têm limitações para aproveitar esse acesso ficam muito atrás dos outros. Educação, informação, ciência e tecnologia tornam-se essenciais para gerar valor na economia baseada na internet, mas exigem investimentos contínuos e muito elevados.” (DUPAS, 2005, pg. 201)

27. “Estudar através do uso da tecnologia não é novo, há tempos vem sendo defendido a utilização dos meios tecnológicos no processo de escolarização. Com a pandemia as instituições não têm outra opção senão recorrer a internet para poder dar continuidade as atividades. No entanto, para que aconteça as aulas de maneira remota, é necessário que o docente saiba manusear bem as plataformas e aplicativos que são propostos para facilitar a comunicação, pois não adianta apenas colocar

o ensino remoto como solução se o professor não estiver qualificado para essa nova forma de lecionar. É fundamental que os docentes estejam capacitados para utilizar as novas tecnologias no processo de ensino e aprendizagem. Segundo Tajra (2007, p.122) “Os professores devem ser capacitados, precisam ser capacitados e é a mola mestre para o sucesso de implantação desses recursos no ambiente educacional”. É importante que o professor se familiarize aos meios tecnológicos antes de começar usá-los senão dificilmente terá sucesso. (MONTALVÃO; SILVA, RODRIGUES, 2022, pg. 116)



O QUE A BOA-FÉ OBJETIVA PODE ENSINAR AOS ALGORITMOS?

GUILHERME CARNEIRO DE REZENDE

Doutorando e mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito das Relações Sociais; em Direito Público, com ênfase em Direito Penal; e em Direito processual: grandes transformações. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor. Ex-Defensor Público da União. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Atualmente é Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

RESUMO: Os algoritmos hoje fazem parte de nossa rotina, ocupando espaço cada vez maior na execução de tarefas e tomada de decisões, e naturalmente o seu surgimento causou grandes impactos na da teoria do contrato e no direito do consumidor. Os avanços havidos ao longo do século passado na proteção do consumidor, desde a promulgação de estatuto próprio, o reconhecimento de sua vulnerabilidade, a positivação da boa-fé objetiva, a tutela da publicidade, como forma de preservação da liberdade contratual, sofreram grande abalo. O presente artigo busca, por meio de uma revisão bibliográfica, contextualizar a evolução do direito privado, demonstrando os influos nele produzidos pelo direito público, notadamente no pós-Segunda Guerra Mundial, por força do espaço ocupado, no plano internacional, pelos direitos humanos e, no plano interno, pelos direitos fundamentais. A centralidade da pessoa humana foi traço marcante dos documentos internacionais e

das Constituições neste período. O artigo aborda igualmente, os impactos provocados pelos algoritmos nas relações contratuais, principalmente naquelas consumeristas, para, num momento conclusivo refletir sobre a necessidade de diálogo entre a boa-fé objetiva e os algoritmos, buscando sempre, em última instância, a proteção e promoção da dignidade humana.

Palavras-chave: boa-fé objetiva, algoritmos, ética

INTRODUÇÃO

As revoluções são tradicionalmente disruptivas. Elas são resultado de modificações substanciais do modelo anterior, mas nem sempre isto é percebido imediatamente por quem as vivencia. E com a revolução 4.0 não foi diferente. Ela forjou um novo ambiente, propiciando uma forte interação entre o homem e a máquina.

A tecnologia atualmente faz parte de nosso cotidiano: alexa, siri, google etc. Em um tempo não muito distante o acesso à rede mundial de computadores era restrito a atividades militares e acadêmicas. Hoje a democratização deste acesso é pauta governamental, pelo Programa de Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão, criado pela Portaria MC 256, de 13 de março de 2002, gerido pelo Ministério das Comunicações, com o objetivo de promover a inclusão

digital e social.

Se por um lado esta interação traz impactos positivos, trazendo-nos comodidades das mais diversas, como por exemplo o ligar uma luz, com um simples comando de voz; ou o acesso mais rápido e dinâmico a informações, afinal um fato ocorrido do outro lado do planeta nos é reportado quase que em tempo real; ou o acesso a bens e serviços em nossas viagens, por meio de aplicativos como o uber, o ifood, o trip advisor; por outro é preciso deitar luzes sobre o impacto que estas tecnologias trazem em nossas relações sociais, em nossa vida privada e nos direitos humanos fundamentais, de um modo geral, pautando discussões e buscando uma normatização capaz de tutelar o mínimo existencial.

Nas relações trabalhistas, fala-se na (tradicional) subordinação hierárquica, que é requisito indispensável à caracterização de uma relação de emprego. Partindo deste pressuposto, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que a uber não mantém com os seus motoristas

qualquer relação trabalhista. Porém, ao conceber que as regras aplicadas aos motoristas colaboradores o colocam em posição de subordinação, já que eventuais recusas (recorrentes) aos chamados de corrida o submetem a uma punição, consistente em impedi-lo de continuar prestando os seus serviços, poder-se-ia falar em uma relação de hierarquia? Não se está aqui a susentar a existência de uma relação de emprego entre a uber e os seus motoristas, mas apenas, de modo retórico, demonstrar a necessidade de se revisitar conceitos tradicionais do direito, à luz desta revolução 4.0.

Os impactos advindos desta revolução também são sentidos no campo do direito do consumidor. Ao pesquisar algum produto ou serviço na rede mundial de computadores, somos insistentemente contatados em redes sociais, e-mails, ou mesmo em meio a reportagens publicadas em sítios de notícias, com informações, fotografias e detalhes daquele produto ou serviço, o que naturalmente estimula a sua aquisição, por vezes desnecessária.

Não se pode ignorar todo o avanço da proteção do consumidor havida desde a edição da Constituição Federal, notadamente ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, até a Lei 14.181, de 2021, a alcunhada Lei do Superendividamento, quando somos imersos no campo da tecnologia.

Assim, o presente artigo propõe uma reflexão sobre a incidência da boa-fé objetiva nas relações entre algoritmo e homem.

Dividimos a abordagem em três capítulos. No primeiro falaremos sobre o contexto de surgimento do microsistema de defesa do consumidor, a partir do movimento de descodificação verificado no pós-Primeira Guerra Mundial, que buscou personificar o direito privado, cuja base era, até então, o Código Civil Bevilacqua, essencialmente individualista e patrimonialista. Desse movimento resultou a elaboração dos Estatutos, e, finalmente, em 2002 verificou-se a recodificação, com a edição do novel Código Civil, preservando-se, porém, a legislação que em torno

dela gravitava.

No segundo capítulo, abordaremos conceitos básicos sobre algoritmos, machine learning, Big data, Big data analytics, bem assim a repercussão que eles produziram nas relações humanas, bem assim as discussões éticas que dela resultaram.

No capítulo terceiro falaremos sobre as cláusulas gerais, a função social do contrato, e, em especial sobre a boa-fé objetiva, conceituando-a e trazendo uma abordagem a respeito dos deveres anexos, apresentando algumas consequências práticas geradas a partir de seu reconhecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando correlacioná-los com os algoritmos e com as discussões éticas propostas.

1 O movimento pendular da descodificação à recodificação: a tutela da pessoa humana e o contexto de surgimento do microsistema de defesa do consumidor

Desde a edição do Código

Bevilaqua até o início da década de 90, tinha-se no centro das relações privadas o Código Civil, promulgado em 1916, inspirado no congêneres napoleônico, de essência notadamente individualista e patrimonialista. Ele regulava aspectos gerais do direito civil (parte geral) e em seus livros, as obrigações, os contratos, as coisas, a família, as sucessões e a responsabilidade civil. Toda esta proteção, no entanto, voltada à tutela exclusiva do patrimônio (obrigações, contratos, a propriedade e as sucessões) e da família, enquanto fins em si mesmos. Tepedino (2004, p. 2) assevera que “o Código Civil Brasileiro, como os códigos de sua época, era a Constituição do direito privado”. Havia rígida distinção entre os espaços do direito público e do direito privado.

O festejado civilista aponta que, com o processo de industrialização e as vicissitudes do fornecimento de mercadorias, particularmente afetadas pela Primeira Guerra Mundial, houve um crescente movimento de intervenção

estatal na economia. Os reflexos desta crise no cenário brasileiro culminaram no surgimento das leis excepcionais, que divergiam dos princípios dominantes do Estatuto Civil. Este perdia paulatinamente a sua exclusividade na regulamentação das relações patrimoniais, que passaram a contar com intervenção assistencialista própria do Welfare State, no que se cunhou de dirigismo contratual. Verificou-se, outrossim, o expansionismo da legislação especial, agora buscando “soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito”. (TEPEDINO, 2004, p. 6)

O direito público passou a invadir espaços antes exclusivos do direito privado:

A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não

propriamente compatibilizar institutos do direito privado com as restrições impostas pela ordem jurídica senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional. (TEPEDINO, 2004, p. 21)

E é neste momento que se observa o fenômeno internacional de surgimento das constituições pós-guerra, que centram a sua preocupação na pessoa humana e passam a ressignificar os institutos de direito privado.

Todas as barbáries cometidas contra a pessoa humana constituíram ambiente fecundo à construção, fortalecimento e positivação dos direitos humanos, primeiramente no plano internacional, e, em seguida, no plano interno de cada um dos Estados mundo afora.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos - seguida de tantos outros documentos internacionais - em seu preâmbulo consignou a necessidade do advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres para

falar e crer, libertos do terror e da miséria, estabeleceu em seu artigo 1º, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, e que devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

No plano do direito interno, o Brasil tardou, mas em 1988, promulgou a Constituição Federal, que revelou indiscutível compromisso com os direitos sociais e individuais, com a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, conforme se extrai do preâmbulo do texto.

Não bastasse, a Constituição consagrou dentre os princípios fundamentais da República Brasileira, a dignidade da pessoa humana, ex vi do artigo 1º, III, bem assim, dentre os objetivos fundamentais, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, buscar a erradicação da pobreza e da marginalização, e de reduzir as desigualdades sociais e

regionais, além de promover o bem de todos, conforme artigo 3º.

No artigo 4º, asseverou que o Brasil rege-se em suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, norma que foi complementada pelo §2º, do artigo 5º, que estabelece que “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”.

Como se nota, para além da densidade e da força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana - tantas vezes acolhido em julgados dos Tribunais Superiores -, que, por si só, já é capaz de refletir a preocupação do constituinte com o seu material mais importante: o ser humano, o sistema buscou dialogar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelecendo uma proteção multinível de direitos. Assim, a ausência de regulamentação de um direito no plano interno, não impede que este (direito) seja

protegido no Direito Internacional, e naturalmente esta disciplina aplica-se igualmente ao direito doméstico, caso o Brasil seja signatário do tratado.

Surge, nesse contexto, a “era dos estatutos” (TEPEDINO, 2004, p. 8), marcada pela a) utilização das cláusulas gerais, b) utilização de linguagem setorial, c) atuação por meio de incentivos, e d) regulamentação de questões extrapatrimoniais. O momento era o da “descodificação”: o monossistema do Código Civil, dá lugar aos microsistemas, que no escólio de Marques “tratam exaustivamente de um tema, regulam exclusivamente um tipo de contrato ou regulam as relações jurídicas de um grupo social, como os consumidores.” (BENJAMIN et al., 2010, p. 53).

O Código Civil de 2002 já nasce sob a égide deste cenário pós-constitucional e inspirado nas diretrizes da personificação, buscando a recodificação, mas sem negar a autonomia dos microsistemas, muito menos afastar a incidência da lei geral, como bem assevera

Marques:

Nas suas lacunas, naquilo que a lei especial não define, o sistema geral é chamado a regular – assim é o diálogo sistemático normal entre a lei geral e a lei especial, que de tão normal sequer nos damos conta. (BENJAMIN et al., 2010, p. 53)

Este é o ambiente de surgimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Ele anuncia os direitos do consumidor, regulamenta a qualidade de produtos e serviços, a prevenção e reparação de danos, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, disciplina as práticas comerciais, como a oferta, a publicidade, bem assim as práticas abusivas, dentre outros.

Trata-se, por concessão didática, como bem adverte Tepedino, de um microsistema, “desde que não deixemos de o considerar como peça de uma inteira engrenagem, na qual os valores são definidos

no ápice da hierarquia normativa” (TEPEDINO, 2004, p. 230).

A pessoa humana há de ser considerada nos múltiplos setores de sua vida cotidiana. Ora relaciona-se com o Estado; ora entre iguais; ora em manifesta posição de desigualdade e vulnerabilidade, e em cada uma destas situações há uma norma específica que disciplina a relação jurídica posta, levando em consideração as particularidades do caso, e, nesta última, verificados os pressupostos legais, temos a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Não há como negar os incontáveis avanços trazidos pelo CDC na tutela do ser humano. Quiçá um dos mais importantes seja a positivação da boa-fé objetiva, anunciada no artigo 4º, III, por meio de uma cláusula geral, que permitiu, juntamente com a função social do contrato, que a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade permeassem o direito privado:

A solidariedade é a progenitora da boa-fé e da função social. Da

mesma forma que a cláusula geral do afeto no direito de família, da função social da propriedade nos direitos reais e da obrigação objetiva de indenizar na teoria da responsabilidade civil, a solidariedade penetra no direito das obrigações pelas janelas da boa-fé objetiva (tutela interna do crédito) e da função social do contrato (tutela externa do crédito). A diretriz solidarista demanda uma ordem de cooperação intersubjetiva e perante a sociedade. (FARIAS et al., 2017, p. 29)

A tutela proposta pela boa-fé objetiva ultrapassa, pois, a relação principal de crédito-débito, para abranger também aspectos secundários da obrigação, buscando que o escopo econômico desta seja implementado, sem prejuízo da igualdade material, respeitando-se a inclusão social e a proteção da confiança.

Não há como negar, por outro lado, que o influxo dos algoritmos, produzido pela Revolução 4.0, produziu impactos severos nas relações jurídico-sociais, reclamando que se pense numa boa-fé objetiva

algorítmica, a fim de proteger todos os avanços vivenciados na tutela da pessoa humana nas relações consumeristas.

2 O Big data, os algoritmos, e o machine learning e as suas interações com a pessoa humana

Para a compreensão da proposta do presente trabalho, é imprescindível anunciar alguns conceitos básicos, de termos por vezes estranhos ao campo jurídico, o que faremos nos valendo, inclusive, de referências de trabalhos científicos de outras áreas do conhecimento.

Rosseti et al. (2021) lembram que a Quarta Revolução Industrial conduziu a relação entre homem e máquina a um novo patamar de inovação, em direção à Inteligência Artificial (IA) e seus algoritmos. Verifica-se o que eles denominam de “acoplamento íntimo entre o cyber e o físico.”

Não se pode negar os benefícios sociais e econômicos advindos desta relação, sobretudo em decorrência da otimização de recursos, já

que o aperfeiçoamento das técnicas por meio da IA agiliza ações e torna os processos mais inteligentes. Mendes et al. (2019) asseveram que uma das atribuições mais relevantes do processamento de dados por meio dos algoritmos é oferecer embasamento para tomada de decisões dos mais variados tipos, buscando a mitigação de riscos. No setor privado, observam os pesquisadores, a relevância do processamento de dados pelos algoritmos tem sido notada por meio da simplificação de decisões e no aumento de eficiência, onde há déficits de informação.

Baranauskas et al. (2003) explicam que o “aprendizado de máquina uma área de IA cujo objetivo é o desenvolvimento de técnicas computacionais sobre o aprendizado bem como a construção de sistemas capazes de adquirir conhecimento de forma automática”. Assim, um sistema de aprendizado constitui um programa que toma decisões baseado em experiências acumuladas por meio da solução bem sucedida de outros problemas.

Na Unidade 1, de seu

“Introdução a Algoritmos”, Teixeira (2019) busca estabelecer uma relação entre algoritmos e a resolução de problemas. Ele parte da afirmação de que somos dependentes da tecnologia, lembrando que os avanços no processamento e na aquisição de dados passaram a permitir com que máquinas desempenhassem uma série de tarefas, desde as mais simples até as mais complexas. O algoritmo seria, outrossim, “o nome dado à sequência de ações indicando exatamente o que o computador deve fazer para realizar uma tarefa ou resolver um problema” (TEIXEIRA, 2019, p. 09). E a resolução do problema se dá a partir da recepção de uma informação (dados de entrada), que é processada a partir de instruções indicadas (o algoritmo).

Apesar da descrição simplista que ora se apresenta, Rosseti et al. (2021), valendo-se da analogia da confecção de um bolo, alertam que o algoritmo não se resume à simples mistura de ingredientes, ressaltando que a sua implementação envolve a) atores (autômatos ou humanos),

b) tomadas de decisão por lógica e c) repetição de ações. Eles apresentam soluções a problemas cotidianos, prescindindo da supervisão humana.

Mendes et al. (2019, p. 5), por sua vez, explicam que os algoritmos necessitam de um input básico, que são os dados, para oferecer respostas relevantes. Esse amontado de dados, que pode ser extraído de cadastros, redes sociais, pesquisas, análise de mercado etc, é o aludido Big data. A sua análise e interpretação (Big data analytics) pode ser útil para prever ou responder algo, como desastres climáticos, crises econômicas, surto de pandemia, comportamento de um consumidor, dentre outros.

Frazão et al. (2019, p. 10) asseveram que o Big data e o Big analytics possibilitam que algumas atividades passem a ser desempenhadas de forma mais eficiente, com mais veracidade, velocidade, variedade e volume, sendo possível a sua utilização em campos outrora sequer imagináveis, clamando por uma regulação adequada, com o

propósito de se estabelecer limitações à sua manipulação. A sua utilização, lembram eles, não se restringe à seara econômica, repercutindo nas esferas individuais dos cidadãos, além de levar à reestruturação das relações sociais e políticas. Assim, prosseguem os autores, “os dados ganharam uma importância transversal, tornando-se vetores das vidas e das liberdades individuais, assim como da sociedade e da própria democracia”.

Na IA existem, outrossim, os algoritmos de aprendizagem, que possuem certo grau de autonomia, donde exsurge a questão atinente aos valores éticos que direcionam a tomada de decisão, bem assim os dilemas acerca da responsabilidade jurídica.

Em percuciente estudo sobre o tema, Rosseti et al. (2021) abordam a aludida ética algorítmica, suscitando questões e desafios éticos do avanço tecnológico da sociedade da informação. Em interessante passagem eles propõem uma reflexão sobre ser a tecnologia amoral, questionando a impossibilidade de

se falar em uma ética das coisas ou das máquinas, partindo da tradição do pensamento filosófico, que considera a ética exclusiva do ser humano. Em seu trabalho adotam, pois, o referencial da metaética: não como uma ética criada pelos algoritmos, mas como uma reflexão humana sobre algoritmos.

Partindo desta premissa, Rosseti et al. (2021) avançam, apresentando algumas questões passíveis de debate no campo da ética: a transparência dos dados e do processo, a responsabilidade pelos danos, os efeitos discriminadores, a privacidade informacional, a autonomia das máquinas e dos usuários e a fabricação de resultados tendenciosos. Ao cabo eles elencam e discutem sete problemas algorítmicos: a) a falibilidade (evidências inconclusivas); b) a opacidade (evidências inextricáveis); c) o viés (evidências mal direcionadas); d) a discriminação (resultados injustos); e) a autonomia (efeitos transformativos); f) a privacidade (efeitos transformativos); e g) a responsabilidade (rastreadibilidade).

Em primeiro lugar, o algoritmo pode falhar. Várias são as causas que podem levar às denominadas evidências inconclusivas, cujos prejuízos são de grande monta, podendo variar desde a indicação errônea de um filme em programas de streaming, com base no histórico do usuário, avançando na seara da violação de direitos básicos da pessoa humana. É possível que ocorra uma falha na identificação da causa e efeito, decorrente, por exemplo, da mineração de dados.

Em segundo lugar, aponta-se a falta de transparência, afinal, na maior parte das vezes o algoritmo é opaco. Nem sempre é possível identificar e compreender o processo de tomada de decisão, o que dificulta o escrutínio acerca da fiabilidade dos resultados apresentados, a partir da análise da qualidade dos dados utilizados e do processamento destes.

Justifica-se, por outro lado, esta opacidade, um, com base no argumento de que é necessário manter a privacidade dos dados analisados, e, por consequência, de seus titulares; dois, na segurança; e,

três, na concorrência, afinal, o Big data e o Big analytics tratam de um rico ativo empresarial.

Ao tratar do tema, Frazão et al. (2019, p. 14) asseveram que

[...] o Big Data tudo vê, sendo capaz de capturar todas as pegadas digitais dos usuários para, a partir daí, utilizar seus “poderes” não apenas para registrar e processar o passado e o presente, como também para antecipar e decidir o futuro das pessoas. E o mais preocupante é que faz tudo isso sem a devida transparência e accountability, já que os algoritmos utilizados por governos e grandes agentes empresariais são normalmente considerados segredos, respectivamente de Estado ou de negócios.

E mesmo havendo a aludida transparência, é dizer, mesmo que sejam disponibilizadas as informações acerca dos dados e da rotina envolvendo o seu processamento, surge o problema acerca de serem elas compreensíveis à linguagem

humana, ao senso comum.

Em terceiro lugar, há a problemática do viés do algoritmo, é dizer, a possibilidade de que as decisões sejam tomadas a partir de determinantes externas, ligadas, por exemplo, a questões de gênero, raça, classe, localidade etc. As máquinas avaliam a realidade e tomam as suas decisões, partindo de um dimensionamento feito pelo programador, adotando os vieses que lhes são próprios.

Nesta perspectiva, importa dizer que a falta de transparência acima relatada, torna insidioso eventual viés preconceituoso adotado pelo algoritmo, dificultando a avaliação em torno da correção do resultado.

Em quarto lugar, e, a partir deste enviesamento, os algoritmos podem realizar discriminações indesejadas. Frazão et al. (2019, p. 14) alertam para os efeitos nefastos que este enviesamento pode produzir sobre as minorias e os mais pobres, acentuando ainda mais a desigualdade: os algoritmos podem embutir em seus códigos decisões

e opiniões que não podem ser contestadas, por não serem conhecidas, provocando, assim, uma destruição silenciosa, podendo “basear seus julgamentos em preconceitos e padrões passados que automatizam o status quo e ainda podem ser utilizados para toda sorte de discriminações e violações de direitos.”

Em quinto lugar, discute-se a autonomia dos algoritmos de tomada de decisão: eles são criados com o propósito de influenciar no comportamento do usuário. Mais uma vez, Frazão et al. (2019, p. 15) dizem que as plataformas passam a assumir o papel de gatekeepers dos tempos atuais, exercendo funções como a seleção, moldagem, timing, repetição, sonegações entre os membros da network, registrando que o poder de controle de informação por eles exercido

(i) no sentido weberiano mais positivista, referente à habilidade de fazer com que os outros façam o que você quer que eles façam mesmo contra a sua vontade; (ii) no sentido de Bachrach e Baratz, que destaca a

capacidade de determinado agente de dedicar suas energias para criar ou reforçar valores sociais e políticos ou práticas institucionais que restringem o debate político, levando ao público apenas o que lhe interessa; e (iii) também no sentido de Lukes, Foucault e Gramsci, cujo foco é a capacidade de mobilizar, recriar e reforçar vieses do sistema, de forma que não sejam conscientemente escolhidos nem o resultado intencional da decisão das pessoas.

O gatekeeper em tradução literal quer dizer o “guardião dos portões”, porém a sua utilização no contexto proposto se refere ao “filtro” utilizado para selecionar as informações que serão divulgadas, a partir de critérios previamente estabelecidos por uma linha editorial.

Em sexto lugar, está a proteção de dados dos usuários (a privacidade). Os dados coletados para a formação do Big data estão sujeitos a invasão, e, portanto, são vulneráveis. Veja, a propósito, o escândalo de uso político de dados envolvendo o Facebook e a empresa americana

Cambridge Analytica, pelo qual esta teria tido acesso ao volume de dados de usuários e amigos destes, ao lançar um aplicativo de teste psicológico em rede social. (BBC, 2018)

Por fim, em sétimo, está a responsabilidade jurídica, que suscita uma série de desafios. Algumas questões intrigantes: como detectar o dano? Como encontrar a sua causa (principalmente em razão da opacidade)? E, por fim, como identificar quem será responsabilizado?

Apenas a título ilustrativo, temos o multicitado exemplo do software COMPAS, utilizado pela justiça dos EUA, responsável por gerar resultados errôneos sobre os crimes cometidos por pessoas negras, em comparação com as pessoas brancas. Nele é possível vislumbrar falibilidade (equivocos nos resultados), opacidade (não havia identificação do processo utilizado para se chegar ao resultado), viés, discriminação e, ainda, suscitam-se dúvidas quanto à responsabilidade. (Instituto Humanitas UNISINOS, 2016)

Não se pode olvidar, além de todas estas questões, que, longe de meramente retóricas – propõem reflexões em torno dos desafios atinentes à regulação dos algoritmos e dos limites éticos de sua utilização –, os dados coletados e manipulados são, por vezes, extraídos sem o consentimento (qualificado) do usuário; monetizados no mercado; e podem resultar em um manejo, capaz de retroalimentar um ciclo de abuso do poder econômico.

A assimetria informacional é evidente. De um lado, o coletor dos dados, consciente das informações que busca e dos propósitos que orientam a sua missão. Quiçá nem mesmo eles tenham a exata noção do potencial que dispõem em suas mãos e dos usos que podem fazer das informações obtidas, sejam dos dados brutos, sejam, ainda, de seu tratamento.

De outro lado, o titular destes dados (e potencial fornecedor), que, por vezes, num destes desafios anunciados nas redes sociais (“use a sua foto”, crie o seu avatar etc), – uma brincadeira aparentemente

inocente – entrega informações relevantes sobre as suas características, hábitos e preferências, desconhecendo, um, que os está fornecendo, e dois, qual o uso se pode fazer deles. A entrega dos dados pode ocorrer mediante aceite aposto nestes “termos e condições” enormes e infundáveis que são impostos como condição para a aquisição de um produto ou serviço (supostamente) gratuito.

Estas informações coletadas passam a ser monetizadas. Furtado (2022), assevera que

(...) as Big Techs encontraram uma nova forma de monetização. Com o uso constante de mecanismos de busca, aplicativos de relacionamentos, de restaurantes, mapas entre outros, o consumidor troca seus dados pessoais que são coletados, processados, organizados e finalmente transformados em informações de grande valor aos interessados (plataformas digitais, por exemplo) que agregam valor às empresas. E é dessa forma que os dados são explorados

para personalização de produtos e serviços, pois auxiliam tanto na criação de conhecimento, quanto no processo de escolha e tomada de decisões dos consumidores.

Frazão et al. (2019, p. 10) chegam a comparar estes dados ao “novo petróleo”, asseverando se tratar de “insumos essenciais para praticamente todas as atividades econômicas e tornaram-se, eles próprios, objeto do crescente e pujante mercado”. Em seus escritos, a autora menciona que especialistas em Big data contam que “com 150 ‘curtidas’, determinados algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que o seu companheiro e que, com 250 ‘curtidas’, os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que ela própria.

O horizonte de usos que se pode fazer destas informações é enorme: anúncios veiculados no Facebook, a partir de uma personalização decorrente da análise de dados e preferências; anúncios feitos na Amazon, que direciona o marketing com base em hábitos de

navegação; a mobilidade urbana etc.

Daí se extrai o valor comercial destas informações, bem assim como a sua utilização pode reforçar o abuso do Poder Econômico, por meio de práticas variadas.

Isto, por evidente, coloca a pessoa humana em flagrante posição de vulnerabilidade, notadamente no campo das relações consumeristas. Furtado (2018) sublinha a necessidade de proteção desta vulnerabilidade, que ela cunha de algorítmica, em especial nas relações intermediadas por plataformas digitais, em que os papéis dos fornecedores, a responsabilidade e finalidade do uso de dados são mascarados.

Como se nota os algoritmos têm sido utilizados além ou à margem de qualquer discussão ética, salvo produções acadêmicas; com uma tímida regulação, capaz de lhe impor limitações sérias, resultando, assim, na transformação da pessoa humana em objeto, a serviço da tecnologia, e do Poder Econômico; vulnerando importantes conquistas no campo dos direitos humanos,

como a proteção da liberdade, da privacidade e da segurança, que são sistematicamente violados; ao arrepio de toda a proteção que se estabeleceu em prol do consumidor, a partir da Constituição de 1988 e do CDC.

Todo o movimento de fortalecimento dos microsistemas de tutela dos vulneráveis, de recodificação, de (re)personificação do direito, que, em última instância remodelaram a dicotomia entre direito público e direito privado, os avanços no campo da teoria do contrato, parecem ter se perdido em um ambiente em que o acoplamento entre o cyber e o físico parece ter preferido a máquina.

No capítulo subsequente trataremos da boa-fé objetiva, como norma de sobredireito, capaz de incidir sobre a relação homem – algoritmo.

3 Boa-fé objetiva e as operações algorítmicas

Apresentou-se no capítulo primevo algumas diretrizes do

CDC, com direcionamentos voltados à boa-fé objetiva, novidade bastante celebrada com o advento do festejado microsistema.

O Código, preocupado com a situação de vulnerabilidade do consumidor, cuidou de anunciar a cláusula geral da boa-fé objetiva, ex vi do artigo 4º, III, primando pela manutenção do equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores.

A vulnerabilidade é traço marcante nas relações de consumo. Seja ela técnica, decorrente, por exemplo, da falta de conhecimentos específicos sobre o objeto que se está a adquirir; fática, que resulta da desproporção de forças, intelectuais ou econômicas, entre fornecedor e consumidor; ou jurídica.

Marques et al. (2010, p. 197) asseveram que

[...] a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória,

individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.

Importa consignar que a vulnerabilidade não é um elemento exclusivo das relações de consumo, valendo trazer à colação o escólio de Cordeiro (2021, p. 22), no sentido de que

[...] em rigor, todo o Direito visa colmatar vulnerabilidades, protegendo os fracos e assegurando, pela sua simples existência, o domínio de decisões previsíveis. Sem esta previsibilidade, as soluções passam para o domínio dos imponderáveis e do arbítrio. Os fracos são, sempre, os mais prejudicados.

Marques et al. (2010, p. 197) esclarecem que é desta presunção de vulnerabilidade jurídica que irradia o dever de informação do fornecedor, em face da complexidade da relação contratual e de seus múltiplos vínculos cativos.

Obviamente, este dever de informação e outros tantos,

decorrentes da boa-fé objetiva, devem se qualificar diante da vulnerabilidade algorítmica, decorrente, dentre outros, do estado de ignorância do consumidor a respeito da coleta em si, e do processamento de dados, baseada na privacidade e da opacidade do algoritmo; nos vieses; na discriminação; na autonomia; e finalmente na responsabilização em razão de eventuais danos.

A justificativa, como anunciado, reside na própria boa-fé objetiva. Trata-se de princípio, vazado em cláusula geral. Não é demais lembrar, na linha do que sustenta Sundfeld (1993, p. 137) que “os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”

A boa-fé não apenas permite, senão também fomenta, que a ética permeie as relações jurídicas (eticidade), orientando que os atores se pautem em padrões de probidade, honestidade e retidão.

Ela pode ser concebida sob duas perspectivas: a subjetiva e a

objetiva. A primeira, subjetiva, é antônimo de má-fé, denotando um estado de espírito ou o elemento subjetivo que anima o agente. Na segunda acepção, acolhida pelo CDC, constitui “regra de conduta é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte.” (NORONHA, 1994, p. 136).

O exame da boa-fé objetiva é feito externamente, é dizer, independe da convicção do indivíduo.

Ribeiro (2004), ao tratar da boa-fé processual, a ela se refere como um sobreprincípio, que

[...] se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público iminente, condicionando, sempre que possível, os demais princípios, e coloca a verdade como apoio e sustento da justiça, que é a base do Direito.

A ideia de um sobreprincípio é plenamente válida no campo das

relações de direito material, significando, nos dizeres de Marques et al. (2010, p. 204) “cooperação e respeito, [é] conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais” e não apenas naquelas protegidas pelo direito.

O legislador ordinário não pretendeu esgotar a proteção da boa-fé, anunciando exaustivamente situações-tipo, com a cominação de consequências jurídicas. E nem poderia. Trouxe, ao revés, algumas *fattispecies* apenas com o propósito de ilustrar comportamentos desviados. Preferiu, assim, a utilização da técnica da cláusula geral, que na lição de Costa (1998, p. 6):

Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

E assim o fez para possibilitar que o juiz possa lhe dar concretude

diante do caso posto, ou nos dizeres de Marques et al. (2010, p. 205) “com a função e autorização para a decisão por equidade (...) originando assim um direito de equidade adaptado à sociedade e às necessidades atuais”. A concretização da boa fé é feita pelo princípio da solidariedade (3, I, d, da CF), como bem nos lembra Farias et al. (2017, p. 29)

A solidariedade é a progenitora da boa-fé e da função social. Da mesma forma que a cláusula geral do afeto no direito de família, da função social da propriedade nos direitos reais e da obrigação objetiva de indenizar na teoria da responsabilidade civil, a solidariedade penetra no direito das obrigações pelas janelas da boa-fé objetiva (tutela interna do crédito) e da função social do contrato (tutela externa do crédito). A diretriz solidarista demanda uma ordem de cooperação intersubjetiva e perante a sociedade.

Barroso (2005) usa inclusive o

termo plasticidade, a fim de designar uma das características das cláusulas gerais:

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Melhor que assim seja, afinal não há como elaborar um conceito de ética universalmente válido, muito menos positivá-lo em texto normativo. Demais disso, a segurança no tráfego das relações pode ser afetada por um inimaginável universo de cursos causais. A utilização desta técnica (das cláusulas gerais) permite ainda que o texto fique aberto no tempo, evitando a sua corrosão.

Importa gizar que a boa-fé não é um dever contratual, senão obrigacional. Ela não decorre do contrato, devendo estar presente

inclusive nas fases que o antecedem, desde a oferta, policitação, até a fase pós-contratual. Apesar da redação dada ao artigo 422, do Código Civil, que silenciou a cerca da fase pré-contratual, Farias et al. (2017, p. 163) lembram que

[...] a boa-fé exerce função integrativa de deveres de comportamento, não apenas na vigência do contrato, como também antes e depois, cogitando-se de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, pelo rompimento dos deveres éticos comuns a todos os contratantes.

A toda evidência, o propósito do legislador é justamente assegurar que a obrigação cumpra a sua função social, de distribuição (equânime) não apenas dos benefícios, mas também dos ônus e encargos, cumprindo, outrossim, a sua finalidade econômica, sem promover a exclusão social.

A doutrina (Marques et al.) enumera as funções da boa-fé objetiva, indicando tradicionalmente: a

a) interpretativa, a b) causa limitadora do exercício de direitos subjetivos ou restritiva do exercício abusivo de direitos e a c) integrativa, ou criadora de deveres anexos, ou ainda fonte de novos deveres especiais (os deveres anexos).

Como se pode perceber, a boa-fé objetiva ostenta uma função integrativa, é dizer, ela é capaz de criar deveres anexos de conduta, que buscam proteger as expectativas depositadas pelas partes. Cordeiro (2021, p. 48) assevera que quando duas pessoas se encontram como credor e devedor, o entrecruzamento das esferas é, via de regra, mais intenso do que o expresso na obrigação linear, sublinhando que não se pode desprezar a inserção dos sujeitos no meio social. Em arremate, ele acrescenta que:

[...] quando envolvidas numa relação obrigacional, as partes, para além dos direitos e deveres inerentes à prestação principal e às prestações secundárias, resultantes do vínculo, ficam ainda adstritas a uma série de deveres que visam:

- acautelar materialmente o vínculo obrigacional;
- proteger as partes, nas suas pessoas e no seu patrimônio;
- proteger terceiros que, com a obrigação, tenham um especial contrato.

No julgamento do AREsp 273013, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino consignou que:

Na relação obrigacional a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuada (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito). Em sua função interpretativa, prevista no art. 113 do Código Civil brasileiro, a boa-fé auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais. Colabora, dessa forma, para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto. A função integrativa

da boa-fé, tendo por fonte o art. 422 do Código Civil brasileiro, permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daquelas que nascem diretamente das vontades das partes. Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v. g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v. g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado).

Do aresto acima identificam-se os deveres anexos de cooperação, informação, sigilo e cuidado. Morais (2021) fala dos deveres de cooperação ou colaboração recíproca; de informação plena, de esclarecimento e transparência; de agir conforme a confiança

depositada; de proteção e cuidado; de lealdade e finalidade; de conservação e guarda; de respeito; de agir conforme a razoabilidade; e, por fim, de probidade e honestidade.

Pontuaremos doravante, alguns destes deveres, a partir da leitura feita por Morais (2021), e que, a nosso juízo mais impactariam a relação homem - algoritmo.

O de cooperação ou colaboração recíproca é reputado como dever de gênero, do qual os demais são espécies, na busca da completa realização dos fins almejados pelas partes, conforme razoabilidade, a equidade e a boa razão, sem omissões e proibindo excessos.

O de proteção e cuidado busca tutelar a contraparte, afastando ou minimizando prejuízos que possam atingir a pessoa e o seu patrimônio. O de respeito é associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ligando-se às “liberdades individuais, ao necessário reconhecimento do outro, do próximo, de suas opiniões, diferenças, crenças, profissão e nas relações negociais”. Prossegue o autor,

esclarecendo que

Por outras palavras, o respeito é a valorização e observância, pela parte, das regras de urbanidade (regras de trato social, normas morais), da legislação e dos direitos patrimoniais (econômicos) e não patrimoniais (de natureza espiritual) do próximo.

No plano do direito internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – conhecida como Pacto de São José da Costa Rica – estabelece, no seu art. 5º (Direito à integridade pessoal), que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, e no art. 11 (Proteção da honra e da dignidade), que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento da sua dignidade”. Quanto à dignidade, esta integra a categoria de direitos humanos sociais destinados a zelar pela igualdade material e paz jurídica.

Pelos deveres laterais, sobretudo o de respeito, é possível notar

a eficácia horizontal dos direitos humanos ou fundamentais, fazendo com que eles incidam para além das relações entre Estado-cidadão, incluindo, assim, as relações entre cidadão-cidadão.

Apenas a título ilustrativo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.073.595 reconheceu a violação da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, na conduta de seguradora que modificou abruptamente a relação jurídica continuada de seguro de vida, mediante simples notificação do contratante, entregue com meses de antecedência. Na espécie, a alteração ocorreu após renovações sucessivas do ajuste anterior, ocorridas ano após ano, por mais de trinta anos.

Noutro aresto, o STJ reconheceu a violação da boa-fé objetiva, em razão do descumprimento do dever de mitigar as perdas (duty to mitigate de loss), do credor que tardou em vindicar os seus direitos possessórios sobre imóvel em poder do devedor, resultado em agravamento do dano, conforme se

vê abaixo:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e

possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

O legislador brasileiro, ao regulamentar a oferta de produtos e serviços o fez a partir do artigo 29, do CDC, norma que está inserta num microsistema, e, por isso, deve obediência aos princípios anunciados nos dispositivos inaugurais, afinal a ordem jurídica “forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados.” (ROCHA, 1994, p. 23)

Subsiste, seja autonomamente, seja como obrigação acessória, o dever de informar o consumidor, o que revela a importância de que o anúncio seja claro o suficiente, buscando garantir que a vontade manifestada pelo consumidor seja sempre qualificada, sob pena de vulnerar o equilíbrio contratual.

No julgamento do REsp n. 1.326.592, o STJ reconheceu o direito à indenização por danos morais e materiais, em razão da conduta de instituição financeira que, por iniciativa própria e sem respaldo em autorização expressa do consumidor, realizou aplicações

em fundo de risco incompatível com o perfil conservador do cliente, não se desincumbindo de seu dever de informação acerca dos riscos da operação.

Mas para além de tratar da boa-fé e do dever de informação, o CDC cuidou de explicitar situações, indicando quando ocorreria a violação do dever de informar, como nas circunstâncias do artigo 36: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Assim, a veiculação da publicidade há de ser feita de modo que o consumidor identifique que aquela situação corresponde efetivamente a uma publicidade, não se tratando de uma singela coincidência que o herói da narrativa vista uma determinada marca de roupa. E a clareza há de ser solar, sobretudo num país de dimensões continentais como é o Brasil, com baixos índices de escolaridade (Na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua 2019), a taxa de analfabetismo das pessoas de 15

anos ou mais de idade foi estimada em 6,6% (11 milhões de analfabetos) e mergulhado na pobreza (de acordo com o IBGE, 2020, a renda per capita não ultrapassou R\$ 2475, chegando, nalguns estados como o Maranhão, a R\$ 676).

A ausência de identificação da publicidade consiste na prática conhecida como o merchandising, conceituada pelo Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária como a “propaganda” indireta contratada. Sobre o tema, vale transcrever o escólio de Marques et al. (2010, p. 728-729):

Pela técnica do merchandising, hoje comum em novelas de televisão, nos filmes e mesmo nas peças teatrais, um produto aparece na tela e é utilizado ou consumido pelos atores em meio à ação teatral, de forma a sugerir ao consumidor uma identificação do produto com aquele personagem, história, classe social ou determinada conduta social. O aparecimento do produto não é gratuito, nem fortuito; ao contrário, existe um vínculo contratual

entre o fornecedor e o responsável pelo evento cultural, sendo que o fornecedor oferece uma contraprestação pelo espaço de divulgação de seu produto.

Nada obstante, o artigo 39 do multicitado diploma aduz ser prática abusiva, “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.” A liberdade contratual é pedra angular da teoria geral do contrato. Escolher o que contratar, com quem contratar e quando contratar é fundamental, até para que se evite o malfadado superendividamento, objeto de tutela da Lei 14.181, de 2021, que introduziu profundas alterações no CDC.

Este e outros tantos exemplos calham diante da crescente utilização dos algoritmos para divulgação de publicidade em plataformas online, por isso a sua incursão mais amiúde.

A vulnerabilidade (ainda que

essencialmente técnica e/ou informacional) é traço característico das relações de consumo. Na específica situação das vulnerabilidades sobrepostas, a situação parece se agravar. Situações em que, para além da vulnerabilidade técnica, condições pessoais do consumidor podem deixá-lo em conjuntura de maior desequilíbrio, e, portanto, mais exposto a práticas abusivas.

O objetivo da tutela proposta pela boa-fé objetiva é justamente o de equilibrar o fiel da balança, buscando assegurar, na medida do possível, que a vontade dos contratantes seja sempre livre, esclarecida e ponderada, primando pelo equilíbrio contratual. Por liberdade não se está a repudiar apenas o seu antônimo, a coação física ou moral, mas também e sobretudo práticas veladas, que embora não obriguem diretamente a aquisição do produto ou serviço, comprometem invariavelmente o núcleo da vontade do consumidor.

Os sete problemas abordados por Rosseti et al. (2021) podem ser diretamente relacionados com os deveres decorrentes da boa-fé

objetiva: as evidências inconclusivas (falibilidade) com os deveres de cooperação, de informação, de agir conforme a confiança depositada, de proteção e cuidado; as evidências inextricáveis (opacidade), com os deveres de informação plena e transparência; as evidências mal direcionadas e resultados injustos (viés e discriminação) com os deveres de lealdade e finalidade e de respeito; e os efeitos transformativos e de rastreabilidade (privacidade e responsabilidade), com os deveres de conservação e guarda, de proteção e cuidado e de probidade e honestidade.

E não apenas guardam estreita relação, como devem ser devidamente enfrentados, como decorrência direta e imediata da boa-fé objetiva.

CONCLUSÃO

As relações sociais foram altamente impactadas pelo advento da Revolução 4.0. A tecnologia invariavelmente faz parte de nosso cotidiano, desde as tarefas mais simples,

como a automatização das residências, até as mais complexas, como o lançamento de um foguete.

O ser humano passou a se valer dos algoritmos para a solução de contendas, e assim como há anos aprendeu a manipular o fogo para lhe trazer mais conforto, propiciando o aquecimento de seu lar e alimentos, passou a capturar dados, tratá-los e utilizá-los em seu favor.

Ocorre, porém, que a sistematização destas informações (Big data e Big data analytics) – que muito dizem a respeito das pessoas, individualmente, e enquanto um corpo social –, passou a se tornar algo comerciável e altamente rentável, considerando a possibilidade de seu uso para fins econômicos.

A utilização dos algoritmos tem um largo campo de incidência nas relações de consumo. É possível perceber de forma nítida o seu emprego, por exemplo, na seara da publicidade, bem assim os impactos daí advindos no equilíbrio das obrigações: a liberdade contratual – de escolher o se contratar e o com quem contratar – é severamente

influenciada pela utilização, em larga escala, de técnicas predatórias de oferta, que afetam inconscientemente a autonomia do consumidor.

A toda evidência estas técnicas reforçam a assimetria, colocam o consumidor em posição de franca vulnerabilidade, representando verdadeiro retrocesso a todos os avanços legislativos havidos desde o século passado na proteção da pessoa humana.

À vista deste cenário, parece adequado discutir os limites éticos sobre a utilização dos algoritmos e a necessidade de uma regulação mínima, capaz de proteger os dados e, em última instância, a pessoa humana, notadamente em virtude da possibilidade de se produzir evidências inconclusivas (falibilidade), evidências inextricáveis (opacidade), evidências mal direcionadas e resultados injustos (viés e discriminação), efeitos transformativos e problemas de rastreabilidade (privacidade e responsabilidade).

Para além destas discussões, não se pode negar que, a partir do movimento pendular

de descodificação e recodificação vivenciado no século XX, o ser humano passou a ser o centro da ordem jurídica – internacional e doméstica –, objeto de especial proteção. Não apenas a Constituição, mas sobretudo a legislação infraconstitucional passaram a operar com a lógica dos princípios e das cláusulas gerais, possibilitando com que os valores mais caros à comunidade passassem a permear toda a ordem normativa.

Assim, a boa-fé objetiva e a função social do contrato fizeram incidir a dignidade humana e a solidariedade no campo das obrigações, de sorte que a utilização dos algoritmos sem critérios delineados, passou a se qualificar do ponto de vista jurídico como uma violação positiva, por força do descumprimento dos deveres anexos advindos da boa-fé objetiva.

A memorável lição de Kant – no sentido de que o homem é um fim em si mesmo –, serve a demonstrar que a pessoa humana não pode ser relegada à condição de objeto para aparelhar o funcionamento dos

algoritmos em prol do Poder Econômico e que a tutela da confiança e da expectativa continua a ser um dos pilares da segurança no tráfego das relações jurídicas.

A boa-fé objetiva tem muito a ensinar aos algoritmos, seja buscando a reprogramação do algoritmo de aprendizagem à luz de critérios valorativos (bom x mau, justo x injusto), se é que isto é possível, seja buscando a “reprogramação” de seus “programadores”, que devem naturalmente se pautar num compromisso de probidade e retidão.

REFERÊNCIAS

BBC. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. 20 de mar. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 03 de jan. de 2023.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 273013. Na relação obrigacional a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação [...]. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado em 16/12/2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201202680844. Acesso em: 20 de jan. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 758.518 – PR. DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS

PARTES CONTRATANTES. [...]. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos. Publicado em 1/07/2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500967754&dt_publicacao=01/07/2010. Acesso em: 20 de jan. de 2023.

BRASIL. IBGE. Conheça o Brasil – População EDUCAÇÃO. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html#:~:text=Também%20em%202019%2C%2046%2C6,4%25%2C%20o%20superior%20completo>. Acesso em: 03 de jan. 2023.

BRASIL. IBGE. IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2020. Disponível em https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2020.pdf.

Acesso em: 03 de jan. 2023.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Número 1, Tomo 1. Ano 2021. p. 21-58.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Obrigações. 11 ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2017.

FRAZAO, A. (Org.); TEPE-DINO, G. J. M. (Org.); Milena Donato Oliva (Org.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2019. v. 1. 820p.

FURTADO, Paola. A vulnerabilidade algorítmica e a necessária proteção do consumidor na era digital. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/-vulnerabilidade-algoritmica-e-a-necessaria-protecao-do-consumidor-na-era-digital>. Acesso em: 20 de jan. de 2023.

GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 188, p. 191-207, out./dez. 2010. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198730>. Acesso em: 20 de jan. de 2023.

GUIMARÃES. Darci Ribeiro. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 71/78, jul/set. 2004.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polemica nos EUA. 2 de nov. de 2016. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/185-noticias-2016/561869-sistema-de-algoritmo-que-determina-pena-de-condenados-cria-polemica-nos-eua>. Acesso em: 03 de jan. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. O

DIREITO PRIVADO COMO UM SISTEMA EM CONSTRUÇÃO: AS CLÁUSULAS GERAIS NO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Revista de Informação Legislativa, BRASÍLIA, v. 139, p. 5-22, 1998.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, M. Proteção de Dados e Inteligência Artificial: Perspectivas Éticas e Regulatórias. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. Revista Direito Público, v. 16, p. 39, 2019.

MONARD, Maria Carolina, BARANAUSKAS, José Augusto. Conceitos Sobre Aprendizado de Máquina. Sistemas Inteligentes Fundamentos e Aplicações. 1 ed. Barueri-SP: Manole Ltda, 2003. p. 89--114. ISBN 85-204-168.

MORAIS, Ezequiel. A boa-fé objetiva pré-contratual [livro eletrônico]: deveres anexos de conduta. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSSETTI, Regina; ANGELUCI, A. C. B. Ética Algorítmica: questões e desafios éticos do avanço tecnológico da sociedade da informação. GALÁXIA (SÃO PAULO. ONLINE), v. 46, p. 01-18, 2021.

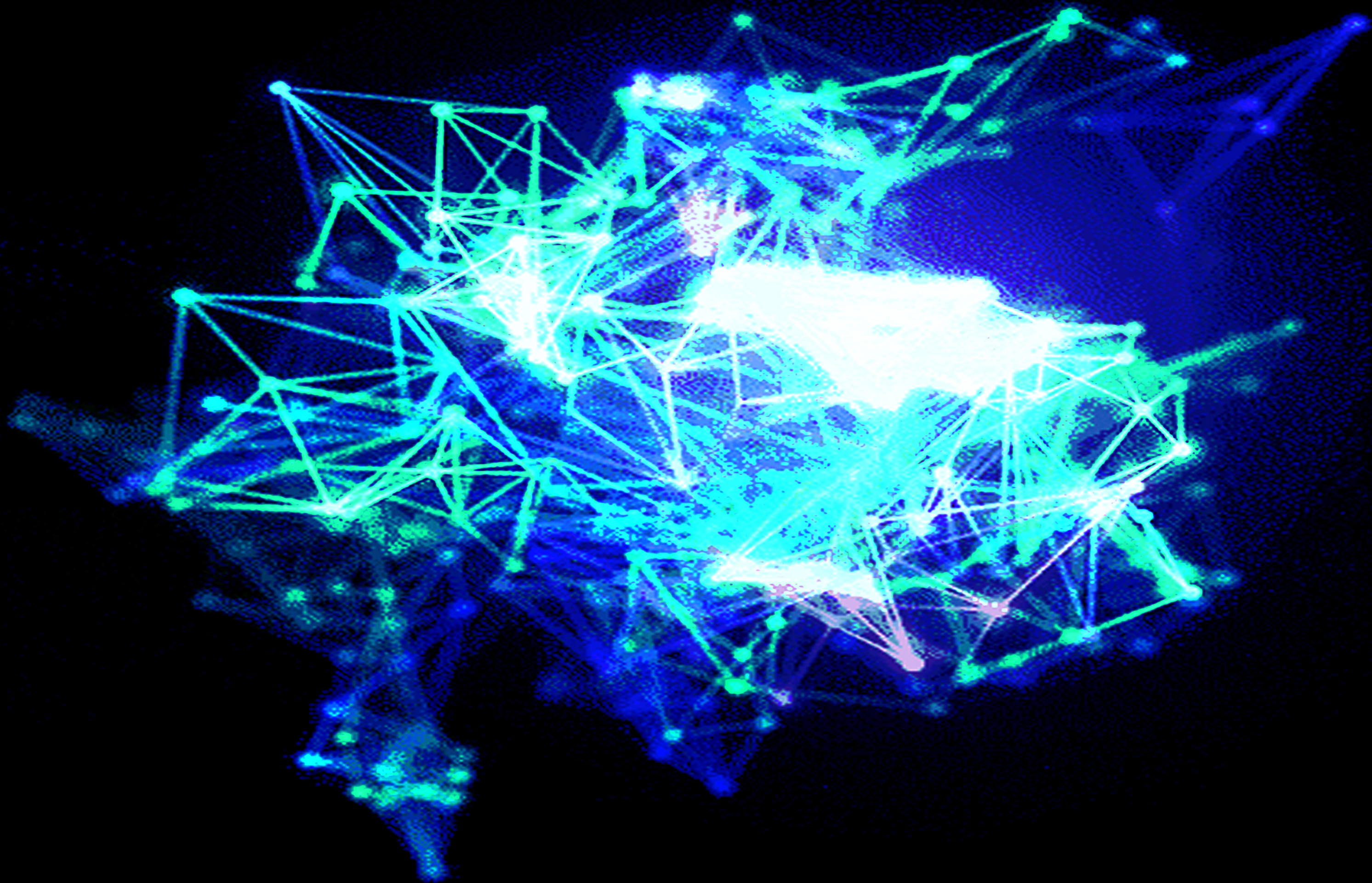
ROCHA, Cármen Lucia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEIXEIRA, Raoni Florentino

da Silva. Introdução a Algoritmos. Cuiabá: Secretaria de Tecnologia Educacional, da Universidade Federal de Mato Grosso, 2019. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/431963/2/FASCICULO_Introducao_Algoritmos.pdf. Acesso em: 20 de jan. de 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil IN Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



O ESTADO DE DIREITO – LEGISLATIVO – COMO PARÂMETRO MÁXIMO DA DECISÃO JUDICIAL

FRANCO LEMOS BERTUZZI

¹Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Juiz de Direito/RS. Ex-advogado. Ex-assessor de desembargador no TJRS. E-mail: flbertuzzi@hotmail.com.

Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na atividade acadêmica Os Desafios das Transformações Contemporâneas no Direito Privado, ministrada pelo Prof. Dr. Wilson Engelmann, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

– UNISINOS, nível doutorado.

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito, nas mais diversas concepções assumidas ao longo de séculos, e independentemente do sistema jurídico adotado, tem no respeito às tradicionais fontes do Direito por quaisquer das formas de expressão de poder, principalmente a judicial, a característica mais distintiva.

Em um Estado de tradição jurídica romano-germânica, o princípio do estado de direito extraído

da respectiva teorização submete a atividade jurisdicional ao Direito democraticamente legislado. No entanto, no Brasil, em que a cultura jurídica predominante segue à europeia-continental, romano-germânica, decisões judiciais não têm mostrado constrangimento algum ao se distanciarem dos ditames legais.

Propostas de releitura do sistema vigente, com reflexos sobre a teoria da separação dos poderes, não têm o condão de, por si sós, introjetar, em território brasileiro, cultura jurídica não alinhada à europeia-continental, em que a lei é a expressão máxima da criação democrática do Direito. Apesar da tradição jurídica romano-germânica, o Brasil conhece e rende-se a várias teses, teorias e movimentos favoráveis à criação judicial do

Direito.

O presente artigo propõe-se a refletir e a estudar como em um cenário legislativo do Direito, como o brasileiro, transitam com absoluta normalidade teses de que juízes e tribunais não só aplicam o Direito posto, mas também dispõem Direito a partir das respectivas decisões. Pretende-se discutir como o sistema de precedentes, de berço inglês e identificado com a tradição do common law, vem sendo inserido no sistema jurídico brasileiro e compatibilizado com a preponderância – ou não(!) – do direito legislado. Ao fim e ao cabo, busca-se debater um padrão decisório máximo capaz de avaliar a racionalidade das decisões judiciais, de vinculá-las ao ordenamento jurídico, de modo que as decisões, no Brasil, não proliferem isentas de uma crítica mais contundente.

2. O ESTADO DE DIREITO ANGLO-SAXÃO

Não sem razão se é questionado o fato de o sistema jurídico denominado “Common Law” ter origens mais remotas justamente na nação que primeiro pronuncia o “Rule of Law”. Com efeito, como haveria de prevalecer um direito resultante de decisões dos tribunais em um território que consagrou o Estado de Leis, a soberania do parlamento? Afinal, qual seria a função do Poder Legislativo em uma nação cuja criação (ou aperfeiçoamento) do Direito está afeta ao Poder Judiciário? Realmente, a interação entre os dois institutos jurídicos, o Common Law e o Direito legislado, gera certa perplexidade.

A história revela que a consagração do Estado de Direito em terras inglesas repercutiu mais em termos de governança do que propriamente para o Direito em si. Faz-se imprescindível, à certa

altura, materializarem-se em atos legislativos princípios gerais e regras para que, ao fim e ao cabo, o monarca venha a se submeter ao império da lei. Séculos mais tarde novamente se lança mão de uma declaração escrita para, dessa vez, retirar o poder das mãos do rei para entregá-lo a representantes eleitos pelo povo. Isso tudo em uma nação guiada por uma Constituição não escrita.

Na obra *The Constitution of Liberty*², o filósofo e economista Friedrich August von Hayek relata que

Ever since a court had laid down in the famous Case of Monopolies that the grant of exclusive rights to produce any article was ‘against the common law and the liberty of the subject’, the demand for equal laws for all citizens became the main weapon of Parliament in its opposition to the king’s aims.

Segundo o liberal austríaco,

desde então, o “Englishmen then understood better than they do today that the control of production always means the creation of privilege: that Peter is given permission to do what Paul is not allowed to do”. Porém, ainda de acordo com Hayek, são regulamentos econômicos editados pelo rei para a construção civil em Londres e que proibiram a fabricação de amido de trigo que acabam ensejando a primeira grande declaração do princípio básico do estado de direito:

The Petition of Grievances of 1610 [...] of the House of Commons states that, among all the traditional rights of British subjects, ‘there is none which they have accounted more dear and precious than this, to be guided and governed by the certain rule of law, which giveth to the head and the members that which of right belongeth to them, and not by any uncertain and arbitrary form of government...

Out of this root has grown the indubitable right of the people of this kingdom, not to be made subject to any punishments that shall extend to their lives, lands, bodies, or goods, other than such as are ordained by the common laws of this land, or the statutes made by their common consent in parliament.³

E o que tudo isso reflete para a Ciência do Direito, para os sistemas jurídicos, para o estudo das leis? Segundo os estudos do italiano Paolo Grossi⁴, em verdade, pouco, quase nada.

Isso porque, segundo o historiador do direito, “the law is written on the hide of people, it is [...] a dimension of daily life. The law is inscribed in the concrete facts of life before it is written down in statutes, in international treaties and in works of scholarship”. A lei, continua Grossi, é história viva, ainda que condicionada em um

texto notável. Existe um elemento de respeito prévio pelos poderes de discernimento dos indivíduos. Por vezes, as situações são regidas e os litígios resolvidos por normas sociais informais e não pela legislação positiva.

Para além disso, Paolo Grossi⁵ ressalta que a lei

si manifesta nella sua pienezza come ‘diritto comune’, come diritto che è opera di scienziati e solo secondariamente di giudici, che – in ogni modo – è cosa da giuristi e non da politici, e deve essere riservata a chi è in grado di maneggiare provvedutamente un patrimonio specifico di categorie e di tecniche, e consequentemente di leggere il mondo sociale sub specie iuris. Il diritto comune è l’opera plurisecolare di un ceto di giuristi laborioso e sensibile che, lungi dal

disegnare geometrie purissime, ordina plasticamente la realtà medievale e post-medievale, è insofferente a confini nazionali e, non provenendo da una autorità munita d’imperio, si coniuga pluralisticamente con statuti e consuetudini locali, o con le discipline speciali poste in essere dalla Chiesa, dal ceto feudale, dal ceto mercantile.

O Direito antecede a legislação. “O direito, no sentido de normas de conduta aplicadas, é indubitavelmente tão antigo quanto a sociedade; só a observância de normas comuns torna possível a existência pacífica de indivíduos em sociedade”⁶.

A lei, por sua vez, seja a natural, seja aquela fruto da vontade do homem, não é contemporânea ao Estado de Direito. É-lhe anterior. Antes dele, navega em mar aberto, sem traçados e obstáculos à frente. Tal como o costume, os casos concretos, consiste em mais uma fonte

de expressão do Direito. A ausência da figura do Estado permite que a experiência jurídica medieval

3HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty: the definitive edition*. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. p. 247-248. Livro eletrônico.

4GROSSI, Paolo. *A history of european law*. Tradução: Laurence Hooper. London: Wiley-Blackwell, 2010. preliminaries XIV. Livro eletrônico.

5GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. 16. ed. Roma: Laterza, 2010. p. 55-56. Livro eletrônico.

6HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985, v. 1, p. 82.

“di assestarsi e consolidarsi in libertà trovando le sue fonti, dapprima in una prassi consuetudinaria, dipoi in una grande scienza giuridica percettrice dei

bisogni sociali a proiezione universale”. Com o Estado de Direito, a lei sobressai-se, isto sim, mais legislativa. Nesse ambiente, há a sensação de que a lei prefere toda e qualquer “altra manifestazione giuridica, e pertanto una gerarchia che pone tutte le altre fonti in gradini inferiori, togliendo loro autonomia e vitalità”. A própria codificação é exemplo da tentativa de limitar à legislação a representação completa da dimensão jurídica do Estado.⁷

Portanto, na lição de Paolo Grossi, o Estado de Direito marca a modernidade jurídica como o evento que eleva a lei, no Estado continental europeu, à condição de única fonte produtora do Direito no respectivo território. Porém, na Inglaterra, a lei (em sentido amplo) nada mais é do que, dentre outras, a fonte de que se lança mão para, em um primeiro momento, limitar o poder do rei em nome da liberdade dos cidadãos frente ao Estado e, em um segundo momento, retirar o governo das mãos do monarca e transferi-lo ao legislativo. Tão relevante missão não representa o

afastamento da então já milenar tradição jurídica anglo-saxã. Não há, em absoluto, rompimento com o passado jurídico materialmente costumeiro e contínuo e legitimamente judicial⁸. Nas exatas palavras do jurista italiano⁹,

Medioevo persiste a vivere nel pieno dell'età moderna con i suoi valori intatti e con il suo inconfondibile modo di intuire ed esprimere la giuridicità. Con un po' di approssimazione ma non scorrettamente, si può dire che al fondo del common law batte un cuore medievale. Il suo tratto più peculiare è, infatti, che il diritto è cosa da giuristi e che non può non essere il ceto dei giuristi impegnato a fissarlo ed esprimerlo, nonché a garantirne lo sviluppo in relazione ai bisogni d'una società in crescita; e questo è tipicamente medievale. Con due necessarie precisazioni: in seno alla continuità di valori medievali ha un ruolo non secondario il diritto canonico – spregiatissimo sul continente – con la sua valorizzazione

della dimensione equitativa, e ciò a causa di una presenza pesante di ecclesiastici in parecchie corti giudicanti fino alla rottura di Enrico VIII, ossia fino al pieno Cinquecento; se l'affidamento al ceto dei giuristi della produzione del diritto vede nel Medioevo continentale primeggiare la scienza giuridica, la visione inglese – più concreta perché dominata da un costante empirismo – porta a una primazia dell'applicatore del diritto, del giudice immerso nella carnalità dell'esperienza.

⁷GROSSI, Paolo. Prima lezione di diritto. 16. ed. Roma: Laterza, 2010, p. 55-56. Livro eletrônico. p. 57 e 58.

⁸René David e Camille Jauffret-Spinosi asseveram que “el derecho inglés ha sido el producto de una larga evolución, que no ha sido perturbado por ninguna revolución. Esta circunstancia ha devenido en un orgullo, de la cual el jurista inglés deduce, no sin

razón, la prueba de la gran sabiduría del common law, de sus facultades de adaptación, de su valor permanente, y de las calidades correspondientes de sus juristas y del pueblo inglés”. DAVI, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Tradução: Jorge Sánchez Cordero. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p. 211. Livro eletrônico.

⁹GROSSI, Paolo. Primeira lição de direito. 16. ed. Roma: Laterza, 2010, p. 55-56. Livro eletrônico. p. 64.

Hayek¹⁰ ressalta que a Inglaterra não permanece aprisionada ao Direito legislado porque sempre se manteve arraigada à tradição de um Direito Comum que não é concebido como o produto da vontade de alguém. Um Direito Comum que até os dias de hoje tem na liberdade, principalmente, algo que lhe é natural. Não há, em terras inglesas, a recepção por atacado do direito romano tardio e com ele a concepção do Direito como a criação de

uma régua. O Direito Medieval e as liberdades medievais não são deixados de lado¹¹. Segue-se a doutrina medieval sobre o Estado, em que a lei é superior mesmo em relação à vontade do príncipe. Os juristas do Direito Comum desenvolvem concepções semelhantes aos da tradição do direito natural. A lei que governa as decisões dos tribunais é a lei comum, a da terra; uma lei existente independentemente da vontade de qualquer pessoa, vinculante e desenvolvida no seio do tribunal. Nessas circunstâncias, a lei permanece determinada por tribunais independentes do poder governante. Nas palavras do filósofo¹²,

¹⁰HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 1, p. 98-99.

¹¹Nesse sentido, complementa Paolo Grossi: “Common law significa un diritto prodotto prevalentemente da giuristi, da coloro che fanno di diritto e che, nel Medioevo inglese, sono soprattutto empirici,

uomini di prassi, educati nelle scuole interne ai proprii ordini professionali. In Inghilterra continua e continuerà il medioevo giuridico, ossia un modo non-statuale di produzione del diritto. È ovvio che ci siano atti normativi del potere, ma costituiranno un apporto marginale almeno fino all'inizio del secolo XIX. [...] il medioevo giuridico, in Inghilterra, continua ben oltre i confini storici della civiltà medievale; aggiungiamo ora: attraverso indenne tutta la modernità. La storia del common law corre continuamente, senza cesure, dalle fondazioni dei primi re normanni fino a noi. Il legalismo, la legolarità, imperversante e soffocante nel diritto continentale sette/ottocentesco, sono ignoti all'esperienza giuridica inglese. Si tratta di un diritto che fonda la propria insularità in una schietta autoctonia: è un diritto di prassi e confezionato da pratici, fuori delle grandi correnti culturali che circolano libere nelle scuole giuridiche e nei tribunali continentali”. GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 82-83.

Livro eletrônico.

¹²HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 1. p. 234-236. No mesmo sentido este mesmo filósofo leciona na obra Direito, legislação e liberdade (Ibid. p. 98-99): “O único país que conseguiu preservar a tradição da Idade Média e erigiu sobre as ‘liberdades’ medievais o conceito moderno de liberdade sob a égide do direito foi a Inglaterra. Isso se deveu em parte ao fato de ter a Inglaterra escapado a uma aceitação indiscriminada do direito romano em sua forma final e, com isso, à concepção do direito como criação de algum governante; mas provavelmente deveu-se sobretudo à circunstância de que os juristas do direito consuetudinário daquele país tinham desenvolvido concepções bastante semelhantes às da tradição do direito natural, porém não enunciadas na enganosa terminologia dessa escola. No entanto, ‘no século XVI e início do XVII,

a estrutura política da Inglaterra não era ainda fundamentalmente diferente da dos países da Europa continental, e ainda não se sabia ao certo se a nação desenvolveria ou não uma monarquia absoluta altamente centralizada, como o fizeram os países do continente. O que impediu que isso ocorresse foi a tradição, profundamente arraigada, de um direito consuetudinário que não era concebido como produto de uma vontade, mas como um entrave a todo poder, inclusive o do rei - tradição que Edward Coke defenderia em oposição ao rei Jaime I e Francis Bacon e que Matthew Hale, no fim do século XVII, reafirmaria magistralmente em oposição a Thomas Hobbes. A liberdade dos britânicos, que no século XVIII toda a Europa veio a admirar, não foi, assim - como os próprios britânicos foram dos primeiros a acreditar, e como Montesquieu, mais tarde, ensinou ao mundo -, originalmente produto da separação dos poderes entre legislativo e executivo, mas antes uma decorrência do fato de as decisões dos tribunais serem regidas

pelo direito consuetudinário, um direito que existia independentemente da vontade de qualquer pessoa e que, ao mesmo tempo, se impunha aos tribunais independentes e era por eles desenvolvido. Tratava-se de um direito em que o parlamento só raramente interferiria, fazendo-o geralmente apenas para aclarar pontos duvidosos no seio de um determinado corpo de leis. Poder-se-ia até dizer que se desenvolveu uma espécie de separação de poderes na Inglaterra não porque somente o poder legislativo fazia leis, mas porque este não as fazia; porque as leis eram determinadas por tribunais independentes do poder que organizava e dirigia o governo, a saber, o poder daquilo que, na Inglaterra era erroneamente chamado 'legislature'".

This medieval view, which is profoundly important as background for modern developments, though completely accepted perhaps only during the early Middle Ages, was that "the state cannot itself create or make law, and of course as

little abolish or violate law, because this would mean to abolish justice itself, it would be absurd, a sin, a rebellion against God who alone creates law." For centuries it was recognized doctrine that kings or any other human authority could only declare or find the existing law, or modify abuses that had crept in, and not create law. Only gradually, during the later Middle Ages, did the conception of deliberate creation of new law - legislation as we know it - come to be accepted. In England, Parliament thus developed from what had been mainly a law-finding body to a law-creating one. It was finally in the dispute about the authority to legislate in which the contending parties reproached each other for acting arbitrarily - acting, that is, not in accordance with recognized general laws - that the cause of individual freedom was inadvertently advanced. The new power of the highly organized national state which arose in the fifteenth and sixteenth centuries used legislation for the first time as an instrument of deliberate policy. For a

while it seemed as if this new power would lead in England, as on the Continent, to absolute monarchy, which would destroy the medieval liberties. The conception of limited government which arose from the English struggle of the seventeenth century was thus a new departure, dealing with new problems. If earlier English doctrine and the great medieval documents, from Magna Carta, the great "Constitutio Libertatis," downward, are significant in the development of the modern, it is because they served as weapons in that struggle.

Albert Venn Dicey populariza o termo "Rule of Law" na Inglaterra. Lord Chief Justice of England and Wales Tom Bingham, Baron Bingham of Cornhill, vaticina¹³:

Credit for coining the expression 'the rule of law' is usually given to Professor A.

V. Dicey, the Vinerian Professor of English Law at Oxford, who

used it in his book *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, published in 1885. [...] But the point is fairly made that even if he coined the expression he did not invent the idea lying behind it. One author¹⁴ has traced the idea back to Aristotle¹⁵, who in a modern English translation refers to the rule of law, although the passage more literally translated says: 'It is better for the law to rule than one of the citizens', and continues: 'so even the guardians of the laws are obeying the laws.' Another author¹⁶ points out that in 1866 Mr Justice Blackburn (later appointed as the first Lord of Appeal in Ordinary, or Law Lord) said: 'It is contrary to the general rule of law, not only in this country, but in every other, to make a person judge in his own cause ...'¹⁷. The same author¹⁸ points out that the expression 'The Supremacy of the Law' was used as a paragraph heading in 1867. So Dicey did not apply his

¹³BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books,

2011. p. 15-16. Livro eletrônico.

¹⁴Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2004), pp. 8-9" (ibid., p. 323).

¹⁵"Aristotle's *Politics and Athenian Constitution*, ed. and trans. John Warrington (J. M. Dent, 1959), book III, s. 1287, p. 97" (ibid., p. 323).

¹⁶"J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution* (Cambridge University Press, 2007), p. 130, n. 11, p.

154, p. 157, n. 2" (ibid., p. 323).

¹⁷"The Mersey Docks and Harbour Board' Trustees: William Gibbs and Others (1866) LR 1 HL 93, 110" (BINGHAM, *The rule of law*, op. cit., p. 323).

¹⁸"Allison, *English Historical Constitution*, p. 130, n. 11, referring to W. E. Hearn, *The Government of England: Its Structure and Development* (Longmans, Green, 1867), chap. 3, para. 7" (ibid., p. 323).

paint to a blank canvas. But the enormous influence of his book

did mean that the ideas generally associated with the rule of law enjoyed a currency they had never enjoyed before.”

Para Dicey¹⁹, o Estado de Direito é um princípio constitucional britânico ao qual se deve atribuir três concepções distintas, porém afins. A primeira delas: “no man is punishable or can lawfully be made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land”. Aqui o Estado de Direito é contrastado com todo sistema de governo exercido por pessoas com poderes amplos, arbitrários ou discricionários. A segunda: “no man is above the law, [...] whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals”. Com efeito, todos, absolutamente todos, estão submetidos à lei e todos, absolutamente todos, estão sujeitos à mesma lei expressada nos mesmos tribunais, de que, todavia,

para o jurista inglês, não são exemplos os países europeus continentais, como a França, onde os oficiais a serviço do Estado são ou foram até certo ponto isentos da lei ordinária da terra e protegidos da jurisdição dos tribunais comuns. E a terceira e última concepção, assim definida:

‘the rule of law’ or the predominance of the legal spirit may be described as a special attribute of English institutions. We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution.

Para além da clássica concepção de Estado de Direito como deferência de todos à supremacia da lei, destaque para o quanto Dicey exalta a tradição jurídico-constitucional inglesa de confiar no processo lento e incremental de tomada de decisão em direito comum, juiz por juiz, de precedente para precedente, caso a caso.

O jurista inglês refere que a Europa continental, embora alcance certo desenvolvimento – que a Inglaterra, por sua vez, conquista já no século XVIII –, não atinge o nível esperado de sujeição universal à mesma lei e ao mesmo tribunal. Na obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Dicey credita ao fato de o Estado de Direito traduzir um princípio constitucional inspirado na law of the land, que ganha vida nas mãos do magistrado, a intransigência e intolerância

¹⁹DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*.

Indianópolis: Liberty, 1982. p. 147, 149 e 150. Livro eletrônico.

em relação a toda e qualquer forma de privilégio legal, seja do Estado, seja dos respectivos representantes.

Enquanto nos países europeus continentais os direitos dos indivíduos decorrem ou são garantidos constitucionalmente, na Inglaterra, o Direito faz parte da Constituição e é garantido pelas decisões dos tribunais. Algumas políticas, entre elas a Constituição, são, em território britânico, objeto de contínua produção, pouco a pouco, passo a passo. Logo, não são resultado da legislação, mas sim de contínua construção pretoriana. A Constituição inglesa, segundo o autor, é produto judicial, e não resultado de um ato legislativo. Inexiste, destarte, na Constituição britânica declarações ou definições de direitos tão caros para os europeus continentais. O Direito inglês é aquilo que o juiz diz que é, e não o que o legislador diz ser. Toma, com efeito, o direito à liberdade como exemplo.

Enquanto nos países em que o Direito é legislado, o direito à liberdade é garantido pela Constituição, na Inglaterra, tal direito compõe a Constituição porque é garantido pela lei comum da terra²⁰.

Os direitos dos ingleses são fortalecidos não só pelo fato de serem naturais, mas de se terem afirmado através de um hábito de liberdade, desconhecido da maior parte dos demais povos. Em solo inglês, os direitos não dependem da constituição, pois the law of the constitution nada mais é do que uma generalização dos direitos que os tribunais asseguram aos indivíduos. Para Dicey, tal distinção não se mostra teleologicamente relevante, uma vez que, de um modo ou outro, o direito do cidadão resta garantido em ambos os sistemas jurídicos. Importa reconhecer, isto sim, que, ao se ocupar da construção de constituições a partir de definições ou declarações de direitos, a Europa continental cerra os olhos para a necessidade absoluta de fornecer remédios adequados por meio dos quais os direitos proclamados

podem ser aplicados. Na constituição inglesa, por outro lado, há inequívoca conexão entre os meios de fazer valer um direito e o Direito a ser aplicado, a qual, segundo Dicey, é estabelecida pela “força da legislação judicial”. Os ingleses concentram-se muito mais em fornecer soluções para a aplicação de direitos específicos do que legislar direitos. O autor inglês²¹ ilustra:

The Habeas Corpus Acts dedared no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty. Nor let it be supposed that this connection between rights and remedies

²⁰A respeito, ressalta Patrick Riley: “On the continent, all ‘common law of the land’ disappears, whether produced outside the state or outside legislative power; jurisprudence ceases to be a source of law; the creative interpretation of the common lawyer is replaced by

a cold neutralisation of the judge's function". RILEY, Patrick. The philosopher's philosophy of law from the seventeenth century to our days. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10. Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2009. p. 246. Livro eletrônico.

21DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the constitution. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 152-153. Livro eletrônico.

which depends upon the spirit of law pervading English institutions is inconsistent with the existence of a written constitution, or even with the existence of constitutional declarations of rights. The Constitution of the United States and the constitutions of the separate States are embodied in written or printed documents, and contain declarations of rights. But the statesmen of America have shown unrivalled skill in providing means for giving legal security to the rights declared by American

constitutions. The rule of law is as marked a feature of the United States as of England.

[...] The matter to be noted is, that where the right to individual freedom is a result deduced from the principles of the constitution, the idea readily occurs that the right is capable of being suspended or taken away. Where, on the other hand, the right to individual freedom is part of the constitution because it is inherent in the ordinary law of the land, the right is one which can hardly be destroyed without a thorough revolution in the institutions and manners of the nation. [...] The Habeas Corpus Act may be suspended and yet Englishmen may enjoy almost all the rights of citizens. The constitution being based on the rule of law, the suspension of the constitution, as far as such a thing can be conceived possible, would mean with us nothing less than a revolution.

A propósito, em Introduction to the Study of the Law of the

Constitution, Dicey defende a soberania do parlamento²² sob um judiciário independente e o Estado de Direito. Ao tratar da Sovereignty of Parliament, ao lado do Rule of Law, como um princípio constitucional inglês, Dicey acaba respondendo àquele primeiro questionamento respeitante à aparente oposição que existe entre um sistema jurídico como o da Common Law e a ideia de soberania do parlamento e supremacia da Civil Law. Segundo o jurista inglês, a superioridade é a da law of the land aplicada pelos tribunais, e não a da lei legislada. Para o autor²³, Rule of Law, "or the supremacy throughout all our institutions of the ordinary law of the land", "which means at bottom the right of the Courts to punish any illegal act by whomsoever committed, is of the very essence of English institutions". Já a soberania parlamentar é resultado da transferência gradual de poder da Coroa para o Poder Legislativo, processo que, além de pôr fim aos poderes arbitrários do monarca, preserva intacta e não prejudica a autoridade suprema

do Estado. A Supremacia do Parlamento nada mais é do que princípio geral da Constituição inglesa. Cuida-se, pois, de uma construção do direito comum. São os próprios juízes que criam tal princípio, caso a caso. E "a real limit to the exercise of sovereignty is imposed not by the laws of man but by the nature of things"^{24,25}

22"Parliament' has 'the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament". DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the constitution. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 20. Livro eletrônico.

23DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the constitution. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 268. Livro eletrônico.

24DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the constitution. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 268-25. Livro

eletrônico.

25Tom Bingham, no entanto, discorda da tese de que o princípio da soberania do parlamento é criada lei comum definida pelo juiz que os próprios juízes podem alterá-la. Para o magistrado britânico, o princípio da soberania parlamentar foi reconhecido como fundamental na Inglaterra não porque os juízes o inventaram, mas porque há séculos é aceito como tal por juízes e outras pessoas oficialmente interessadas no funcionamento do sistema constitucional inglês. Os juízes não estabeleceram o princípio

Para Lord Bingham, o cerne do princípio do estado de direito não deve se estribar na definição de que todas as pessoas e autoridades do Estado, públicas ou privadas, estão submetidas à lei devidamente publicada e em vigor. Até porque o princípio, assim declarado, não é abrangente nem universalmente aplicável. Segundo o Lord Chief Justice of England and Wales, o destinatário da lei deve ser capaz, sem dificuldade, de tomar parte dos

respectivos direitos e obrigações:

In Britain, [...] There are three main sources which call for consideration. They are, first, laws made by Parliament in duly enacted Acts of Parliament, to which must be added statutory instruments made by ministers or others in the exercise of authority conferred by Act of Parliament. Secondly, there is judge-made law, the decisions made by English or Welsh, Scots or Northern Irish judges laying down rules to govern their decisions in particular cases. The law so made, the common law, can be overridden by statute, but it has a long history, it has not lost its virility with age and in certain fields of law it is the dominant source. The third source is the law of the European Union [...]. It has effect here and overrides both statute and common law in the ever-growing areas to which it applies and is now an important source of law. BINGHAM, Tom. The rule of law.²⁶

O princípio, para Lord Bingham, também expressa que questões de direito e de responsabilidade legal devem ser resolvidas pela aplicação da lei e não pelo exercício da discricção. Isso não quer dizer que todos os tomadores de decisão, administrativas ou judiciais, sejam privados de toda e qualquer discricção, mas que nenhuma discricção deve ser irrestrita a ponto de se tornar arbitrária. Nenhuma discricção, pois, pode ser legalmente irrestrita. Outra expressão do princípio corresponde à aplicação igual para todos da law of the land, salvo se as diferenças objetivas justifiquem a diferenciação.

Tem-se, ainda, segundo Lord Bingham, o viés segundo o qual os poderes conferidos a agentes e servidores públicos devem ser exercidos de acordo com a boa-fé, de maneira (naturalmente) justa, para os fins para os quais foram concebidos, sem exceder os limites do razoável. Se o executivo agir em desconformidade com as leis, e resultar afastada a presunção de

legalidade, caberá ao judicial review auditar a legalidade, nem mais, nem menos. Não se espera, pois, que a decisão seja tomada por algum juiz que possa pensar que conhece melhor. “If the judges were themselves to exercise powers which properly belong elsewhere it would be a usurpation of

por si mesmos e não podem, por si mesmos, alterá-lo. Nas palavras do Baron Bingham of Cornhill: “The British people have not repelled the extraneous power of the papacy in spiritual matters and the pretensions of royal power in temporal in order to subject themselves to the unchallengeable rulings of unelected judges. A constitution should reflect the will of a clear majority of the people, and a constitutional change of the kind here contemplated should be made in accordance with that will or not at all. As it was put by a Member of Parliament in 1621: ‘the judges are judges of the law, not of the Parliament. God forbid the state of the kingdom should ever come under the sentence of a judge’”.

BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 263-264. Livro eletrônico.

26BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 67. Livro eletrônico.

authority and they would themselves be acting unlawfully”. Ao exercer adequadamente o poder judicial, os juízes exercem o poder constitucional que o Estado de Direito exige que eles exerçam. “This is the inescapable consequence of living in a state governed by the rule of law. There are countries in the world where all judicial decisions find favour with the powers that be, but they are probably not places where any of us would wish to live”.²⁷

Dicey, embora trate na obra Introduction to the Study of the Law of the Constitution das liberdades civis, não inclui os direitos humanos propriamente ditos no conceito de Estado de Direito. Fato que não passa despercebido da crítica sob o argumento geral de que “A non- democratic legal system,

based on the denial of human rights, [...] may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies”²⁸. No entanto, Lord Bingham não vê como um Estado que não respeite os direitos humanos possa estar de acordo com o Estado de Direito. O fato de os Estados decidirem quais direitos são protegidos por lei e que sanções serão impostas em caso de violação não significa que há um consenso universal sobre os direitos e liberdades que são fundamentais, mesmo entre as nações mais desenvolvidas. As sociedades geralmente definem padrões que devem ser seguidos. É possível identificar nos países civilizados os direitos e liberdades vistos como fundamentais, e o Estado de Direito, como não poderia deixar de ser, exige que tais direitos sejam protegidos. Segundo o magistrado inglês²⁹,

[...] the common law and statute have for many years given

a measure of protection to such rights; [...] there were gaps in such protection; [...] the rights and freedoms embodied in the European Convention on Human Rights, given direct effect in this country by the Human Rights Act 1998, are in truth ‘fundamental’, in the sense that they are guarantees which no one living in a free democratic society such as the UK should be required to forgo; [...] protection of these rights does not, as is sometimes suggested, elevate the rights of the individual over the rights of the community to which he belongs.

Outra implicação do princípio do estado de direito é a de que todos estão vinculados e têm direito à proteção da lei, bem como, na pior das hipóteses, notadamente porque dispendioso³⁰ e demorado³¹, recorrer ao tribunal. Segundo Lord Bingham, a negativa de prestação jurisdicional ao

27BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 263-264. Livro eletrônico.

28RAZ, Joseph. The authority of law. Essays on law and morality. New York: Oxford University Press, 1979. p. 211.

29BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 110-111. Livro eletrônico.

30“It has been said, with heavy irony, that justice in the UK is open to all, like the Ritz Hotel. This is not a new complaint. Three hundred and fifty years ago it was said: ‘Every man complains of the horrible delays in matters of justice... The remedy is worse than the disease... A man must spend above £10 to recover

£5” (Ibid., p. 140).

31“It is a familiar aphorism, attributed to Gladstone, that ‘justice delayed is justice denied’, and King John famously pledged in Magna Carta that he would neither deny nor delay justice. But four centuries later

litigante pobre e o atraso no préstimo de tal serviço público são grandes inimigos do Estado de Direito.

Outra exigência essencial do Estado de Direito é o direito a um julgamento justo. Justiça significa justiça para ambos os lados, não apenas para um. A paridade de armas é fundamental. E justiça, na visão do Lord Bingham, é um conceito em constante evolução, não congelado no tempo “A time is unlikely to come when anyone will ever be able to say that perfect fairness has been achieved once and for all, and in retrospect most legal systems operating today will be judged to be defective in respects not yet recognized”³² Para além de tudo disso, em um Estado de Direito deve ser garantida a independência de todos os tomadores de decisão judicial, especialmente em relação ao governo, de modo que reste preservada, acima de tudo, a integridade dos provimentos.

Por último, Lord Bingham sustenta que o Estado de Direito exige o cumprimento pelo Estado das obrigações assumidas nos planos internacional e nacional. Não obstante disponha das próprias regras e instituições, o Direito

Internacional é complementar às leis nacionais dos estados e de nenhuma maneira antagônico a elas, pois se baseia em princípios semelhantes e busca fins semelhantes. “The interrelationship of national law and international law, substantively and procedurally, is such that the rule of law cannot plausibly be regarded as applicable on one plane but not on the other”³³.

Em chão britânico, o Estado de Direito fez-se, ao lado da Sobe- rania Parlamentar, um verdadeiro princípio de índole constitucional, inspirado na law of the land, que ganha corpo nas decisões dos tribunais.

3 A CRIAÇÃO (JUDICIAL) DO DIREITO NO BRASIL

A importação de um sistema estrangeiro que defende o protagonismo judicial em termos de criação do Direito em um país cujo sistema jurídico (deveria) enaltece(r) o Direito legislado, tal como o Brasil,

cria, pois, um evidente dilema. A introdução de uma “cultura” de precedentes é um fator que, senão dinamiza, reascende ainda mais o debate acerca de tal compatibilização.

Embora não se desconheça posicionamento segundo o qual a dicotomia civil law-common law não tem feito, hoje em dia, muito sentido, considerando, notadamente, que Inglaterra, berço do

Hamlet even more famously listed ‘the law’s delay’ as one of the reasons for committing suicide, and any litigant in the early nineteenth-century Court of Chancery, as accurately depicted by Dickens in Bleak House, could be forgiven for taking the step from which Hamlet drew back” (Ibid, p. 142).

³² BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 147. Livro eletrônico. ³³ BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 193. Livro eletrônico.

“direito comum”, e Estados Unidos têm cada vez mais lançado

mão de leis escritas sobretudo em matéria de políticas públicas e países como o Brasil, de tradição jurídica eminentemente romano-germânica, têm cada vez mais se valido da aplicação de precedentes³⁴, fato é que introduzir uma cultura jurídica nova não depende, evidentemente, somente do querer, da vontade do sujeito assujeitador.³⁵

A importação da cultura de precedentes, no caso do Brasil, tem conduzido os tribunais a se tornarem verdadeiros legisladores ad hoc. Ao fixarem teses a partir de determinados julgamentos, nada mais promovem as cortes de justiça brasileiras do que enunciados gerais e abstratos prospectivos com valor de lei. Não se leva em conta, na esteira da autêntica tradição da common law, a questão de fato pretérita reconhecida como vinculante, tampouco que, hermeneuticamente, só se pode “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”³⁶.

De tal modo, chegar-se-á ao ponto de se buscar legislativamente, com rudeza ainda maior

do que aquela dedicada na norma do artigo 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil (“se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”), o controle da decisão judicial que aplica a tese jurisprudencial assentada, a exemplo do que está a ocorrer com a decisão judicial em matéria de direito público, a respeito da qual se dedica a Lei n. 13.655/18, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Justifica-se. Afinal, um precedente sem caso é um precedente oco, inexistente. Pode-se dizer qualquer coisa de um precedente apartado das respectivas circunstâncias fáticas. O precedente acaba sendo aquilo que o aplicador diz que é. O conteúdo do precedente é preenchido pelo juízo que tem o caso diante de si. Nestas condições, o que

dizer de um acórdão que não segue o “precedente” da própria Corte? De que modo exigir que o Tribunal haja com integridade e coerência, na esteira

³⁴Jacques Chevalier ressalta que “A posição central que é tradicionalmente a do juiz na cultura americana, onde o direito é concebido antes de tudo como um direito jurisprudencial, [...] em França, onde o direito é percebido como a expressão do poder estatal e onde a justiça foi muito tempo vista com suspeita, a jurisdição se traduz sobretudo pela proliferação das lei e regulamentos [...] deve ser relativizada: enquanto nos Estados Unidos também os textos proliferam, assistimos em França igualmente, a explosão do contencioso”. CHEVALIER, Jacques. O estado de direito. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 2, p. 119.

³⁵A respeito, assevera Lenio Luiz Streck: “Primeiro: não se importa cultura. Cultura nova? Ora,

alguém acha que o precedente, no common law, veio da noite pro dia? (Aqui veio.) Uma tradição se constituiu enquanto tradição. Simples. Precedente legítimo, em uma verdadeira ‘cultura de precedentes’, não nasce; torna-se. Precedente não tem certidão de nascimento. No common law o tribunal não termina o julgamento e diz: agora vamos fixar a tese. Um precedente legítimo é reconhecido como vinculante a partir da atividade decisória subsequente que relaciona um caso a outro”. STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião. Consultor Jurídico, São Paulo, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>. Acesso em: 27 jan. 2023.

36GADAMER, Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 496.

da norma do artigo 926 do Código de Processo Civil, se há um distanciamento dos fatos aos quais os precedentes se destinam?

Dois julgados do Superior Tribunal de Justiça ilustram a problemática envolvendo a aplicação de precedentes no Brasil. Primeiro, a adoção da tese fixada como enunciado geral e abstrato, para o futuro, independentemente da ratio decidendi. Segundo, a adoção ou não de um ou outro precedente como um fator de mera escolha do aplicador.

Ao julgar, em 16/10/2018, o Recurso em Mandado de Segurança n. 58.373/RS, em que candidatos ao cargo de Juiz de Direito Substituto do Estado do Rio Grande do Sul se insurgiram “contra o espelho da prova apresentado após a realização dos testes de sentença, reputando-o genérico e carecedor de critérios de correção, o que teria inviabilizado a adequada interposição do recurso administrativo”, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Herman Benjamin, assentou que,

De fato, o espelho de prova apresentado pela banca examinadora possui padrões de resposta genéricos, sem detalhar quais matérias a Comissão entendeu como de enfrentamento necessário para que seja a resposta tida por correta, o que impossibilitou aos impetrantes/candidatos exercerem o contraditório e a ampla defesa. [...] Somente após a interposição do recurso administrativo é que a Administração apresentou, de forma detalhada, as razões utilizadas para a fixação das notas dos candidatos, invertendo-se a ordem lógica para o exercício efetivo do direito de defesa em que primeiro o candidato deve ter conhecimento dos reais motivos do ato administrativo para depois apresentar recurso administrativo contra os fundamentos empregados pela autoridade administrativa. [...] Assim, considero que, no caso concreto, há de ser aplicada a parte final do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853), quando afirmou a Suprema Corte que ‘Não compete ao Poder Judiciário substituir

a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade’, por identificar ilegalidade no ato administrativo de divulgação de espelho de prova com respostas-padrão genéricas, inviabilizando o efetivo direito de recorrer dos candidatos em relação ao resultado da prova prática de sentença”.

Ocorre que o mesmo tribunal, a mesma turma, o mesmo relator, ao julgar, em 06/12/2018, o Recurso em Mandado de Segurança n. 58.394/RS, acabou sentenciando que

A tese de falta de divulgação prévia dos critérios de correção da prova escrita (sentença cível) foi rechaçada pela autoridade impetrada ao apontar que o caso retratado na questão da prova tinha como modelo sentença exarada em processo real e que tal situação.

Como se pode perceber, o

mesmo tribunal, a mesma turma, o mesmo relator, em um intervalo inferior a dois meses, divergiu dele(a) próprio(a) no que diz com a aplicação “do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853)”. Enquanto no

RMS n. 58.373/RS se houve por bem aplicar “a parte final do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853)”, “por identificar ilegalidade no ato administrativo de divulgação de espelho de prova com respostas-padrão genéricas, inviabilizando o efetivo direito de recorrer dos candidatos”, no RMS n. 58.394/RS, não restou vislumbrada “ilegalidade ou reparo a ser feito no ato impetrado”.

Se já não bastasse o fato de a tese fixada no precedente do Supremo Tribunal Federal (Tema 485) não versar sobre a existência ou não de parâmetros de correção de prova de concurso público previamente fornecidos aos candidatos para que possam recorrer

administrativamente, mas sim sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário revisar os critérios adotados pela banca examinadora de concurso público, o Superior Tribunal de Justiça, pela mesma Turma, pelo mesmo Relator, procedeu a escolhas diversas ao julgar em questão de cinquenta dias dois recursos em mandado de segurança que, dentre outras causas de pedir, tinham a ausência de critérios de correção das provas de sentença previamente disponibilizados como causa de pedir em comum.

Não é simplesmente pregando aos quatro cantos do País a introdução de uma cultura jurídica que não corresponde àquela que tradicionalmente abastece e distingue o direito brasileiro sobretudo do inglês, ou até mesmo que a integração de diferentes sistemas jurídicos é corolário lógico da maior interação entre os povos, que a tese de que as decisões de juízes e tribunais, no Brasil, estão a promover a criação do Direito encontrará algum embasamento teórico. O Direito brasileiro, terminantemente,

não pode permanecer nas mãos dos juízes e tribunais, refém da pena do magistrado, tal como se se vivesse sob a égide de um Estado de Juiz. Esta não é a tradição jurídica brasileira. Não soa democrática. E tampouco contribui para a autonomia do Direito (brasileiro).

Tal como se apresentam, cada vez mais as decisões judiciais têm descambado em direção à utilização de deletérios argumentos de autoridade. Argumentação, pois, que não demonstra comprometimento algum com as leis, casos e doutrinadores citados, mas estreita e nefasta relação com posturas personalistas, irracionais, meramente opinativas.

Com efeito, ela não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo. Seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratégia. O que importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão e não o padrão argumentativo que a

fundamente.

Neste tipo de argumentação, a pessoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela. Ao argumentar, a pessoa da autoridade expõe os motivos pelos quais foi convencida de determinada solução jurídica. Se o caso for simples e não gerar controvérsia entre

cidadãos e autoridades, sua justificação será extremamente sucinta, mais centrada no resultado do que em sua justificação.³⁷

Não é difícil encontrar decisões de juízes e tribunais que fazem uso de argumentos de autoridade, em que se decide, em primeiro lugar, pelo pleno ou parcial deferimento ou pelo indeferimento de determinado pedido para, depois, em um segundo momento, se partir à caça de alguma outra decisão – às vezes do próprio decisor – na crença de que esta simplória remissão trará alguma juridicidade à decisão a ser

prolatada.

Acórdão da lavra da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n. 70084415231, julgado em 08/10/2020, relator o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, é exemplo de decisão que se vale de outros julgados para discorrer de determinada maneira não obstante não tragam as decisões arroladas como “justificativa” fundamentos jurídicos capazes de abalzar o julgamento proferido.

In casu, o aludido acórdão sentencia que “a expedição de alvará, durante a tramitação do processo de inventário, é medida excepcional e deve ser calcada em juízo de cautela”. De que modo o julgado chega à tal conclusão? Arrolando outros dois julgados no mesmo sentido. O primeiro deles, lavrado no Agravo de Instrumento n. 70062750500, em 17/12/2014, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relatora a Desembargadora Sandra Brisolará

Medeiros, referindo que a “liberação do patrimônio do espólio no curso do processo mediante alvará judicial se trata de medida de exceção, pelo que pretensões em igual sentido devem ser interpretadas restritivamente”; e o segundo, também da lavra da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70056841687, relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 27/11/2013, sufragando que “A concessão de alvará judicial no curso do inventário é medida excepcional, que deve estar plenamente justificada”.

Nenhum dos julgados colacionados pela primeira decisão tece argumentação de acordo com o Direito democraticamente erigido pela sociedade. Afinal, de onde vem a inspiração para a defesa da tese de que a expedição de alvará em processo de inventário é medida excepcional e que pedido assim formulado deve ser interpretado restritivamente?

O Direito democraticamente

legislado aponta para saída diametralmente oposta à encontrada pelos referidos julgados. Há regra no ordenamento jurídico brasileiro ávida à aplicação no caso concreto. A norma do artigo 647, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com efeito, autoriza o juiz a “deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e

³⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 73.

de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro”. O Direito brasileiro, definitivamente, não trata a antecipação “dos direitos de usar e de fruir de determinado bem” inventariado como algo excepcional, a ensejar interpretação “restritiva”. Pelo contrário, a norma do artigo 647, parágrafo único, do Código de Processo Civil traz presunção que milita em

favor do herdeiro requerente, “com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos”.

Há, sem dúvida, disseminada compreensão de que o Direito é aquilo que é constantemente reproduzido por juízes e tribunais. No Brasil, “prevalece a invocação de outras autoridades que, supostamente, argumentam no mesmo sentido do juiz que proferiu a sentença”, “a articulação de opiniões acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise, de uma séria de ‘jurisprudências’ e ‘doutrinas’, em detrimento “da melhor solução possível para aquele caso – o melhor Direito, a solução mais adequada – esteja ela presente no texto da lei ou tenha sido obtida por intermédio de algum outro modelo de racionalidade judicial”³⁸. E isso implica dizer que o magistrado está a decidir os conflitos como bem entende, arbitrariamente. Se não há sequer um sistema de julgamentos

organizados, o que dizer de uma cultura de precedentes...

Faz falta, a bem da verdade, um padrão decisório capaz de avaliar a racionalidade das decisões judiciais, de firmemente vinculá-las ao ordenamento jurídico. Sem ele, as decisões proliferam-se isentas de uma crítica mais contundente.³⁹ A teoria do estado de direito deve, então, concentrar boa parte das respectivas atenções a uma teoria da decisão judicial que lhe deve seguir. Uma teoria para a decisão judicial é a luz que ilumina o caminho para a saída (correta), e o Estado de Direito que guia a tradição jurídica brasileira é a chave que abre a porta para a consagração do direito democraticamente legislado e para a autonomia do Direito.

³⁸RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 77.

³⁹Wilson Engelmann adverte, a propósito, que, “Na medida em que descoberta e transformação da natureza andarem juntas, a cisão entre o sujeito e o objeto, própria do paradigma científico da modernidade, torna-se cada vez mais impertinente. [...] Cada vez mais a análise não será uma mera investigação externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos; como se aquele pudesse manipular este sem estar envolvido diretamente. ENGELMANN, Wilson. A nanotecnociência como uma revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na ciência. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 249-65.

4 O ESTADO DE DIREITO COMO PARÂMETRO MÁXIMO DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

O Estado de Direito recebe teorização da doutrina especializada. Não infenso a influências políticas (liberais e autoritárias, notadamente)⁴⁰, o tema encontra ao passar dos séculos concepções diversas, ora como Estado regido pelo Direito, ora como Estado submetido ao Direito.

Para que o Estado de Direito alcance normatividade, julga-se necessário afastar da expressão concepções que nada mais procedem do que idealizá-la, como uma herança histórica, um remédio para todos os males. De igual modo, acredita-se que o culto ao Estado de Direito não deve representar algo tautológico⁴¹, mítico ou simbólico, a ponto de soar natural compreendê-lo ingenuamente e de forma simplificada⁴². Também não deve soar como um “simple standard

argumentativo-persuasivo”⁴³. Isso tudo não quer dizer, entretanto, que se duvide de que o Estado de Direito é reflexo de uma longa tradição, que o Poder, seja ele qual for, porque sujeito às regras, não se encontra, destarte, incessantemente e em toda parte limitado e constringido.

O Estado de Direito deve, sim, ser cultuado, reverenciado, especialmente por representar contundente contraposição à política. Inegavelmente, o Estado de Direito não se encontra imune às influências políticas, porém, consoante observa Chevallier,⁴⁴ “a objetivação de uma regra de direito depurada de toda dimensão política, torna-se garantia de seu poder normativo”. Daí a ascendência do discurso jurídico sobre todo e qualquer outro saber. Afinal, é com o cientista do Direito, com o jurista, e não com o político, que se conta de sorte a defender a ordem jurídica, a minoria da maioria, e a se proteger contra os abusos perpetrados pelas autoridades.

⁴⁰ Segundo Jacques

Chevallier, “A construção da teoria do Estado de Direito não é um fato do acaso, ou o produto de uma lógica puramente interna do campo jurídico: a teoria floresceu sobre um determinado terreno ideológico, enraizada em uma determinada realidade social e política; se desprovida desse substrato, se seccionada de suas referências, ela aparece apenas como uma concha vazia, um quadro formal, tornando-se próprio falar em ‘in-significante’”. CHEVALLIER, Jacques. O estado de direito. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p.

⁴⁵ Jorge Reis Novais aduz, por sua vez, “que, mais do que conceito filosófico, o Estado de Direito surge como um indirizzo político ou um conceito de luta política característico dos movimentos e das ideias prevalecentes no século XIX”. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Ed. Almedina, 2006. p. 45.

⁴¹ Raz alerta: “It is said that

the rule of law means that all government action must have foundation in law, must be authorized by law. But is not that a tautology? Actions not authorized by law cannot be the actions of the government as a government. They would be without legal effect and often unlawful. [...] Powerful people and people in government, just like anybody else, should obey the law. [...] If government is, by definition, government authorized by law the rule of law seems to amount to an empty tautology, not a political ideal”. RAZ, Joseph. The authority of law: essays on law and morality. New York: Oxford University Press, 1979. p. 212.

⁴² “It cannot be treated as a concept which, in the time-honoured formula used of lecturers and after-dinner speakers, is so well known as to call for no introduction”. BINGHAM, Tom. The rule of law. London: Penguin Books, 2011. p. 265-266. Livro eletrônico.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São

Paulo: Saraiva, 2017. p. 619.

44CHEVALLIER, Jacques. O estado de direito. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 54.

A um só tempo, o Estado de Direito é limitação à ação do poder e proteção do cidadão contra o poder – aqui incluído, evidentemente, o Poder Judiciário; mais do que isso, a atividade típica que lhe é conferida constitucionalmente, qual seja, o exercício da jurisdição. O Estado de Direito é o ponto de referência de todo e qualquer ato de autoridade, é o instrumento de que devem se valer juízes e tribunais, mais especificamente, como afirmação do Direito afirmado coletivamente.

Um Estado de Leis, ao depois, é composto de atributos que lhe auxiliam na tarefa de constranger o poder. O principal deles é o da segurança jurídica. É importante para o Estado de Direito que lhe sigam elementos que lhe tragam, na medida do possível, certeza e

previsibilidade, bem como coerência e integridade. “Segurança jurídica significa antes de tudo que o direito existente possa ser conhecido e entendido”⁴⁵.

Derivadas do atributo da segurança jurídica, a legalidade e a irretroatividade das leis contribuem sobremaneira para a estabilidade do Direito; se o primado da legalidade qualifica e atribui identidade própria ao Estado de Direito, o da irretroatividade das leis é garantia contra as modificações do Direito em vigor. O Direito deve, antes e acima de tudo, exalar confiança ao cidadão; que os direitos fundamentais, destarte, serão respeitados e consagrados juridicamente independentemente das circunstâncias que se apresentem.

Um Estado que se julga como sendo de Direito, cujas origens deitam raízes no liberalismo inglês e no movimento iluminista como um todo, o cidadão, o carente, o investidor, o administrado, o jurisdicionado, devem estar plenamente seguros de que, ao se socorrer ou estiver submetido ao mais drástico

(e caro e moroso) dos civilizados métodos de resolução de conflito, obterá uma resposta de acordo com o Direito legislado; na pior das hipóteses, qual seja, aquela que corresponde à absoluta ausência de prescrição a respeito, deve estar certo o indivíduo de que a resposta retratará fielmente o perfil decisório delineado no ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição, sem invencionices, casuísmos, particularismos, relativismos, subjetivismos, decisionismos, solipsismos.

De todo modo, assim como é ilusório acreditar que o Estado de Direito não sofre influências políticas e apostar na cisão entre Direito e Estado – a menos que se prove do direito natural –, a ideia de Direito sem Estado tende a ignorar por completo o papel do juiz como porta-voz do caráter contramajoritário do Direito, dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Segue que é no âmbito judicial, essencialmente, que o Estado de Direito (deve) ganha(r) o palco mais destacado de atuação.

Não é o fato de, no caso

brasileiro, a concretização de direitos resultantes da consolidação da democracia ter sido conduzida, pelos mais variados motivos, diretamente para o Poder Judiciário que um Estado de Juízes haverá de substituir o de Direito, em suma, que o Direito propriamente

45CHEVALLIER, Jacques. O estado de direito. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 85.

dito passará a ser imprevisível e incapaz de refletir segurança jurídica, logo, dependente da pessoalidade (vontade) do julgador. O Estado de Direito deve permanecer irretocável sobretudo em tempos de crise e de exceção. Tais fatores, por si sós, não autorizam os Poderes a trocarem de mãos nem a substituírem um ao outro.

A prerrogativa de concretizar/implementar direitos constitucionalmente consagrados não faz do Poder Judiciário um protagonista político, o megafone do povo, enfim, um poder soberano não

constrangido por nenhum outro elemento constitucional(mente) estabelecido.

Tassinari⁴⁶ define, a propósito, como ativismo judicial a decisão fora do Direito, que faz do Poder Judiciário ser fonte dele mesmo, “descomprometida com parâmetros de constitucionalidade e/ou legalidade, o que se relaciona com a ideia de discricionariedade judicial”. E uma decisão discricionária, descompromissada com o Direito (com parâmetros, pois, de constitucionalidade e legalidade), é, sem margem de dúvida, um ato de autoridade que atenta contra o Estado de Direito de perfil romano-germânico.

No Brasil, o Poder Judiciário, em regra, não detém a última palavra nem toda decisão judicial é indiscutível a ponto de merecer cumprimento por si só: basta, pois, que não esteja alinhada à teoria do estado de direito legislativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente não é discorrer sobre instrumentos jurídicos que buscam restabelecer o equilíbrio entre os três poderes, em outras palavras, arrefecer o ímpeto revolucionário da teoria dos três poderes encontrado sobretudo nas salas de sessões dos tribunais. Acredita-se firmemente que a questão pode ser tratada internamente, no plano da teoria do (estado de) direito, sem aparelhos de interferência (política) de um poder sobre outro como forma de constrangimento, de colocá-lo, pois, no seu devido lugar. Afinal, mais ainda do que os outros dois poderes, a ciência que envolve a cena judiciária é e deve ser a do Direito. E é com o Direito que a Academia deve trabalhar na busca de soluções e ajustes para o correto exercício da atividade judicial. Faz pouco sentido, aliás, propor saídas alheias à teorização do Direito se os principais laboratórios dessa ciência humana, os tribunais, trabalham – ou, ao menos, devem trabalhar – com este ramo do conhecimento a todo momento, em toda e qualquer circunstância.

De fato, em um Estado (de Direito) regido precipuamente por leis e regulamentos não haverá de ser o juiz o detentor da última palavra. A primeira e última palavras deverão ser da

46 TASSINARI, Clarissa. A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 fev. 2023.

sociedade, pelos respectivos representantes democraticamente eleitos para tanto. Uma decisão judicial que não replica os princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Constituição Federal, via de consequência, não se encontra enquadrada pelo Estado de Direito brasileiro eminentemente

legislativo, jamais terá o condão de colocar ponto final a uma controvérsia judicializada. Do contrário, significa que a República Federativa do Brasil, a despeito da norma do artigo 1º da Constituição Federal, não se encontra efetivamente constituída em Estado (Democrático) de Direito.

E como constranger o decisor judicial que se arvora no direito de subjugar o Direito legislado? E como evitar que atos legislativos inconstitucionais encontrem a devida revisão se os tribunais, em um Estado de Direito legislativo, não são os detentores da última palavra? O percurso para responder estas questões não é circular, é paralelo. Os caminhos percorridos pelos Poderes Legislativo e Judiciário não se entrecruzam, ambos seguem no mesmo sentido, em direção ao postulado do Estado de Direito. Logo, o controle da atividade jurisdicional, notadamente, não depende necessariamente da atuação de um controle externo. A teoria do estado de direito fornece mecanismos apropriados para tanto, que empurram

os Poderes constituídos em uma só direção. O principal deles é a teoria da decisão, adormecida nos porões acadêmicos por conta da crença de que o controle da atividade jurisdicional depende mais da atuação dos demais poderes constituídos do que da própria ciência jurídica que lhe fornece rico manancial teórico.

Um Estado (de Democracia e) de Direito que se preze, cujas origens deitam raízes no civil law, não pode nem deve suportar conviver com agentes públicos que não representam a voz da sociedade – e a pluralidade tampouco lhes é característica – ditando a rodo, por todos os cantos de um país de dimensões continentais, normas com força de lei.

O Estado de Direito necessita ser (re)afirmado em território brasileiro, principalmente perante o poder republicano que lhe é mais caro. Do contrário, ter-se-á um superpoder, não vocacionado, tampouco capacitado para tanto, ditando o rumo da nação brasileira.

A morosidade, o alto custo econômico-financeiro para a

sociedade e a defasagem – numérica e, por vezes, técnica – de pessoal bem dão o tom da carência de capacidade administrativa e de vocação do pretense poder protagonista, assim como ocorre, em geral por ausência de estabilidade, integridade e coerência, quando, no exercício da função jurisdicional, se busca prescrever, a título de precedentes, padrões de conduta inclusive em julgamentos de pedidos iniciais e recursais para os quais a Constituição e a Lei não preveem força vinculante.

Nesse estado de coisas, cabe à Ciência, à Doutrina, apoiar sobretudo o também combatido Poder Legislativo brasileiro na difícil tarefa de restabelecimento do Estado de Direito e de (re)equilíbrio entre os três poderes constituídos.

Basta ocupar-se do Estado de Direito e da teoria da separação dos poderes para que não se avente usurpar das prerrogativas constitucionais de um poder sobre outro, para que não se instale um verdadeiro estado de absurdidade

protagonizado pelo Poder Judiciário.

Conforme visto, há fenômenos históricos e teorias que respaldam o protagonismo judicial. Enquanto a Doutrina, não-coativa por excelência, não se mostrar forte o suficiente para colocar os devidos pingos nos is, persistirá idealizado que a saída se encontra na velha e surrada edição de atos legislativos para conter os mais diversos abusos e ilegalidades. Mas a normatização como interferência de um poder (o legislativo) sobre outro (o judiciário) não tem sido capaz de frear o ímpeto invasivo de juízes e tribunais com o qual não raramente se é deparado.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. Livro eletrônico.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução:

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 2.

DAVID, René; JAUFFRET-S-PINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Tradução: Jorge Sánchez Cordero. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. Livro eletrônico.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianápolis: Liberty, 1982. Livro eletrônico.

ENGELMANN, Wilson. *A nanotecnociência como uma revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na ciência*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós- graduação em direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 249-65.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GROSSI, Paolo. A history of european law. Tradução: Laurence Hooper. London: Wiley- Blackwell, 2010. Livro eletrônico.

GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2011. Livro eletrônico. GROSSI, Paolo. Prima lezione di diritto. 16. ed. Roma: Laterza, 2010. Livro eletrônico.

HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985, v. 1.

HAYEK, Friedrich August von. The constitution of liberty: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. Livro eletrônico.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

RAZ, Joseph. The authority of law: Essays on Law and Morality. New York: Oxford University Press, 1979.

RILEY, Patrick. The

philosopher's philosophy of law from the seventeenth century to our days. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10. Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2009. Livro eletrônico.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião. Revista Consultor Jurídico, 6 jun. 2019. Disponível em: www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao. Acesso em: 27 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 619.

TASSINARI, Clarissa. A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de

Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

Disponível em: https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 fev. 2023.

NOTAS

1Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Juiz de Direito/RS. Ex-advogado. Ex-assessor de desembargador no TJRS. E-mail: flbertuzzi@hotmail.com.

2. HAYEK, Friedrich August von. The constitution of liberty: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. p. 247. Livro eletrônico.

3HAYEK, Friedrich August von. The constitution of liberty: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. p. 247-248. Livro eletrônico.

4GROSSI, Paolo. A history of

european law. Tradução: Laurence Hooper. London: Wiley-Blackwell, 2010. preliminaries XIV. Livro eletrônico.

5GROSSI, Paolo. Prima lezione di diritto. 16. ed. Roma: Laterza, 2010. p. 55-56. Livro eletrônico.

6HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985, v. 1, p. 82.

7GROSSI, Paolo. Prima lezione di diritto. 16. ed. Roma: Laterza, 2010, p. 55-56. Livro eletrônico. p. 57 e 58.

8René David e Camille Jauffret-Spinosi asseveram que “el derecho inglés ha sido el producto de una larga evolución, que no ha sido perturbado por ninguna revolución. Esta circunstancia ha devenido en un orgullo, de la cual el jurista inglés deduce, no sin razón, la prueba de la gran sabiduría del common law, de sus facultades de adaptación, de su valor permanente, y de las calidades correspondientes

de sus juristas y del pueblo inglés”. DAVI, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Tradução: Jorge Sánchez Cordero. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p. 211. Livro eletrônico.

9GROSSI, Paolo. Prima lezione di diritto. 16. ed. Roma: Laterza, 2010, p. 55-56. Livro eletrônico. p. 64.

10HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 1, p. 98-99.

11Nesse sentido, complementa Paolo Grossi: “Common law significa un diritto prodotto prevalentemente da giuristi, da coloro che fanno di diritto e che, nel Medioevo inglese, sono soprattutto empirici, uomini di prassi, educati nelle scuole interne ai proprii ordini professionali. In Inghilterra continua e continuerà il medioevo giuridico, ossia un modo non-statuale di produzione del diritto. È ovvio che ci siano

atti normativi del potere, ma costituiranno un apporto marginale almeno fino all'inizio del secolo XIX. [...] il medioevo giuridico, in Inghilterra, continua ben oltre i confini storici della civiltà medievale; aggiungiamo ora: attraverso indenne tutta la modernità. La storia del common law corre continuamente, senza cesure, dalle fondazioni dei primi re normanni fino a noi. Il legalismo, la legolatria, imperversante e soffocante nel diritto continentale sette/ottocentesco, sono ignoti all'esperienza giuridica inglese. Si tratta di un diritto che fonda la propria insularità in una schietta autoctonia: è un diritto di prassi e confezionato da pratici, fuori delle grandi correnti culturali che circolano libere nelle scuole giuridiche e nei tribunali continentali”. GROSSI, Paolo. L'Europa del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 82-83. Livro eletrônico.

12HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v.

1. p. 234-236. No mesmo sentido este mesmo filósofo leciona na obra *Direito, legislação e liberdade* (Ibid. p. 98-99): “O único país que conseguiu preservar a tradição da Idade Média e erigiu sobre as ‘liberdades’ medievais o conceito moderno de liberdade sob a égide do direito foi a Inglaterra. Isso se deveu em parte ao fato de ter a Inglaterra escapado a uma aceitação indiscriminada do direito romano em sua forma final e, com isso, à concepção do direito como criação de algum governante; mas provavelmente deveu-se sobretudo à circunstância de que os juristas do direito consuetudinário daquele país tinham desenvolvido concepções bastante semelhantes às da tradição do direito natural, porém não enunciadas na enganosa terminologia dessa escola. No entanto, ‘no século XVI e início do XVII, a estrutura política da Inglaterra não era ainda fundamentalmente diferente da dos países da Europa continental, e ainda não se sabia ao certo se a nação desenvolveria ou não uma monarquia absoluta

altamente centralizada, como o fizeram os países do continente’. O que impediu que isso ocorresse foi a tradição, profundamente arraigada, de um direito consuetudinário que não era concebido como produto de uma vontade, mas como um entrave a todo poder, inclusive o do rei - tradição que Edward Coke defenderia em oposição ao rei Jaime I e Francis Bacon e que Matthew Hale, no fim do século XVII, reafirmaria magistralmente em oposição a Thomas Hobbes. A liberdade dos britânicos, que no século XVIII toda a Europa veio a admirar, não foi, assim - como os próprios britânicos foram dos primeiros a acreditar, e como Montesquieu, mais tarde, ensinou ao mundo -, originalmente produto da separação dos poderes entre legislativo e executivo, mas antes uma decorrência do fato de as decisões dos tribunais serem regidas pelo direito consuetudinário, um direito que existia independentemente da vontade de qualquer pessoa e que, ao mesmo tempo, se impunha aos tribunais independentes e era por eles desenvolvido.

Tratava-se de um direito em que o parlamento só raramente interferiria, fazendo-o geralmente apenas para aclarar pontos duvidosos no seio de um determinado corpo de leis. Poder-se-ia até dizer que se desenvolveu uma espécie de separação de poderes na Inglaterra não porque somente o poder legislativo fazia leis, mas porque este não as fazia; porque as leis eram determinadas por tribunais independentes do poder que organizava e dirigia o governo, a saber, o poder daquilo que, na Inglaterra era erroneamente chamado ‘legislature’.

13BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 15-16. Livro eletrônico.

14“Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2004), pp. 8-9” (ibid., p. 323).

15“Aristotle’s *Politics and Athenian Constitution*, ed. and trans. John Warrington (J. M. Dent, 1959), book III, s. 1287, p. 97” (ibid., p. 323).

16“J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution*

(Cambridge University Press, 2007), p. 130, n. 11, p.

154, p. 157, n. 2” (ibid., p. 323).

17“*The Mersey Docks and Harbour Board’ Trustees: William Gibbs and Others* (1866) LR 1 HL 93, 110” (BINGHAM, *The rule of law*, op. cit., p. 323).

18“Allison, *English Historical Constitution*, p. 130, n. 11, referring to W. E. Hearn, *The Government of England: Its Structure and Development* (Longmans, Green, 1867), chap. 3, para. 7” (ibid., p. 323).

20A respeito, ressalta Patrick Riley: “On the continent, all ‘common law of the land’ disappears, whether produced outside the state or outside legislative power; jurisprudence ceases to be a source of law; the creative interpretation of the common lawyer is replaced by a cold neutralisation of the judge’s function”. RILEY, Patrick. *The philosopher’s philosophy of law from the seventeenth century to our days. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, v. 10. Dordrecht-Heidelberg-London-New

York: Springer, 2009. p. 246. Livro eletrônico.

21DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 152-153. Livro eletrônico.

22“Parliament’ has ‘the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament’”. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 20. Livro eletrônico.

23DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 268. Livro eletrônico.

24DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 268-25. Livro eletrônico.

25Tom Bingham, no entanto, discorda da tese de que o princípio

da soberania do parlamento é criada da lei comum definida pelo juiz que os próprios juizes podem alterá-la. Para o magistrado britânico, o princípio da soberania parlamentar foi reconhecido como fundamental na Inglaterra não porque os juizes o inventaram, mas porque há séculos é aceito como tal por juizes e outras pessoas oficialmente interessadas no funcionamento do sistema constitucional inglês. Os juizes não estabeleceram o princípio por si mesmos e não podem, por si mesmos, alterá-lo. Nas palavras do Baron Bingham of Cornhill: “The British people have not repelled the extraneous power of the papacy in spiritual matters and the pretensions of royal power in temporal in order to subject themselves to the unchallengeable rulings of unelected judges. A constitution should reflect the will of a clear majority of the people, and a constitutional change of the kind here contemplated should be made in accordance with that will or not at all. As it was put by a Member of Parliament in 1621: ‘the judges are judges of the

law, not of the Parliament. God forbid the state of the kingdom should ever come under the sentence of a judge”. BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 263-264. Livro eletrônico.

26 BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 67. Livro eletrônico.

27 BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 263-264. Livro eletrônico.

28 RAZ, Joseph. *The authority of law. Essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979. p. 211.

29 BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 110-111. Livro eletrônico.

30 “It has been said, with heavy irony, that justice in the UK is open to all, like the Ritz Hotel. This is not a new complaint. Three hundred and fifty years ago it was said: ‘Every man complains of the horrible delays in matters of justice... The remedy is worse than the disease... A man must spend above £10 to recover

£5” (Ibid., p. 140).

31 “It is a familiar aphorism, attributed to Gladstone, that ‘justice delayed is justice denied’, and King John famously pledged in Magna Carta that he would neither deny nor delay justice. But four centuries later Hamlet even more famously listed ‘the law’s delay’ as one of the reasons for committing suicide, and any litigant in the early nineteenth-century Court of Chancery, as accurately depicted by Dickens in *Bleak House*, could be forgiven for taking the step from which Hamlet drew back” (Ibid, p. 142).

32 BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 147. Livro eletrônico.

33 BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 193. Livro eletrônico.

34 Jacques Chevalier ressalta que “A posição central que é tradicionalmente a do juiz na cultura americana, onde o direito é concebido antes de tudo como um direito jurisprudencial, [...] em França, onde o direito é percebido como a expressão do poder estatal e onde a justiça foi muito tempo

vista com suspeita, a jurisdição se traduz sobretudo pela proliferação das leis e regulamentos [...] deve ser relativizada: enquanto nos Estados Unidos também os textos proliferam, assistimos em França igualmente, a explosão do contencioso”. CHEVALIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, v. 2, p. 119.

35. A respeito, assevera Lenio Luiz Streck: “Primeiro: não se importa cultura. Cultura nova? Ora, alguém acha que o precedente, no common law, veio da noite pro dia? (Aqui veio.) Uma tradição se constitui enquanto tradição. Simples. Precedente legítimo, em uma verdadeira ‘cultura de precedentes’, não nasce; torna-se. Precedente não tem certidão de nascimento. No common law o tribunal não termina o julgamento e diz: agora vamos fixar a tese. Um precedente legítimo é reconhecido como vinculante a partir da atividade decisória subsequente que relaciona um caso a outro”. STRECK, Lenio Luiz.

Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião. Consultor Jurídico, São Paulo, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>. Acesso em: 27 jan. 2023.

36. GADAMER, Verdade e método. *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 496.

37. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 73.

38. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 77.

39. Wilson Engelman adverte, a propósito, que, “Na medida em que descoberta e transformação da natureza andarem juntas, a cisão entre o sujeito e o objeto, própria do paradigma científico da modernidade, torna-se

cada vez mais impertinente. [...] Cada vez mais a análise não será uma mera investigação externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos; como se aquele pudesse manipular este sem estar envolvido diretamente. ENGELMANN, Wilson. *A nanotecnologia como uma revolução científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na ciência*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 249-65.

40. Segundo Jacques Chevallier, “A construção da teoria do Estado de Direito não é um fato do acaso, ou o produto de uma lógica puramente interna do campo jurídico: a teoria floresceu sobre um determinado terreno ideológico, enraizada em uma determinada realidade social e política; se desprovida desse substrato, se seccionada de suas referências, ela aparece

apenas como uma concha vazia, um quadro formal, tornando-se próprio falar em ‘in-significante’”. CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 45. Jorge Reis Novais aduz, por sua vez, “que, mais do que conceito filosófico, o Estado de Direito surge como um indirizzo político ou um conceito de luta política característico dos movimentos e das ideias prevaletentes no século XIX”. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Ed. Almedina, 2006. p. 45.

41. Raz alerta: “It is said that the rule of law means that all government action must have foundation in law, must be authorized by law. But is not that a tautology? Actions not authorized by law cannot be the actions of the government as a government. They would be without legal effect and often unlawful. [...] Powerful people and people in government, just like anybody else, should obey the

law. [...] If government is, by definition, government authorized by law the rule of law seems to amount to an empty tautology, not a political ideal". RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979. p. 212.

42. "It cannot be treated as a concept which, in the time-honoured formula used of lecturers and after-dinner speakers, is so well known as to call for no introduction". BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin Books, 2011. p. 265-266. Livro eletrônico.

43. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 619.

44. CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 54.

45. CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 85.

46. TASSINARI, Clarissa. *A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 fev. 2023.





HOW MULTISTAKEHOLDER GOVERNANCE CAN SHAPE RESPONSIBLE AI

JULIÃO BRAGA

Center for Mathematics, Computing, and Cognition
Federal University of ABC
Santo André, SP, BR
juliao.braga@ufabc.edu.br

ITANA STIUBIENER

Center for Mathematics, Computing,
and Cognition
Federal University of ABC
Santo André, SP, BR
itana.stiubiener@ufabc.edu.br

PERCIVAL HENRIQUES‡

Brazilian Internet Steering Committee
Sao Paulo, SP, BR
percival@cgi.br

HELENA CANANEA

Federal University of Pernambuco
Recife, PE, BR
hvrc@cin.ufpe.br

ABSTRACT

As Artificial Intelligence (AI) continues to rapidly transform our world, the urgency for effective governance increases. This paper introduces a unique approach, drawing inspiration from a proven success story, Internet governance. The multistakeholder model of internet governance, which balances innovation, accessibility, and ethical considerations, provides a valuable framework for guiding the development and deployment of AI algorithms and data. Harnessing the Lessons of the Internet: Internet governance has cultivated a vibrant and diverse digital landscape throughout its evolution, promoting global connectivity, economic growth and social progress. This has been achieved through a collaborative approach involving

governments, industry leaders, civil society, and technical experts. This paper advocates for adapting this multistakeholder approach to govern AI, ensuring its responsible development and deployment with human well-being at the forefront. From Infrastructure to Impact: Similar to how Internet governance covers both the technical foundations of the network and its broader societal implications, AI governance must also extend beyond algorithms and data to address ethical concerns, human rights impacts, and environmental sustainability. This paper investigates how Internet governance principles, such as inclusivity, privacy protection, and responsible innovation, can be tailored to mitigate potential risks associated with AI, including algorithmic bias, discrimination, and

manipulation. Steering the Future of AI: By capitalizing on the successes and lessons learned from Internet governance, we can navigate the complex landscape of AI and chart a course towards a future where this potent technology serves the betterment of humankind. This paper delves deeper into the potential of applying internet governance frameworks to AI, outlining the challenges and opportunities that lie ahead. It proposes concrete steps to establish a collaborative and effective AI governance model, ensuring that AI remains a force for positive progress in the years to come.

1 Introduction

The phrase ‘artificial intelligence’ can in fact be a source of discomfort for some people, and there are a few reasons why this might be

the case:

- Misunderstanding of the term: The term “artificial intelligence” can be misleading. It suggests the creation of a form of intelligence that is artificial or not real. However, AI does not possess consciousness or self-awareness. It operates based on pre-programmed algorithms and learns from data. It does not think or understand as humans do.

- Fear of the unknown: AI is a complex and rapidly evolving field. For those not familiar with it, it can seem intimidating or even threatening. This fear is often fueled by portrayals of AI in media and pop culture, which often depict AI as a threat to humanity.

- Ethical concerns: There are valid concerns about the ethical

implications of AI, including issues related to privacy, bias, job displacement, etc. [1]. These concerns can contribute to discomfort with the concept of AI.

- The term “intelligence”: Intelligence is a quality that we associate with living beings, particularly humans. When it is associated with something artificial, such as a machine or software, it can feel uncomfortable or unnatural.

It is important to have open discussions on these issues to increase understanding and address these concerns. AI has the potential to bring about significant benefits, but it is crucial to navigate its development and use responsibly.

Kate Crawford is a prominent scholar studying the social and political implications of artificial

intelligence. She is a professor at the University of Southern California and a senior researcher at Microsoft Research [2].

Her book, “Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence”, was published in April 2021. In this book, Crawford reveals how the global networks underpinning AI technology are damaging the environment, instigating inequality, and fueling a shift toward undemocratic governance. She takes the reader on a journey through the mining sites, factories and vast data collections needed to make AI “work”, powerfully revealing where they are failing us and what should be done.

The book has been praised for its meticulous research and well-written writing and was named one of the best books on technology

in 2021 by the Financial Times. It provides a valuable framework to understand the dangers of this technological revolution as well as its environmental costs, and suggests how we can best steer it towards more positive outcomes.

The book ends with a discussion on the political, economic, and social forces present in artificial intelligence systems, unlike the storey we are normally told of an inevitable and abstract technology. In view of this, in her conclusion, the author rejects the narratives of utopia or technological dystopia (of salvation or destruction of humanity by machines) because “the central issue is the deep entanglement of technology, capital and power, of which AI is the most recent manifestation” [3].

There are different opinions on whether artificial intelligence is truly intelligent. Some researchers argue that AI is neither artificial nor intelligent [4]. Others argue that AI is not intelligence, but prediction. With large language models, machines have become better at accurately

predicting and executing desired outcomes. However, some experts believe that it would be a mistake to equate this ability with human intelligence. In response to such a letter signed by notables, The Guardian considers it a laudable goal, but has a better suggestion: remove the hacked label “artificial intelligence” from public debate [5].

Some argue that AI is not intelligent in the same way as humans, while others see it as a powerful tool for prediction and decision-making [6].

Patrick Butlin and colleagues definitively clarified so far: “Our analysis suggests that no current AI systems are conscious, but also suggests that there are no obvious technical barriers to building AI systems which satisfy these indicators.” [7].

So, it can be admitted that the word intelligence is uncomfortable when it is placed together with the word artificial, especially because, naively, we still do not understand how our brain precisely works.

Building upon this concept, the primary aim of this article is to

propose a governance framework for AI and Data Algorithms (GAIA). This framework is inspired by the principles of Internet Governance, which has successfully overseen the operation of the Internet Infrastructure since 1993

2 Regulation and govern intervention over IA development

Numerous efforts have been undertaken to regulate AI, resulting in the availability of various solution proposals [8]. Governments have engaged in discussions to determine the most appropriate paths for promoting international collaboration in this regard [9] [10] [11]. Table 1 list the countries and the documents that evidenced its efforts to regulate AI.

Table 1: Countries and AI regulation documents. Source: Google

In fact, the interest in eliminating biases in AI models is a concern shared by many sectors of society, including scientists from various fields. Here are some key points:

1. **Interdisciplinary Efforts:** Scientists from various fields such as computer science, sociology, psychology, and ethics are working together to understand and mitigate biases in AI [2]. They are developing methods to detect, measure and correct biases in AI models.

2. **Public Awareness:** There’s a growing public awareness of biases

in AI. Society has started to wrestle with just how much human bias can make its way into artificial intelligence systems [1]. This awareness is driving the demand for more transparent and fair AI systems.

3. **Bias in Data:** One of the main sources of bias in AI models is the data used to train them [1]. If training data includes biased human decisions or reflect historical or social inequities, the AI system can learn and perpetuate these biases.

4. **Bias Mitigation Techniques:** Researchers are developing techniques to mitigate bias in AI.

These include methods for debiasing training data, modifying learning algorithms to be bias aware, and post-processing techniques that adjust the output of AI models to reduce bias.

5. **Regulation and Policy:** Governments and regulatory bodies are also taking steps to address bias in AI. This includes developing guidelines and regulations that require fairness and transparency in AI systems.

6. **Ethical AI Design:** There’s a growing emphasis on ethical AI design, which includes principles

| Country | Document |
|-------------------------|---|
| Brazil | https://bit.ly/AIR-Brazil |
| Canada | https://bit.ly/AIR-Canada |
| China | https://bit.ly/AIR-China |
| India | https://bit.ly/AIR-India |
| Japan | https://bit.ly/AIR-Japan |
| OECD | https://bit.ly/AIR-OECD |
| Singapore | https://bit.ly/AIR-Singapore |
| Switzerland | https://bit.ly/AIR-Switzerland |
| United State of America | https://bit.ly/AIR-USA |

such as fairness, transparency, and accountability. These principles guide the development of AI systems to ensure that they respect human rights and do not perpetuate harmful biases.

In summary, removing biases in AI models is a complex task that requires the participation of various sectors of society. It is an ongoing area of research and policy-making that aims to ensure that AI systems are fair, transparent, and beneficial to all [12] [13].

3 Internet Governance: A Three-Level Perspective

Yochai Benkler⁷ and many others proposed dividing the issue of Internet⁸ governance into several levels [15] [16] [17]. Internet governance is a multifaceted concept that involves various stakeholders, from technical experts to everyday users. So, we decided to propose a division based on the usability of the Internet.

Figure 1 displays these

divisions, with their respective interested parties, and each layer is described below.

3.1 Layer 0: Internet Infrastructure Governance

Level 0 governance is concerned with the technical infrastructure of the Internet. This includes organizations such as the Internet Engineering Task Force (IETF) and the Internet Research Task

Force (IRTF), which develop and maintain the standards and protocols that make the Internet

work.

Layer 0 governance is essential to ensure that the Internet is reliable, secure, and accessible to everyone. It is also important to promote innovation and competition in the Internet industry.

This self-governing layer does

not require any external intervention because it is built and maintained by highly skilled and experienced volunteers with a deep understanding of the technical needs of the Internet.

Furthermore, these volunteers are committed to improving the Internet and continuously adopt appropriate ethical behaviors. Their natural commitment to ethical practices ensures the integrity of their work and contributes significantly to the ongoing improvement and evolution of the Internet.

3.2 Layer 1: Expert governance

Governance of specialists, big tech and other technology companies. Everyone uses the Internet for their applications, and it needs regulation and definition in its

governance.

Layer 1 governance is concerned with the governance of the applications and services that run on the Internet. This includes companies such as Google, Facebook, and Amazon, which provide a wide range of popular online services.

This level of governance is needed to address issues such as data privacy, cybersecurity, and competition. It is also important to ensure that the Internet is used for good and not for harm.

Experts at this level are the employees of large tech and other tech companies. These experts are responsible for developing and maintaining the applications and services that we all rely on. They also play a role in advocating for their companies' interests in the Internet governance arena.

This layer is (together with layer 2) under the permanent evaluation and influence of the stakeholders who participate in the Internet Governance Forum⁹ (IGF) and national and regional IGFs. These stakeholders have a voice in Internet governance through

3.3 Layer 2: Governance of the user society

The final level of governance relates to users and society at large. This includes non-specialized individuals and companies whose primary purposes are not related to the Internet. At this level, governance is focused on ensuring that the Internet remains accessible, affordable, and safe for all users. It also involves addressing social concerns related to the Internet, such as digital divide issues, online safety, and misinformation.

This level of governance is concerned with the governance of the Internet from the perspective of users and other stakeholders. This includes individuals, businesses, and governments.

It is necessary to ensure that the Internet is used in a way that benefits all of society. It is also important to protect the rights of users and promote digital inclusion.

The experts at this level are the users and other stakeholders themselves. This includes

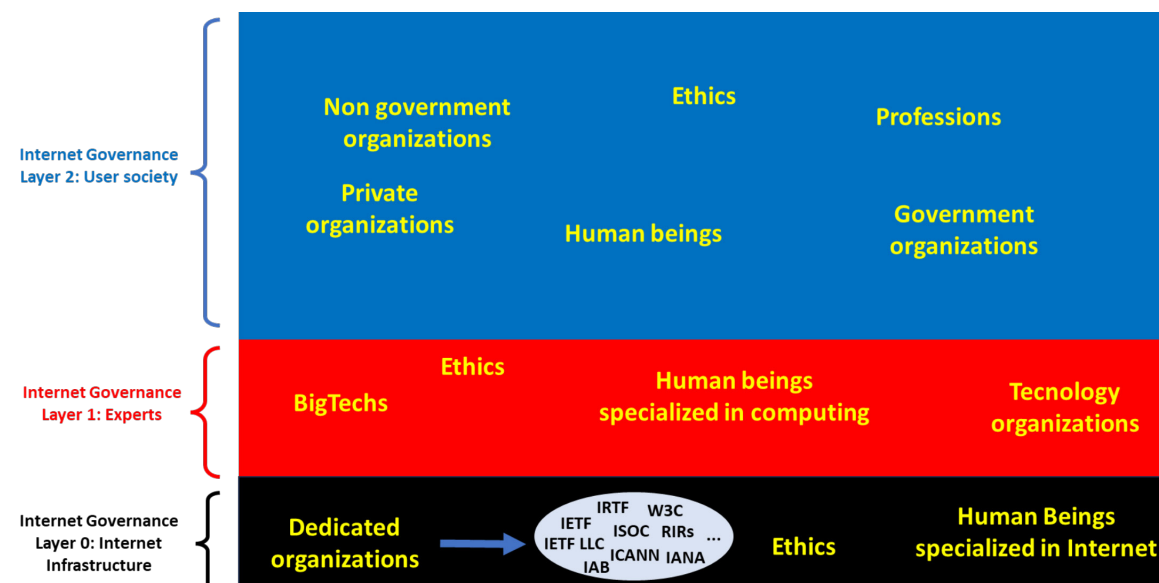


Figure 1: The Internet Governance Layers

a variety of channels, such as the Internet Governance Forum (IGF) and national and regional IGFs.

In conclusion, effective Internet governance requires cooperation and coordination among various stakeholders at different levels. By understanding the roles and responsibilities at each level, we can work toward a more inclusive, open, and secure Internet for everyone.

In addition, the role of ethics in Internet Governance Ethics plays a crucial role at all levels of Internet governance. Ethical considerations guide decision-making processes, ensuring that actions taken at each level are in the best interest of all stakeholders. Governments have a responsibility to promote ethical practices in Internet governance by implementing appropriate regulations and encouraging transparency, accountability, and respect for user rights.

3.4 Regulation and Governance

AI-powered algorithms are

increasingly being used to make decisions that have a direct impact on people's lives. This raises the risk of bias in these decisions, which could have serious consequences.

To avoid these problems, François Canelon and colleagues [18], think that executives should carefully consider four factors before using AI, briefly justified:

(a) The impact of the outcome: Some decisions, such as those about medical treatment or job applications, have a much greater impact on people's lives than others. In these cases, it may be wise to avoid using AI or subordinate it to human judgment.

(b) The nature and scope of the decision: The degree of trust in AI varies depending on the type of decision. For example, people are more likely to trust AI to make mechanical decisions, such as optimizing a timetable, than subjective decisions, such as legal sentencing.

(c) Operational complexity and limits to scale: AI algorithms may not be fair in all geographies

and markets. This can make it difficult to scale up the use of AI, as companies may need to customize algorithms for each region or market.

(d) Compliance and governance capabilities: Companies need to have the right processes and tools in place to ensure that their AI systems are compliant with regulations and ethical standards.

Some companies are already taking steps to address these issues. For example, Google^{10,11}, Microsoft^{12,13}, and BMW¹⁴ have all developed formal AI policies with commitments to safety, fairness, diversity, and privacy.

There are three main trends in the regulation of AI systems: (a) Impact assessments: This requires companies to assess the potential risks and benefits of their AI systems before they are implemented. (b) Independent reviews: This involves having an independent party assess the fairness, transparency, and robustness of AI systems. (c) Continuous review: This requires companies to continuously monitor

their AI systems for risks and make changes as needed [19].

Regulation of AI systems is a complex and challenging issue and has a very high cost. There is no one-size-fits-all approach, and the best approach will vary depending on the specific AI system and its intended use. The regulation of AI systems also is evolving rapidly. As AI technology continues to develop, new risks and challenges will emerge, and regulators will need to adapt their regulations accordingly. Companies that adopt AI systems must stay up-to-date with the latest regulatory developments. They should also work with legal and technical experts to ensure that their AI systems are compliant with applicable regulations. Governance and the concerns of government institutions increase the complexity of regulation and are unable to maintain a steady pace in their interventions, sufficiently precise and with effective, reliable, and comfortable results for society.

3.5 A governance and self-regulation of algorithms in the most important application system used by humans

Governance and regulation of protocols (or algorithms, or programs) of the Internet infrastructure is a complex and evolving issue. There is no single entity responsible for governing or regulating the Internet, and the different stakeholders involved have different interests and priorities.

Internet governance is the development and application by governments, the private sector, and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programs that shape the evolution and use of the Internet. It is a complex and multidimensional topic that involves several technical, political, economic, social, and cultural aspects of the global computer network.

Internet governance ranges from issues related to the network's physical and logical infrastructure,

such as protocols, domain names, and IP addresses; to issues related to content, services, and applications available on the network, such as privacy, security, human rights, and digital inclusion. Internet governance also involves various actors and interests, such as governments, the private sector, civil society, international organizations, and users.

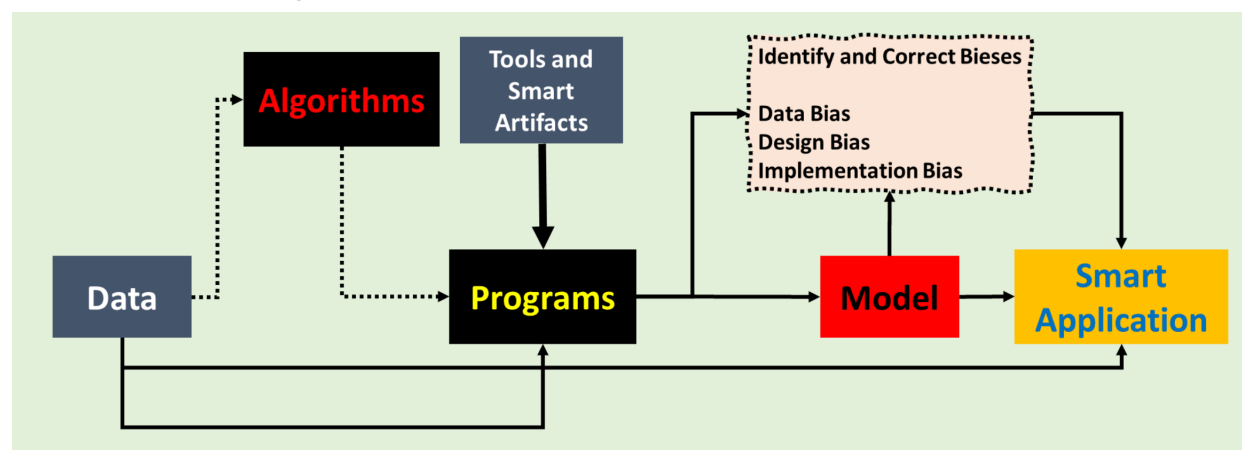
Internet governance is important because it helps to ensure that the Internet is open, accessible, and secure for everyone. It also helps promote innovation and economic growth and protect human rights and fundamental freedoms.

Internet governance is not centralized or hierarchical, but distributed and collaborative. This means that there is no single authority or entity that controls or regulates the Internet in a global or uniform way. On the contrary, there is a multiplicity of forums, processes, and mechanisms that contribute to the governance of the Internet in a complementary or competing way.

Some of these forums are formal and institutionalized, such as

intelligence, they do not possess the full range of capabilities associated with artificial intelligence. This

Figure 3: How Smart Applications are built and how Biases are formed and can be corrected.



includes abilities such as self-learning, reasoning, problem solving, perception, and language understanding. Therefore, even though these applications are very smart and sophisticated, they have not yet been considered to be artificial intelligence.

Biases predominantly occur in areas where human intervention is present, programming, and modeling. Here are some examples:

- Data bias: Data bias can occur when the data used to train

an AI is not representative of the population in which the AI will be used. For example, if a facial recognition system is trained on a data set of images that is predominantly composed of men, the system may be more likely to misidentify women.

- Design bias: The design of an AI can be biased, which can lead the AI to make biased decisions. For example, a job recommendation system that is designed to prioritize candidates with experience in

technology companies can be biased against candidates from under-represented groups.

- Implementation bias: Implementation bias can occur when an AI is implemented in a way that is not fair or equitable. For example, a credit scoring system that is implemented in a way that favors candidates from certain regions may be biased against candidates from other regions. Indeed, the creation of intelligent artifacts bears a striking resemblance to the

process of developing algorithms and programs that comply with Internet infrastructure protocols. Numerous proposals for the development of AI applications prioritize the achievement of beneficial outcomes for human society. For example, Agrawal, Gans, and Goldfarb shared this concern when they established the Creative Destruction Lab at the University of Toronto. They detail this in a book, which is structured into five sections to encapsulate each layer of the impact of AI. These sections progress from the fundamental concept of prediction to social benefits, including: (1) prediction, (2) decision making, (3) tools, (4) strategy, and (5) society [24].

5 How to apply Internet Governance to AI Algorithm Governance: A Three-Level Perspective

A group of visionaries, who were instrumental in developing protocols that enhance the

functionality of the Internet, laid the rules that led to the establishment of its Infrastructure Governance (Figure 2). These rules have been summarized in Figure 4, and further elucidated in the seminal article by Leiner et al. [25].

Despite the lack of studies on the circumstances and methods involved in the creation of the Internet, in particular the environment of its infrastructure, it is evident that a similar context did not exist during the development of Artificial Intelligence resources, techniques,

and applications.

This article aims to propose a framework for governance for Artificial Intelligence Algorithms and Data (GAIA) that mirrors that of the Internet. This proposed framework can be seen in Figure 5.

Layer 0 in the depicted figure represents the foundational algorithms that are involved in the basic

Figure 4: Proposal for the future of the Internet and the consolidation of its Governance. Source: [25]

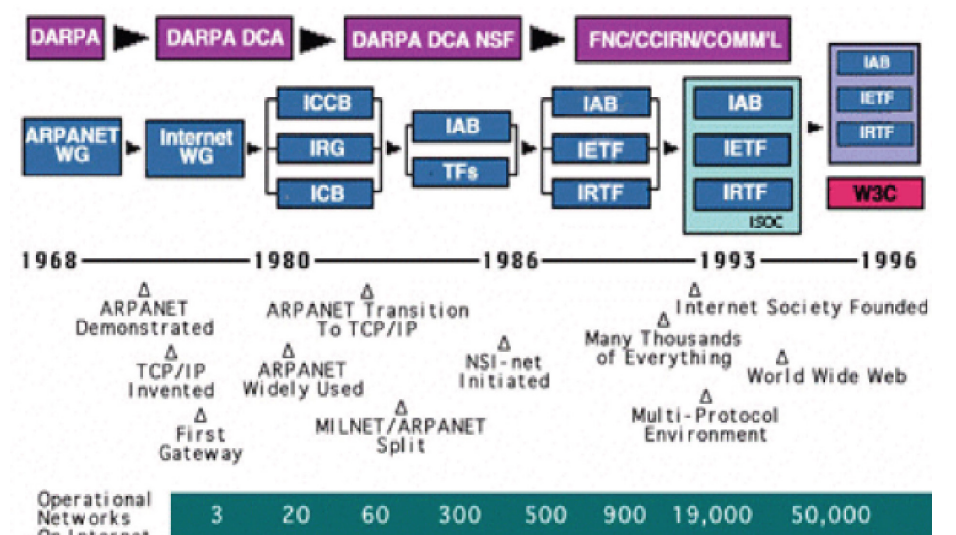
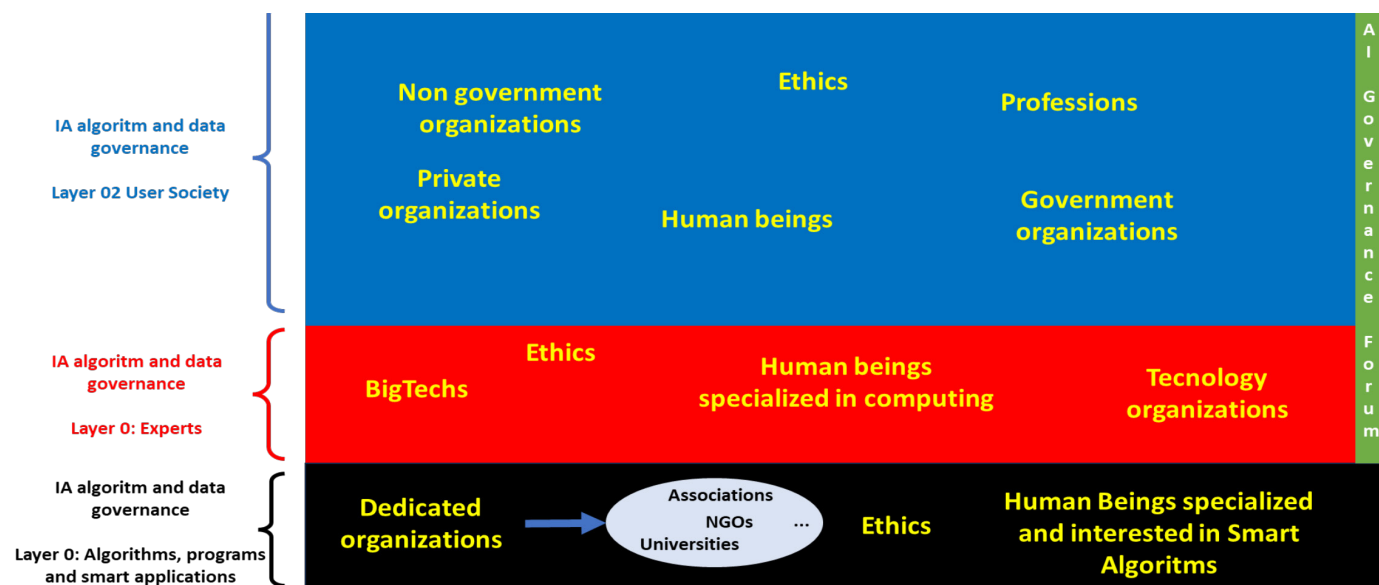


Figure 5: The GAIA Layers in a three-level perspective as Internet Governance.



techniques and applications used to develop AI utilities in the subsequent layers. They are equivalent to the protocols that make the Internet work wonderfully well. It is important to remember that we are dealing with a field of human knowledge that requires a high degree of creativity and consequently leads to technical growth. The table 2 provides a contemporary overview of some of the main AI techniques and their applications [26, 27, 28, 29].

The AI community residing in

Layer 0 has already developed, and continues to develop, new software and hardware tools. These tools are designed to facilitate the creativity of those who operate within Layers 1 and 2, and who develop AI applications that benefit the end users of these AI tools, such as chatGPT. Dominated by Python, the table referenced as 3 showcases the tools that implement various Machine Learning (ML) techniques [26, 27, 28, 29, 30, 31, 32].

This includes those developed

for the R language and other less used languages (MATLAB¹⁶, SAS¹⁷, Weka¹⁸, for example), though quite useful.

5.1 GAIA Models

Based on the literature, we can identify three models of GAIA: Self-regulation, Government regulation and Coregulation [33, 34, 35, 36, 37, 38]. These models can be described as follows:

Table 2: Common Machine Learning Techniques and Applications

| TECHNIQUE | IMAGE/VIDEO PROCESSING NATURAL LANGUAGE | PROCESSING | OTHER APPLICATIONS |
|---|---|--|--|
| Linear Regression | | | Sales forecasting, Risk assessment |
| Logistic Regression | Image classification | Sentiment analysis | Customer churn prediction |
| Decision Trees | Object detection | Text classification | Fraud detection |
| Random Forest | Medical image analysis | Spam filtering | Recommendation systems |
| Support Vector Machines (SVM) | | Topic modeling | Time series forecasting |
| K-Nearest Neighbors (KNN) | Image segmentation | Machine translation | |
| Naive Bayes | | Spam filtering, Text classification | Medical diagnosis |
| Artificial Neural Networks (ANNs) | Image recognition, Object detection | Machine translation, Speech recognition | Self-driving cars, Financial modeling |
| Convolutional Neural Networks (CNNs) | Image classification, Object detection | | Medical image analysis |
| Recurrent Neural Networks (RNNs) | | Sentiment analysis, Machine translation, Text generation | Time series forecasting, Financial modeling |
| Transformer Networks | | Machine translation, Language modeling | Natural language understanding |
| Ensemble Methods (e.g., Boosting, Bagging) | | | Improve performance across variety of applications |
| Reinforcement Learning | | Game playing (e.g., AlphaGo) | Robotics, Industrial automation |
| Unsupervised Learning (e.g., Clustering, PCA) | Image compression | | Customer segmentation, Anomaly detection |

| Technique | Python | R | Other |
|------------------------|---|---------------------|-------------------|
| Linear Regression | scikit-learn, statsmodels | stats] | MATLAB, SAS |
| Logistic Regression | scikit-learn, statsmodels | glm, caret | MATLAB, SAS |
| Decision Trees | scikit-learn | rpart, tree | MATLAB, Weka |
| Random Forest | scikit-learn | randomForest | MATLAB, Weka |
| SVM | scikit-learn, LIBSVM | e1071 | MATLAB, LIBSVM |
| KNN | scikit-learn | class | MATLAB, Weka |
| Naive Bayes | scikit-learn | e1071 | MATLAB, Weka |
| ANNs | Keras, TensorFlow, PyTorch | neuralnet, nnet | MATLAB, Java, C++ |
| CNNs | Keras, TensorFlow, PyTorch | - | MATLAB, Java, C++ |
| RNNs | Keras, TensorFlow, PyTorch | keras | MATLAB, Java, C++ |
| Transformer Networks | PyTorch, TensorFlow (Hugging Face Transformers) | - | - |
| Ensemble Methods | scikit-learn | caret, randomForest | MATLAB, Weka |
| Reinforcement Learning | TensorFlow Agents, Keras-RL, Gym | R various | - |
| Unsupervised Learning | scikit-learn | stats, cluster | MATLAB, Weka |

Table 3: Machine Learning Techniques and Software Implementations

| Model | Advantages | Disadvantages | Viability |
|-----------------------|---|---|--|
| Self-regulation | Flexibility, adaptability, low cost | Lack of enforcement, greenwashing, lack of transparency | High for sectors with a high level of maturity and effective self-regulation |
| Government regulation | Protection of citizens, uniformity, coherence | Lack of flexibility, high cost, over-regulation | High for sectors with high risk and social impact |
| Co-regulation | Flexibility, security, participation, collaboration | Complexity, regulatory capture risk | High for sectors with regulatory maturity and a culture of collaboration |

Table 4: Comparison and Contrast of GAIA models

- self-regulation: Companies and organizations implement self-regulation through the adoption of conduct codes, the adherence to ethical principles, and the application of best practices for the development and utilization of AI algorithms and data.
- government regulation: The government enacts specific laws and regulations to guide the development and application of AI algorithms and data.
- co-regulation: A hybrid approach combines self-regulation and government regulation. In this model, the government defines the general principles, while companies and organizations develop specific

mechanisms to implement these principles in the context of AI algorithms and data.

5.2 GAIA challenges

GAIA presents a complex challenge that encompasses ethical, social, and technical dimensions. The lack of transparency and accountability in these algorithms, along with the potential for bias and discrimination, requires comprehensive analysis and innovative solutions. In the following, we present summarized topics to contribute to the debate related to the challenges.

• Ethical Challenges

– Privacy and Data Protection: This involves ensuring that data is collected, used, and stored in an ethical and transparent manner, with respect for individual rights and privacy.

– Algorithmic Equity and Justice: This involves combating algorithmic bias and discrimination to ensure that algorithms do not perpetuate social inequalities and injustices.

– Accountability and Transparency: This involves establishing mechanisms to hold developers, users, and decision makers accountable for the use of AI algorithms. It also includes promoting transparency in the development and application of these algorithms.

• Social Challenges
– Impact on the Job Market: This involves assessing the effects of automation across various sectors of the economy and preparing the workforce for these changes.

– Unequal Access to Technology: This involves ensuring that all individuals and social groups have equal access to the benefits of AI and data.

– Challenges to Democracy: This involves ensuring that the use of AI algorithms does not pose a threat to democracy and fundamental rights.

• Technical Challenges

– Transparency and Explainability: This involves developing tools and techniques to make AI algorithms more transparent and explainable to humans.

– Safety and Reliability: This involves ensuring the safety and reliability of AI algorithms and protecting them against attacks and manipulations.

– Interoperability and Standardization: This involves establishing standards and protocols to ensure interoperability among different AI systems.

• Implications of Lack of Transparency and Accountability

The lack of transparency in AI algorithms can lead to several negative consequences, including:

– Difficulty in identifying and correcting algorithmic errors and biases: Without transparency, it becomes challenging to identify and rectify errors and biases in

algorithms. AI models are built on data. If the training data are incomplete or biased, the algorithm will learn these biases leading to potentially discriminatory or harmful outcomes. Without transparency into the inner workings, understanding and correcting these biases becomes harder.

– Risk of manipulation and misuse of algorithms: The opacity of AI algorithms can make them susceptible to manipulation and misuse. Black-box algorithms leave users vulnerable to exploitation. When we do not understand how a decision is made, malicious actors can more easily design input specifically to manipulate the

| # | Country | Iniciatives |
|---|---------|---|
| 1 | Brazil | Bill 21/2020: Creates a legal framework for the development and use of artificial intelligence (AI) in Brazil. Establishes principles, rights, duties, and governance instruments for AI. (At work in the House of Deputies). Brazilian Strategy of Artificial Intelligence (EBIA): Establishes nine thematic axes, characterized as the pillars of the document, highlighting the challenges to be faced, offering a future vision, as well as a set of 74 strategic actions [39]. MCTI Ordinance No. 6.844/2022: Creates the Artificial Intelligence Governance Advisory Committee (CGIA). Responsible for helping to formulate public policies for AI. |
| 2 | China | National AI Development Plan: Set ambitious goals for the development of AI in the country, focusing on areas such as facial recognition and smart cities. Social Credit System: Use AI to assess the reliability of citizens, with implications for access to services such as credit and travel |

| | | |
|---|----------------|---|
| 3 | European Union | General Data Protection Regulation (GDPR): Establishes comprehensive rules for the collection, use, and storage of personal data, with a focus on the transparency and consent of individuals. Digital Services Act (DSA): Aims to regulate online platforms, including content moderation and algorithmic advertising, with a focus on protecting users and promoting competition |
| 4 | USA | National Artificial Intelligence Initiative: Public investment in AI research and development, focusing on areas such as health, security, and transportation. Algorithmic Accountability Act: Proposed law that requires companies to perform impact assessments of their AI algorithms, with a focus on equity and algorithmic justice. |
| | | |

outcome.

– Loss of trust in AI and its developers: If the workings of AI algorithms are not transparent, it can lead to a loss of trust in the technology and its developers. Lack of transparency is a major barrier to user adoption. People are unlikely to rely on decisions made by a system they cannot understand or question, undermining the potential positive benefits of AI.

– Difficulty in holding those responsible for the damages caused by AI algorithms: Without transparency, it can be difficult to hold the appropriate parties responsible for any damages caused by AI algorithms. This can include both tangible and intangible damages, such as those to a person’s reputation or livelihood. Determining liability is crucial to compensate damages or correct failures. If the actions of the AI system are uninterpretable, finding out who is actually responsible

(whether the user, developers, or someone else) becomes much harder.

- Risks of Bias and Algorithmic Discrimination

AI algorithms can in fact perpetuate and amplify existing biases in society, leading to discrimination against minority groups. This can manifest in several ways, including:

– Algorithmic Racism: This refers to discrimination against

individuals based on their race or ethnicity.

– Algorithmic Sexism: This refers to discrimination against individuals based on their sex or gender.

– Age Discrimination: This refers to discrimination against individuals based on their age.

– Social Class Discrimination: This refers to discrimination against individuals based on their income or

social class. It is important to note that these issues are a significant concern in the field of AI and efforts are being made to address them through fairness and bias mitigation techniques in AI model development. However, it remains a challenging problem that requires ongoing attention and research.

5.3 Case studies

The GAIA is not just a theoretical concept, but an ever-evolving re-

ality across different countries and sectors. In Table 6 are some concrete examples whose references can be found in Table 1.

5.3.1 Additional Information in Brazil

AI activity in Brazil is indeed expanding, with a variety of applications in different sectors. However, AI regulation in the country is still in its development stages, with Bill 21/2020 serving as the primary initiative in this regard. Although civil society participation in AI governance is currently limited, efforts are underway to expand this participation. This is crucial to ensure that the development and use of AI are in line with societal values and needs.

For the future of AI in Brazil, it is important:

- Continue investing in AI research and development;
- Improve the AI regulatory

framework, ensuring a balance between innovation and protection of individual rights and freedoms;

- Expand civil society participation in AI governance;

- Promote education and awareness about AI.

With such measures, Brazil can enjoy the benefits of AI in a responsible and ethical way, building a more prosperous digital future for everyone.

5.4 About the other layers of the proposed model for GAIA

Layer 0 of the GAIA proposal (as shown in Figure 5) mirrors the corresponding layer in the governance of the Internet and is therefore self-regulated. This means that it operates under the same principles of self-regulation that govern the Internet. Recent articles have proposed that GAIA annual meetings (as IETF meetings) be

managed through a Decentralized Autonomous Organization (DAO) [40, 41, 42]. The authors continue to recommend this proposal.

The remaining two layers should align with the direction of Internet governance, where the roles of government and civil society are well defined. They establish clear rules for continuous improvement. During this process, the active participation of various stakeholders ensures ongoing discussions. This helps mitigate any inappropriate attempts to alter established rules, thus continually improving the quality of the Internet.

6 Future Works

In Table 6 a breakdown of several compelling areas for future research to foster an environment where AI advancement aligns with best practices, ethical considerations and social benefit.

6.1 Additional Considerations

We must pay attention to multidisciplinary research. Collaboration between computer scientists, social scientists, legal scholars, and philosophers

A pertinent question is about regulatory support. Research can drive sound legislation, providing evidence-based guidelines to implement appropriate safeguards.

We must maintain a global focus. Collaboration between governments and researchers worldwide is important due to the international nature of AI and its widespread influence.

Research focused on the ethics of AI algorithms not only has room for growth, but represents a crucial and urgent area of inquiry. Here is why:

- Factors Fueling Future Research
 - Increasing Real-World AI: AI is no longer just theoretical. It's embedded in systems with high-stakes decision-making roles (self-driving cars, loan approvals, etc.).

This highlights the need for ethical consideration as a prerequisite for a reliable adoption.

- Complexity of Ethical Implications: Simple rule-based systems are being replaced by black-box models that raise unique ethical challenges. Research must evolve to grapple with questions of explainability, fairness, and responsibility in this new landscape.

- Societal Awareness: Concerns about AI are growing among the public and policymakers. This puts pressure on the AI community to demonstrate robust ethical frameworks through research, not just as an afterthought, but as a central design concern.

- Emerging Fields: Entirely new subfields are emerging such as: the ethics of autonomous systems, data governance, and understanding AI through social justice lenses. This creates space for diverse and interdisciplinary research efforts.

- Ways Research Could Be Stimulated
 - Dedicated Funding:

| Topics | Focus | Why it matters | Potential Projects |
|--|--|--|--|
| Explainable and Transparent AI (XAI) | Research on developing more interpretable models to improve trust and accountability. This means designing AI systems that can provide clear reasoning behind their decisions. | Without understanding the “why” behind AI output, debugging, detecting bias, and ensuring fairness is incredibly difficult. | Research novel XAI techniques for various algorithm types (deep learning, ensemble methods, etc.), or methods for ‘translating’ black-box models into more explainable versions. |
| Algorithmic Fairness and Bias Mitigation | Developing techniques, tools, and metrics to assess and mitigate bias throughout the AI pipeline. This includes fairness-based data processing, model bias detection, and debiasing strategies. | AI should not perpetuate existing disparities but actively serve as a tool to overcome them. Biased outcomes can harm vulnerable populations and undermine public support | Develop cross-cutting bias metrics, or test approaches that embed fairness constraints directly into models during training. |
| Robustness and Security of AI Systems | Investigate defenses against adversarial attacks, manipulation, and model poisoning. Develop techniques to improve the resilience of AI in unexpected conditions. | Malicious actors can undermine AI systems, or exploit vulnerabilities for harm. Strong defenses and a secure design are needed for widespread and reliable implementation. | Create novel adversarial attack detection strategies or research ways to make models more resistant to data poisoning. |
| Long-term impact and AI Control | Conceptual and strategic research on the potential broader societal implications of advanced AI. Examining risks and benefits, including scenarios of widespread automation | Proactive anticipation of AI’s long-term trajectory can assist in steering development towards outcomes that maximize value and reduce unknown risks. | Frameworks for discussing AI Alignment (ensuring AI objectives align with human values), or interdisciplinary studies of economic disruption from automation. |
| Human-Centered AI | Emphasize research focused on collaboration between humans and AI, not AI replacement. Investigating human-in-the-loop systems, effective knowledge transfer, and augmentation of human capabilities | Instead of pure automation, prioritizing AI augmentation allows us to capitalize on the strengths of human and machine reasoning for better overall outcomes. | Develop intuitive AI interfaces that adapt to user expertise levels, and investigate ways AI can facilitate learning and skill development. |
| | | | |

Table 6: Future research areas

Governments, philanthropic organizations, universities, and tech companies themselves need to prioritize funding specifically for AI ethics research, not just AI capability advancement.

– Incentivizing Responsible AI: Publication venues, grant awards, and career incentives need to value ethical AI on par with technical innovation.

– Collaborations: Partnerships between ethicists, social scientists, and AI researchers must be promoted, fostering the necessary communication and understanding to produce truly meaningful work.

– Education: Incorporating ethics throughout AI education, not just as an optional module, will create a new generation of developers with ethics embedded in their design considerations.

- Potential outcomes

– Practical Tools: Research focused on ethics will provide concrete tools for bias detection, model explainability, and

value-sensitive design processes within an organization.

– Informed Policymaking: Research can directly inform policymakers and create guidelines for the development of fair and safe AI.

– Public Trust: Research in this area can build public trust in AI by addressing fears and fostering transparency, reducing concerns over misuse and manipulation.

In summary, focusing on the ethics of AI algorithms becomes essential as AI systems continue to proliferate. Future research holds the key to designing responsible AI applications that improve society while preserving values of equity, privacy, and human well-being.

References

[1] Alexandre Pacheco, Alexandre Zavaglia Coelho, Marina Feferbaum, and Ana Carolina Rodrigues Dias Silveira. *Ética, Governança e Inteligência Artificial*. Almedina Brasil, 2023. ISBN: 9786556279145123.

[2] Kate Crawford. *The atlas of AI: Power, politics, and the planetary costs of artificial intelligence*. Yale University Press, 2021. ISBN: 9780300209570123.

[3] Gabriel Schmidt. *Atlas of AI descortina a materialidade da Inteligência Artificial*, June 2021. Available at: <https://bit.ly/gabrielaAIAtlas>. Accessed in: 10/09/2023.

[4] Tom Simonite. *This Researcher Says AI Is Neither Artificial nor Intelligent*. *Wired*, April 2021. Retrieved from <https://www.wired.com/story/researcher-says-ai-not-artificial-intelligent/>. Accessed: 19/02/2024.

[5] Evgeny Morozov. *The problem with artificial intelligence? It's neither artificial nor intelligent*. *The Guardian*, March 2023. Retrieved from <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/mar/30/artificial-intelligence-chatgpt-human-mind>. Accessed: 19/02/2024.

[6] Spencer Feingold. *What is artificial intelligence – and what is it not?* *World Economic Forum*, March 2023. Retrieved from <https://bit.ly/49j61zo>. Accessed: 18/02/2024.

[7] Patrick Butlin, Robert Long, Eric Elmoznino, Yoshua Bengio, Jonathan Birch, Axel Constant, George Deane, Stephen M. Fleming, Chris Frith, Xu Ji, Ryota Kanai, Colin Klein, Grace Lindsay, Matthias Michel, Liad Mudrik, Megan A. K. Peters, Eric Schwitzgebel, Jonathan Simon, and Rufin VanRullen. *Consciousness in artificial intelligence: Insights from the science of consciousness*. *arXiv*, 2023. SOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2308.08708>.

[8] Patricia Gomes Rêgo de Almeida, Carlos Denner dos Santos, and Josivania Silva Farias. *Artificial intelligence regulation: a framework for governance*. *Ethics and Information Technology*, 23(3):505–525, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10676-021-09593-z>.

[9] Joshua P. Meltzer. *The US government should regulate AI if it wants to lead on international AI governance*, May 2023. Retrieved from <https://www.brookings.edu/articles/the-us-government-should-regulate-ai/>. Accessed in: 10/09/2023.

[10] Tambiama Madiaga. *Artificial Intelligence Act*. European Parliamentary Research Service, 2023. Second edition. Retrieved from <https://bit.ly/3wnvM2Z>. Accessed: 18/02/2024.

[11] Michael Veale and Frederik Zuiderveen Borgesius. *Demystifying the draft eu artificial intelligence act—analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*. *Computer Law Review International*, 22(4):97–112, 2021. DOI: <https://doi.org/10.9785/crl-2021-220402>.

[12] James Manyika, Jake Silberg, and Brittany Presten. *What Do We Do About the Biases in AI?*, October 2019. Retrieved from <https://hbr.org/2019/10/what-do-we-do-about-the-biases-in-ai>. Accessed in: 10/09/2023.

[13] Brian Uzzi. *A Simple Tactic That Could Help Reduce Bias in AI*. *Harvard Business Review*, November 2020. Retrieved from <https://hbr.org/2020/11/a-simple-tactic-that-could-help-reduce-bias-in-ai>. Accessed in: 10/09/2023.

[14] FNC. *FNC Resolution:*

Definition of “Internet”, 1995. Retrieved from https://www.nitrd.gov/historical/fnc/internet_res.pdf. Accessed: 29/12/2023.

[15] Akash Kapur. *Internet Governance: A Primer*. Elsevier, 2005. Retrieved from <https://bit.ly/kapur2005>. ISBN: 8131200766.

[16] Laura DeNardis. *The emerging field of internet governance*. *Yale Information Society Project Working Paper Series*, 2010. Retrieved from <https://academic.oup.com/edited-volume/34364/chapter-abstract/328427320?redirectedFrom=fulltext>.

[17] Don MacLean. *Herding Schrodinger’s cats: Some conceptual tools for thinking about Internet governance*. In *Background Paper for the ITU WORKshop on Internet Governance*, Geneva February, volume 26, 2004. Retrieved from <https://www.key4biz.it/files/000051/00005106.pdf>. Accessed: 18/02/2014.

[18] François Cadelon, Rodolphe Charme di Carlo, Midas De Bondt, and Theodoros Evgeniou. *Ai regulation is coming:*



SOBRE A COMPATIBILIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS PESSOAIS PARA OS EUA

ALESSANDRA SILVEIRA

Diretora do Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho, Portugal) e João Marques (Advogado, ex-vogal da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Portugal)

Em 11 de novembro de 2020, o Comitê Europeu para a Proteção de Dados publicou um conjunto de recomendações a fim de auxiliar os responsáveis pelo tratamento de dados (e subcontratantes) na gestão dos fluxos internacionais de dados pessoais, à luz do mais recente acórdão Schrems do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – proc. C-311/18, de 16 de julho de 2020. Tais recomendações sugerem medidas suplementares a implementar a fim de garantir a licitude da transferência de dados para países terceiros – ou seja, países que não pertencem à União Europeia (UE). Na base desta última decisão do TJUE (a partir de agora, acórdão Schrems II) está alegação do ativista austríaco Maximilian Schrems (fundador da ONG “Europa versus Facebook”) segundo

a qual o direito dos Estados Unidos da América (EUA) impõe que a Facebook Inc. coloque os dados pessoais que lhe são transferidos à disposição das autoridades como a National Security Agency (NSA) e o Federal Bureau of Investigation (FBI). Schrems argumentou que os dados pessoais transferidos da UE para os EUA corriam o risco de ser consultados e tratados pelas autoridades estado-unidenses, sem que fossem garantidas aos cidadãos europeus as vias de recurso judicial compatíveis com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) – que prevê o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Ademais, eventuais cláusulas-tipo de proteção de dados pessoais não seriam suscetíveis de sanar esse vício, na medida em que apenas conferem aos titulares dos dados certos direitos contratuais contra

o exportador e o importador dos dados – sem, todavia, vincular as autoridades estado-unidenses. No presente texto os autores pretendem recuperar a saga Schrems à luz da seguinte inquietação: se o que está em causa é um problema de tutela jurisdicional efetiva do ordenamento jurídico estado-unidense, é ou não compatível com o direito da UE transferir dados pessoais para os EUA atualmente?

Para situar o problema, importa recordar que no acórdão do TJUE Schrems I, de 6 de outubro de 2015, proc. C-362/14, a questão prejudicial foi apresentada pela Suprema Corte irlandesa, no âmbito de um litígio que opunha Schrems à autoridade irlandesa para a proteção de dados. Qual o pomo da discórdia? Este: a autoridade irlandesa se recusava a investigar uma queixa apresentada por Schrems, que acusava a Facebook

Irlanda de transferir dados pessoais dos seus utilizadores para os EUA, onde seriam tratados e conservados. A autoridade irlandesa entendia que qualquer questão, relativa ao caráter adequado da proteção dos dados pessoais nos EUA, devia ser decidida em conformidade com a Decisão 2000/520 da Comissão Europeia, pois nesta decisão a Comissão Europeia tinha constatado que os EUA asseguravam um nível de proteção adequado, o que permitiria a transferência de dados da UE para os EUA. Ocorre que Schrems questionava a legalidade do regime de «porto seguro» estabelecido pela Decisão 2000/520 (a primeira decisão «porto seguro»). Então importava interpretar as disposições da Diretiva 95/46, a fim de saber se a autoridade irlandesa estava vinculada pela constatação da Comissão Europeia ou se, pelo contrário, a CDFUE autorizava

a autoridade irlandesa a afastar-se daquela constatação de «porto seguro» – ou seja, uma constatação de nível de proteção adequado. Para tanto o TJUE teria de interpretar as disposições da Diretiva 95/46 à luz da CDFUE – designadamente dos artigos 7.º (proteção da vida privada), 8.º (proteção de dados pessoais) e 47.º (tutela jurisdicional efetiva) –, a fim de aferir se a Decisão 2000/520 da Comissão Europeia obstava (ou não) a que uma autoridade de controlo de um Estado-Membro examinasse um pedido relativo à transferência de dados pessoais para um país terceiro, quando o interessado alega que o direito e as práticas então em vigor naquele país terceiro não asseguram um nível de proteção adequado.

O TJUE considerou que quando o direito da UE exige uma proteção adequada de dados pessoais por parte de um país terceiro,

isto não implica que dito país terceiro assegure um nível de proteção idêntico ao garantido na ordem jurídica da UE (ou seja, adequado não é idêntico). Mas exige sim que esse país terceiro assegure efetivamente, em virtude da sua legislação interna ou dos seus compromissos internacionais, um nível de proteção dos direitos fundamentais substancialmente equivalente ao conferido pela UE (ou seja, adequado não é idêntico, mas substancialmente equivalente). Para controlar as transferências de dados pessoais para países terceiros, o direito da UE impõe uma série de obrigações aos Estados-Membros e à Comissão Europeia. A constatação de que um país terceiro assegura (ou não) um nível de proteção adequado pode ser feita quer pelos Estados-Membros quer pela Comissão Europeia. E a Comissão pode adotar uma decisão que constate que um país terceiro

assegura um nível de proteção adequado (como fez com os EUA). Se assim for, tal decisão da Comissão terá como destinatários os Estados-Membros – que devem tomar as medidas necessárias para dar-lhe cumprimento. Assim, enquanto a decisão da Comissão não for declarada inválida pelo TJUE, os Estados-Membros e as suas autoridades, entre os quais se encontram as autoridades de controlo da proteção de dados, não podem adotar medidas contrárias a essa decisão – como sejam atos destinados a constatar, com efeitos vinculativos, que o país terceiro visado pela referida decisão não assegura um nível de proteção adequado.

Ocorre que a decisão «porto seguro» permitia ingerências nos direitos fundamentais dos indivíduos cujos dados pessoais fossem ou pudessem ser transferidos da UE para os EUA, seja com fundamento na segurança nacional, no interesse público, ou ainda na legislação interna dos EUA. Ademais, a decisão «porto seguro» da Comissão Europeia não continha qualquer

referência à existência de i) normas destinadas a limitar ingerências que prosseguissem objetivos legítimos para os EUA, ou ii) normas relativas à tutela jurisdicional efetiva dos titulares dos dados contra tais ingerências. Nesta medida, o TJUE entendeu que não era limitada ao estritamente necessário (e, portanto, violava o princípio da proporcionalidade), uma regulamentação que autoriza de modo generalizado a conservação da totalidade dos dados pessoais transferidos da UE para os EUA, i) sem qualquer diferenciação, limitação ou exceção em função do objetivo prosseguido, e ii) sem que esteja previsto um critério objetivo, que permita delimitar tanto o acesso das autoridades públicas aos dados, como a sua utilização posterior para fins precisos. Ou seja, a ingerência nos direitos fundamentais – que tanto o acesso como a utilização desses dados comportam – teria de ser justificada por critérios adequados, necessários, e nos termos da justa medida (ou seja, à luz da proporcionalidade). Em particular, uma regulamentação que permita

às autoridades públicas aceder de modo generalizado ao conteúdo das comunicações eletrónicas, deve ser considerada lesiva do conteúdo essencial do direito fundamental ao respeito da vida privada, tal como é garantido pelo artigo 7.º da CDFUE. De igual modo, uma regulamentação que não preveja nenhuma possibilidade de o particular recorrer a vias de direito para ter acesso aos dados pessoais que lhe dizem respeito, ou para obter a retificação ou a supressão de tais dados, não respeita o conteúdo essencial do direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva, tal como é consagrado no artigo 47.º da CDFUE.

Assim, à luz do direito fundamental à proteção de dados pessoais, as autoridades de controlo dos distintos Estados-Membros da UE devem poder examinar, com independência, qualquer pedido relativo à proteção dos direitos de uma pessoa no que diz respeito ao tratamento dos seus dados. E assim também o é quando tal pedido questiona a compatibilidade de uma decisão da Comissão Europeia sobre

transferência de dados para países terceiros. Ocorre que a decisão «porto seguro» limitava os poderes de que dispõem as autoridades nacionais de controlo, perante uma constatação efetuada pela Comissão Europeia relativamente ao nível de proteção adequado de um país terceiro. Todavia, o poder de execução atribuído pelo legislador da UE à Comissão Europeia nesta matéria não lhe permitia limitar os poderes das autoridades nacionais de controlo – razão pela qual a Comissão Europeia teria ultrapassado a competência que lhe é atribuída.

Neste pressuposto, o TJUE concluiu que a Decisão 2000/520 (decisão «porto seguro») era inválida, cumprindo ao tribunal nacional que reenviou para o TJUE dar provimento à pretensão de Schrems. Na sequência, a decisão considerada inválida foi substituída pela Decisão de Execução 2016/1250 da Comissão Europeia, relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA (ou seja, uma segunda decisão «porto seguro»). E então a

saga Schrems continua. E por que motivo?

Ora bem, na sequência do primeiro acórdão Schrems, o tribunal nacional que reenviou para o TJUE anulou o arquivamento da queixa de Schrems e remeteu-a para a autoridade de dados irlandesa. No âmbito do inquérito então aberto, a Facebook Irlanda argumentou que grande parte dos dados pessoais era transferida para a Facebook Inc. nos EUA, não com base na primeira decisão «porto seguro» declarada inválida pelo TJUE, mas com base em cláusulas-tipo de proteção de dados previstas noutra decisão, a Decisão 2010/87. Esta decisão de 2010 prevê cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros. Isto é assim geralmente para situações em que não há uma decisão sobre o nível de proteção adequado num país terceiro. Então o responsável pelo tratamento tem de colmatar a insuficiência da proteção de dados no país terceiro dando garantias adequadas ao titular dos dados. Tais garantias adequadas

podem consistir no recurso a cláusulas-tipo de proteção de dados conforme o modelo em anexo na referida Decisão 2010/87 da Comissão Europeia. Ou seja, a fim de contrapor a queixa de Schrems, a Facebook Irlanda argumentou que a transferência de dados para os EUA era feita com base em cláusulas contratuais e não com base na decisão «porto seguro» declarada inválida pelo TJUE. Tendo em conta estes elementos, a autoridade irlandesa convidou Schrems a reformular a sua queixa.

Na sua queixa reformulada, Schrems alegou que o direito americano impõe que a Facebook Inc. coloque os dados pessoais que lhe são transferidos à disposição das autoridades dos EUA. E uma vez que estes dados são utilizados no âmbito de diferentes programas de vigilância de forma manifestamente incompatível com a CDFUE, na alegação de Schrems as cláusulas-tipo da Decisão de 2010 não poderiam justificar a transferência de dados pessoais para os EUA. Schrems argumentou que os dados pessoais

transferidos para os EUA corriam o risco de ser consultados e tratados pelas autoridades estado-unidenses, sem que fossem oferecidas aos cidadãos europeus as vias de recurso judicial compatíveis com o artigo 47.º da CDFUE. E as cláusulas-tipo de proteção de dados não seriam suscetíveis de sanar esse vício, na medida em que apenas conferem aos titulares dos dados direitos contratuais contra o exportador e o importador dos dados, sem todavia vincular as autoridades americanas.

Nestas condições, Schrems pediu à autoridade irlandesa que proibisse ou suspendesse a transferência dos seus dados pessoais para a Facebook Inc. A autoridade irlandesa concordava com os argumentos de Schrems, mas entendia que a sua queixa reformulada suscitava agora a questão da validade da Decisão de 2010 que previa as cláusulas-tipo. Por isso pediu ao Supremo Tribunal da Irlanda que interrogasse o TJUE sobre esta questão. E é isto que está na base do acórdão Schrems de 2020, no qual o TJUE foi chamado a apreciar a

validade da transferência de dados pessoais efetuada para fins comerciais, por um operador económico estabelecido num Estado-Membro para outro operador económico estabelecido num país terceiro, quando tais dados possam vir a ser tratados pelas autoridades do país terceiro para efeitos de segurança pública, de defesa e de segurança do Estado. Mais especificamente, o TJUE foi chamado a precisar o nível de proteção exigido pelo artigo 46.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) – Regulamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, aplicável desde 25 de maio de 2018 –, no âmbito de uma transferência de dados pessoais para um país terceiro com base nas cláusulas-tipo de proteção de dados.

Deste artigo 46.º do RGPD decorre que, não tendo sido adotada uma decisão de adequação da proteção, o responsável pelo tratamento só pode transferir dados pessoais para um país terceiro se tiver apresentado «garantias adequadas», e na condição de os titulares dos dados «gozarem de direitos

oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes», podendo essas garantias adequadas ser previstas, nomeadamente, por cláusulas-tipo de proteção de dados adotadas pela Comissão. De qualquer forma, os titulares dos dados devem gozar de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes. Ocorre que os cidadãos europeus não têm acesso aos mesmos recursos de que dispõem os nacionais norte-americanos contra os tratamentos de dados pessoais pelas autoridades estado-unidenses. Ora, a Quarta Emenda da Constituição dos EUA – que constitui, no direito estado-unidense, a proteção mais importante contra a vigilância ilegal – é inaplicável aos cidadãos da UE. Os recursos judiciais à disposição dos cidadãos europeus deparam com obstáculos significativos, em particular a obrigação de demonstrar a sua legitimidade processual, o que resulta extremamente difícil de satisfazer. Por outro lado, as atividades da NSA não são objeto de fiscalização judicial.

Por isso colocava-se a questão

de saber se a decisão da Comissão Europeia relativa a cláusulas-tipo de proteção de dados é ou não inválida, caso não existam nessa decisão garantias oponíveis às autoridades públicas dos países terceiros, para os quais os dados pessoais são ou poderiam ser transferidos com fundamento nessas cláusulas. Embora essas cláusulas fossem vinculativas para o responsável pelo tratamento estabelecido na UE, e para o destinatário da transferência de dados pessoais estabelecido num país terceiro, no caso de terem celebrado um contrato com referência a essas cláusulas, é pacífico que as referidas cláusulas não seriam suscetíveis de vincular as autoridades do país terceiro, uma vez que as autoridades não são partes no contrato.

O TJUE não encontrou qualquer elemento suscetível de afetar a validade da Decisão da Comissão Europeia de 2010 sobre cláusulas-tipo de proteção de dados. Concluiu que a decisão prevê mecanismos efetivos, tendentes a que a transferência de dados pessoais para um país terceiro com base

nas cláusulas-tipo seja suspensa ou proibida, quando o destinatário da transferência não respeite as referidas cláusulas ou seja incapaz de as respeitar. De resto, o responsável pelo tratamento estabelecido na UE (por um lado) e o destinatário da transferência de dados pessoais (por outro) são obrigados a verificar previamente o respeito, no país terceiro em causa, do nível de proteção exigido pelo direito da UE. O destinatário dessa transferência no país terceiro, tem a obrigação de informar o responsável pelo tratamento na UE, da sua eventual incapacidade de dar cumprimento a tais cláusulas, donde deve decorrer a suspensão da transferência de dados e/ou a rescisão do contrato. Se o destinatário da transferência de dados pessoais para um país terceiro tiver comunicado ao responsável pelo tratamento na UE de que a legislação do país terceiro em causa não lhe permite dar cumprimento às cláusulas-tipo de proteção de dados, então os dados que já foram transferidos para esse país terceiro e as respetivas cópias devem ser restituídos ou destruídos

na sua totalidade. Em qualquer caso, o titular dos dados tem o direito de obter a reparação pelos danos sofridos.

E agora a cereja no topo do bolo. O TJUE teve de apreciar também a validade da segunda Decisão «porto-seguro» de 2016, que substituiu a primeira Decisão «porto-seguro» de 2000 entretanto considerada inválida – ou seja, a Decisão de Execução 2016/1250 da Comissão, relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA. A dúvida do Supremo Tribunal da Irlanda residia em saber se o direito dos EUA assegura efetivamente o nível de proteção adequado exigido pelo artigo 45.º do RGPD, lido à luz dos direitos fundamentais garantidos nos artigos 7.º, 8.º e 47.º da CDFUE – e por isso reenviou ao TJUE. O tribunal nacional considera que direito dos EUA i) não prevê as limitações e as garantias necessárias relativamente às ingerências autorizadas pela regulamentação americana e também ii) não garante uma proteção jurisdicional efetiva contra tais

ingerências.

O TJUE começou por lembrar que os dados pessoais devem ser tratados i) para fins específicos e ii) com o consentimento da pessoa interessada (ou com outro fundamento legítimo previsto por lei). Recordou ainda que a comunicação de dados pessoais a um terceiro ou uma autoridade pública constitui uma ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, independentemente da utilização ulterior das informações comunicadas. O mesmo se aplica i) à conservação de dados pessoais, bem como ii) ao acesso aos referidos dados com vista à sua utilização pelas autoridades públicas, independentemente da questão de saber se os interessados sofreram ou não eventuais inconvenientes em razão dessa ingerência.

Nesta medida, o TJUE concluiu que as ingerências que resultam dos programas de vigilância em larga escala nos EUA não estão sujeitas a exigências que garantam, no cumprimento do princípio da proporcionalidade, um nível de

proteção substancialmente equivalente ao garantido na UE para a restrição de direitos fundamentais (designadamente a proteção de dados e da vida privada). Segundo o artigo 52 da CDFUE e a jurisprudência do TJUE sobre proporcionalidade, tal restrição só seria legítima i) se justificada por razões imperiosas de interesse geral prosseguidos pela UE, ii) se não exceder o que é objetivamente necessário para prosseguir esse fim, e iii) se o resultado não puder ser obtido por medidas menos restritivas. Ademais, o TJUE concluiu que o mecanismo de mediação previsto na segunda Decisão «porto seguro», não apresentava qualquer via de recurso que oferecesse uma tutela jurisdicional efetiva substancialmente equivalente à que decorre do artigo 47.º da CDFUE. Conclusão: a segunda Decisão «porto seguro» de 2016 – relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA – foi considerada inválida pelo TJUE.

Perante todo o enquadramento jurídico traçado, uma dúvida

impõe-se: os dados pessoais dos cidadãos europeus podem ser transferidos licitamente da UE para os EUA na atualidade?

A resposta intuitiva, à luz da jurisprudência do TJUE, tenderá a ser negativa, mas não sem reservas. Com efeito, como vimos na breve incursão pela saga jurisprudencial Schrems, o ponto nevrálgico do entendimento do TJUE reside na possibilidade (ou não) de se efetivarem as garantias tidas como fundamentais para o direito da UE no país de destino – que no caso concreto seriam os EUA, mas a conclusão é extensiva a qualquer outro país terceiro. O foco do TJUE não é tanto o do instrumento utilizado, o qual tem obviamente um papel formal relevante na conformação das condições de aplicabilidade do tal «nível equivalente de proteção» – logo, do controlo independente das autoridades de supervisão dos Estados-Membros e dos tribunais, quer nacionais, quer do TJUE. De resto, os formalismos exigíveis resumem-se a um conjunto relativamente circunspeto de soluções, previstas

nos artigos 45.º a 49.º do RGPD, a saber: decisões de adequação da Comissão Europeia (como as duas já invalidadas pelo TJUE); instrumentos juridicamente vinculativos e com força executiva entre autoridades ou organismos públicos; cláusulas-contratuais-tipo também aprovadas pela Comissão Europeia (sejam da iniciativa desta ou das autoridades de supervisão nacionais); regras vinculativas aplicáveis às empresas; códigos de conduta ou procedimentos de certificação acompanhados de compromissos vinculativos e com força executiva; autorizações das autoridades de controlo nacionais quanto a cláusulas contratuais entre responsáveis, subcontratantes e destinatários ou disposições a inserir nos acordos administrativos entre autoridades e organismos públicos; derrogações para situações específicas que só podem ser admitidas, como decorre da sua designação, quando a transferência «não for repetitiva, apenas disser respeito a um número limitado de titulares dos dados, for necessária para efeitos dos interesses

legítimos visados pelo responsável pelo seu tratamento, desde que a tais interesses não se sobreponham os interesses ou os direitos e liberdades do titular dos dados, e o responsável pelo tratamento tiver ponderado todas as circunstâncias relativas à transferência de dados e, com base nessa avaliação, tiver apresentado garantias adequadas no que respeita à proteção de dados pessoais» (parte final do n.º 1 do artigo 49.º do RGPD).

Como decorre explicitamente do catálogo listado, se retirarmos aquilo a que chamaríamos os mecanismos de verificação institucional (decisões de adequação e autorizações pelas autoridades de controlo), é óbvia a centralidade que é posta na vinculação voluntária das entidades localizadas fora da UE e que entram em compromissos bilaterais ou multilaterais não esporádicos de transferência de dados pessoais provenientes de países terceiros. Tal voluntariedade é, ao mesmo tempo, sinónimo da força do efeito inter partes e da debilidade da (in)eficácia erga omnes dos compromissos

assumidos. A dependência da existência de um quadro legal semelhante que garanta a tendencial equivalência entre a proteção conferida aos titulares dos dados na UE e aquela que vigora nos países onde residam ou estejam sediados os responsáveis, subcontratantes e destinatários para quem fluem os dados pessoais, obriga à coincidência da vontade individual (das partes) e da soberania nacional (dos Estados). E mesmo que se registe essa indispensável coincidência, ela tem de ser consentânea com os vínculos que unem as entidades que acordam na transferência de dados pessoais, mantendo-se o enquadramento fático-jurídico imutável ou, no mínimo, sempre alinhado com o critério da tendencial equivalência entre a proteção conferida na UE e aquela disponibilizada pelo país de destino.

De nada vale, por isso, assumirem-se contratualmente compromissos que, logo à data em que passem a vigorar, ou enquanto se mantenharem vigentes, sejam contradiçados pelas regras imperativas dos

Estados que, na prática, impeçam o seu cumprimento. Os repetidos pronunciamentos do TJUE a que aludimos supra assinalam este aspeto e sublinham a incompatibilidade da legislação dos EUA com as exigências de proteção vigentes na UE e reconhecidas a todos quantos vejam os seus dados pessoais tratados nos 27 Estados-Membros que a compõem (a que acrescem os restantes países do Espaço Económico Europeu, também vinculados ao cumprimento do previsto no RGPD). Será caso para enfaticamente dizer «É a legislação, estúpido!», parafraseando um conhecido slogan político dos EUA.

Note-se que, tal como decorre do n.º 1 do artigo 3.º do RGPD, e é expressamente notado pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados nas Diretrizes 3/2018 (sobre o âmbito de aplicação territorial do RGPD) e na Recomendação n.º 2/2020 (sobre as medidas que complementam os instrumentos que legitimam os fluxos internacionais de dados por forma a garantir conformidade com o nível de proteção

de dados na UE), o território ou local onde ocorre o tratamento de dados não é a determinante para que se considere a aplicação do RGPD. E essa aplicação é, ainda, indiferente quanto à nacionalidade dos titulares dos dados visados, isto é, despreza totalmente o facto de as pessoas afetadas serem ou não cidadãos da UE, o que aumenta exponencialmente as possibilidades de legislações de países terceiros não preverem um nível de proteção tendencialmente equivalente ao oferecido na UE. Isto porque já não basta, sequer, que a legislação desse país terceiro se proponha proteger os cidadãos da UE em termos que o próprio TJUE pudesse entender como semelhantes aos que vigoram no território sobre o qual este tribunal tem jurisdição, sendo imprescindível alargar essa proteção aos cidadãos de outros países terceiros que, vendo o tratamento dos seus dados pessoais ocorrer na UE (designadamente a recolha) e sendo daí reencaminhados para outro país (porventura por força de um contrato de subcontratação com uma

empresa num outro país terceiro) têm de poder ver garantida a manutenção da proteção vigente na UE.

O caso específico dos EUA permite perspetivar em que medida os contornos legislativos do país de destino podem acarretar bloqueios à transferência de dados pessoais a partir da UE.

As paliativas recomendações do Comité Europeu para a Proteção de Dados a que aludimos supra, sendo certamente um contributo válido e íntegro, não respondem nem permitem ultrapassar o pressuposto fixado pelo TJUE quanto à imprescindibilidade de alterações legislativas substantivas – que facultem aos titulares dos dados pessoais que não sejam cidadãos do país de destino a possibilidade de acederem a mecanismos administrativos e (sobretudo) judiciais, tendentes a assegurar que a tutela dos seus direitos ocorre num ambiente jurídico equivalente àquele vigente na UE. E isto mesmo é reconhecido pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados que, ainda recentemente, colocou em discussão pública as

Orientações 4/2021 sobre códigos de conduta enquanto mecanismos legitimadores de transferências internacionais de dados pessoais, onde consta a necessidade de as entidades a que se apliquem esses códigos verificarem, entre outras, se não existem conflitos entre as normas jurídicas dos países destinatários e aquelas que existem na UE.

Enquanto, por exemplo, se mantiver inscrita, na secção 1881a do Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA), a obrigação que impende sobre os importadores de dados nos EUA de conceder acesso ou divulgar dados pessoais às autoridades competentes, nos termos latos que são conhecidos, dificilmente poder-se-á considerar que o nível de proteção oferecido aos titulares dos dados pessoais naquele país seja minimamente coincidente com o oferecido na UE.

Não se ignora a evolução tecnológica e os instrumentos ao dispor dos vários intervenientes no tratamento de dados pessoais, capazes de dificultar e, em tese, impossibilitar que as autoridades do país

de destino acedam ao conteúdo da informação pessoal com a qual incidentalmente contactem. Todavia, tais instrumentos não servem apenas para incrementar as capacidades de segurança, confidencialidade e resiliência dos sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais, servindo igualmente para ameaçar e comprometer tais objetivos em igual ou maior medida. De outra parte, não nos devemos comprazer com os níveis de segurança que a tecnologia nos oferece atualmente, sobretudo tendo em conta um imperativo jurídico ligado à própria ideia de Estado de direito democrático, segundo o qual importa acautelar a hipotética violação de pressupostos tidos por inultrapassáveis. Neste ponto, recordamos a já referida conclusão do TJUE segundo a qual «a comunicação de dados pessoais a um terceiro ou uma autoridade pública constitui uma ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, independentemente da utilização ulterior das informações comunicadas».

Um claro exemplo da assunção de uma postura em linha com a preocupação de não defraudar as garantias erigidas pela legislação de proteção de dados pessoais na UE, independentemente do grau de concretude da ameaça ligada à existência de fluxos internacionais para os EUA, é o da Comissão Nacional (Portuguesa) de Proteção de Dados. No recente caso da operação censitária “Censos 2021”, em Portugal, destinada ao apuramento da população residente, das famílias e do parque habitacional neste país, foi conhecida a deliberação 2021/533, a qual tinha por objetivo obrigar o Instituto Nacional de Estatística (INE) a suspender os fluxos que potencialmente poderiam ocorrer para os EUA (ou para outros destinos que não garantissem um nível de proteção adequado, tal como gizado pelo TJUE). Tais transferências potenciais decorriam do uso de um serviço de Content Delivery Network – ou “CDN”, que visa, em termos sumários, através da disponibilização de uma rede de servidores por onde o tráfego é

redirecionado, diminuir a latência dos acessos a determinado serviço – que redirecionava o tráfego de todos aqueles que preenchessem o questionário do Censos através da Internet para os servidores da empresa que fornecia o serviço. Sendo certo que entre os países onde a empresa fornecedora do serviço de CDN detinha servidores se contava os EUA, o risco da transmissão de dados para aquele país – ainda que meramente transitório e, portanto, precário – era real e foi considerado suficiente para determinar a suspensão dos fluxos, desconhecendo-se, à data de hoje, se existirão consequências de natureza contraordenacional para o INE resultantes dessa aparente infração.

Do exposto é possível depreender que assumimos uma resposta rotunda e definitiva à questão que nos propusemos problematizar? Não, porque o próprio RGPD deixa margem para dúvidas. Por um lado, reconhece como possível a transmissão, em situações específicas (n.º 1 do artigo 49.º) para destinos em que o nível de proteção oferecido

não corresponde minimamente ao existente na UE, ao mesmo tempo que, no considerando 114, vem proclamar enfaticamente que «Em qualquer caso, se a Comissão não tiver tomado nenhuma decisão relativamente ao nível de proteção adequado de dados num determinado país terceiro, o responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverá adotar soluções que confirmem aos titulares dos dados direitos efetivos e oponíveis quanto ao tratamento dos seus dados na União, após a transferência dos mesmos, e lhes garantam que continuarão a beneficiar dos direitos e garantias fundamentais».

Não é este o espaço para discorrer sobre o valor jurídico dos considerandos na legislação da UE, mas seguramente será tido por pacífico que deles se não pode retirar um sentido que não tenha um mínimo de correspondência com o texto legal cuja interpretação visam auxiliar. A posição do TJUE sobre como compatibilizar tal (aparente) contradição não é conhecida nem foi, ainda, alvo de

apreciação. Contudo, nos acórdãos a que se aludiu – como, de resto, nas orientações emanadas do Comité Europeu para a Proteção de Dados – perpassa a ideia sublinhada neste texto, segundo a qual a licitude do instrumento utilizado para as transferências – como seriam as cláusulas contratuais-tipo – não equivale à existência de um nível adequado de proteção no país de destino para o qual se deseja transmitir os dados pessoais. Este sim, um fator essencial para ajuizar da admissibilidade de tais transferências.

