



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 18 | 2023
Número 2

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: www.fumec.br

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Luisa Monteiro de Paula (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Fernanda Paloma Faria Lima

PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 18, no. 2
(maio/ago. 2023)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral
ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores

Conselho Editorial

Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otávio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

TEORIA DAS ATIVIDADES ROTINEIRAS E INCIDÊNCIA CRIMINAL: ANÁLISE DO IMPACTO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS NO CRIME EM BELO HORIZONTE 8
ROUTINE ACTIVITY APPROACH AND CRIME IN BRAZIL: THE IMPACT OF CORONAVIRUS PANDEMIC ON THEFT, BURGLARY AND HOMICIDES IN BELO HORIZONTE

Steevan Oliveira
Frederico Martins de Paula Neto

“DESENVIESAMENTO” COGNITIVO PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: INDIFERENÇA, ESTÍMULO OU COMPULSORIEDADE IMPOSTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO?.....34
DEBIASING THROUGH AI AND THE LAW: INDIFFERENCE, INCENTIVE OR MANDATORY USE?

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira
Brunello Stancioli

NOVAS ESTRUTURAS PARA A TRIBUTAÇÃO DIGITAL 54
NEW STRUCTURES FOR DIGITAL TAXATION

Jonathan Barros Vita
Bruno Bastos de Oliveira
Miguel Angelo Guilen Lopes Filho

TRANSPARÊNCIA, DATAÍSMO E (SOCIEDADE DE) CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A FACE PERIGOSA DO TECNOUTOPISMO DE GESTÃO RACIONAL74
TRANSPARENCY, DATAISM AND (SOCIETY OF) CONTROL IN PUBLIC ADMINISTRATION: THE DANGEROUS FACE OF RATIONAL MANAGEMENT TECNOUTOPISM

João Paulo Jamnik Anderson
Celso Luiz Ludwig

A (IN)SUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NA PROTEÇÃO DOS DADOS E INFORMAÇÕES DO CONSUMIDOR NA ESFERA DO E-COMMERCE89
THE (IN)SUFFICIENCY OF BRAZILIAN LEGISLATION IN THE PROTECTION OF CONSUMER DATA AND INFORMATION IN THE E-COMMERCE SPHERE

Michelli Gomes Durante
Cleber Sanfelici Otero

AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (NTIC) E A PROTEÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO 104
NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (NICT) AND THE PROTECTION OF THE DEMOCRATIC REGIME

Elísio Augusto Velloso Bastos
Lis Oliveira

DIGNIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PROCESSO ELEITORAL DA ERA DIGITAL 126
DIGNITY AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE ELECTORAL PROCESS IN THE DIGITAL AGE

Larisse Leite Albuquerque
Marcos César Botelho

COMPREENSÕES LEGAIS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET 142
LEGAL UNDERSTANDINGS ABOUT FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET

Marcos Antunes Kopstein
Diego Carlos Zanella

OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO PRÉVIA DOS CONFLITOS DE CONSUMO À PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO INTERESSE PROCESSUAL E DO ACESSO À JUSTIÇA.....	163
<i>MANDATORY PREVIOUS SUBMISSION OF CONSUMER LAWSUITS TO CONSUMIDOR. GOV.BR PLATFORM IN THE SMALL CLAIMS COURTS: A REVIEW FROM THE PERSPECTIVES OF PROCEDURAL INTEREST AND ACCESS TO JUSTICE</i>	
Augusto Passamani Bufulin Tiago Aguiar Vilarinho	
A INVISIBILIDADE JURÍDICA DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS: O TRABALHO REAL NA ERA DIGITAL	183
<i>THE LEGAL INVISIBILITY OF DIGITAL PLATFORM WORKERS: REAL WORK IN THE DIGITAL AGE</i>	
Letícia Vieira Mattos Jorge Sobral da Silva Maia	
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL & INOVAÇÃO: O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO ÀS ATIVIDADES JURISDICIONAIS.....	198
<i>BRAZILIAN SUPREME COURT & INNOVATION: THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN INSTRUMENT TO ASSIST JURISDICTIONAL ACTIVITIES</i>	
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff Luiz Felipe Da Fonseca Pereira Lucas Gabriel Lopes Pinheiro	
DO PODER SOBERANO À BIOPOLÍTICA: AS FORMAS DE CONTROLE E DE RESISTÊNCIA NO AMBIENTE VIRTUAL	212
<i>FROM SOVEREIGN POWER TO BIOPOLITICS: FORMS OF CONTROL AND RESISTANCE IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT</i>	
Mário Gonçalves dos Santos Sandro Marcos Godoy	
MEDIAÇÃO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO EM BUSCA DE EFICIÊNCIA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A CÂMARA DE MEDIAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE (CAMEDS).....	227
<i>MEDIATION, TECHNOLOGY AND INNOVATION IN THE SEARCH FOR EFFICIENCY: A CASE STUDY ON THE CHAMBER OF MEDIATION IN HEALTH LAW (CAMEDS)</i>	
Paulo Henrique Galvão Mendes Denisson Gonçalves Chaves Fernanda Arruda Léda Leite Zenkner	
DA EXPANSÃO DA INTERNET E DO COMÉRCIO ELETRÔNICO À ECONOMIA COMPARTILHADA: COMO EVITAR A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO E GARANTIR A DEFESA DO CONSUMIDOR	247
<i>FROM THE EXPANSION OF THE INTERNET AND ELECTRONIC COMMERCE TO THE SHARED ECONOMY: HOW TO AVOID THE PRECARICATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIPS AND ENSURE CONSUMER DEFENSE</i>	
Josival Luis Dias Jefferson Aparecido Dias Marisa Rossignoli	

EDITORIAL

Nesta edição 2 de 2023, constam artigos submetidos à Revista Meritum vol. 18, que foram avaliados pela Coordenação Editorial, quanto à adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

De maneira crítica, autônoma e plural, a Revista Meritum divulga o conhecimento gerado de investigações jurídicas que contribuam para a formação de profissionais com consciência jurídica crítica, habilitados não somente para o exercício da técnica-jurídica, como para pensar o Direito em seus aspectos científico, filosófico, histórico, sociológico e político.

Na oportunidade, os Editores prestam homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Coordenação Editorial

TEORIA DAS ATIVIDADES ROTINEIRAS E INCIDÊNCIA CRIMINAL: ANÁLISE DO IMPACTO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS NO CRIME EM BELO HORIZONTE

ROUTINE ACTIVITY APPROACH AND CRIME
IN BRAZIL: THE IMPACT OF CORONAVIRUS PANDEMIC ON
THEFT, BURGLARY AND HOMICIDES IN BELO HORIZONTE

STEEVAN OLIVEIRA¹

FREDERICO MARTINS DE PAULA NETO²

RESUMO

A eclosão do COVID-19 fomentou o estudo empírico do fenômeno criminal, fazendo da pandemia, embora trágica, um grande experimento criminológico. Todavia, no Brasil, o assunto ainda não encontrou a devida repercussão no meio acadêmico, apesar de sua relevância tanto prática quanto teórica. O estudo pretende preencher tal lacuna e engajar no debate internacional, fornecendo análises inéditas acerca do impacto das medidas para conter o avanço da pandemia na incidência criminal na cidade de Belo Horizonte. Para o levantamento dos dados primários, foram utilizados os registros realizados pela Polícia Militar, dos crimes de furtos, roubos e homicídios, de 2016 a 2021, nas modalidades tentadas e consumadas. As séries históricas dos crimes foram compatibilizadas com as semanas epidemiológicas, conforme o calendário da Organização Mundial de Saúde. Os dados relativos à variação relativa na mobilidade de pessoas foram obtidos através do *Google Mobility*. Os modelos apresentaram R² ajustado de 0,7983 para furtos, 0,7943 para roubos e 0,1528 para homicídios. Os resultados indicam que, embora a teoria das atividades de rotina proponha a correlação entre mobilidade urbana e os crimes de furto, roubo e homicídios, há significância estatística para os dois primeiros, mas não para o crime de homicídios.

Palavras-chave: criminologia quantitativa; teoria das atividades rotineiras; correlação criminal; covid.

ABSTRACT

The outbreak of COVID-19 fostered the empirical study of the criminal phenomenon, turning the pandemic, although tragic, into a major criminological experiment. However, in Brazil, the subject has not yet found the proper repercussion in academia, despite its practical and theoretical relevance. This paper intends to fill this gap

1 Mestre em Criminologia pela The University of Edinburgh (UK). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Ciências Militares pela APM-MG/UEMG. Oficial da Polícia Militar de Minas Gerais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9878-447X>.

2 Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro (2022). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). É pós-graduado em Criminalidade e Segurança Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013) e em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais (2018). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8638-9867>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OLIVEIRA, Steevan; PAULA NETO, Frederico Martins de. Teoria das atividades rotineiras e incidência criminal: análise do impacto da pandemia de coronavírus no crime em Belo Horizonte. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 8-33, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9331>.

and engage in the international debate, providing unprecedented analyzes on the impact of measures to contain the advance of the pandemic on criminal incidence in the city of Belo Horizonte. For the collection of raw data, the crime records from 2016 to 2021 registered by the state's gendarmery on theft, robbery and homicide, both over attempted and consummated modalities, were used. The historical series of crimes were made compatible with the epidemiological weeks, according to the World Health Organization calendar. Data on the variation in urban mobility were obtained through Google Mobility. The models presented an adjusted R2 of 0.7983 for thefts, 0.7943 for robberies and 0.1528 for homicides. The results indicate that, although the theory of routine activities proposes a strong correlation between urban mobility and the crimes of theft, robbery and homicide, there is statistical significance for the first two, but not for the crime of homicide.

Keywords: quantitative criminology; routine activity approach; crime correlation; covid.

1. INTRODUÇÃO

Um recente florescer da pesquisa empírica em direito no Brasil tem fomentado os estudos acerca da manifestação concreta do jurídico em nossa sociedade (De Sá e Silva, 2016; Oliveira, 2017). Nesse mesmo sentido, o presente artigo se propõe a analisar os crimes de furto, roubos e os homicídios, em sua incidência concreta na cidade de Belo Horizonte, durante a pandemia de SARS-CoV-2.

Estudos sobre dados de outros países comumente utilizaram a teoria das atividades rotineiras para compreender a mudança nos padrões criminais durante esse evento peculiar da história da humanidade (Gerell *et al.*, 2020; Halford *et al.*, 2020; Stickle; Felson, 2020). Essa teoria, surgida no final dos anos 1970, surge em contraposição às teorias que buscavam compreender os motivos profundos pelos quais as pessoas cometem delitos. Assim, pela teoria das atividades de rotina, as determinantes socioeconômicas que podem fazer alguém mais ou menos propenso ao cometimento de delitos são menos relevantes do que o contexto imediato no qual se dá o evento crime. Pela teoria, a relação entre o horizonte sociológico mais amplo e o crime seria mediada pela distribuição espacial das pessoas pelo espaço urbano, gerando ou mitigando oportunidades para que o crime aconteça.

Assim, ao propor a relação entre a rotina das pessoas e a taxa de crimes, essa orientação teórica se mostrou bastante adequada para se compreender os efeitos das medidas restritivas na incidência criminal durante o recente surto de Coronavírus.

Diante desse contexto, o presente artigo busca engajar no debate por meio da análise criminológica da pandemia na cidade de Belo Horizonte. Para tanto, a primeira seção realiza uma revisão da teoria das atividades de rotina, apresentando seu surgimento, características e evoluções. Em seguida, na seção número dois, será procedida uma breve revisão dos estudos sobre pandemia e crime, com especial foco nos crimes furto, roubo e homicídio. Na terceira seção, serão analisados os dados da capital mineira. Na quarta e última seção, encontram-se as conclusões.

2. TEORIA DAS ATIVIDADES ROTINEIRAS

Embora tenha surgido cerca de cinco décadas atrás, a teoria das atividades rotineiras é ainda hoje bastante utilizada para explicar o fenômeno criminal. Sua gênese remonta ao texto de Lawrence Cohen e Marcus Felson (1979) publicado nos Estados Unidos. Atualmente, sua inserção nos quadros da criminologia se dá em um conjunto maior de teorias situacionais (Wilcox; Cullen, 2018) ou criminologia da vida cotidiana (Garland, 2000; Garland; Sparks, 2000).

A teoria foi formulada a partir da observação do paradoxo que vivia a sociedade americana nos anos 60/70. Naquele momento, os Estados Unidos experimentaram avanços em diversos indicadores econômico-sociais como melhores salários para trabalhadores, menos desigualdade social, maior acesso à educação, menos pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza e melhores padrões gerais de bem-estar da população. Apesar da melhoria desses fatores considerados criminogênicos, o país observava no pós Segunda Guerra o aumento da incidência criminal em diversos tipos de crime como agressões, homicídio, estupro, roubos e outros crimes contra a propriedade.

Portanto, um dos fatores que impulsionaram essa construção teórica foi a frustração com as promessas de que melhores condições de vida levariam a menos crimes. Assim, a teoria origina-se em um contexto de uma certa descrença com a tradição criminológica dominante à época, que privilegiava a compreensão de pré-disposições pessoais ou condições econômico-sociais que poderiam conduzir ao comportamento desviante. Nesse sentido, a teoria das atividades rotineiras se contrapõe às explicações que buscam as causas profundas ou razões últimas para o cometimento do delito, e concentra-se no evento crime.

Em sua essência, a teoria das atividades de rotina ressalta o agente do crime como um ser racional, que faz avaliações de oportunidades, riscos e recompensas, para cometer ou não o delito. Mas esse olhar no universo micro, do incidente, não está desconectado do âmbito macrossocial. Para Cohen e Felson (1979), a explicação para o aumento de crime que se observava eram mudanças estruturais nos padrões de rotina diária das pessoas. Isso, pois, no pós-guerra mudanças no hábito cotidiano dos norte-americanos alteraram os padrões na circulação geral da população pela cidade. Diversas mudanças no dia a dia dos indivíduos provocaram a dispersão das pessoas no espaço urbano, afastando-se de suas casas. Um exemplo seria o caso das mulheres, que ingressaram de forma volumosa no mercado de trabalho e começaram a ficar menos tempo nas residências.

Dessa forma, a ponte entre o panorama social mais amplo e a ocorrência do crime seria o fluxo de pessoas pela cidade. Assim, pela teoria, as mudanças nos padrões diários de permanência e movimento entre moradia, locais de trabalho e lazer, criariam uma dinâmica na cidade que se relaciona diretamente com a incidência criminal.

No mesmo sentido, os autores argumentam que outro elemento histórico-conjuntural também fez com que os alvos de crime se tornassem mais propensos a serem objeto de delito. Os avanços tecnológicos aumentaram a quantidade de bens em circulação, e esses objetos estariam cada vez menores, mais leves e mais caros, tornando-os mais atrativos para os criminosos.

Esse conjunto de mudanças na sociedade norte-americana fez com que agentes motivados encontrassem alvos adequados sem a presença de guardiões. Assim, embora descortine

os elementos do evento crime, a causa do aumento estaria nesse conjunto de transformações sociais que gerou mais oportunidades para o delito.

Portanto, o argumento central da teoria das atividades de rotina é que mudanças na estrutura social, mediada pelas mudanças nos hábitos das pessoas e das características dos bens, levaram ao aumento da incidência criminal. E isso acontece na medida em que há o encontro, no tempo e no espaço, de três componentes: (a) agente motivado; (b) alvo adequado; (c) ausência de guardião. Conseqüentemente, a remoção de qualquer uma dessas variáveis seria suficiente para prevenir a ocorrência do delito.

Em alguma extensão, a figura do *agente motivado* foi um componente negligenciado pela teoria. Os autores partiram dele como um dado, algo constante, sugerindo que estudos posteriores poderiam melhor analisar esse elemento. Assim, ao menos em sua versão original, não estava no enfoque da teoria a compreensão do porque algumas pessoas podem ser mais propensas do que outras a cometerem o comportamento desviante. Dessa forma, verifica-se que a teoria se contrapõe às correntes criminológicas que enfatizam a personalidade do ofensor ou o arranjo social que engendra o comportamento desviante.

Por sua vez, a *adequação do alvo* refletiria aspectos como o valor material ou simbólico do bem, seu tamanho, peso, acessibilidade e visibilidade (Cohen; Felson, 1979, p. 589-591). Por estarem cada vez menores e com maior valor agregado, os bens ficaram mais atraentes para serem alvo de crime contra o patrimônio, contribuindo para o aumento do número de crimes. Trabalhos posteriores desenvolveram melhor a adequação do alvo, em especial no pertinente aos crimes contra o patrimônio. O acrônimo VIVA - valor, inércia, visibilidade e acesso, expressa as quatro dimensões que os agentes do crime avaliam ao decidir por cometer ou não o delito (Felson; Clarke, 1998, p. 13). Apesar de alguns trabalhos no Brasil terem traduzido esse elemento da tríade como *vítima disponível*, uma compreensão melhor do termo é *alvo adequado*. Em especial porque o elemento *alvo* na teoria não se trata apenas de vítimas humanas, mas também de objetos inanimados, o que requer uma expressão mais abrangente do que *vítima*. Ademais, por vezes, como no caso de um furto a veículo estacionado, a vítima do crime nem está presente na situação em que o crime ocorre.

O terceiro elemento, o *guardião*, pode ser um policial ou um agente de segurança, mas via de regra será uma pessoa qualquer que a presença ou proximidade irá desencorajar o crime (Felson; Clarke, 1998, p. 12). Para os autores, o principal fator para a prevenção do delito não são os órgãos do aparato de justiça criminal como a polícia ou os tribunais, mas amigos, vizinhos, parentes e transeuntes (Clarke; Felson, 1993, p. 3). Assim, tanto o controle social informal, exercido pela vigilância natural, quanto o controle social formal, feito pelos órgãos oficiais ou profissionais do setor da segurança, serviriam como guardiões, mas o maior responsável pela prevenção criminal seria o primeiro.

2.1 EVOLUÇÃO E TESTES EMPÍRICOS

Embora utilize elementos conceituais que se mostram complexos para operacionalizar em estudos empíricos, diversas pesquisas têm testado a teoria das atividades de rotina desde sua criação. Messner e Tardiff (1985) testaram a teoria com dados de homicídios acontecidos na área urbana de Manhattan e avaliaram a associação entre os homicídios e elementos tempo-

rais (horário, dia da semana e período do ano) e sociodemográficos (idade, sexo, raça, estado civil e situação trabalhista). Os dados apresentados pelos autores confirmaram a teoria das atividades rotineiras, em especial no pertinente aos fatores sociodemográficos. Ao compararem os dados de vitimização de homens e mulheres, Messner e Tardiff (1985) demonstraram a diferença no sentido de uma maior probabilidade dos primeiros serem mortos mais distantes de suas casas em virtude da diferença de rotinas diárias entre os gêneros. Porém, os dados foram muito menos convincentes quando a comparação foi feita com a rotina diária, semanal e anual das vítimas.

Alguns estudos têm explorado a teoria e sua relação com os diversos tipos de crime. Alguns desses trabalhos indicaram que o modelo explica melhor a ocorrência dos crimes contra o patrimônio do que os crimes que envolvem violência interpessoal. Utilizando dados dos Estados Unidos, pesquisa indicou que a rotina diária pode estar associada a maior probabilidade de ser vítima de crimes contra o patrimônio, mas não mostrou associação a vitimização de crimes violentos (Miethe; Stafford; Long, 1987). Em continuação, Bennett (1991) chegou a conclusão semelhante quando testou a teoria com dados de 52 países, com uma base de 25 anos de informações. Também demonstrando a adequação da teoria de Cohen e Felson (1979) para explicar os crimes contra o patrimônio, Cohen e Cantor (1981) indicaram que casas que ficam mais tempo vazias podem ter uma maior probabilidade de serem furtadas.

Em outra vertente, Rice e Csmith (2002) utilizaram a teoria de forma integrada com a teoria da desorganização social para explicar a variação do furto de veículos automotores. Além de demonstrar o maior poder preditivo quando se trabalha conjuntamente as duas teorias, os autores evidenciaram que os furtos de veículos estão associados ao fluxo rotineiro das pessoas. Mais recentemente, a formulação de Cohen e Felson foram aplicadas em estudos sobre o ambiente virtual e crimes cibernéticos (Leukfeldt; Yar, 2016; Yar, 2005).

Apesar dos diversos testes, a operacionalização da teoria continua a ser um desafio. Nos testes realizados muitas das vezes a rotina diária das pessoas é presumida conforme idade ou gênero das pessoas, por exemplo. Porém, com a eclosão da pandemia de Coronavírus e as medidas de distanciamento e isolamento para sua contenção, surgiu uma oportunidade única para compreender o fenômeno criminal. A mudança brusca e repentina criou o cenário para analisar como as mudanças nos padrões de deslocamento/presença das pessoas podem aumentar ou inibir oportunidades e impactar nas taxas de crime. Além disso, atualmente se tem disponível em larga escala recursos tecnológicos que mensuram efetivamente a mobilidade das pessoas, algo que não era possível quando do surgimento das hipóteses de Felson e Cohen.

3. CORRELAÇÕES INICIAIS ENTRE A PANDEMIA DE COVID-19 E A CRIMINALIDADE

Com efeito, a maior crise global de toda uma geração veio da pandemia de Coronavírus surgido na China na transição 2019/2020. Em um mundo cada vez mais conectado por portos e aeroportos e pelo fluxo global de pessoas, o surto alastrou-se com imensa facilidade. Em muito pouco tempo, não havia mais nenhum local do mundo que não fosse direta ou indiretamente

afetado. Ante a inexistência de intervenções médicas eficientes para eliminar o vírus, países foram forçados a adotar protocolos de distanciamento e isolamento social, comércios foram fechados compulsoriamente, pessoas eram proibidas de permanecer nas ruas, assim como eram restringidos eventos e contatos sociais.

A mudança abrupta na rotina das pessoas fomentou estudos em diversos países (Borrion *et al.*, 2020; Campedelli *et al.*, 2020; Gerell *et al.*, 2020; Hodgkinson; Andresen, 2020; McVie, 2020; Payne *et al.*, 2020; Perez-Vincent *et al.*, 2020). Nesse contexto, como as medidas restritivas impactaram diretamente nos padrões de mobilidade e sociabilidade das pessoas, a teoria das atividades rotineiras foi utilizada como orientação teórica para analisar os dados. Como demonstrado na seção anterior, a teoria explica o aumento dos crimes nos Estados Unidos no pós-Guerra em virtude de uma maior dispersão das pessoas pela cidade. Por essa abordagem, o esperado seria a redução da taxa de crimes com as medidas restritivas do Covid-19, em especial crimes como roubos, furtos e homicídios.

Segundo a teoria, tais crimes aumentaram nos anos 60/70 em virtude de mudanças nas características dos bens, assim como pela redução do tempo de permanência das pessoas nas casas durante o dia - que atuavam como guardiões - e da maior disponibilidade de vítimas e alvos pelas ruas.

A grande maioria dos estudos que analisaram a incidência de furtos durante a pandemia encontraram redução dos registros com significância estatística (Andresen; Hodgkinson, 2020; Balmori De La Miyar *et al.*, 2020; Dixon *et al.*, 2020; Payne *et al.*, 2020; Hodgkinson; Shayegh; Malpede, 2020). Uma das explicações seria que, com as pessoas ficando mais tempo em suas casas, os furtos reduziram, por exemplo. Algumas pesquisas distinguiram tipos ou contextos no qual ocorreram os crimes, para compreender melhor a dinâmica criminal, havendo indicativos de redução de furtos a residência no período (Oliveira, 2022, p. 42), que pela teoria se daria em virtude da maior presença dos guardiões nas casas. Todavia, a análise do fenômeno criminal durante a pandemia precisa ser estudada com recortes e objetivos mais delineados, analisando separadamente regiões ou modalidades criminosas (Oliveira, 2022, p. 45-46). Um estudo na Austrália foi bem significativo nesse sentido. Apesar de uma tendência geral de redução dos furtos à residência, em duas regiões estudadas no país os furtos a residência aumentaram durante o período mais forte das restrições e depois reduziram. Todavia, essas duas regiões são balneários e com grande presença de casas de veraneio. Assim, a hipótese é a de que as residências tenham ficado mais vazias no período, sem a presença dos proprietários ou turistas durante o *lockdown* (Andresen; Hodgkinson, 2020).

Um outro desenho de pesquisa que poderia testar empiricamente a teoria de Cohen e Felson (1979) seriam os furtos tendo por alvos as pessoas nas ruas. O crime denominado como *bater carteira* - tecnicamente furto - apresentou uma redução elevada, em torno de 59% (Gerell *et al.*, 2020). O resultado também é condizente com a teoria das atividades de rotinas. O número menor de pessoas nas ruas reduz os alvos disponíveis.

Pela teoria proposta por Cohen e Felson (1979), os homicídios também deveriam reduzir durante a pandemia. Todavia, verifica-se uma dificuldade maior de identificar um padrão com a redução da mobilidade das pessoas, alguns estudos encontraram significância estatísticas e outros não (Oliveira, 2022, p. 41).

Nivette e colegas (2021) compararam dados de 27 cidades, em 23 países. Os resultados encontrados demonstram redução em cinco dos seis tipos de crimes analisados, sendo a única exceção os homicídios. No pertinente aos homicídios, apenas 3 das cidades pesquisadas encontraram redução com significância estatística, dentre elas o Rio de Janeiro. Todavia, no caso do Rio de Janeiro a pesquisa não considerou um fator importante. Coincidindo com a pandemia, o Supremo Tribunal Federal proibiu ações policiais em favelas. E no Rio de Janeiro, em especial no período anterior à pandemia, mortes decorrentes de operações policiais em aglomerados apresentaram números expressivos (Brígido; Berthone, 2020). Por não ter desconsiderado esse fator, torna-se difícil afirmar que a redução dos homicídios no Rio de Janeiro tenha se dado em virtude do impacto das medidas sanitárias na rotina das pessoas.

Ante todo o exposto, constata-se que ao se analisar empiricamente os dados disponíveis de mortes intencionais, a teoria das atividades rotineiras não consegue explicar tão bem o fenômeno. Conforme mencionado, pela construção teórica de Cohen e Felson (1979) a alteração na rotina das pessoas também impactaria os homicídios.

4. METODOLOGIA

No intuito de engajar no debate criminológico apresentado, foram analisados dados criminais de 2016 a 2021, na cidade de Belo Horizonte. Com base na natureza dos dados e no objetivo da pesquisa, optou-se por uma análise de regressão. De modo a testar empiricamente a correlação entre a disponibilidade de alvos e os crimes, foi construído um modelo estatístico baseado na previsibilidade sazonal do número de ocorrências (Mcdowall; Mccleary; Bartos, 2019; Shadish; Cook; Campbell, 2001). Usando a variação na mobilidade de pessoas como *proxy* para a maior ou menor disponibilidade de vítimas, foram analisadas as diferenças entre a projeção teórica do número de registros de crimes e os resultados, de fato, registrados.³ As análises temporais foram feitas compatibilizando semanalmente os dados criminais em totais por semana epidemiológica, conforme o calendário internacional padronizado pela Organização Mundial de Saúde (Brasil, 2021).

Foram considerados os crimes de roubo, furto e homicídio, em suas modalidades tentada e consumada. Especificamente em relação aos crimes de roubo e furto, estes foram avaliados em sua totalidade e, posteriormente, decompostos em três subcategorias de acordo com o alvo da ação criminosa, incluindo os crimes contra transeuntes, contra veículos e contra residências. Os dados relativos à variação relativa na mobilidade de pessoas na cidade de Belo Horizonte foram obtidos através do sistema *Google Mobility*. Os dados dessa pesquisa informam as diferenças percentuais entre a mobilidade aferida dia a dia, comparadas com valores medianos de referência prévios à pandemia.

Para permitir análises utilizando a mesma unidade temporal com que os dados criminais se apresentavam, foram calculadas as médias de diferença na mobilidade por semana epidemiológica. Foram selecionadas duas variáveis, uma relativa a locais de trabalho e outra à residência. A categoria residencial mostra as mudanças na duração de permanência de

3 Registros no período entre janeiro de 2016 e maio de 2021, base de dados da Polícia Militar de Minas Gerais.

peças em suas próprias casas e a categoria locais de trabalho mede mudanças no total de visitantes naqueles sítios. Nesse sentido, importa destacar que, como as pessoas já passam grande parte do dia em locais de residência (mesmo em dias úteis) a amplitude das mudanças em momentos de *lockdown* tenderá a ser menor que em relação à variável ligada aos locais de trabalho. Complementarmente, a variável de permanência no domicílio possui uma polaridade direta em relação à aderência ao isolamento social - quanto maior o percentual, mais pessoas aderindo. Por outro lado, a variável de total de visitantes em locais de trabalho possui uma polaridade inversa à aderência ao isolamento - quanto menor o percentual, mais pessoas aderindo.

Inicialmente foi realizada a estatística descritiva dos dados criminais, incluindo a análise univariada de cada natureza criminal e análises bivariadas relacionando os crimes à série histórica. A confirmação da significância estatística da variação criminal antes e depois das medidas restritivas foi realizada por meio do teste de *T-student*, pareado entre as 63 semanas epidemiológicas anteriores e 63 semanas posteriores ao início das medidas restritivas (Kieser, 2012; Rochon; Gondan; Tukey, 1977).

Posteriormente, os dados foram preparados para a construção do modelo estatístico de previsão, incluindo testes de Kolmogorov-Smirnov (K-S) sobre a normalidade das amostras (Micceri, 1989; Simard; Lécuyer, 2011). Foi aplicado, ainda, o teste de Grubbs de duas caudas para identificação de *outliers* (Grubbs, 1969; Li *et al.*, 2014), em conjunto com análise pelo modelo de *BACON* (Weber, 2010). Caso presentes, foi procedida a remoção de *outliers*, pela técnica de substituição dos valores extremos por estimativas baseadas em interpolação linear com ajustes da sazonalidade (Fávero; Belfiore, 2017).

Em seguida, os dados entre janeiro de 2016 e dezembro de 2019 foram inseridos em uma série temporal e sobre eles aplicado o modelo Auto Regressivo Integrado de Médias Móveis Sazonais (SARIMA). Posteriormente, foram feitas previsões para os índices criminais em cada semana epidemiológica dos anos de 2020 e 2021, com intervalos de confiança de 95%. Essas previsões foram comparadas com os valores reais, criando, assim, a variável dependente "Diff". Utilizando os valores da diferença entre o quantitativo de crimes previstos e os fatos efetivamente registrados pela polícia, análises de correlação bi-varida também foram aplicadas usando o coeficiente ρ de Pearson ou de Spearman, que foi selecionado com base nos resultados do teste de normalidade (Fávero; Belfiore, 2017).

Aplicando a metodologia de regressão por *Interrupted Time Series* (Shadish *et al.*, 2001; McDowall; McCleary; Bartos, 2019), a essa variável dependente foi adicionada como variável de controle uma *dummy* relativa à presença (valor 1) ou ausência (valor 0) de restrições à mobilidade impostas pela prefeitura. Conforme definido pelo Municípios, considerou-se como início das medidas a 12ª semana epidemiológica de 2020, entre quinze e vinte e um de março.

Após o cálculo das regressões lineares, foi aplicado teste global de validação para os quatro pressupostos para regressões, testando os resíduos padronizados de cada modelo quanto a quatro possíveis violações contra sua linearidade, sua homocedasticidade, sua independência (descorrelação) e sua normalidade (Peña; Slate, 2006). Complementarmente foram aplicados aos resíduos "studentizados" dos modelos (Koenker, 1981) os testes quanto à distribuição normal, por meio do Teste de Shapiro-Wilk (Fávero; Belfiore, 2017), quanto à ausência de *outliers*, por meio do teste de Bonferroni (Fox, 2016), quanto à homocedasticidade dos resíduos por meio do teste de Breusch-Pagan (Breusch; Pagan, 1979) e quanto à ausência de autocorrelação, através do teste de Durbin-Watson. Finalmente, o fator de inflação de variância - *Variance*

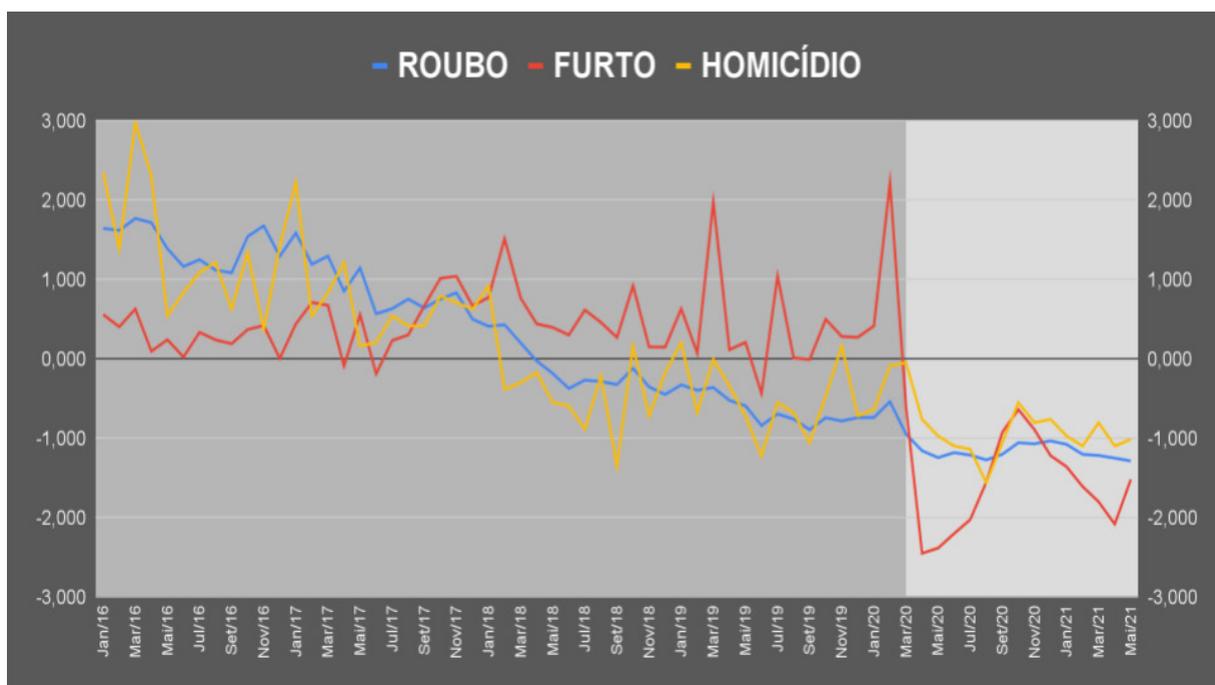
Inflation Factor VIF - foi aferido para detectar a multicolinearidade na análise de regressão (Fávero; Belfiore, 2017). Considerando que os resultados foram compatíveis com as análises do modelo de validação global, optou-se por seguir suas indicações.

A programação foi realizada através da linguagem R, tendo sido disponibilizada a base de dados, o código de programação, os pacotes empregados e as saídas, no repositório Research Gate.

5. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os resultados iniciais permitem verificar certa correlação entre a variação súbita nas taxas criminais e o início das medidas de isolamento social impostas no município, tanto pelo governo estadual como pela própria prefeitura - Gráfico 1.

Gráfico 1 - Escores padronizados de crimes em Belo Horizonte - 2016 a 2021

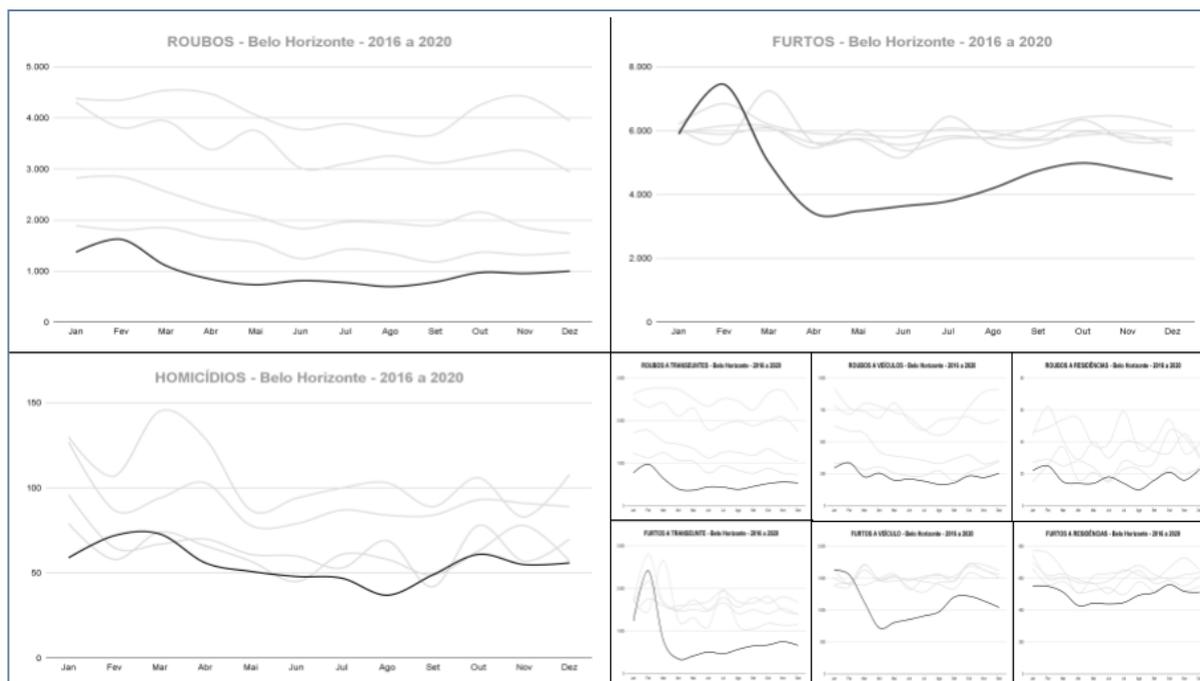


Fonte: Dados da pesquisa.

Observou-se ainda que nos crimes contra o patrimônio os resultados não foram iguais para todos os alvos dos crimes. O gráfico 2 mostra as séries temporais da criminalidade em Belo Horizonte, entre 2016 e 2020, com destaque para o ano de 2020, na cor preta.

Portanto, em que pese as três naturezas criminais terem sofrido um decréscimo durante a pandemia, o impacto notado foi bem superior no caso dos furtos. Ao mesmo tempo, nota-se que após cerca de seis meses os crimes de homicídio retornaram praticamente ao patamar pré-pandemia, enquanto os roubos mantiveram-se em um nível levemente inferior e os furtos permaneceram em quantitativos bem abaixo da série histórica.

Gráfico 2 - Decomposição anual dos crimes em Belo Horizonte - 2016 a 2020



Fonte: Dados da pesquisa.

5.1 ESTATÍSTICA DESCRITIVA DAS VARIÁVEIS DA PESQUISA

Na Tabela 1 são demonstrados os indicadores relativos ao quantitativo de crimes de Roubo, Furto, Homicídio, Roubo a Transeunte, Roubo a Veículos, Roubo a Residências, Furto a Transeunte, Furto a Veículos e Furto a Residências em Belo Horizonte, no período de 2016 a 2021. Entre janeiro de 2016 e dezembro de 2019 foi considerado $n = 208$ semanas e entre janeiro de 2020 e maio de 2021 $n = 74$ semanas. São apresentados os dados de mediana, desvio-padrão, coeficiente de variação de Pearson, Curtose e Simetria, tanto para o conjunto de dados anteriores quanto posteriores à pandemia:

Tabela 1 - Estatística descritiva - Crimes em Belo Horizonte - 2016 a 2021

Natureza	Pré-pandemia					Pós-pandemia				
	Mediana	DP	CV	Curtose	Simetria	Mediana	DP	CV	Curtose	Simetria
Roubo	675	254	0.39	-1.37	0.1079	187	30	0.16	-0.73	0.3088
Furto	1351	138	0.10	9.63	2.0709	964	129	0.14	-1.19	-0.0117
Homicídio	18	7	0.35	-0.31	0.3932	12	4	0.31	-0.40	0.3438
Roubo a transeunte	403	155	0.39	-1.31	0.1123	101	19	0.19	-0.64	0.3534
Roubo a veículo	128	51	0.41	-1.05	0.1874	46	9	0.19	-0.28	0.4641

Natureza	Pré-pandemia					Pós-pandemia				
	Mediana	DP	CV	Curtose	Simetria	Mediana	DP	CV	Curtose	Simetria
Roubo a residência	7	4	0.50	0.87	0.8058	3	2	0.54	-0.55	0.1556
Furto a transeunte	356	116	0.32	21.11	3.8451	122	31	0.25	-0.77	0.1379
Furto a veículo	348	40	0.11	0.34	-0.3553	232	44	0.19	-0.87	-0.1522
Furto a residência	137	21	0.15	1.13	0.7973	111	13	0.12	0.04	0.2599

Fonte: Boletins de ocorrência registrados pela PMMG

Nota: o período *pré-pandemia* engloba da primeira semana epidemiológica de 2016 até a décima primeira semana epidemiológica de 2020 e o período *pós-pandemia* engloba o período entre a décima segunda semana epidemiológica de 2020 e a vigésima primeira semana epidemiológica de 2021.

Considerando os padrões propostos por Hair *et al.* (2014, p. 61), distribuições com dados de assimetria ou curtose superiores a +1 ou inferiores a -1 devem ser considerados como não normais, faixa em que se enquadram os dados pré-pandêmicos de roubo e furto. A análise permite concluir, ainda, que houve aumento da assimetria nos dados relativos a roubo, queda quanto aos furtos e estabilidade em relação aos homicídios. Destaca-se, também, forte queda da curtose para o crime de furto e aumento moderado para os roubos. Nota-se, por fim, que a elevada curtose dos dados relativos ao crime de furto a transeunte foi considerada como indicativa da presença de *outliers*.

Os resultados do teste de *T-student* pareado entre as 63 semanas epidemiológicas posteriores ao início das medidas de restrição de circulação e as 63 semanas anteriores demonstraram que houve variação estatisticamente significativa em todas as séries avaliadas. Em todas as naturezas relativas aos crimes de roubo e furto houve significância estatística a 99% e 95% e para o crime de homicídio, houve significância a 95%.

Considerando o tamanho das amostras ($n > 50$), foi avaliada a normalidade através de testes de Kolmogorov-Smirnov, que apontam para distribuição normal na maioria das naturezas criminais avaliadas, com exceção dos homicídios e dos furtos a veículos, a 95% de confiança. A inspeção visual da distribuição pode ser realizada através de histograma disponibilizado em suplemento digital online. Os testes de Grubbs em duas caudas a 95% de significância detectaram, com base nos resíduos estudentizados em modelos lineares, a presença de *outliers* nas amostras de furto, roubo a residências, furto a transeuntes e furto a residências. Os resultados foram confirmados através da aplicação do algoritmo robusto de *BACON*.

5.2 SÉRIES TEMPORAIS

Antes de executar as regressões, as variáveis escolhidas foram submetidas a análise quanto à correlação bi-varida usando o coeficiente ρ de Pearson ou de Spearman, que foi selecionado com base nos resultados do teste de normalidade sobre a variável dependente:

Tabela 2 - Correlação entre as variáveis disponíveis no Google Mobility e os dados criminais

Natureza	Normalidade	Variáveis de controle		Variáveis independentes	
	Kolmogorov	Time	Pandemics	Work	Residential
Roubo	0.0431	0.6758	-0.1694	0.7019	-0.6202
Furto	0.0069	0.07311	-0.4104	0.7903	-0.9034
Homicídio	0.7343	-0.1975	-0.3707	0.0692	-0.2406
Roubo a transeunte	0.0778	0.6991	-0.191	0.6237	-0.5772
Roubo a veículo	0.9776	0.4025	-0.07084	0.3347	-0.3214
Roubo a residência	0.4871	-0.0620	-0.0439	0.0895	-0.1991
Furto a transeunte	0.9776	-0.205	-0.7600	0.4178	-0.6400
Furto a veículo	0.9303	0.1182	-0.5801	0.8569	-0.8709
Furto a residência	0.5536	0.3378	-0.1919	0.4613	-0.5680

Fonte: Dados da pesquisa.

Nota: Para averiguar a correlação foi utilizada a classificação proposta por Cohen (2009) e Randolph e Myers (2013). Neste sentido, índices superiores a $\pm 0,70$ demonstram correlação muito forte, dados entre $\pm 0,5$ e $\pm 0,7$ apontam correlação forte, índices entre $\pm 0,30$ e $\pm 0,50$, correlação moderada e valores entre 0,0 e $\pm 0,3$ indicam correlação leve.

Em todas as modalidades criminais avaliadas, houve correlação negativa com a presença de restrições à movimentação relacionadas com a pandemia, o que indica que a diferença entre os crimes ocorridos e o previsto pelo modelo estatístico foi maior quando estavam presentes. Quanto ao tempo, as correlações positivas para roubo e furto indicam que a diferença negativa (menos registros que o previsto) reduziu ao longo da série temporal estudada. Isso pode indicar que, após o impacto inicial de forte redução, houve reversão dos índices, com tendência de retorno aos valores iniciais. Para os homicídios, teria ocorrido o inverso, com aumento da diferença negativa entre os crimes ocorridos e o previsto ao longo da pandemia.

As análises de correlação entre as variáveis independentes apresentaram valores positivos para os dados de frequência a locais de trabalho e negativos para os dados relativos ao tempo de permanência em sítios residências. Tais resultados podem ser indicativos de quanto maior a permanência em casa, maior a queda criminal.

As correlações podem ser consideradas fortes para os roubos totais e a transeunte e para furtos gerais e a veículos e consideradas moderadas para roubos a veículos e para furtos a residência e a transeuntes. As correlações se mostraram fracas no caso dos roubos a residência e

dos homicídios, sendo que em ambos os casos o aumento do tempo em casa teve maior correlação com a queda dos índices criminais do que a queda na frequência a locais de trabalho.

Com base nos pressupostos para modelos de regressão (Kennedy, 2008), cada modelo de série teve seus resíduos avaliados em relação a quatro fatores, sendo a sua linearidade, a presença de homocedasticidade, a ausência de autocorrelação (ou independência) e sua distribuição normal. Para tanto, foi aplicado o teste global de validação de pressupostos para regressões, como proposto por Peña e Slate (2006). Após os testes, foram atingidos os resultados dispostos na tabela 3:

Tabela 3 - Análise dos pressupostos para regressões lineares - P-valores dos testes utilizados

Natureza	Pressupostos				
	Linearidade	Normalidade	Independência	Homocedasticidade	Análise Global
Roubo	0.4978	0.8593	0.4798	0.08054	0.4000
Furto	0.7865	<0.0001	0.1242	<0.0001	0.0
Homicídio	0.2817	0.3605	0.2882	0.3075	0.3842
Roubo a transeunte	0.3277	0.6988	0.9801	0.007052	0.0789
Roubo a veículo	0.0915	0.7485	0.4398	0.5029	0.4064
Roubo a residência	0.7327	0.7539	0.5882	0.009371	0.1228
Furto a transeunte	0.8556	<0.0001	<0.0001	<0.0001	0.0
Furto a veículo	0.1406	0.0410	0.4780	0.5982	0.1293
Furto a residência	0.2688	0.7184	0.0482	0.6818	0.2466

Fonte: Dados da pesquisa.

Nota: foi utilizado o pacote *gvlma* no software R Studio para realização da análise global, com *alfa* de 0,05. O resultado da análise global não depende necessariamente de que todos os pressupostos tenham sido atingidos, mas do grau em que cada um possa interferir na precisão do modelo estatístico (Peña; Slate, 2006).

O teste recomendaria ajustes de modelo quanto às regressões no caso dos Furtos e Furtos a transeuntes, que obtiveram *p-valor* inferior ao nível de confiança proposto de 5%. Para estes modelos, verificou-se que o teste de Breusch-Pagan indicou heteroscedasticidade e o teste de Durbin-Watson indicou forte autocorrelação. Cabe ressaltar, contudo, que, conforme Fox (2016, p. 495), “como os dados de séries temporais geralmente manifestam forte tendência, as variáveis explicativas em uma regressão de série temporal podem ser fortemente colineares”. Esse problema fica mais agravado quando, no intuito de captar a linearidade da evolução, o próprio tempo é incluído na regressão, o que foi feito nesse caso. Todavia, considera-se que o uso do mesmo modelo para todos os casos apresentados permitirá, reconhecidas essas limi-

tações, a comparação dos efeitos das variáveis independentes sobre cada uma das variáveis dependentes escolhidas.

A qualidade dos modelos foi inspecionada através dos coeficientes de determinação R2 e R2 ajustado. Os modelos apresentaram R2 ajustado variando entre 0,8116 e 0,0718, sendo que, dentre as análises globais dos crimes, o furto apresentou o maior valor, de 0,7983 e os homicídios o menor, com 0.1528, estando os roubos em posição intermediária, com 0,7943. Os modelos foram considerados aceitáveis pelo resultado do *F-test* com 90% para todos os modelos:

Os resultados do teste *RESET* sugerem não ser necessário adicionar transformações polinomiais às variáveis dependentes. Para fornecer mais uma métrica da qualidade das estimativas feitas pelo modelo, também se comparou o erro percentual absoluto médio (MAPE) entre os modelos concorrentes. Foi verificado uma maior precisão no modelo relativo aos furtos em relação aos homicídios e roubos.

Tabela 4 - Qualidade dos modelos

Natureza	R2	Ř2	<i>F-test</i>	RESET	MAPE
Roubo	0.8068	0.7943	<0.0001	0.5011	2.0540521
Furto	0.8105	0.7983	<0.0001	0.1404	0.348695
Homicídio	0.2042	0.1528	0.0062	0.3108	1.184824
Roubo a transeunte	0.8230	0.8116	<0.0001	0.9811	2.564969
Roubo a veículo	0.2659	0.2186	0.0006	0.4619	2.242637
Roubo a residência	0.1280	0.0718	0.07105	0.6065	2.698603
Furto a transeunte	0.6759	0.6550	<0.0001	<0.0001	7.268198
Furto a veículo	0.7935	0.7802	<0.0001	0.4993	0.226996
Furto a residência	0.5274	0.4969	<0.0001	0.0568	2.212793

Fonte: Dados da pesquisa.

Nota: Os padrões de R2 ajustado mais altos indicaram um melhor ajuste das variáveis explicativas, em relação ao fenômeno estudado. O *F-test* de significância geral indica se o seu modelo de regressão linear fornece um bom ajuste aos dados do que um modelo que não contém as variáveis independentes. Resultados do teste RESET são expressos em *p-valor* relativos à hipótese nula de que os modelos não necessitam de transformações polinomiais nas variáveis dependentes. Um MAPE mais alto indica que o modelo fará estimativas de qualidade mais baixas.

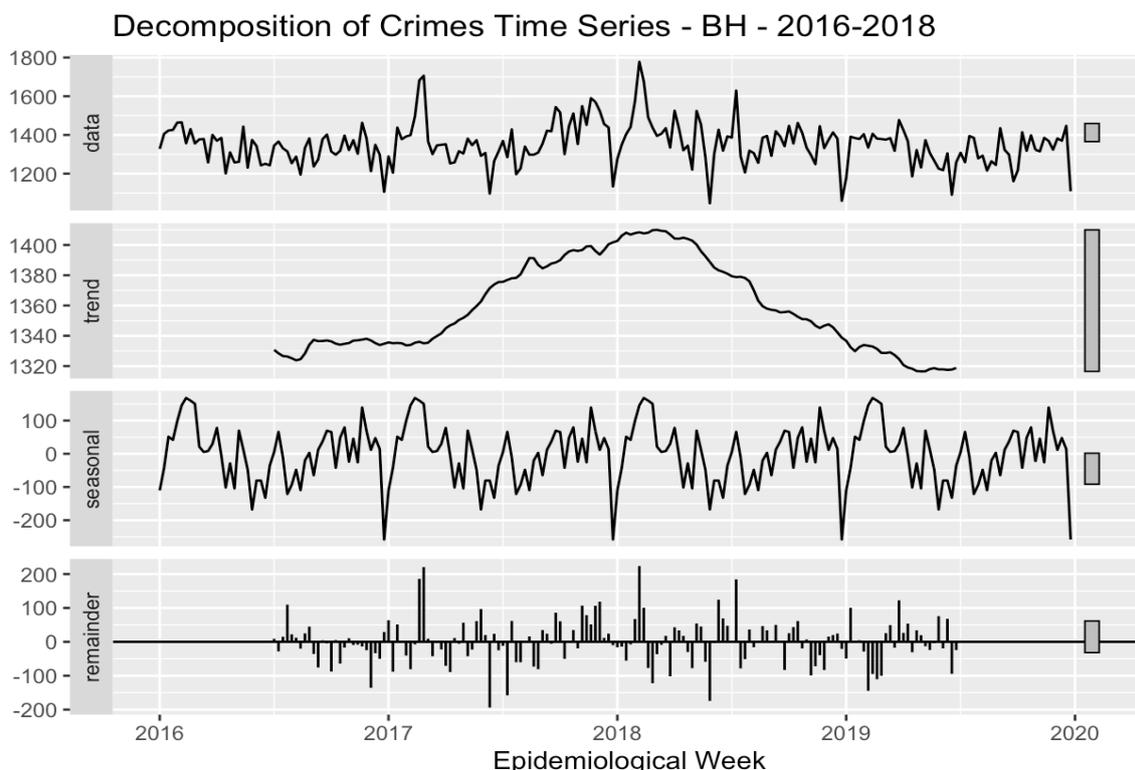
5.3 FURTOS

Abaixo, apresenta-se a decomposição da série temporal relativa aos crimes de furto em Belo Horizonte, com dados brutos (*data*) e separados quanto à de tendência (*trend*), sazonalidade (*seasonal*) e resíduos após a extração de ambas (*remainder*). O gráfico 3 permite verificar certa estacionaridade em relação à evolução na série temporal ao longo dos anos, sem inclinação marcante. A tendência mostrou-se positiva entre 2016 e 2018 e negativa após

2018. Ressalta-se forte sazonalidade dos dados, com queda marcante nas últimas semanas dos anos e aumento forte próximo aos meses de fevereiro, indicando possível correlação com o período festivo do carnaval.

Os resultados das regressões lineares, criadas a partir da diferença entre o quantitativo de crimes previsto e os fatos registrados, apontam para uma alta adesão ao modelo, com R2 ajustado de 0,7983 para os furtos em geral. Os dados permitem verificar que, a 95% de confiança, a frequência/permanência nos locais de trabalho e em casa explicam a diferença entre o número de crimes previstos e dos registrados de furtos em geral e das subnaturezas apreciadas. Os valores de VIF foram considerados como moderados e aceitáveis (James *et al.*, 2013).

Gráfico 3 - Decomposição estatística - Furtos - Belo Horizonte - 2016 a 2019



Fonte: Dados da pesquisa.

Verifica-se que nas primeiras semanas epidemiológicas em que foram impostas restrições à circulação de pessoas no município de Belo Horizonte, a diferença entre o total de crimes registrados e o previsto chega ser maior do que o intervalo de confiança de 99% do modelo.

No recorte dos furtos a transeuntes, com dados de 2018, 2019 e 2020, observa-se na figura 1 *outliers* nos meses de fevereiro de 2018 e 2020, e no mês de março em 2019. Tais meses coincidem com o carnaval nos respectivos anos. Outro ponto fora do padrão anual é o mês de julho de 2019, no qual possivelmente se tem *outliers* em virtude da Parada LGBT em BH. Assim, embora tais incidências careçam de análise mais específica, evidências preliminares permitem correlacionar o aumento do fluxo de pessoas nos eventos e o incremento na incidência dos furtos, de acordo com a teoria das atividades rotineiras.

Tabela 5- Resultados das regressões lineares - Furtos separados por subnatureza

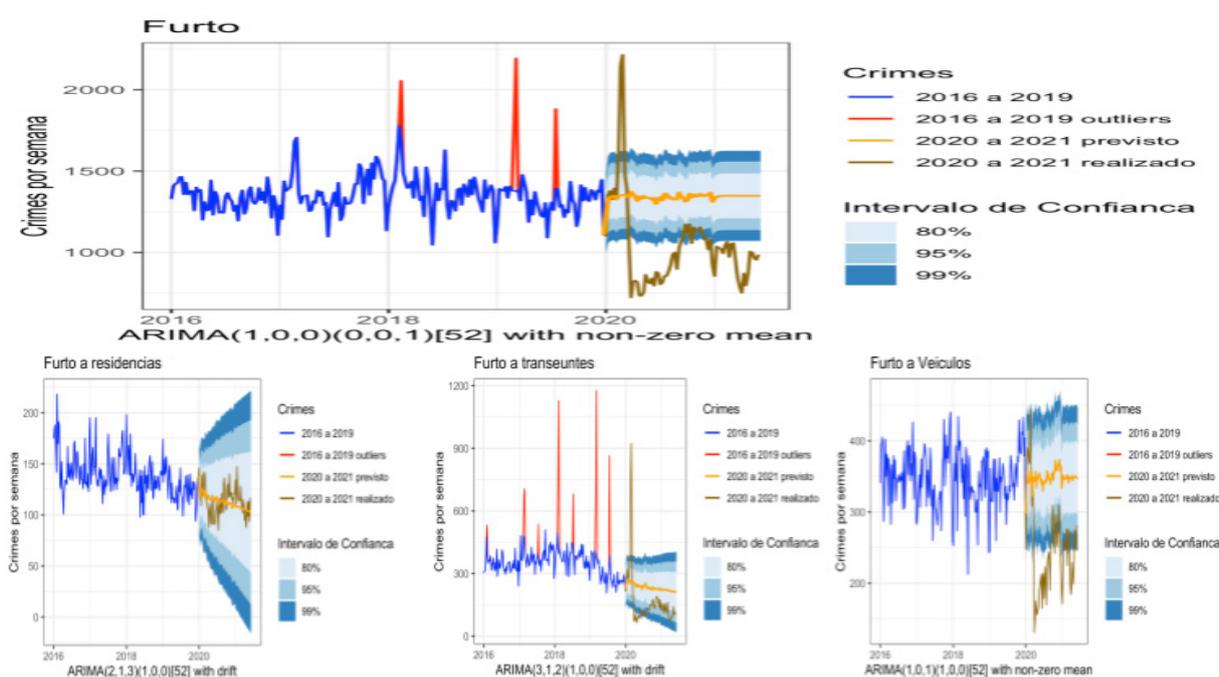
Natureza	Furtos								VIF
	geral		transeuntes		veículos		residências		
	p-value	Beta	p-value	Beta	p-value	Beta	p-value	Beta	
(Intercept)	<0.01	-	<0.01	-	0.634	-	<0.01	-	-
Time	0.78	0.02	0.068	0.189	0.948	-0.01	<0.01	0.45	1.98
Pandemics	<0.01	-0.39	<0.01	-0.605	0.246	-0.11	0.3251	0.14	2.77
Work	0.012	-0.39	<0.01	-0.68	<0.01	0.46	<0.01	-0.92	7.50
Residential	<0.01	-0.92	<0.01	-0.843	0.026	-0.38	<0.01	-1.45	8.40

Fonte: Dados da pesquisa.

Desconsiderando-se os outliers, constata-se um certo padrão nos anos de 2018, 2019 e início de 2020, conforme exposto no gráfico 3. Todavia, nos meses de março e abril de 2020, identifica-se uma queda marcante nos furtos. Posteriormente, com o passar dos meses, os registros sobem gradativamente. Conforme mencionado, houve queda nos indicadores em todos os subtipos de furto estudados, sendo que a queda mais marcante envolveu os furtos a veículos, seguida pelos furtos a transeunte. Os furtos a residência tiveram queda, mas mantiveram-se dentro do intervalo de confiança do modelo.

A média absoluta dos percentuais de erro - Mean Absolute Percentage Error - MAPE entre os crimes ocorridos após o início das medidas de redução da mobilidade e o previsto pelo modelo foi de 0.438 para os furtos no geral, 0.996 no furto a transeunte, 0.584 no furto a veículos e 0,111 para os furtos a residência. Esses dados indicam a grande variação relativa aos furtos, especialmente quanto aos furtos a transeunte.

Figura 1 - Série Temporal com Furtos previstos e realizados - Belo Horizonte - 2016 a 2021



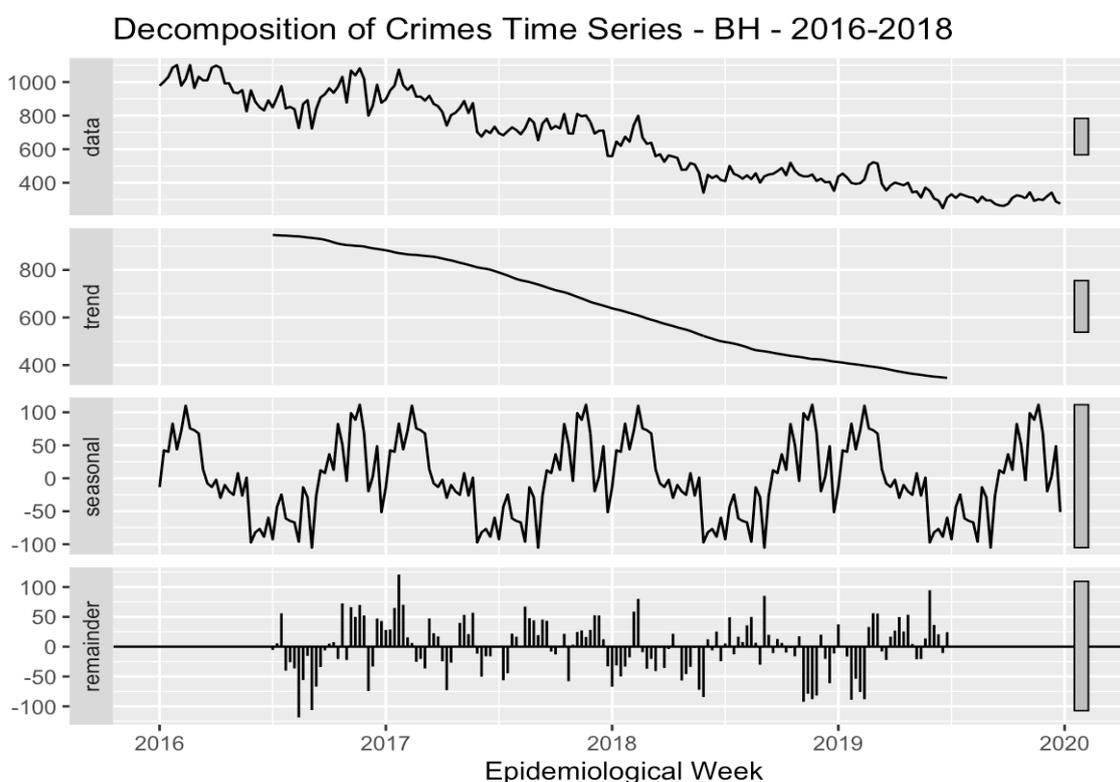
Fonte: Dados da pesquisa.

5.4 ROUBOS

Conforme mencionado, quase a totalidade dos estudos que analisaram os roubos depararam com reduções estatisticamente significativas. No caso dos dados de Belo Horizonte, cabe destacar que não existem tantos *outliers* como nos furtos. Outra especificidade é que os registros de roubos pela polícia estão em queda contínua desde 2016, ao contrário do furto, que se mantinha em relativa estabilidade na capital.

Para melhor compreensão dos dados, a série temporal relativa aos crimes de roubos em Belo Horizonte, entre 2016 e 2019, foi decomposta entre seus dados brutos (*data*) e separados quanto à de tendência (*trend*), sazonalidade (*seasonal*) e resíduos após a extração de ambas (*remainder*):

Gráfico 4 - Decomposição estatística - Roubos - Belo Horizonte - 2016 a 2019



Fonte: Dados da pesquisa.

O gráfico permite verificar tendência de queda nos registros de roubo ao longo de toda a série temporal. A tendência foi mais forte entre meados de 2017 e o final de 2018. Ressalta-se marcante sazonalidade dos dados, que parecem flutuar de forma semelhante ao longo dos anos, com queda nos períodos próximos ao inverno e alta nos próximos ao verão, fenômeno já observado por Cohn (1990) e constante das conclusões de Ashby (2020).

Os resultados das regressões lineares, criadas a partir da diferença entre o quantitativo de crimes previsto e os fatos registrados, apontam para uma alta adesão ao modelo, com R2 ajustado

tado de 0,7943 para os roubos, considerando todos os crimes. Quando foram estratificados os alvos do delito, o modelo de roubos a transeuntes apresentou R2 ajustado de 0,8116, o modelo de roubos a veículo, 0,2186 e para os roubos a residência, R2 ajustado de 0,0718. Tais dados são sugestivos de que as alterações de mobilidade urbana não são suficientemente explicativas para variações criminais para as subnaturezas de roubo relativas a veículos e residências.

Tabela 6 - Resultados das regressões lineares - Roubos separados por subnatureza

Natureza	Roubos								VIF
	geral		transeuntes		veículos		residências		
	p-value	Beta	p-value	Beta	p-value	Beta	p-value	Beta	
(Intercept)	<0.01	-	<0.01	-	0.827	-	0.486	-	-
Time	<0.01	0.885	<0.01	0.894	<0.01	0.502	0.533	-0.105	1.98
Pandemics	<0.01	-0.282	<0.01	-0.312	0.0626	-0.087	0.079	0.352	2.77
Work	<0.01	-0.429	0.013	-0.376	0.267	-0.334	0.090	-0.559	7.50
Residential	<0.01	-0.709	<0.01	-0.646	0.09	-0.527	<0.01	-0.939	8.40

Fonte: Dados da pesquisa.

A análise dos modelos permite concluir que as variáveis ligadas às alterações nos padrões de comportamento, tanto ligadas ao trabalho como à permanência nas residências, foram consideradas explicativas para o impacto nos dados criminais para os roubos como um todo. Todavia, destaca-se que, diferentemente dos furtos, o modelo não pode ser considerado como aceitável a 95% de confiança para as subnaturezas de roubo a veículos e residências, sendo que, somente nessa última, seria tolerável a 90% de confiança. Tais resultados podem indicar que o crime de roubo pode depender menos do fator disponibilidade de alvos do que os furtos.

Da mesma forma como realizado para os furtos, foram plotadas a série temporal de 2016 a 2021 em conjunto com as previsões criadas pelo modelo estatístico, sendo possível comparar os valores com o total de registros de boletins de ocorrência - Figura 2.

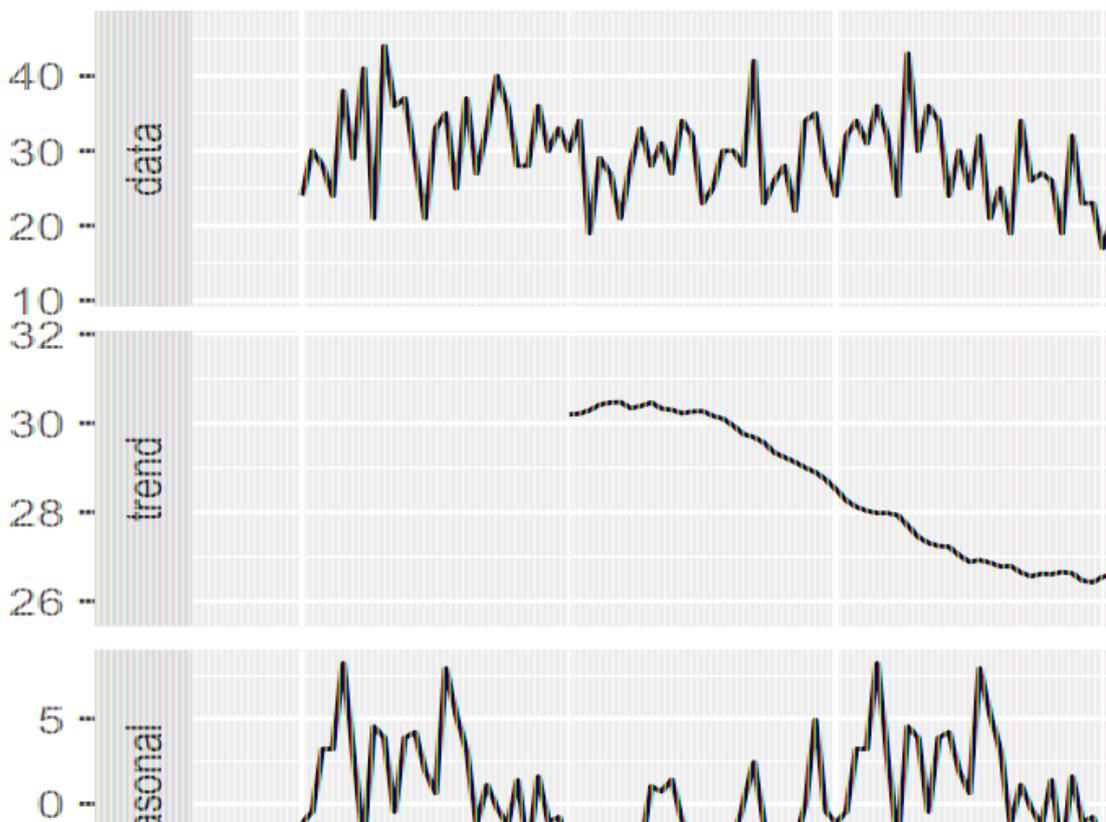
Apesar de ser verificada queda abrupta nos níveis de roubo, esse delito aparenta ter sofrido um impacto menor em relação ao previsto, sendo que em nenhuma modalidade criminal os resultados foram menores do que o intervalo máximo de confiança do modelo, em 99%. O intervalo de confiança de 80% foi rompido em cinco semanas pelo crime de roubo a residências e em duas para os roubos a transeuntes.

De forma similar ao que ocorreu com o furto, as subnaturezas de roubo tiveram comportamento diverso entre si, o que já havia sido possível verificar quando se decompôs os dados e identificado que a tendência de cada série histórica possuía um padrão próprio.

A média absoluta dos percentuais de erro - *Mean Absolute Percentage Error - MAPE* - entre os roubos registrados durante a vigência das medidas ligadas à pandemia e o previsto pelo modelo foi de 0,314 para os crimes em geral, aumentando para 0,815 nos roubos a residências e 0,461 nos roubos a transeunte, reduzindo para 0.185 nos roubos a veículo. Os dados sugerem maior impacto nos roubos a residência e menor impacto nos roubos a veículos.

Figura 2 - Série Temporal com Roubos previstos e realizados - Belo Horizonte - 2016 a 2021

Decomposition of Crimes T



Fonte: Dados da pesquisa.

5.5 HOMICÍDIOS

Segundo a teoria das atividades rotineiras, a redução da mobilidade das pessoas resultaria em redução do número de homicídios. Porém, os estudos apresentados na seção anterior indicam, de forma geral, evidências mistas para o impacto da pandemia no crime de homicídio. Uma das conclusões é que esse tipo penal parece não ser impactado ou ser menos impactado pelas restrições. Assim, uma hipótese para o Brasil poderia ser de uma menor influência da pandemia no número de homicídios, pois a combinação de elementos políticos, jurídicos e culturais, fez com que os governantes tivessem posições contraditórias, inconsistentes e pouco efetivas/restritivas em termos de medidas profiláticas.

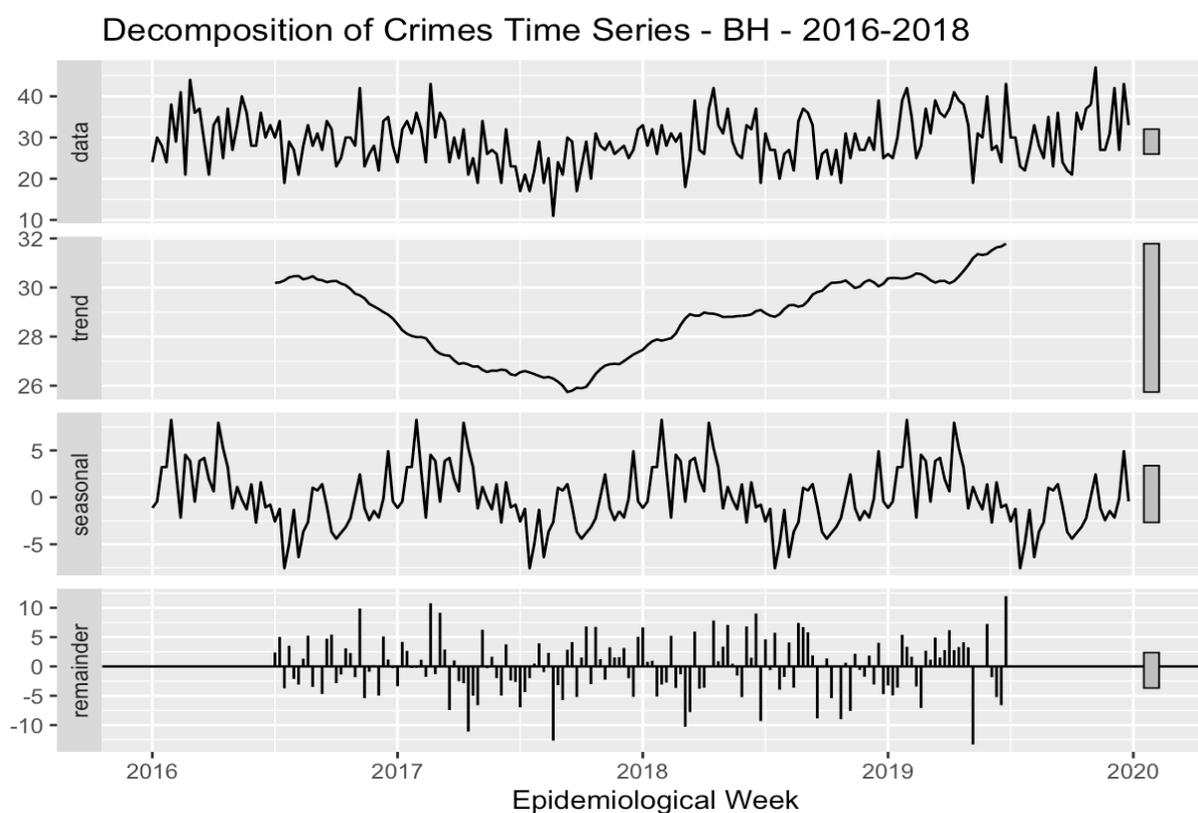
Em sentido semelhante, outra explicação para a ausência de impacto poderia ser que, de fato, a teoria das atividades de rotina não seja tão forte na explicação da incidência dos homicídios. Muitas das vezes por ter a morte intencional uma motivação específica e determinada, esse tipo de delito estaria menos relacionado a aspectos meramente situacionais.

O caso do México foi ilustrativo nesse sentido, país no qual foram evidenciadas reduções estatisticamente significantes em diversos crimes, mas o vínculo desse delito com o crime

organizado fez com que os homicídios continuassem estáveis no período pandêmico. Assim, uma possível explicação para isso é o fato de que em países como o México grande parte dos homicídios tenham ligação com organizações criminosas, e não tanto com circunstâncias genéricas de mobilidade e disponibilidade de vítimas. Dessa forma, em alguma extensão semelhante ao exemplo mexicano, o crime organizado parece ter grande presença na estrutura criminal do Brasil (Feltran, 2018; Manso, 2012; Peres et al., 2011), o que pode ajudar na explicação da ausência de significância estatística nos registros de homicídios.

Em processo similar ao que foi realizado quanto aos furtos e os roubos, foi procedida a decomposição da série temporal relativa aos crimes de homicídios em Belo Horizonte entre 2016 e 2019. Foram estratificados os dados brutos (*data*) de tendência (*trend*), de sazonalidade (*seasonal*) e os resíduos após a extração de ambas (*remainder*):

Gráfico 5 - Decomposição estatística - Homicídios - Belo Horizonte - 2016 a 2019



Avaliando os dados brutos, os números de homicídios parecem seguir certa estabilidade ao longo da série. Os dados de tendência apontam para uma redução de cerca de 10% da média semanal entre 2016 e 2018, porém com os números retornando ao patamar inicial em meados de 2019. A sazonalidade aparenta seguir padrão similar ao dos roubos, com queda das taxas médias entre julho e setembro.

A regressão linear apresentou baixa adesão ao modelo, com R2 ajustado de 0.1528. A estatística detalhada das variáveis independentes foi disposta na tabela 7:

Tabela 7 - Resultados das regressões lineares - Homicídios

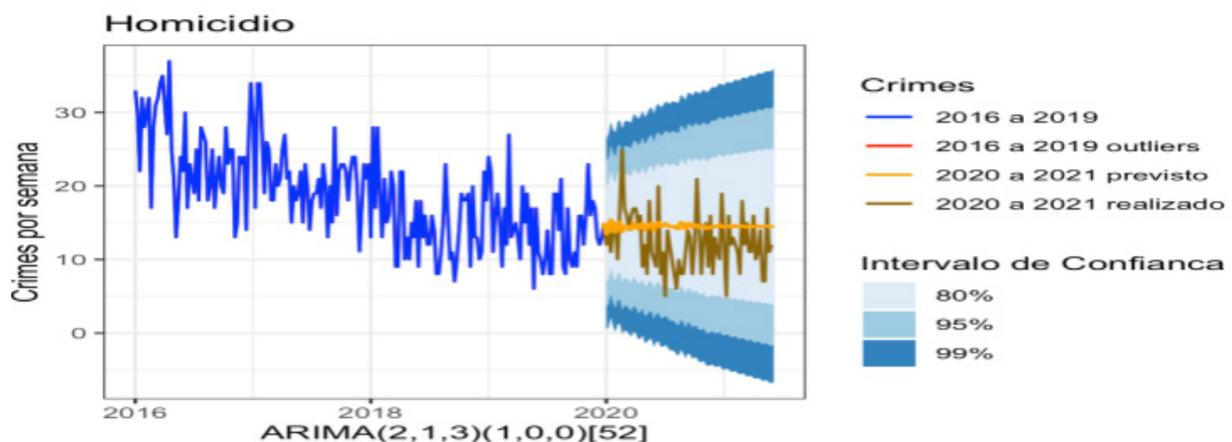
Natureza	Homicídios		
	geral		VIF
	<i>p-value</i>	<i>Beta</i>	
(Intercept)	0.0124	-	-
Time	0.5891	0.0866	1.98
Pandemics	0.1211	-0.2965	2.77
Work	0.0296	-0.6909	7.50
Residential	0.0482	-0.6618	8.40

Fonte: Dados da pesquisa.

O modelo apresentou um valor de R2 ajustado significativamente menor do que os demais, relativos aos furtos e aos roubos. Essa análise sugere que os homicídios foram bem menos impactados pelas medidas de restrição impostas pela pandemia do que os crimes contra o patrimônio. Ressalta-se que, ainda assim, com *alfa* de 0,05%, as variáveis independentes da maior frequência em locais de trabalho e do maior tempo de permanência nas residências foi considerada suficientemente explicativa para a diferença entre os crimes efetivamente ocorridos e aqueles previstos pelo modelo estatístico. De igual maneira, a média absoluta dos percentuais de erro - *Mean Absolute Percentage Error - MAPE*, entre os crimes semanais previstos e o total registrado, foi calculada em 0,416. Quando comparado com os resultados alcançados para o modelo dos furtos, de 0,438 e dos roubos, de 0,314, verifica-se que os modelos alcançaram resultados aproximados.

Abaixo, a figura 3 traz uma plotagem da série temporal de 2016 a 2021, complementada com os valores previstos calculados pelo modelo estatístico. A imagem permite realizar uma comparação visual:

Figura 3 - Série Temporal Homicídios previstos e realizados - Belo Horizonte - 2016 a 2021



Fonte: Dados da pesquisa.

Verifica-se que, no caso dos homicídios na cidade de Belo Horizonte, a queda relacionada à imposição de medidas de restrição foi menos abrupta que no caso dos crimes contra o patrimônio. Complementarmente e realizando uma avaliação em conjunto das figuras e do gráfico 1, é possível concluir, ainda, que os crimes contra a vida demoraram mais a iniciar uma sequência de queda e passaram a apresentar uma sequência de alta após um período menor. Ao longo de todo o período posterior à pandemia, houve apenas uma semana epidemiológica em que os dados de homicídio ficaram abaixo do intervalo de confiança de 80% e em nenhum caso romperam os intervalos de 95% e de 99% de confiança.

5.6 IMPLICAÇÕES TEÓRICAS

Em termos teóricos tais dados propiciam ao menos três reflexões para o refinamento da teoria das atividades de rotina. A primeira delas é que as alterações nas rotinas e mobilidade das pessoas impactam de forma distinta crimes distintos. Assim, uma medida que reduz determinado crime pode não ter impacto em outro, mesmo nos crimes inicialmente indicados pela teoria como suscetíveis à redução em virtude da mudança das rotinas das pessoas.

Um segundo reflexo dos dados na teoria das atividades de rotina é que, ainda que possa reduzir os crimes em áreas residenciais pela maior presença de guardiões, outras regiões podem ter o efeito reverso. Assim, é preciso se pensar a relação entre incidência criminal e mobilidade de acordo com características específicas da região e do tipo do crime que se quer analisar.

Por fim, um outro aspecto que em alguma extensão dialoga com as duas observações anteriores é que a maior ou menor presença de guardiões pode não impactar certos crimes como o homicídio. Em especial em regiões com características semelhantes aos países latinoamericanos como México e Brasil, nos quais há uma rede estruturada de organizações criminosas que pode estar por trás da maior parte desses tipos de crime.

6. CONCLUSÃO

A teoria das atividades rotineiras surgiu no conjunto de esforços para compreender o porquê, enquanto fatores sócio-econômicos considerados criminogênicos melhoravam, o crime aumentava nos Estados Unidos. Embora de difícil comprovação empírica inicialmente, o desenvolvimento e proliferação de tecnologias de monitoramento preciso e em tempo real tem permitido testes mais adequados da teoria. De forma semelhante, a pandemia da SARS-CoV-2, em 2020, impactando diretamente na rotina das pessoas, se tornou um experimento natural ímpar para a compreensão do fenômeno criminal sob a ótica da relação entre a rotina cotidiana e a incidência delitiva.

Todo esse contexto permitiu compreender que embora inicialmente não tenha feito a diferenciação entre homicídios e crimes contra o patrimônio, mais especificamente furtos e roubos, os dados apresentados sugerem que é preciso fazer essa diferenciação entre os tipos de delitos. Portanto, parece não ser possível aplicar indistintamente a teoria para todos

os crimes, como inicialmente fizeram os autores. Conseqüentemente, os dados da pesquisa permitem pensar que, em termos de estratégias preventivas, as intervenções para o controle de crimes como roubo e furto precisam ser distintas das ações que visem o homicídio, sendo este menos dependente de fatores circunstanciais/situacionais.

Em termos de limitações do presente estudo, cabe destacar o uso dos registros policiais como fonte da pesquisa. Com efeito, já há uma extensa e longa tradição criminológica que indica os cuidados necessários para se fazer afirmações acerca do fenômeno criminal quando se usa os registros oficiais.

No pertinente a futuros estudos, dados de outras cidades e Estados precisam ser analisados para se avaliar a realidade de Minas Gerais e do Brasil, para que se possa ampliar ou não as conclusões aqui apresentadas. Da mesma maneira, outros estudos poderiam explorar em mais detalhes as variações entre áreas da mesma cidade e um maior detalhamento dos crimes analisados em termos de alvos e faixa horária, bem como gênero, raça e classe econômica de vítimas e autores.

REFERÊNCIAS

- ANDRESEN, M. A.; HODGKINSON, T. Somehow I always end up alone: COVID-19, social isolation and crime in Queensland, Australia. **Crime Science**, v. 9, n. 25, p. 20, 2020.
- ASHBY, M. P. J. Initial evidence on the relationship between the coronavirus pandemic and crime in the United States. **Crime Science**, v. 9, n. 1, p. 6, dez. 2020.
- BALMORI DE LA MIYAR, J. R.; HOEHN-VELASCO, L.; SILVERIO-MURILLO, A. Druglords don't stay at home: COVID-19 pandemic and crime patterns in Mexico City. **Journal of Criminal Justice**, p. 101745, set. 2020.
- BENNETT, R. R. Routine Activities: A Cross-National Assessment of a Criminological Perspective. **Social Forces**, v. 70, n. 1, p. 147–163, 1991.
- BORRION, H. *et al.* Measuring the resilience of criminogenic ecosystems to global disruption: A case-study of COVID-19 in China. **PLOS ONE**, v. 15, n. 10, p. e0240077, out. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Calendário Epidemiológico 2021**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 4 jan. 2021. Disponível em: portalsinan.saude.gov.br/calendario-epidemiologico-2020/43-institucional/171-calendario-epidemiologico-2021. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRÍGIDO, C.; BERTHONE, R. STF proíbe ações policiais em favelas. **O Globo**, 6 jun. 2020.
- CALDERON-ANYOSA, R. J. C.; KAUFMAN, J. S. Impact of COVID-19 lockdown policy on homicide, suicide, and motor vehicle deaths in Peru. **Preventive Medicine**, v. 143, p. 8, 2021.
- CAMPEDELLI, G. M.; AZIANI, A.; FAVARIN, S. Exploring the Effects of COVID-19 Containment Policies on Crime: An Empirical Analysis of the Short-term Aftermath in Los Angeles. **American Journal of Criminal Justice**, 2020.
- CAMPEDELLI, G. M. *et al.* Disentangling community-level changes in crime trends during the COVID-19 pandemic in Chicago. **Crime Science**, v. 9, n. 1, p. 21, dez. 2020.
- COHEN, J. **Statistical power analysis for the behavioral sciences**. 2. ed. New York, NY, USA: Psychology Press, 2009.
- COHEN, L. E.; CANTOR, D. Residential Burglary in the United States: Life-Style and Demographic Factors Associated With the Probability of Victimization. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, v. 18, n. 1, p. 113–127, jan. 1981.
- COHEN, L. E.; FELSON, M. Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. **American Sociological Review**, v. 44, n. 4, p. 588–608, 1979.

- COHN, E. G. Weather and Crime. **The British Journal of Criminology**, London, UK, v. 30, n. 1, p. 51–64, Winter 1990.
- DE SÁ E SILVA, F. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n. 1, jan. 2016.
- DIXON, A.; ADAMSON, L.; TILLEY, N. **Rail Network Crime and Passenger Travel in the Pandemic**: Statistical Bulletin on Crime and Covid-19. Leeds (UK): University of Leeds, 2020.
- DIXON, A.; FARRELL, G. **Bouncebackability? England and Wales Crime Trends to end of June 2020**: Statistical Bulletin on Crime and Covid-19. Leeds (UK): University of Leeds, 2020a.
- DIXON, A.; FARRELL, G. Six Months *In*: PANDEMIC Crime Trends in England and Wales to August 2020: Statistical Bulletin on Crime and Covid-19. Leeds (UK): University of Leeds, 2020c.
- DIXON, A.; FARRELL, G. **Still Far from Normal**: Crime in the Pandemic through July in England and Wales: Statistical Bulletin on Crime and Covid-19. Leeds (UK): University of Leeds, 2020b.
- ECK, J. Police problems: the complexity of problem theory, research and evaluation. *In*: KNUTSSON, J. (ed.). **Problem-Oriented Policing**: From Innovation to Mainstream. Crime Prevention Studies. New York: Crim. Justice Press, 2003. v. 15. p. 79–113.
- FÁVERO, L. P.; BELFIORE, P. **Manual de análise de dados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.
- FELSON, M.; CLARKE, R. V. **Opportunity Makes the Thief**: Practical theory for crime prevention: Police Research Series. London: Home Office, 1998.
- FELTRAN, G. **Irmãos**: Uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- FOX, J. **Applied Regression Analysis and Generalized Linear Models**. 3. ed. Los Angeles, CA, USA: SAGE, 2016.
- GARLAND, D. The Culture of High Crime Societies. **British Journal of Criminology**, v. 40, n. 3, p. 347–375, jun. 2000.
- GARLAND, D.; SPARKS, R. Criminology, Social Theory and the Challenge of our Times. **British Journal of Criminology**, v. 40, n. 2, p. 189–204, mar. 2000.
- GERELL, M.; KARDELL, J.; KINDGREN, J. Minor covid-19 association with crime in Sweden. **Crime Science**, v. 9, n. 1, p. 19, dez. 2020.
- GRUBBS, F. E. Procedures for Detecting Outlying Observations in Samples. **Technometrics**, v. 11, n. 1, p. 1–21, fev. 1969. Disponível em: doi.org/10.1080/00401706.1969.10490657. Acesso em: 26 jul. 2021.
- HAIR, J. F.; HULT, G. T. M.; RINGLE, C. M.; SASTEDT, M. **A primer on partial least squares structural equations modeling (PLS-SEM)**. Los Angeles, CA, USA: Sage Publications, 2014.
- HALFORD, E. *et al.* Crime and coronavirus: social distancing, lockdown, and the mobility elasticity of crime. **Crime Science**, v. 9, n. 1, p. 11, dez. 2020.
- HODGKINSON, T.; ANDRESEN, M. A. Show me a man or a woman alone and I'll show you a saint: Changes in the frequency of criminal incidents during the COVID-19 pandemic. **Journal of Criminal Justice**, v. 69, jul. 2020.
- KENNEDY, P. **A guide to econometrics**. 6. ed. Malden, MA, USA: Blackwell Pub, 2008.
- KOENKER, R. A note on studentizing a test for heteroscedasticity. **Journal of Econometrics**, Amsterdam, Netherlands. v. 17, n. 1, p. 107–112, set. 1981. Disponível em: [doi.org/10.1016/0304-4076\(81\)90062-2](https://doi.org/10.1016/0304-4076(81)90062-2). Acesso em: 24 jul. 2021.
- LEUKFELDT, E. R.; YAR, M. Applying Routine Activity Theory to Cybercrime: A Theoretical and Empirical Analysis. **Deviant Behavior**, v. 37, n. 3, p. 263–280, mar. 2016.
- LI, Z.; BASEMAN, R. J.; ZHU, Y.; TIPU, F. A.; SLONIM, N.; SHPIGELMAN, L. A Unified Framework for Outlier Detection in Trace Data Analysis. **IEEE Transactions on Semiconductor Manufacturing**, v. 27, n. 1, p. 95–103, 2014. Disponível em: doi.org/10.1109/TSM.2013.2267937. Acesso em: 26 jul. 2021.
- MANNON, J. M. Domestic and intimate violence: An application of routine activities theory. **Aggression and Violent Behavior**, v. 2, n. 1, p. 9–24, mar. 1997.

MANSO, B. P. **Crescimento e Queda dos Homicídios em São Paulo entre 1960 e 2010**: Uma análise dos mecanismos da escolha homicida e das carreiras no crime. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MCDOWALL, D.; MCCLEARY, R.; BARTOS, B. J. **Interrupted time series analysis**. New York, NY, USA: Oxford University Press, 2019.

McVIE, S. **Data report on Police Use of Fixed Penalty Notices under the Coronavirus Regulations in Scotland**. Edinburgh: Scottish Centre for Administrative Data Research, 19 ago. 2020.

MICCERI, T. The unicorn, the normal curve, and other improbable creatures. **Psychological Bulletin**, v. 105, n. 1, p. 156–166, 1989. Disponível em: doi.org/10.1037/0033-2909.105.1.156. Acesso em: 20 jul. 2021.

MIETHE, T. D.; STAFFORD, M. C.; LONG, J. S. Social Differentiation in Criminal Victimization: A Test of Routine Activities/Lifestyle Theories. **American Sociological Review**, v. 52, n. 2, p. 184, abr. 1987.

MINAS GERAIS. Polícia Militar (PMMG). **Diretriz Geral para Emprego Operacional nº 3.01.01/2019**: Regula o emprego operacional da Polícia Militar de Minas Gerais. (DGEOP). Belo Horizonte: Polícia Militar de Minas Gerais, 2019.

MINAS GERAIS. **Diretriz nº 8002.2/2020-CG - Gestão do Desempenho Operacional**. 3. ed. Belo Horizonte: Polícia Militar de Minas Gerais, 2020.

NIVETTE, A. E. *et al.* A global analysis of the impact of COVID-19 stay-at-home restrictions on crime. **Nature Human Behaviour**, 2 jun. 2021.

OLIVEIRA, S. **A Tropa de Choque e as Manifestações de rua**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

OLIVEIRA, S. Pandemia e Crime: revisão de literatura sobre os impactos da pandemia do Coronavírus na incidência criminal. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 16, n. 3, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.31060/rbsp.2022.v16.n3.1457. Acesso em: 11 out. 2022.

PAYNE, J. L.; MORGAN, A.; PIQUERO, A. R. COVID-19 and social distancing measures in Queensland, Australia, are associated with short-term decreases in recorded violent crime. **Journal of Experimental Criminology**, 29 jul. 2020.

PEÑA, E. A.; SLATE, E. H. Global Validation of Linear Model Assumptions. **Journal of the American Statistical Association**, v. 101, n. 473, p. 341–354, mar. 2006. Disponível em: doi.org/10.1198/016214505000000637. Acesso em: 4 jun. 2021.

PERES, M. F. T. *et al.* Queda dos homicídios em São Paulo, Brasil: uma análise descritiva. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 29, n. 1, p. 17–26, jan. 2011.

PEREZ-VINCENT, S. M. *et al.* **COVID-19 Lockdowns and Domestic Violence**: Evidence from Two Studies in Argentina. Washington, D.C (US): Inter-American Development Bank, jul. 2020.

POBLETE-CAZENAVE, R. The impact of Lockdowns on crime and violence against women - Evidence from India. **SSRN Electronic Journal**, p. 25, jun. 2020.

RAMSEY, J. B. Tests for Specification Errors in Classical Linear Least-Squares Regression Analysis. **Journal of the Royal Statistical Society: Series B (Methodological)**, v. 31, n. 2, p. 350–371, jul. 1969. DOI 10.1111/j.2517-6161.1969.tb00796.x. Disponível em: doi.org/10.1111/j.2517-6161.1969.tb00796.x . Acesso em: 5 jul. 2021.

RANDOLPH, K. A.; MYERS, L. L. **Basic statistics in multivariate analysis**. Oxford: Oxford Univ. Press, 2013 (Pocket guides to social work research methods).

RICE, K. J.; CSMITH, W. R. Socioecological Models of Automotive Theft: Integrating Routine Activity and Social Disorganization Approaches. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, v. 39, n. 3, p. 304–336, ago. 2002.

SHADISH, W. R.; COOK, T. D.; CAMPBELL, D. T. **Experimental and quasi-experimental designs for generalized causal inference**. Boston: Houghton Mifflin, 2001.

SHAYEGH, S.; MALPEDE, M. Staying Home Saves Lives, Really! **SSRN Electronic Journal**, 2020.

SHERMAN, L. W.; GARTIN, P. R.; BUERGER, M. E. Hot Spots of Predatory Crime: Routine Activities and the Criminology of Place. **Criminology**, v. 27, n. 1, p. 27–56, fev. 1989.

SIMARD, R.; L'ECUYER, P. Computing the Two-Sided Kolmogorov-Smirnov Distribution. **Journal of Statistical Software**, v. 39, n. 11, p. 1–18, 2011. Disponível em: doi.org/10.18637/jss.v039.i11. Acesso em: 20 jul. 2021.

STICKLE, B.; FELSON, M. Crime Rates in a Pandemic: the Largest Criminological Experiment in History. **American Journal of Criminal Justice**, v. 45, n. 4, p. 525–536, ago. 2020.

TUKEY, J. W. **Exploratory data analysis**. Reading, MA, USA: Addison-Wesley Pub. Co, 1977.

WEBER, S. Bacon: An Effective way to Detect Outliers in Multivariate Data Using Stata (and Mata). **The Stata Journal: Promoting communications on statistics and Stata**, v. 10, n. 3, p. 331–338, 2010. Disponível em: doi.org/10.1177/1536867X1001000302. Acesso em: 25 jul. 2021.

WILCOX, P.; CULLEN, F. T. Situational Opportunity Theories of Crime. **Annual Review of Criminology**, v. 1, n. 1, p. 123–148, jan. 2018.

YAR, M. The Novelty of 'Cybercrime': An Assessment in Light of Routine Activity Theory. **European Journal of Criminology**, v. 2, n. 4, p. 407–427, out. 2005.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/10/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/10/2022
- Avaliação 1: 29/12/2022
- Avaliação 2: 23/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 23/12/2023
- Retorno rodada de correções: 23/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 23/12/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

“DESENVIESAMENTO” COGNITIVO PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: INDIFERENÇA, ESTÍMULO OU COMPULSORIEDADE IMPOSTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO?

DEBIASING THROUGH AI AND THE LAW:
INDIFFERENCE, INCENTIVE OR MANDATORY USE?

LUDMILA JUNQUEIRA DUARTE OLIVEIRA¹
BRUNELLO STANCIOLI²

RESUMO

Neste artigo os autores analisam se a inteligência artificial pode auxiliar a afastar vieses cognitivos já identificados na tomada de decisões humanas, tornando-as mais acuradas e lógicas. Indagam ainda se, caso a inteligência artificial venha a auxiliar na tomada de melhores decisões, qual será a reação do ordenamento jurídico, que poderá variar da indiferença, passando pelo incentivo à utilização da inteligência artificial em casos de demonstrado incremento no processo decisório, chegando até mesmo a tornar obrigatório, via edição de leis, o uso em alguns casos. O artigo foi desenvolvido a partir da leitura crítica de textos sobre o desenvolvimento da inteligência artificial e suas repercussões na tomada de decisões humanas, culminando com uma projeção das implicações de tal uso para o Direito. Concluiu-se que a reação acerca da utilização da inteligência artificial nos processos decisórios com impactos jurídicos possivelmente dependerá da natureza dos interesses envolvidos e dos princípios característicos de cada área do Direito.

Palavras-chave: inteligência artificial; vieses cognitivos; desenviesamento.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze if the artificial intelligence may contribute in debiasing human decision making, helping to make it more logical and precise. The authors will also verify if artificial intelligence can have a role in debiasing, and, in that case, what would be the Law' stand, whether it will be indifferent, incentive its use or impose it through regulation. The article was developed through the critical analysis of readings about AI and its repercussions on decision making, culminating with a projection of possible implications for the Law. The authors conclude that the use of AI in decision making with juridical repercussions will depend on the interests involved and the peculiar principles of each Law field.

Keywords: debiasing; artificial intelligence; law.

- 1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procuradora da República. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4251-0629>.
- 2 Mestre e Doutor em Direito. Academic Visitor, Oxford University (2011-2012). Professor de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OLIVEIRA, Ludmila Junqueira Duarte; STANCIOLI, Brunello. “Desenviesamento” cognitivo pela inteligência artificial: indiferença, estímulo ou compulsoriedade imposta pelo ordenamento jurídico?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 34-53, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.7718>.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo será analisado se a inteligência artificial poderá auxiliar a afastar *vieses cognitivos* já identificados na tomada de decisões humanas, tornando-as mais acuradas e lógicas. Os autores indagaram ainda se, caso a inteligência artificial venha a auxiliar na tomada de melhores decisões, qual será a reação do ordenamento jurídico, que poderá variar da indiferença, passando pelo incentivo à utilização da inteligência artificial em casos de demonstrado incremento no processo decisório, chegando até mesmo a tornar obrigatório, via edição de leis, o uso em alguns casos.

Desde a década de 1970, já foram produzidos vários estudos de psicologia, economia comportamental e ciência cognitiva que revelam que o processo decisório humano não é puramente lógico e racional, mas se vale de mecanismos heurísticos que facilitam as decisões. Esses mecanismos podem, no entanto, levar a desvios sistemáticos na formação de juízos, denominados *vieses cognitivos*³.

Paralelamente à identificação dos *vieses cognitivos*, vem se desenvolvendo a inteligência artificial, cuja definição permanece nebulosa.

Para os fins do presente trabalho, será adotado um conceito mais amplo de inteligência artificial, abarcando tanto programas de computador quanto aplicações corporificadas em máquinas, capazes de agir de forma racional.

O surgimento da inteligência artificial impactou vários aspectos da vida individual e em sociedade, produzindo ganhos econômicos, gerando novos comportamentos e expectativas. É fato notório que a inteligência artificial é capaz de realizar cálculos e algoritmos de forma muito mais rápida e precisa que o cérebro humano. Contudo, em especial nos últimos anos, surgiram evidências de que também a inteligência artificial produz decisões enviesadas, ou seja, destoantes da expectativa racional de um processo decisório que considera determinados parâmetros predefinidos.

Por outro lado, em razão de sua capacidade analítica, alta velocidade e precisão na realização de cálculos matemáticos, a inteligência artificial é imune ao desenvolvimento de vários *vieses cognitivos* já identificados no comportamento humano. Neste contexto, serão analisadas hipóteses em que a inteligência artificial poderá auxiliar na tomada de decisão humana de modo a afastar a incidência de *vieses cognitivos* já identificados, processo conhecido em inglês como *debiasing*.

Por fim, indaga-se qual será a reação do ordenamento jurídico perante situações em que a inteligência artificial comprovadamente tornar a tomada de decisões humanas mais lógica e refratária à incidência de *vieses cognitivos*. Variando da completa indiferença, passando pelo estímulo à utilização de ferramentas de inteligência artificial na tomada de decisões humanas e chegando à imposição do uso por via legislativa, vislumbra-se que a inteligência artificial poderá contribuir em várias áreas do direito para melhorar o processo decisório humano, tornando-o mais lógico, racional e aderente aos valores do indivíduo.

O artigo foi desenvolvido a partir da leitura crítica de textos sobre o desenvolvimento e o funcionamento da inteligência artificial e suas repercussões na tomada de decisões humanas,

3 Haselton; Nettle; Andrews, 2005; Kahneman; Tversky, 1974; Kahneman; Tversky, 2012.

culminando com uma projeção das implicações de tal uso para o Direito. Assim, o artigo pode ser inserido no campo ainda em formação, que vem sendo denominado por alguns autores de “Neurodireito”, consistente na disciplina transversal que terá o objetivo de reunir estudos das Ciências Cognitivas para subsidiar a revisão dos fundamentos e da dinâmica dos institutos jurídicos (Stancioli; Oliveira, 2020, p. 3). O escopo seria aprimorar as técnicas jurídicas com o que se sabe sobre o comportamento humano e oferecer respostas mais efetivas, desenhadas a partir das evidências coligidas e não com base em modelos ideais (Marden; Wykrota, 2018; Oliveira; Cardoso, 2018).

2. RACIONALIDADE E VIÉS COGNITIVO. INTELIGÊNCIA HUMANA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Boécio forneceu célebre definição de pessoa como “*substância individual de natureza racional*”, que predominou durou toda a Idade média e ainda hoje reverbera (Boécio, 2005, p. 168). A natureza racional permeia o próprio conceito de ser humano, mas não há definição unívoca do que se entende por “racional” ou “inteligente”, e muitas vezes cai-se numa tautologia que pouco contribui para a compreensão (Tacca; Rocha, 2018, p. 60⁴).

Não obstante a ausência de unicidade, o conceito etéreo do ser racional permeou o desenvolvimento das ciências, inclusive sociais. Na economia ganhou as vestes de *homo economicus*, enquanto no direito toma a forma do “homem médio”. Na economia, a exigência de racionalidade do *homo economicus* é ainda mais aguda, parece se tratar de um ser com inteligência similar à de Albert Einstein, com a memória maior que a do computador *Big Blue* da IBM e com a força de vontade de Mahatma Gandhi (Thaler; Sunstein, 2008, p. 09-10). Sabe-se, contudo, que nem o homem médio nem o *homo economicus* podem ser encontrados desfrutando uma cerveja gelada no bar da esquina, em especial no final do mês, em um país em crise econômica...

Em que pese o conceito etéreo de ser racional tenha permeado o desenvolvimento científico, algumas áreas do conhecimento sempre se voltaram para as idiosincrasias humanas. Neste contexto, a partir da década de 1970, psicólogos, cientistas cognitivos e economistas comportamentais começaram a estudar o processo humano de decisão, jogando luz sobre como as informações necessárias são avaliadas e como juízos são formados. Desta forma, revelaram que muitas vezes seres humanos não usam a lógica e a razão, mais outros princípios heurísticos que simplificam a tomada de decisão (Kahneman; Tversky, 1974, p. 1124)⁵. Em geral, esses processos heurísticos são bastante úteis, pois reduzem a complexidade das tarefas envolvidas na tomada de decisão humana, mas muitas vezes podem levar a erros graves e sistemáticos, que configuram desvios-padrão hoje cognominados *vieses cognitivos* (*cognitive biases*).

4 Neste sentido, veja-se a afirmação de Tacca e Rocha: “[...] podemos afirmar que o agente é de fato racional quando o seu desempenho passe a ser tão elevado quanto o de outro agente (humano) que possa executar aquela tarefa”.

5 Os termos “princípios” e “regras” são usados de forma intercambiável neste tópico, no sentido lato de norma como um padrão, um parâmetro, e não com os significados antagônicos que os termos adquiriram no Direito. Na obra *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, os autores equiparam os princípios heurísticos a regras de experiência (*rules of thumb*) utilizadas pelos seres humanos (2008, p. 10-11).

No texto "*Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*", Kahneman e Tversky (1974) destacam que muitas decisões humanas são tomadas a partir de crenças na probabilidade de eventos incertos, cuja aferição é realizada com base em informações de validade limitada, processadas segundo regras heurísticas. Em um exemplo simples, os autores lembram que a distância de um objeto é parcialmente aferida pela clareza com a qual é visto. Quanto maior a acuidade com que se vê o objeto, mais próximo parece estar. Conquanto útil, a regra leva a erros sistemáticos, pois se as condições de visibilidade são ruins – por exemplo, em razão do mau tempo –, as distâncias são superestimadas, enquanto são subestimadas quando a visibilidade é boa, o que gera enviesamento no julgamento de distâncias a olho nu. Da mesma forma, a utilização de regras heurísticas para aferir probabilidades é útil na tomada de decisões humanas que exigem dados dessa natureza, mas também pode gerar enviesamento dos resultados.

Ao longo do citado artigo, Kahneman e Tversky (1974) abordam três processos heurísticos empregados pelo cérebro humano para aferir probabilidades (representatividade, disponibilidade, ancoragem e ajustamento) e os vieses que podem gerar, que serão sucintamente lembrados a seguir.

2.1 REPRESENTATIVIDADE

Para verificar a probabilidade de um fato em relação a outro, o cérebro humano afere as semelhanças entre eles, ou seja, verifica se um fato é representativo do estereótipo que se tem do outro. O exemplo de Thaler e Sunstein (2008, p. 17) ilustra o mecanismo: julgamos ser *mais provável* que um afrodescendente de 1,90 m seja um jogador de basquete americano do que um judeu de um 1,60 m, pois há muito mais jogadores de basquete que são *afrodescendentes e altos* do que *judeus e baixos*. Contudo, esse processo pode levar a incorreções, pois a aferição da semelhança (ou representatividade) deixa de sopesar vários fatores que devem ser considerados no juízo de probabilidade.

Kahneman e Tversky identificam seis vieses cognitivos que a heurística da representatividade pode gerar: insensibilidade à prévia probabilidade dos resultados; desconsideração do tamanho da amostragem; incompreensão da aleatoriedade; negligência à previsibilidade; ilusão de validade e incompreensão do fenômeno da regressão à média (Kahneman; Tversky, 1974, p. 1124-1127).

2.1.1 INSENSIBILIDADE À PRÉVIA PROBABILIDADE DOS RESULTADOS (OU NEGLIGÊNCIA DA TAXA-BASE)

Ao empregar a heurística da representatividade para aferir probabilidades, as pessoas tendem a *desconsiderar* o que sabem sobre a prévia probabilidade daquele resultado, atendo-se apenas às semelhanças do fato com o padrão de comparação.

No exemplo dos autores, ao solicitar que, considerada uma lista de possibilidades (agricultor, vendedor, piloto de avião, bibliotecário ou médico), fossem atribuídas probabilidades à profissão de um homem descrito como tímido e introspectivo, sempre prestativo mas pouco sociável, organizado e detalhista, espera-se que a resposta leve em conta o fato de que há muito mais agricultores do que bibliotecários na população. Contudo, os resultados demonstram

que usualmente negligencia-se tal dado, observando apenas a *similaridade* de descrição com o estereótipo das profissões de agricultor e bibliotecário.

2.1.2 INCOMPREENSÃO DA ALEATORIEDADE

A incompreensão da aleatoriedade leva as pessoas a esperar que uma sequência gerada por um processo aleatório tenha as características essenciais daquele processo, ainda que a sequência seja pequena e, portanto, sujeita a grandes desvios do padrão. Por outro lado, a incompreensão dos fenômenos aleatórios gera uma tendência a identificar padrões onde estes não existem, como exemplifica a “falácia do apostador”⁶.

Um exemplo desse enviesamento ocorreu quando a *Apple* lançou o *iPod* com a opção *shuffle* (misturar) para ouvir seleções de músicas de forma aleatória e muitos usuários reclamaram que as listas não eram *realmente* aleatórias, pois um mesmo artista era tocado várias vezes e algumas músicas quase não tocavam (que é exatamente o que se espera de uma lista aleatória!). Cedendo aos anseios dos consumidores, em 2005 a empresa lançou o *smart shuffle*, que permitia ao usuário controlar o quanto seu *shuffle* era aleatório. À época, Steve Jobs justificou que estavam permitindo que o *shuffle* fosse menos aleatório para que *parecesse* mais aleatório⁷.

2.1.3 NEGLIGÊNCIA À PREVISIBILIDADE

Aqui, a regra da representatividade leva o ser humano a negligenciar considerações sobre a *possibilidade das previsões*, novamente se concentrando apenas em aferir as semelhanças entre o evento e o estereótipo.

Os autores citam como exemplo pesquisa em que, a partir da descrição da performance de alunos de pedagogia em uma atividade didática, foi solicitado a um grupo que avaliasse o desempenho dos alunos e a outro que fizesse uma previsão de como os alunos estariam dali a cinco anos. Os juízos realizados pelos dois grupos foram *idênticos*, ou seja, mesmo cientes de que o desempenho em *uma* atividade acadêmica fornece muito pouca informação sobre o futuro profissional de alguém, os participantes da pesquisa fizeram as previsões apenas com base neste dado (Kahneman; Tversky, 1974, p. 1126).

2.1.4 INCOMPREENSÃO DO FENÔMENO DA REGRESSÃO À MÉDIA

O fenômeno da regressão à média foi primeiramente documentado por Francis Galton (1822-1911), que percebeu que, quando duas variáveis têm a mesma distribuição, se a média de uma delas desvia do meio por X unidades, a média da outra variável se alterará menos que X,

6 A “falácia do apostador” leva o indivíduo a crer que, quanto mais se acumulam as apostas perdidas, maior é a chance de que na próxima rodada saia vitorioso, apesar de ciente de que cada rodada é independente da anterior (Haselton, M. G.; Nettle, D.; Andrews, P. W. **The evolution of cognitive bias**. In D. M. Buss, *The Handbook of Evolutionary Psychology*: Hoboken. Nova Jérsei: John Wiley & Sons Inc., 2005, p. 727).

7 Tal informação pode ser encontrada em artigos da área de informática, como no disponível em <https://www.businessinsider.in/careers/news/spotify-made-its-shuffle-feature-less-random-so-that-it-would-actually-feel-more-random-to-listeners-heres-why/articleshow/74657263.cms>. Acesso em: 11 set. 2021.

promovendo assim um retorno à média. O fenômeno já foi observado, por exemplo, em relação à altura de pais e filhos e performance de estudantes em provas consecutivas.

Apesar de ser observável ao longo da vida, as pessoas não desenvolvem intuições adequadas sobre o fenômeno. Por isso, deixam de prever a ocorrência da regressão à média em ocasiões em que certamente acontecerá. Por outro lado, quando identificam a ocorrência da regressão à média, usualmente inventam explicações causais duvidosas para o fato.

Kahneman e Tversky citam o seguinte exemplo de incompreensão da regressão à média: em uma discussão sobre treinamento de voo, instrutores experientes notaram que elogiar um pouso excepcionalmente suave era tipicamente seguido por um pouso pior na próxima tentativa, enquanto uma dura crítica depois de um pouso ríspido era normalmente seguido de uma melhora na próxima tentativa. Com base nessas constatações, os instrutores concluíram que elogios verbais são *prejudiciais* à aprendizagem, ao tempo em que punições verbais seriam benéficas, contrariamente ao que é consenso em psicologia e pedagogia. Não se atentaram, contudo, que é usual em testes consecutivos que, depois de uma performance ruim, há uma melhora, e que um desempenho extraordinário é usualmente seguido por um pior, *independentemente* da ocorrência de algum comentário verbal do instrutor (Kahneman; Tversky, 1974, p. 1127).

2.2 DISPONIBILIDADE

Neste segundo princípio heurístico, Kahneman e Tversky (1974, p. 1127-1128) apontam que, em algumas situações, o cérebro humano afere a frequência ou probabilidade de um evento pela *facilidade* com que sua ocorrência é recordada. Assim, se as pessoas facilmente se lembram de exemplos relevantes, acreditarão que o evento ocorre com maior frequência do que se não recordarem com naturalidade dos fatos.

Assim como as demais regras heurísticas, a disponibilidade é útil, pois exemplos de fatos mais frequentes são normalmente recordados de forma mais rápida e melhor do que casos mais raros. Contudo, também está sujeita a gerar resultados viesados, pois a disponibilidade de exemplos é afetada por outros fatores além da frequência e disponibilidade, como maior cobertura pela imprensa, conexão pessoal com o fato, proximidade do evento.

Kahneman e Tversky (1974, p. 1127-1128) identificam quatro vieses cognitivos a que a heurística da disponibilidade pode induzir: viés em razão da memorabilidade dos exemplos; viés em razão da eficácia da busca de exemplos; viés em razão da capacidade de imaginar (*imaginability*) e correlação ilusória.

2.2.1 VIÉS EM RAZÃO DA MEMORABILIDADE

Quando a frequência de um evento é julgada pela facilidade com que exemplos de sua ocorrência são lembrados, os casos recordados com maior naturalidade são considerados mais recorrentes do que aqueles que, embora aconteçam com a mesma frequência, não são tão facilmente rememorados. Neste contexto, eventos que tiveram maior divulgação são lembrados com mais facilidade, fatos recentes têm mais impacto no nosso comportamento do

que aqueles ocorridos há mais tempo e experiências pessoais são mais marcantes que relatos de terceiros, desta forma influenciando como julgamos a frequência de tais ocorrências.

A título de exemplo, pode-se citar a comparação entre o carro e o avião como meios de transporte. Como os acidentes de avião costumam ser muito mais divulgados pela mídia que os de carro, muitas pessoas acreditam que o automóvel é mais seguro do que o avião como meio de transporte, enquanto a probabilidade de acidentes com este é, na verdade, bem menor.

2.2.2 VIÉS EM RAZÃO DA CAPACIDADE DE IMAGINAR (IMAGINABILITY)

Para aferir a frequência de um evento, algumas vezes não temos exemplos em nossa memória, mas podemos imaginá-los de acordo com determinadas regras. Nessas situações, a frequência é tipicamente aferida segundo a facilidade com que os exemplos são *criados*.

Kahneman e Tversky (1974, p. 1128) apontam que a capacidade de imaginar tem um importante papel na avaliação de riscos pelas pessoas. Por exemplo, uma expedição poderá ser avaliada como muito arriscada se as possíveis adversidades forem retratadas de maneira muito viva, apesar de a facilidade com que desastres são imaginados não refletir a probabilidade de sua ocorrência. Na mesma linha, os riscos envolvendo um empreendimento podem ser subestimados se alguns dos perigos possíveis são difíceis de imaginar.

2.2.3 CORRELAÇÃO ILUSÓRIA

Trata-se de viés cognitivo identificado por Chapman e Chapman (1967, p. 193-204) referente à frequência com que dois eventos ocorrem em conjunto. Verificou-se que quando há forte vínculo associativo entre os eventos, as pessoas julgam que sua ocorrência conjunta é maior do que quando não há tal ligação.

2.3 ANCORAGEM E AJUSTAMENTO

Ao abordar essa última regra heurística, Kahneman e Tversky (1974, p. 1128) sugerem que, para fazer estimativas numéricas, as pessoas usualmente partem de um valor inicial que é ajustado para produzir o resultado solicitado. Contudo, o ajuste desse valor inicial normalmente se mostra insuficiente, seja quando tal ponto de partida foi sugerido pela própria formulação do questionamento ou determinado espontaneamente pelo indivíduo.

Thaler e Sunstein (2008, p. 11-12) citam o exemplo referente à estimativa da população de uma cidade, aqui transportado para o Brasil para facilitar a compreensão. Se perguntarmos a um belo-horizontino qual a população de Uberlândia/MG, ele pode partir de um dado conhecido, como a população da capital mineira, cerca de 2,5 milhões de habitantes. Sabendo que Uberlândia é uma cidade grande, mas não do tamanho de Belo Horizonte, poderia estimar que a cidade tem um terço da população da capital, cerca de 800 mil habitantes. Mas se indagarmos a um morador de São João del-Rei/MG, que sabe a população da sua cidade (em torno de 90 mil habitantes) e que Uberlândia é maior, talvez cerca de três vezes maior, a resposta seria por volta de 270 mil habitantes (Uberlândia possui aproximadamente 580 mil habitantes).

A grande diferença entre as respostas reside exatamente na diversidade dos pontos de partida e insuficiência dos ajustes, verificados em várias pesquisas.

2.4 OUTROS VIESES COGNITIVOS

Além dos vieses cognitivos identificados como desvios-padrão dos processos heurísticos de julgamento, revelados inicialmente por Kahneman e Tversky (1974), hoje a denominação é usada para abarcar também outras situações. Assim, a terminologia engloba casos em que a incorreção decorre das limitações do cérebro humano em processar, de forma totalmente racional, determinadas informações, bem como quando se trata de mecanismo de adaptação evolutiva que acarreta menores custos com os eventuais erros do que a solução não enviesada (teoria do gerenciamento de erros). Naquele grupo estão incluídos os já citados exemplos de vieses referentes à aferição de probabilidades e neste as ilusões positivas, como o otimismo irreal e a sobreconfiança (Haselton; Nettle; Andrews, 2005, p. 726).

O *otimismo irreal* e a *sobreconfiança* levam as pessoas a acreditarem que têm ou terão desempenho acima da média em determinada atividade, mesmo quando cientes de que as chances de sucesso são pequenas e de que há variações naturais entre a performance dos que desempenham a atividade. O fenômeno já foi observado em questionários aplicados antes do início de cursos de pós-graduação (a maior parte dos estudantes reputava que ficaria entre os 20% melhores da turma); em relação à autoavaliação de professores em universidades (94% acreditava ser melhor que a média) e de motoristas (90% reputou conduzir melhor que a média) (Thaler; Sunstein, 2008, p. 27).

Thaler e Sunstein (2008, p. 28) destacam que o otimismo irreal é comum nos seres humanos, mas em algumas situações pode levar-nos a confiar excessivamente em uma suposta imunidade a perigos e negligenciar a adoção de cuidados preventivos.

2.5 INTELIGÊNCIA HUMANA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Os vieses cognitivos apresentados nos tópicos anteriores revelam que a inteligência humana não segue um padrão único, racional e lógico na solução de problemas. Segundo a psicologia evolutiva, muitos dos mecanismos hoje identificados como vieses cognitivos surgiram como respostas a limitações de tempo e habilidade no processamento de informações necessárias à sobrevivência e reprodução humanas. Por isso, usualmente tais mecanismos são acionados pelo cérebro humano quando há restrições temporais e de dados, bem como quando são reduzidas as motivações para produzir resultados mais acurados (Haselton; Nettle; Andrews, 2005, p. 728).

Neste contexto, verifica-se que, apesar de o processo decisório humano estar sujeito à incidência de vieses cognitivos, muitas vezes é viável afastar o resultado enviesado, mediante adoção de cuidados para possibilitar que a tomada de decisões seja mais bem informada, melhor motivada ou guiada por um caminho apto a produzir resultados mais racionais, lógicos e adequados aos objetivos e valores do agente.

Paralelamente aos estudos sobre vieses cognitivos na inteligência humana, vem se desenvolvendo a cognominada inteligência artificial, cuja definição permanece nebulosa (Tacca;

Rocha, 2018, p. 58). O primeiro a utilizar a nomenclatura foi o professor de matemática John McCarthy que, junto com outros pesquisadores (Marvin Minsky, Nathan Rochester, Claude Shannon), organizou uma conferência de verão sobre o assunto, realizada em *Dartmouth College* em Nova Hampshire, EUA, em 1956. A denominação visava diferenciar o incipiente campo de estudo da já estabelecida área da cibernética⁸ e sugeria que cada aspecto do processo de aprendizagem ou qualquer outro atributo da inteligência poderia, em tese, ser descrito com tamanha precisão de modo a viabilizar a construção de uma máquina que poderia simulá-lo (Kaplan, 2016, p. 13-14).

Olhando retrospectivamente, a denominação – que poderia ter sido originariamente substituída por “processamento simbólico” ou “computação analítica” (Kaplan, 2016, p. 17) – foi fortuita em atrair grande atenção (da mídia, do público e, conseqüentemente, de financiadores) para a área, apesar de trazer infundáveis e desnecessárias discussões advindas da comparação entre inteligência humana e inteligência artificial.

Atualmente, nem mesmo há consenso sobre a definição do termo “inteligência”. Apesar de alguns pontos de vista alarmistas sobre a possibilidade de a inteligência artificial adquirir dimensões incontroláveis e ameaçar a existência humana (pelo menos da forma como a conhecemos⁹), hoje é comum a visão de que a inteligência artificial oferece mecanismos de solução de problemas muitas vezes melhores do que aqueles desenvolvidos pela inteligência humana. Está longe, no entanto, de se assemelhar ao cérebro humano. Ou seja, trata-se de dois conceitos diferentes, tornando muito pouco frutífero o debate sobre suas semelhanças e diferenças.

Mas afinal, o que é inteligência artificial? Também aqui não há consenso sobre o termo. Várias formulações referem-se à máquina ou ao programa de computador capaz de se comportar de forma que seria considerada inteligente caso se tratasse de seres humanos. Russel e Norvig (2010, p. 1-2) coletaram *oito* definições de inteligência artificial, que se diferenciam por focar na forma de pensar em oposição ao comportamento e na similitude com o ser humano em contraste com um padrão de racionalidade. Os autores demonstram preferência pela definição de inteligência artificial como o agente (máquina ou programa de computador) capaz de *atuar de maneira racional*, ou seja, de modo a obter o melhor resultado possível segundo regras lógicas. Justificam apontando que a busca por criar um agente capaz de desenvolver um comportamento racional é mais viável cientificamente, exatamente por que o comportamento humano não pode ser considerado inteiramente *racional*, mas sim bem adaptado ao ambiente que habitamos (Russell; Norvig, 2010, p. 4-5).

Não é objetivo, aqui, aprofundar a reflexão neste artigo, mas neste sentido Mercier e Sperber (2017, p. 7-12, 203-274) sustentam que a razão humana não é um mecanismo lógico ou um sistema de regras destinado a expandir e melhorar nossos conhecimento e decisões, mas sim um conjunto de processos informais, oportunistas e ecléticos, cuja principal função é simplificar e esquematizar argumentos intuitivos, para uso em nossas interações sociais. Assim, faz todo sentido diferenciar a inteligência humana de um modelo de pensamento padrão que funcione segundo regras lógicas.

8 Ciência que tem por objeto o estudo comparativo dos sistemas e mecanismos de controle automático, regulação e comunicação nos seres vivos e nas máquinas.

9 Como em HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016 e em BOSTROM, Nick. *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. New York: Oxford University Press, Inc., 2014.

A comparação entre inteligência artificial e inteligência humana revela que, apesar da coincidência de termos, são conceitos muito diversos, pelo menos no atual estado da tecnologia. Enquanto a inteligência humana foi se desenvolvendo ao longo de milhares de anos para enfrentar problemas concretos e se adaptar ao habitat ocupado pelos seres humanos, a inteligência artificial hoje é primordialmente construída para resolução de questões específicas selecionadas pelos seus criadores¹⁰. O ponto de contato é que ambos são processos cognitivos para resolução de problemas, envolvendo a coleta e processamento de dados, seguida da produção de um resultado. Neste contexto, fica evidente que é pouco útil a comparação inteligência artificial e humana, sendo muito mais proveitoso reconhecer que a inteligência artificial possui potencialidades ainda desconhecidas e pode contribuir muito para a melhora da qualidade da vida humana em vários aspectos, inclusive na tomada de decisões.

Neste sentido, Tacca e Rocha (2018, p. 66) sugerem que a inteligência artificial desencadeará mudanças acerca de quais tarefas e como são realizadas pelas pessoas. Muitas atividades que hoje são realizadas manualmente passarão a ser feitas por sistemas inteligentes. Enquanto outras, inclusive no campo legal, permanecerão fora do alcance das máquinas.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ENVIESAMENTO: BIASED OR DEBIASED, *THAT'S THE QUESTION*

Conforme apontado no tópico anterior, inteligência artificial e inteligência humana são conceitos bem diversos. Ambos podem ser descritos como processos cognitivos para solução de problemas. Porém, a estrutura, o modo de funcionamento e os objetivos de cada um são muito diferentes. Em relação à inteligência humana, já foram identificados processos cognitivos que sistematicamente levam a decisões enviesadas e que muitas vezes não apresentam a melhor solução para o agente.

Mas será possível afirmar que os resultados produzidos pela inteligência artificial são sempre perfeitamente racionais e lógicos e desta forma isentos dos vícios que afetam o comportamento humano, tais como os vieses cognitivos?

A experiência acumulada ao longo dos anos revela que, apesar de serem capazes de produzir resultados muito mais rápidos e precisos do que a inteligência humana, também os programas de computador estão sujeitos à ocorrência de vícios e à produção de efeitos discriminatórios indesejados. Em artigo publicado ainda em 1996, Friedman e Nissenbaum (1996, p. 332) conceituaram programa de computador discriminatório como aquele que *sistematicamente e injustamente* discrimina contra alguns indivíduos ou grupo de indivíduos em favor de outros, ou seja, nega-lhes uma oportunidade ou bem ou atribui-lhes um resultado indesejado por fundamentos desarrazoados ou inapropriados. O fenômeno é conhecido em inglês como *machine bias*.

10 Ilustrando esse ponto de vista, vejam-se os já citados artigo de HASELTON, M. G.; NETTLE, D.; ANDREWS, P. W. **The evolution of cognitive bias**. In D. M. Buss, *The Handbook of Evolutionary Psychology*: Hoboken. Nova Jérsei: John Wiley & Sons Inc., 2005 e a obra de MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The enigma of reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

No estudo realizado por Friedman e Nissenbaum (1996, p. 332-336), foram identificadas três categorias de programas de computador discriminatórios: discriminações preexistentes, que incorporam preconceitos sociais ou individuais; discriminações técnicas, decorrentes de restrições ou aspectos técnicos; e discriminações emergentes, provenientes do uso dos programas.

Como exemplo recente de situação em que identificada a discriminação pela máquina, já foi noticiado que um algoritmo responsável por julgar o concurso de beleza mundial *Beauty.AI* (do qual participaram cerca de 6.000 pessoas em mais de 100 países) e que deveria ter considerado critérios objetivos como simetria facial e a presença de rugas para definir o concorrente mais atraente, apresentou resultado discriminatório, com relevante maioria de pessoas brancas e apenas uma negra, dentre 44 vencedores (Levin, 2016).

A presença de discriminação racial promovida por inteligência artificial também já foi registrada na utilização do programa *Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)* nos EUA, que se destina a prever a possibilidade de reincidência e assim subsidiar a concessão de benefícios criminais, como fiança e livramento condicional. A meta do algoritmo é utilizar critérios mais objetivos e consistentes do que aqueles adotados por um agente humano, cuja subjetividade é intrínseca. Apesar de a inteligência artificial ser muito acurada em prever a reincidência, apurou-se que pessoas negras têm o *dobro* de chance de serem classificadas *erroneamente* como passíveis de reincidir, enquanto indivíduos brancos que reincidiram foram indevidamente considerados como de baixo risco quase *duas vezes* mais que os negros (Angwin; Larson; Mattu; Kirchner, 2016).

Outro exemplo provém de programas de reconhecimento facial. Pesquisas recentes realizadas com programas da Microsoft, IBM e Megvii da China apontam que a acurácia é muito maior para identificar homens brancos (superior a 90%) e muito menor em relação a mulheres negras (65%) (Buolamwini; Gebru, 2018). Neste campo, pode-se recordar ainda do aplicativo de reconhecimento de imagens *Google Photos* que, quando foi lançado em 2015, foi responsável por enorme gafe, pela qual a empresa passou meses se desculhando, ao classificar a imagem de um homem negro como um gorila (Dougherty, 2015).

Os exemplos de discriminação promovidos pela inteligência artificial são muito incômodos. Não só porque a expectativa geral é de que os programas de computador sejam melhores do que os seres humanos naquilo que se propõem a fazer, mas também porque seu uso está tão disseminado na sociedade que a discriminação promovida pelas máquinas pode alcançar proporções enormes.

As potencialidades de interferência da inteligência artificial na vida humana são tão grandes que alguns autores mencionam que estamos saindo de uma era da *internet* para a “sociedade do algoritmo”, que será organizada em torno da tomada de decisões econômicas e sociais por algoritmos, robôs e inteligência artificial (Balkin, 2017, p. 3-4).

Por isso, é essencial assegurar que os resultados produzidos pela inteligência artificial sejam não apenas mais rápidos e acurados do que aqueles decorrentes do cérebro humano, mas também submissos a outros valores adotados pela sociedade, como a isonomia e a ausência de discriminação baseada em fundamentos razoáveis. Neste sentido, Friedman e Nissenbaum (1996, p. 345-346) sugerem que, além da segurança e confiabilidade, deve ser incluído como critério de avaliação da qualidade dos programas de computador a ausência de discriminação nos resultados produzidos.

Por outro lado (muito em razão de sua capacidade analítica, alta velocidade e precisão na realização de cálculos matemáticos), a inteligência artificial é imune ao desenvolvimento de vários dos vieses cognitivos já identificados no comportamento humano. Veja-se o exemplo dos vieses abordados acima, decorrentes de três processos heurísticos empregados pelo cérebro humano para aferir probabilidades, quais sejam, representatividade, disponibilidade e ancoragem e ajustamento.

Ainda que de forma simplificada, pode-se dizer que os computadores operam pela transformação de fórmulas matemáticas em algoritmo, ou seja, em "conjunto metódico de passos que pode ser usado na realização de cálculos, na resolução de problemas e na tomada de decisões" (Harari, 2016, p. 91). Diversamente do cérebro humano, que é intrinsecamente plástico, mutável, a memória dos computadores armazena digitalmente informações (Nicoletti; Cicurel, 2015, p. 13-25, 52-58).

Assim, a própria estrutura e funcionamento dos computadores evita a ocorrência dos erros praticados pelos seres humanos na formação de juízos de probabilidade. Programas de computador realizam com facilidade cálculos probabilísticos e não têm dificuldade para acessar informações gravadas em sua memória. Em suma, programas de computador criados para aferir probabilidades não necessitam fazer uso de heurísticas da representatividade, disponibilidade e ancoragem e ajustamento e, portanto, não estão sujeitos a incidir nos vieses cognitivos que daí podem decorrer.

Mesmo a inteligência artificial com emprego de técnicas de aprendizado de máquina (*machine learning*)¹¹, que muitas vezes gera resultados cujo processo de formação recebe a pecha de inconclusivo, inescrutável e opaco (Mittelstadt; Allo; Taddeo; Wachter; Floridi, 2016, p. 4-5), não incide em erros semelhantes àqueles gerados pela incidência dos vieses cognitivos abordados no presente artigo.

Nessa linha, veja-se que os exemplos de discriminação pela máquina citados acima não se confundem com os erros gerados por vieses cognitivos humanos, ainda que algumas vezes sejam decorrentes de preconceitos humanos anteriores, que acabaram incorporados no programa (discriminações preexistentes, na classificação de Friedman e Nissenbaum).

Conclui-se, assim, que a inteligência artificial pode auxiliar a afastar alguns vieses cognitivos já identificados na tomada de decisões humanas, tornando-as mais acuradas e lógicas, processo conhecido em inglês como *debiasing*, que pode ser traduzido como "desenviesamento".

Como pontuado acima, afirmar que a inteligência artificial pode contribuir para evitar a incidência de alguns vieses cognitivos identificados no processo decisório humano não implica concluir que aquela é *melhor* do que a inteligência humana. A inteligência artificial é criada especificamente para produção de resultados pontuais buscados pelo programador. Já o cérebro humano é fruto de um processo evolutivo que, segundo vários estudiosos, gerou módulos cognitivos adaptados para resolução de problemas concretamente enfrentados pelos seres humanos, dentre os quais a razão.

Neste cenário, Mercier e Sperber (2017, p. 7-12, 203-274) sustentam que o que se denomina razão humana não é um mecanismo para a realização de análises lógicas e tomada de

11 As técnicas de aprendizado de máquina (*machine learning*) são programadas para criar e modificar regras de classificação de grandes bases de dados e neste processo podem identificar padrões obscuros e modificar a própria estrutura de forma não planejada pelo criador.

decisões melhores e bem fundamentadas, mas sim um instrumento que possibilita a interação entre as pessoas, característica fundamental da espécie e que viabilizou alcançar sua condição de predominância no mundo que habita (Harari, 2016, p. 150-158). Segundo os autores, a razão é o que nos possibilita justificar aos outros nossos pensamentos e ações, bem como produzir argumentos para garantir a cooperação de terceiros (Mercier; Sperber, 2017, p. 7, 107-202). Sob essa ótica, a presença de vieses cognitivos no pensamento humano não é necessariamente uma falha, mas a consequência acidental de um mecanismo adaptado para a resolução de um problema concreto enfrentado em algum momento pela espécie humana ao longo do processo evolutivo.

Ainda que sob o ponto de vista evolutivo os vieses cognitivos humanos não sejam considerados propriamente deficiências, não deve ser recusada a possibilidade de melhoria do processo decisório humano com o auxílio da inteligência artificial, deste modo produzindo decisões mais lógicas e providas de informações adequadas.

No item seguinte, será analisada tal possibilidade de aperfeiçoamento da tomada de decisões humanas pela inteligência artificial em algumas áreas do direito.

4. “DESENVIESAMENTO” COGNITIVO PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: INDIFERENÇA, ESTÍMULO OU COMPULSORIEDADE IMPOSTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO?

No tópico anterior defendemos a possibilidade de a inteligência artificial contribuir para tornar a tomada de decisões humanas mais lógica e refratária à incidência de vieses cognitivos. Nesta parte, abordaremos outra indagação: qual será a mais adequada reação do ordenamento jurídico perante situações em que a inteligência artificial comprovadamente melhorar o processo decisório humano?

O ordenamento jurídico visa, por meio da imposição de normas, alterar o comportamento humano em determinada direção, alinhada aos interesses e objetivos considerados desejados pela sociedade. Sob essa premissa, mecanismos que possibilitem que as decisões e comportamentos humanos sejam direcionados em certo sentido, podem ser ou tratados pelo ordenamento jurídico com completa indiferença ou estimulados ou até mesmo impostos por via legislativa, a depender, dentre outros fatores, dos objetivos plasmados na ordem jurídica.

Veja-se, por exemplo, o uso de programas eletrônicos para o preenchimento da declaração de rendimentos para cálculo do imposto de renda no Brasil. Em 1991, a Receita Federal disponibilizou, como *alternativa* ao preenchimento da declaração em formulários de papel, programa de computador que permitia que os dados fossem informados por via eletrônica e entregues em meio magnético (disquetes). O uso do programa de computador tratava-se de mera faculdade, que em 1997 foi *estimulada* pela possibilidade de envio da declaração pela internet, ou seja, sem a necessidade de comparecimento físico do contribuinte em uma das unidades da Receita Federal.

Com a disseminação dos computadores e do acesso à *internet*, em 2011 a Receita Federal tornou *obrigatório* o preenchimento e envio da declaração de imposto de renda via programa específico disponibilizado na rede mundial de computadores (Receita Federal, 2014).

Neste caso do uso de programas de computador para preenchimento e remessa da declaração de rendimentos para cálculo do imposto de renda, a reação da ordem jurídica partiu da mera disponibilização da ferramenta, passando pelo estímulo ao uso, até torná-la obrigatória, em razão das evidentes vantagens que proporciona para o processamento das informações e cálculo do tributo, bem como no combate à sonegação.

E em relação à utilização da inteligência artificial para "desenviesamento" de decisões humanas, é possível prever qual será a reação do ordenamento jurídico? Com escopo de contribuir para a resposta a essa indagação, a seguir serão analisados três exemplos em que se vislumbra a possibilidade de utilização da inteligência artificial como instrumento para afastar a incidência de vieses cognitivos.

O primeiro exemplo é inspirado na obra "*Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*", de autoria de Thaler e Sunstein (2008). A partir da análise de alguns vieses cognitivos já identificados no processo decisório humano, dentre os quais aqueles descritos neste artigo, os autores propõem a adoção de políticas públicas que auxiliem indivíduos na tomada de decisões raras e difíceis, para as quais não se recebe uma resposta imediata que permita readequar a decisão tomada ou quando é complicado traduzir aspectos da situação em termos de fácil compreensão (Thaler; Sunstein, 2008, p. 01). Um dos campos considerados férteis para tais políticas públicas, cognominadas "paternalismo libertário" (Thaler; Sunstein, 2008, p. 6-9), é o do direito previdenciário.

Thaler e Sunstein demonstram que, em geral, as pessoas têm enorme dificuldade em investir para garantir a formação de poupança adequada para a aposentadoria, problema que também é evidente no Brasil. Sugerem, assim, a adoção de políticas públicas que incentivem a adesão a planos de previdência, bem como que estimulem escolhas de investimento que garantam a formação de poupança adequada para a aposentadoria, a exemplo de programas de aumento progressivo de contribuições previdenciárias (Thaler; Sunstein, 2008, p. 1-21).

Com apoio nas considerações de Thaler e Sunstein, aventamos a possibilidade de adoção da inteligência artificial para indicar investimentos para previdência privada especificamente adequados ao usuário, a partir do exame de seu estilo de vida, rendimentos, condições de saúde e expectativa de vida. A inteligência artificial já tem condições de captar com facilidade dados sobre tais aspectos da vida do indivíduo, bem como pode ser programada a sopesar matematicamente esses fatores, para então indicar quais investimentos, em cada momento da vida, seriam os mais adequados para a formação de poupança para aposentadoria. Deste modo, a inteligência artificial pode contribuir para afastar os vieses cognitivos que afetam decisões desse tipo, em especial aqueles ligados aos juízos de probabilidade, otimismo irreal e a sobreconfiança.

O segundo exemplo colhe inspiração no artigo de Sunstein e Jolls, "*Debiasing through Law*", em que os autores analisam hipóteses de "desenviesamento" pela lei, em que a *legislação* é utilizada para direcionar os indivíduos para a tomada de decisões mais lógicas e desprovidas de vieses cognitivos. Dentre as situações aventadas, os autores citam a utilização de normas no contexto de *segurança do consumidor*, de modo a obrigar que as informações sobre pro-

duetos perigosos sejam repassadas de forma contextualizada, com exemplos baseados em casos reais de acidentes e danos causados pelo uso inadequado do produto, invés de uma advertência genérica (Sunstein; Jolls, 2004, p. 207-216).

Partindo desta possibilidade, sugerimos o uso da inteligência artificial para criar alertas de segurança com conteúdo relevante e específico para o usuário, desta maneira tornando o teor da advertência mais memorável e disponível para lembrança pelo consumidor, em contraposição a avisos genéricos que muitas vezes são acintosamente ignorados. Com isso, poderiam ser afastados os vieses de otimismo irreal, sobreconfiança e relativos a juízos de probabilidade.

Os alertas poderiam utilizar dados pessoais, captados com a autorização do usuário, tanto no conteúdo da advertência quanto para aferir o *momento* em que seriam de fato necessários (por exemplo, quando o usuário demonstra alguma evidência de que fez ou pretende fazer uso inadequado do produto). A criação de alertas de segurança personalizados para o usuário, inclusive com aferição individualizada do momento e frequência da divulgação, poderia auxiliar a evitar o risco de banalização dos alertas, que contribuem para sua desconsideração pelo usuário. Outrossim, acreditamos que a definição do momento e frequência da divulgação do alerta de segurança pela inteligência artificial poderia contrabalancear o perigo de efeito reflexo sobre indivíduos que não incidem nos vieses de otimismo irreal, sobreconfiança e relativos a juízos de probabilidade e que, em razão das advertências personalizadas, poderiam adquirir a tendência a um pessimismo excessivo (Sunstein; Jolls, 2004, p. 228-231).

O terceiro exemplo situa-se no campo do direito ambiental, mais especificamente no licenciamento ambiental. Aqui, cogita-se o uso da inteligência artificial para realização de exames da probabilidade de determinados eventos e para cálculo de riscos de seus possíveis efeitos, desta maneira afastando possíveis vieses cognitivos relacionados aos juízos de probabilidade e otimismo excessivo na avaliação de impactos ambientais.

Neste último exemplo, desconhecemos estudos específicos que respaldem a efetiva incidência de vieses cognitivos na avaliação de impactos ambientais. Não obstante, como a atividade muitas vezes envolve a análise da probabilidade de ocorrência de determinados eventos, é razoável supor que também aqui possam incidir os vieses cognitivos identificados em avaliações semelhantes. A inteligência artificial poderia ser utilizada para melhorar o cálculo da probabilidade de determinados eventos e suas consequências, inclusive mediante uso de dados de empreendimentos semelhantes situados em outros locais. Aventa-se, outrossim, que a inteligência artificial possa contribuir na definição de medidas mitigadoras e compensatórias mais adequadas ao caso concreto.

Expostos esses três exemplos, retorna-se ao questionamento inicial: é possível prever qual será a reação do ordenamento jurídico em relação à utilização da inteligência artificial para “desenviesamento” de decisões humanas?

Considerando a diversidade de interesses envolvidos nos exemplos citados, não se vislumbra uma reação única pela ordem jurídica. Assim, no caso dos direitos previdenciário e do consumidor, em que estão envolvidos direitos individuais e tendo em conta que um dos objetivos da ordem jurídica é a proteção da autonomia, é mais adequado que o uso da inteligência artificial seja *estimulado*, mas *não imposto por lei*.

Ainda recordando as possibilidades acima expostas, o estímulo, no caso da inteligência artificial usada para assessoria de investimentos na poupança para aposentadoria, poderia

ser feito mediante concessão de benefícios tributários, por exemplo, a redução da alíquota de contribuição previdenciária ou dedução da base de cálculo do imposto de renda, nos moldes em que é feito em relação às despesas com planos de previdência privada (art. 11 da Lei nº 9.532/1997, com redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004).

No caso do direito do consumidor, pode se pensar no estímulo via Poder Judiciário, por meio de decisões que considerem ser culpa exclusiva do consumidor o dano causado por ter ignorado advertência de segurança produzida e oferecida de forma personalizada para o usuário.

Esse prognóstico na seara do direito privado está alinhado às conclusões que Sunstein e Jolls (2004, p. 228-234) expõem em seu artigo. A estratégia de *estimular* a adoção da inteligência artificial para “desenviesamento” de decisões humanas sem, contudo, impor seu uso, evita o risco de atingir indivíduos que não sofrem a incidência de tais vieses cognitivos. Ademais, o estímulo, comparativamente à imposição por via legislativa, resguarda mais amplamente a esfera de autonomia do cidadão que, mesmo ciente das consequências possíveis, optar pelo risco de tomar decisões enviesadas.

Por outro lado, no caso do licenciamento ambiental, os interesses difusos envolvidos e os próprios princípios de direito ambiental, em especial os princípios da precaução e da prevenção, recomendam que a utilização da inteligência artificial no “desenviesamento” da análise dos impactos e riscos envolvidos seja imposta pela ordem jurídica. Para evitar o incremento dos custos do licenciamento ambiental de forma indiscriminada, a exigência do uso da inteligência artificial poderia ser deixada a cargo dos próprios órgãos licenciadores, na forma de condicionante à concessão da licença ambiental. Desta forma, os órgãos licenciadores poderiam avaliar, sob a ótica dos princípios da precaução e da prevenção, quando de fato é recomendável a ferramenta, com especial atenção para empreendimentos comprovadamente mais arriscados como, por exemplo, a mineração em grande escala; a construção de barragens e hidrelétricas; grandes obras de engenharia civil.

Todavia, a adoção da inteligência artificial deve ser feita de forma cuidadosa, pois não se pode olvidar que é capaz de gerar resultados discriminatórios, como ilustram os exemplos citados na terceira parte deste artigo. Da mesma forma que a matemática, que se utiliza de uma linguagem que nem todos dominam, programas de computador (que devem muito de seu funcionamento à matemática) desfrutam do que Cathy O’Neil cognomina “autoridade do inescrutável”, que se traduz na impossibilidade de se questionar aquilo que não se compreende (O’Neil, 2019).

Não obstante, especificamente no que se refere às possibilidades de “desenviesamento” do processo decisório humano, acreditamos que as vantagens na utilização da inteligência artificial superam os riscos de impactos negativos. Isso porque o debate ético sobre as consequências do uso da inteligência artificial já está na pauta da sociedade e das grandes empresas do setor de tecnologia da informação. Consoante explicitado ao longo do texto, desde a década de 1990 a discriminação pela máquina é objeto de estudo e cada vez mais o critério da ausência de discriminação nos resultados produzidos é incorporado na avaliação da qualidade dos programas de computador, como sugerido por Friedman e Nissenbaum (1996, p. 345-346).

Ademais, vários setores da sociedade têm se mostrado críticos e vigilantes quanto aos efeitos discriminatórios do uso da inteligência artificial. Há hoje crescente campo de estudo da “ética dos algoritmos” (Mittelstadt; Allo; Taddeo; Wachter; Floridi, 2016), em que autores como

O'Neil (2019) apontam para os riscos da utilização indiscriminada da inteligência artificial na tomada de decisões em áreas diversas. Conquanto analisar e trazer à tona a questão não necessariamente implique corrigir o resultado discriminatório gerado pelo uso do algoritmo, muitas vezes serviu para impulsionar a adoção de medidas para alterar o programa de computador e cessar o dano, como no caso do *Google Photos* e no recente episódio envolvendo o *Facebook* (Lapowsky; Matsakis, 2018).

Além disso, o resultado discriminatório produzido pela inteligência artificial pode ser mais facilmente corrigido, com a melhoria dos bancos de dados usados no treinamento, no caso do aprendizado de máquina, ou a reprogramação do algoritmo. Diversamente, o “desenviesamento” cognitivo do cérebro humano é bastante oneroso, pois exige concentração e foco dos indivíduos e a adoção de estratégias mentais na tomada de cada decisão. A mera ciência de que existe a possibilidade de incidirmos em vieses cognitivos não gera automaticamente o “desenviesamento” do raciocínio. Neste sentido, em seu multicitado artigo, Kahneman e Tversky (1974, p. 1125-1126) destacam que mesmo pesquisadores experientes, conhecedores das regras de probabilidade e dos desvios em que sistematicamente incidimos, demonstraram o viés de incompreensão da aleatoriedade, ao sustentar a expectativa de que uma hipótese sobre determinada população estaria estatisticamente bem representada *independentemente da amostragem*.

Já resultados discriminatórios gerados pela inteligência artificial podem ser inclusive prevenidos pelo programador e usuário. Neste contexto, Friedman e Nissenbaum (1996, p. 345-346) destacam que o debate ético e a adoção de critério referente à ausência de discriminação nos resultados produzidos para avaliação de algoritmos dão respaldo aos programadores para que possam se posicionar em busca da prevenção ou mesmo recusar-se a produzir programas que venham a gerar tais resultados indesejados.

Recentemente, reportagem do *The Guardian on line* divulgou artigo publicado por programadores, dentre os quais Moritz Hardt, pesquisador sênior do *Google*, que propõem um teste para detectar e uma solução para corrigir discriminação pela máquina em casos de aprendizado supervisionado¹².

Em suma, além de suas características intrínsecas impedirem o desenvolvimento de muitos dos vieses cognitivos identificados no comportamento humano, eventual enviesamento ou efeito discriminatório detectado em decisões tomadas pela inteligência artificial pode ser prevenido e, se verificado, corrigido com mais facilidade.

5. CONCLUSÃO

O principal objetivo neste artigo é destacar a possibilidade de a inteligência artificial contribuir em várias áreas do direito para afastar a incidência de vieses cognitivos e assim melhorar o processo decisório humano, tornando-o mais lógico e aderente aos valores e objetivos do indivíduo e da sociedade.

A partir de alguns exemplos da adoção da inteligência artificial para “desenviesamento” das decisões humanas, fez-se uma análise de qual seria a reação mais adequada do ordenamento jurídico em face dessas possibilidades. A conclusão a que se chega é de que é muito pouco provável que a ordem jurídica reaja de maneira única quanto ao uso da inteligência artificial no “desenviesamento” de decisões humanas em todas as áreas do direito. A opção entre a indiferença, o estímulo e a imposição do uso da inteligência artificial como instrumento para melhoria do processo decisório humano dependerá da natureza dos interesses envolvidos e dos princípios característicos de cada área.

Nessa linha, sugere-se ser mais adequado que o ordenamento jurídico apenas *estimule* a adoção da inteligência artificial no “desenviesamento” de decisões na seara do direito privado, invés de impor a utilização da ferramenta por via legislativa. Desta forma, acredita-se que será mais amplamente resguardada a autonomia individual, bem como evitado o risco de atingir pessoas que não sofrem a incidência de tais vieses cognitivos e poderiam ser oneradas ou prejudicadas com a interferência indiscriminada da inteligência artificial em seu processo decisório. Já na esfera do direito público, em que os interesses que se busca tutelar são difusos e preponderam sobre os privados, em algumas situações será apropriado impor a adoção da inteligência artificial para o incremento do processo decisório humano.

Veja-se que não estamos advogando a adoção indiscriminada da inteligência artificial em substituição à tomada de decisões pelos indivíduos, apesar de muitos autores já apontarem ser este um cenário inevitável¹³. O que se defende neste artigo é o *potencial* da inteligência artificial para contribuir na melhoria do processo decisório humano, o que exige que o resultado seja não apenas mais lógico e acurado do que o obtido pelo cérebro humano, mas também isento de efeito discriminatório.

Consoante explicitado acima, não se pode olvidar que o uso indiscriminado da inteligência artificial pode gerar resultados discriminatórios, que são potencializados pela utilização disseminada e crescente dos algoritmos na tomada de decisões em todas as áreas da sociedade. Não obstante, acreditamos que os riscos de consequências negativas pelo uso da inteligência artificial são contrabalanceados pelo fato de que suas características intrínsecas impedem o desenvolvimento de muitos dos vieses cognitivos identificados no comportamento humano, aliado à possibilidade de prevenção e correção, com mais facilidade, de eventual viesamento ou efeito discriminatório detectado em decisões tomadas pela inteligência artificial.

Talvez esta posição seja ingenuamente otimista, ao acreditar ser possível mitigar os danos que inevitavelmente serão causados pelo uso disseminado da inteligência artificial na tomada de decisões humanas. Contudo, como aponta Balkin (2017, p. 1446), a invasão da inteligência artificial em todos os setores da vida humana, inclusive do direito, parece ser inevitável. Só nos resta identificar o que será possível fazer para evitar maiores danos e esperar pelo melhor.

13 Nesse sentido: BALKIN, Jack M., **The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data**. Ohio State Law Journal, v. 78, n. 592, 2017, p. 3-4; HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 383-399.

REFERÊNCIAS

- ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNE, Lauren. Machine Bias. **ProPublica**, 2016. Disponível em: <http://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- BALKIN, Jack M. The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data. **[Ohio]Ohio State Law Journal**, v. 78, n. 592, 2017.
- BOSTROM, Nick. **Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies**. New York: Oxford University Press, Inc., 2014.
- BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. **Proceedings of Machine Learning Research**. v. 81, 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- DEVLIN, Hannah. Discrimination by algorithm: scientists devise test to detect AI bias. **The Guardian**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/dec/19/discrimination-by-algorithm-scientists-devise-test-to-detect-ai-bias>. Acesso em: 11 set. 2021.
- DOUGHERTY, Conor. Google Photos Mistakenly Labels Black People 'Gorillas'. **The New York Times**. Bits. 1 jul. 2015. Disponível em: <https://bits.blogs.nytimes.com/2015/07/01/google-photos-mistakenly-labels-black-people-gorillas/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- FRIEDMAN, Batya; NISSENBAUM, Helen. Bias in Computer Systems. **Journal ACM Transactions on Information Systems (TOIS)**, v. 4, n. 03, p. 330-347, 1996.
- HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HASELTON, M. G.; NETTLE, D.; ANDREWS, P. W. The evolution of cognitive bias. In: D. M. Buss (ed.). **The Handbook of Evolutionary Psychology**: Hoboken. New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2005. p. 724-746.
- LAPOWSKY, Issie; MATSAKIS, Louise. You Can Now See All the Ads Facebook Is Running Globally. **Wired**. Business. 28 jun. 2018. Disponível em: <https://www.wired.com/story/facebook-aims-more-transparency-view-ads-feature/>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- LEVIN, Sam. A beauty contest was judged by AI and the robots didn't like dark skin. **The Guardian**, San Francisco, 8 set. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Science, New Series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAPLAN, Jerry. **Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know**. Oxford University Press, 2016.
- KELLY, Kevin. **The Myth of a Superhuman AI**. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/04/the-myth-of-a-superhuman-ai/>. Acesso em: 2 jul. 2018.
- MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 48-63, 2018. Disponível em: [ht-tps://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244). Acesso em: 16 dez. 2019.
- MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The enigma of reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria; WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. **The ethics of algorithms: Mapping the debate**, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/2053951716679679>. Acesso em: 2 jul. 2018.
- NICOLELIS, Miguel A. L.; CICUREL, Ronald. **The Relativistic Brain: How it Works and why it cannot be simulated by a Turing Machine**. Montreux: Kios Press, 2015.
- OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; CARDOSO, Renato César. Consiliência e a possibilidade do neurodireito: da desconfiança à reconciliação disciplinar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 116-142, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>. Acesso em: 16 dez. 2019.

O'NEIL, Cathy. The Authority of the Inscrutable: An Interview with Cathy O'Neil. [Entrevista concedida a] Carlos Delclós. **Centre de Cultura Contemporània de Barcelona**, Barcelona, 22 jan. 2019. Disponível em: <https://lab.cccb.org/en/the-authority-of-the-inscrutable-an-interview-with-cathy-oneil/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

RECEITA FEDERAL. **Cronologia do imposto de renda**, 2014. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/cronologia-do-imposto-de-renda/arquivos-e-imagens/2014.jpg>. Acesso em: 11 jul. 2021.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. 3. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 2010.

SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 29, n. 2, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2609777> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2609777>. Acesso em: 2 jul. 2018.

SCHNEPS, Leila; COLMES, Coralie. **Math on trial: how numbers get used and abused in the courtroom**. New York: Basic Books, 2013.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Renúncia ao Exercício de Direitos de Personalidade: ou Como Alguém se Torna o que Quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STANCIOLI, Brunello Souza; OLIVEIRA, Ludmila. **Neurodireito e negócios jurídicos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, n. 225, 2004.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência Artificial: Reflexos no sistema do Direito. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito – NOMOS**, v. 38, n. 2, 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos>. Acesso em:

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008. Arquivo Kobo.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 10/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/05/2020
- Avaliação 1: 08/06/2020
- Avaliação 2: 02/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 04/06/2021
- Retorno rodada de correções: 13/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

NOVAS ESTRUTURAS PARA A TRIBUTAÇÃO DIGITAL

NEW STRUCTURES FOR DIGITAL TAXATION

JONATHAN BARROS VITA¹

BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA²

MIGUEL ANGELO GUILLEN LOPES FILHO³

RESUMO

O artigo apresenta uma análise dos desafios da tributação na era digital, bem como reflete o contexto de conflito de competência que inicialmente se fez presente no Brasil, em meio à tentativa de incidir os tributos já existentes sobre novas categorias da economia digital. Parte-se da premissa de que a tributação não se torna incompatível com novos paradigmas proporcionados pelos fenômenos sociais, mas sim com os mecanismos para a tributação. Nesse sentido busca-se, com base na Teoria do Constructivismo Lógico Semântico, e na Teoria dos Sistemas, identificar mecanismos para que no Brasil haja uma tributação digital real, precisa e segura. Para tanto põe-se o estudo do caso do conflito de competência entre ICMS e ISS sobre categorias digitais, como as do *streaming*. Ao final, será apontada a importância de se aplicar uma análise linguística sobre os conceitos e definições relacionados à tributação. Com base nas premissas do Constructivismo Lógico Semântico, será apresentado o conceito de fronteira virtual como sendo pertinente para que, introduzido às estruturas do direito, possa contribuir com a tributação digital. Desta forma, em conclusão, serão traçadas condições para que haja uma delimitação precisa do ISS como tributo aplicável às atividades digitais, ainda que as mesmas sejam realizadas em municípios onde não haja instalação do respectivo estabelecimento físico. O artigo se utiliza de método bibliográfico com análise e verificação do que pode ser alterado para que a problemática seja resolvida.

Palavras-chave: tributação digital; constructivismo lógico semântico; fronteira virtual.

ABSTRACT

The article presents an analysis of the challenges of taxation in the digital age, as well as meditates on the context of collision of competence that was present in Brazil, in the midst of an attempt to incur the existing tributes on new categories of the digital economy. It starts from the premise that taxation does not become incompatible with new paradigms afforded by social occurrence, but the mechanisms for taxation. In this sense it seeks, based on the Theory of Semantic Logical Constructivism, and the Systems Theory, to identify mechanisms of real, accurate and secure digital taxation in Brazil. To this end, it proposes the study the case of the collision

- 1 Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP), Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário da Empresa pela Universidade Comercial Luigi Bocconi, Milão/Itália. Estágio de pós doutorado como Senior visiting research fellow na WU (Wirtschaftsuniversität Wien), Viena/Áustria. Coordenador e professor titular do Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/6200020135164378>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-004X>.
- 2 Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento e Mestre em Direito Econômico, ambos pela UFPB. Especialista em Direito Tributário pela UNISUL. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Marília (UNIMAR). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/1416133820227723>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-4563-6366>.
- 3 Mestrando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0659445602747050>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

VITA, Jonathan Barros; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; LOPES FILHO, Miguel Angelo Guillen. Novas estruturas para a tributação digital. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 54-73, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.8350>.

of competence between ICMS and ISS over digital categories, such as streaming. In the end, it will point the importance of applying a linguistic analysis on the concepts and definitions related to taxation. Based on the premises of Semantic Logical Constructivism, the concept of virtual frontier will be presented as being pertinent so that, introduced to the structures of law, it can contribute to digital taxation. Thus, in conclusion, conditions will be drawn up so that there is a precise delimitation of the ISS as a tax applicable to digital activities, even if they are carried out in municipalities where there is no installation of the respective physical establishment. The article utilizes bibliographic methods with analysis and verification of what can be changed so that the problem can be resolved.

Keywords: digital taxation; semantic logical constructivism; virtual frontier.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade está em constante processo de mudança. Isto pois, o corpo social é influenciado por interações humanas que são dinâmicas e passíveis de alterações provocadas pelos mais variados motivos, seja por necessidade, seja por inovação.

O avanço tecnológico pode ser enquadrado como um fator que modifica comportamentos sociais e assim gera interferências em sistemas que até então estavam em estado de inércia. O direito tributário pode ser considerado como exemplo de sistema que passou por influências cada vez maiores provocadas pelo avanço tecnológico.

Eis que a tributação digital se revela um desafio a ser refletido pelos países afetados, não sendo diferente no Brasil, que além do desafio da incompatibilidade de conceitos tributários tradicionais sobre as inovações tecnológicas, vislumbra-se um outro.

Trata-se da bitributação e do conflito de competência que inicialmente já se fez presente na tentativa de incidir a tributação sobre categorias digitais. É o caso do conflito entre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre atividades digitais, como o *streaming*.

A repartição de competência constitucionalmente estabelecida revela-se um desafio frente à necessidade de se enquadrar de forma clara as novas atividades tecnológicas que estejam envolvendo movimentação econômica.

Neste sentido, o trabalho busca analisar e refletir o contexto da tributação digital e do conflito de competência presente no Brasil, e busca dar um caminho que contribua para que, ao final, a tributação possa se fazer presente de forma precisa no contexto digital, sobre categorias como o *YouTube Premium*.

As reflexões acerca de tais problemáticas terão por base as Teorias do Constructivismo Lógico Semântico, de Paulo de Barros Carvalho (2015), e a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann (2016).

Ademais, com base no Constructivismo Lógico Semântico o trabalho procura estabelecer a importância e necessidade da análise linguística, construção de conceitos e definições inovadoras e compatíveis com a era digital, bem como estabelecer classificações que contribuam com a pacificação do já instaurado contexto de conflito de competência entre ICMS e ISS.

Diante do conflito ICMS e ISS, afirma-se que houve ausência de análise linguística e estruturada. Assim, faz-se mister a análise linguística e estrutural como mecanismos que possam contribuir para que a tributação digital no Brasil seja real e ocorra com clareza, precisão e segurança.

Eis que o presente trabalho, através dos métodos bibliográfico e hipotético-dedutivo, com análise contextual e busca de soluções, levará em consideração tais problemáticas, buscando refletir e identificar os mecanismos linguísticos e estruturais como pontos de referência pertinentes e necessários para a tributação digital.

2. MUDANÇAS DE PARADIGMA DA TRIBUTAÇÃO FRENTE À REVOUÇÃO DIGITAL

A sociedade é o ambiente por onde se passam as mudanças de paradigma. O que antes era posto como elemento fundamental para determinadas atividades hoje pode ser enquadrado como ferramenta incompatível para diversas atividades introduzidas em um novo contexto social. Assim podem ser pragmaticamente consideradas as fases da Revolução Industrial.

Com o desenvolvimento de indústrias e o emprego de máquinas a vapor, foi possível realizar diversas atividades de forma ágil e inovadora. A denominada Primeira Revolução Industrial, por exemplo, trouxe a possibilidade de transporte em grandes quantidades de produtos por meio da mecanização dos meios de locomoção (Dathein, 2003).

A partir do exemplo acima não há como afirmar que todo paradigma é inalterável. Leonardo Rocha Hammoun (2019, p. 136) afirma: “Não se deve perder de vista que os paradigmas não são verdades absolutas (dogmas), estanques, mas estão em constante mutação.”

Em tempos atuais, o que se vive são as mudanças provocadas pelo avanço da tecnologia. Trata-se do advento da automação de serviços até então desempenhados apenas por humanos e do incremento de muitas outras atividades proporcionadas pela alta e crescente capacidade de armazenamento, transmissão e processamento de informações.

Tais mudanças, que são notáveis no meio social, estão sendo provocadas pela denominada Revolução Digital, que pode ser considerada como um passo entre a Terceira e a Quarta Revolução Industrial (Afonso; Ardeo; Motta, 2020).

A tecnologia de alta velocidade e múltipla conectividade está abrindo possibilidades para a criação de diversas atividades que envolvem o ambiente virtual, o que representa a tendência pela digitalização de diversos setores em uma sociedade e subsequente quebra de paradigma.

Assim pode ser verificado com a tributação, setor este munido da função social de arrecadar recursos para o exercício das atividades estatais legalmente previstas (Cardoso, 2020), e que deve ter compatibilidade com as novas e revolucionárias categorias digitais.

É como afirmam Celso de Barros Correia Neto, José Roberto R. Afonso e Luciano Felício Fuck (2020, p. 32):

A revolução digital deve ser acompanhada também de revolução tributária, isto é, do desenvolvimento de uma tecnologia tributária capaz de alcançar manifestações de riqueza antes irrelevantes e agora em ascensão, sem prejuízo de aperfeiçoarem-se também os meios e procedimentos de aplicação das leis tributárias em vigor.

Nesse sentido, a quebra de paradigma no ramo tributário é um fato inevitável quando se leva em consideração as mudanças sociais. Fernando Rezende (2019, p. 134), por sua vez afirma: “O advento da Revolução Digital põe em xeque os paradigmas tributários que se consolidaram há mais de um século, quando a revolução industrial provocou mudanças importantes na economia”.

O advento da Revolução Digital trouxe afetações sociais que fizeram com que a economia passasse por diferentes formulações (Afonso; Ardeo; Motta, 2020). Prova disto está na crescente movimentação financeira direcionada ao entretenimento digital, cuja implementação foi proporcionada pelas tecnologias da era digital. É o caso das plataformas de entretenimento.

Como afirmam Alexandre Teixeira Jorge, Vanessa Banelli Corrêa e Vanessa Huckleberry Portella Siqueira (2019, p. 145):

No panorama ora descortinado, a especialização da atividade produtiva caracterizadora da economia industrial do século XX cede terreno a uma nova realidade, ditada não apenas pela desintermediação dos negócios, mas pela virtualização das transações, a culminar na quebra das cadeias produtivas, tornando irrelevante, para fins de classificação dos bens que circulam na economia, a distinção entre o material e o imaterial.

Há uma notável ascensão do entretenimento a distância, que está tomando posição relevante perante o mercado de mídias físicas e até de emissoras de televisão. Em plataformas *on demand* como o *Netflix*, paga-se uma quantia mensal para se ter acesso à ampla gama de filmes, que poderão ser assistidos quando for desejado.

Outra plataforma em rápida ascensão é o *YouTube*, que a pouco começou a cobrar para dar acesso diferenciado sobre os conteúdos disponibilizados. Com a Revolução Digital, a Plataforma está atingindo plena funcionalidade (Youtube, 2020).

Com a facilidade de acesso promovida pelo avanço tecnológico e a possibilidade de produção de conteúdo, podendo haver monetização dos vídeos produzidos, o *YouTube* atraiu diversos internautas e desde então passou a se expandir.

Através da crescente movimentação de produtores de vídeo, os chamados *YouTubers*, e de consumidores, logo a movimentação provocada pela comunidade na Plataforma atraiu a atenção de vendedores de produtos de outros sites. Desse modo, passaram a surgir interesses em publicidade no *YouTube* (Cruz, 2020).

Em um contexto atual, a mencionada plataforma já conta com ampla e crescente produção de conteúdo, de visualizações, de propostas de anúncios em páginas e vídeos, e de movimentações financeiras, como no denominado *Super Chat*. O faturamento do *YouTube* em 2019 somente com publicidade chegou a 15,1 bilhões de dólares (Google..., 2020).

As inovações que o *YouTube* pode proporcionar ainda não terminaram. A diversidade de conteúdo pode ser maior. Com a pandemia do Covid-19 e a aplicação de medidas de isola-

mento social, o *YouTube* também passou a ser uma plataforma de difusão de conteúdos científicos das mais diversas áreas, contribuindo para a continuidade da educação, em via virtual.

Com todo o crescimento de acesso à plataforma, o *YouTube* passou a oferecer uma conta Premium, onde o consumidor de conteúdo paga para receber acesso diferenciado aos vídeos. Com a conta paga, os vídeos são vistos sem anúncios, podendo ser baixados, e até vistos em segundo plano, com a tela do *smartphone* desligada (Muller, 2018).

É de se observar que os avanços proporcionados pela Revolução Digital estão afetando paradigmas até então intocáveis. Neste contexto há de se falar em uma economia que está se acoplando ao mundo virtual e, em conjunto com este fenômeno, outros setores da sociedade também estão propensos à influência da virtualização.

Aos moldes do Constructivismo Lógico Semântico e da Teoria dos Sistema, afirma-se que o fenômeno da virtualização da economia dá ensejo à geração de uma verdadeira estrutura vinculada à economia e à tecnologia, dando-se base para o conceito de Economia Digital.

As contribuições das respectivas Teorias hão de ser consideradas na busca de um frutífero e adequado resultado, extraído da influência economia e tecnologia, e tecnologia e economia. Isto pois o cenário inaugurado pela Revolução Digital é de mudanças de paradigmas, o que deve ser acompanhado de estudos científicos pautados na precisão e clareza linguística e na estruturação sistêmica.

Neste contexto, o Constructivismo Lógico Semântico pode contribuir para que, por meio da análise linguística, novos conceitos e definições sejam introduzidos no sistema, com estruturas linguísticas claras e precisas.

Busca-se a seleção, e/ou alteração, e/ou criação de conceitos e definições que compreendam e englobem as mudanças contextuais e tragam segurança no desempenho das funções de cada setor da sociedade. Para isso, deve-se ter em pauta a análise semiótica dos termos e a comunicação entre sistemas, o que contribui para a formação de novas estruturas, como a Tributação Digital.

Tais movimentações são o ambiente social para que mudanças estruturais aconteçam, começando por análises semióticas, e construção e classificação de conceitos e definições que tragam maior compreensão no acoplamento entre direito tributário e tecnologia.

Eis que a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann (2016) e a Teoria do Constructivismo Lógico Semântico, de Paulo de Barros Carvalho (2015), são bases para conhecer novas movimentações jurídicas em meio às mudanças sociais, e para extrair a compreensão da capacidade de adaptação do direito que o assunto requer.

3. O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO E A TEORIA DOS SISTEMAS

O ser humano é dotado de alta capacidade intelectual, sendo capaz de formar pensamentos, frases e assim, de se comunicar por meio da língua e da linguagem. A reação humana às afetações externas está diretamente ligada à respectiva capacidade de processamento.

Como já ensina Jonathan Barros Vita (2011, p. 26) a consciência passa pelo prisma da “reflexão e aprendizado na organização das frases e pensamentos, pois o homem é um animal que possui a característica de processar ordenadamente as suas pulsões e de gerar *outputs* para o mundo que o agride”.

Língua pode ser definida como o conjunto que engloba integralmente os signos. É como escreve Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 30): “Entre outras acepções, tomemos língua como sistema de signos, em vigor numa determinada comunidade social, cumprindo o papel de instrumento de comunicação entre seus membros.”

Nos ensinamentos de Vilém Flusser (2012, p. 49): “A língua é o conjunto de todas as palavras percebidas e perceptíveis, quando ligadas entre si de acordo com regras preestabelecidas.”

Por sua vez, Jonathan Barros Vita (2011, p. 26): “Língua é realidade, é o conjunto, caos e ordenação, tendo como elementos constituintes um conjunto de significantes e regras de um dado contexto social, espacial e temporal que é criação e criado pela língua”

Já linguagem pode ser vista como o mecanismo para a comunicação, tendo por base a língua. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 32): “Linguagem, aliás, é a palavra mais abrangente, significando a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua.”

Também, nas palavras de Jonathan Barros Vita (2011, p. 26): “Linguagem é repertório, forma de expressão, espécie, é um conjunto sistematizado de signos funcionando como meio de comunicação de ideias.”

Cada língua é responsável por constituir uma realidade (Flusser, 2012). É com base em tal consideração que Vilém Flusser (2012, p. 71) afirma que a tradução entre línguas diferentes não se revela plena. A exemplo, entre o Português e o Tcheco: “A realidade tcheca e a portuguesa são demasiadamente diferentes para permitir uma tradução satisfatória da frase *vou*.”

Diante da divergência de realidades é possível verificar imprecisões de sentido que uma língua apresenta em relação à outra. Isto pois cada língua carrega valores culturais e históricos que constituem a realidade da respectiva nação, de modo que, se for traduzida literalmente para outra língua, incorre em incongruências.

A complexidade e diversidade de sentidos também se faz presente dentro da própria língua. Termos que podem indicar diversos sentidos necessitam de análise e interpretação adequadas para que a mensagem transmitida seja clara e precisa.

Isto pois se o termo não for claro haverá possibilidade e tendência à ambiguidade o que traz imprecisões e até incompreensões da mensagem que se queira passar. É necessário que tais premissas de reflexão e consideração sejam aplicados ao direito.

Em tempos contemporâneos, com a complexidade de signos que estão contidos nas línguas, torna-se necessário o exercício para a precisão e clareza de mensagens. É na preocupação com a ciência a partir da precisão linguística que o pensamento Neopositivista ganhou corpo expressivo com reflexões desenvolvidas a partir das reuniões feitas em Viena no século XX.

Afirma Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 20): “Tratavam, portanto, de Filosofia das Ciências, mais preocupados, porém, com uma Epistemologia Geral, na medida em que cada um dos participantes lá estava movido pelos interesses específicos do seu campo de indagações.”

A partir do movimento Neopositivista, a epistemologia recebeu foco como objeto de reflexão para a construção de um conhecimento baseado no estudo linguístico. É nessa linha que o Constructivismo Lógico Semântico se desenvolve, trazendo detalhes e enriquecendo o modo como se conhece a partir da realidade trazida pela língua e linguagem.

Como ensina Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 21):

[...] se levarmos em conta as duas mencionadas reduções (da Filosofia à Epistemologia e desta à Semiótica), poderemos entender a importância essencial que os adeptos do movimento atribuem à linguagem como o instrumento por excelência do saber científico.

O movimento Constructivista parte da análise semiótica das estruturas linguísticas, dando ênfase aos aspectos sintático, semântico e pragmático dos termos. É com base na análise semiótica, delimitando os sentidos e aplicações da língua por meio da linguagem, que se busca trazer precisão e clareza na mensagem com que se pretende passar (Carvalho, 2015, p. 28).

Pode-se afirmar que, com a delimitação de conceitos através das definições, o pensamento Constructivista abre margem para a organização de classes e subclasses, unidas segundo um gênero e separadas por espécie.

O mesmo Autor afirma (2015, p. 119): “Toda classe é susceptível de ser dividida em outras classes. É princípio fundamental em Lógica que a faculdade de estabelecer classes é ilimitada enquanto existir uma diferença, pequena que seja, para ensejar a distinção”. A partir desta linha de compreensão é possível que seja dada uma colocação adequada aos atuais e novos termos que se integram no Direito.

Levando-se em consideração a diversidade de sentidos e a tendência à confusão de expressões linguísticas, o Constructivismo Lógico Semântico é um movimento fundamental para a análise e compreensão da realidade estruturada, constituída a partir da língua e da linguagem.

Segundo Jonathan Barros Vita (2011, p. 33):

Sinteticamente, esta teoria apresenta um foco específico que perfaz um importante entrecruzamento entre aspectos lógicos (sintáticos), o chamado Giro Linguístico, e uma forte investigação semântica das estruturas e palavras dispersas no corpo do direito positivo, utilizando-se de premissas filosóficas e epistemológicas fortes para que este método produza um conhecimento seguro e coerente.

Por sua vez a Teoria dos Sistemas exerce função pautada na estruturação, comunicação, observação e autoprodução de sistemas oriundos do meio social. Trata-se de uma teoria necessária à compreensão da evolução sistêmica em uma visão macro.

Afirma-se, segundo a respectiva Teoria, que o sistema tem a si próprio como principal agente para a sua auto produção. Desta forma, não é o ser humano o centro das movimentações sistêmicas. Nas palavras de Jonathan Barros Vita (2011, p. 53): “É dizer, como já elucidado, o ser humano não está no centro destas especulações, mas o sistema em si, enquanto organismo vivo e independente de seu entorno, fechado operativamente”

A partir da Teoria ensinada por Niklas Luhmann os fenômenos sociais, que também são conhecidos como ambiente social, constituem as provocações aos sistemas já consolidados. Neste ponto é pertinente observar que os sistemas são passíveis de evolução sendo inicialmente irritados por fatos sociais.

Considerando que os sistemas têm a si próprio como instrumento para sua autoprodução, e que são passíveis de irritação pelo ambiente social, afirma-se na Teoria de Niklas Luhmann que os sistemas são operativamente fechados e cognitivamente abertos.

Afirma-se que a evolução e adaptação do sistema do direito aos fatos sociais é dado em um mecanismo definido por Niklas Luhmann (2016) como *autopoiese*, onde o sistema descreve a si mesmo perante irritações sociais e dá abertura para que novos termos sejam sistemicamente introduzidos, de modo a formar novas estruturas como reação às irritações que inicialmente afetaram o sistema.

É como pode-se verificar:

Tendo chegado a essa questão sobre a distinção *do* direito, podemos dispor nossas cartas na mesa. A tarefa pode ser resolvida se se conseguir descrever o direito como um sistema autopoietico e autodistintivo. Esse programa teórico implica que o próprio direito produza todas as definições e caracterizações e que a unidade do direito não seja nada mais que o fato da autoprodução, a “autopoiese”. (Luhmann, 2016, p. 424)

Nas palavras de Jonathan Barros Vita (2011, p. 80): “Prosseguindo, como já dito, o fechamento operativo é a forma de diferenciação entre ambiente e sistema, do que a *autopoiesis* é forma de gerar operações dentro deste e o diferenciar daquele”.

Em geral, afirma-se que a Teoria dos Sistemas e o Constructivismo Lógico Semântico são harmônicos mediante a linha da estruturação do Direito, sendo a primeira direcionada à visão macro e a segunda, à visão micro.

Como afirma Jonathan Barros Vita (2011, p. 52):

Logo, poder-se-ia estabelecer como relação de que cada um destes sistemas teóricos estuda fenômenos distintos, sem serem incompatíveis entre si, assim como a física clássica, física quântica e física gravitacional operam, atingindo, respectivamente, objetos comuns, microestruturas e macroestruturas.

A partir de tais Teorias, é possível afirmar que o direito é um sistema passível de mudanças provocadas segundo alterações sociais em linha temporal; que é formado a partir da realidade, ou seja, da consolidação da língua nas linguagens; que se autoproduz através da observação e descrição de si em meio ao ambiente social; e que está estruturado segundo critérios de classificação baseados em conceitos e definições.

É através da *autopoiese* (Luhmann, 2016) que novas estruturas poderão ser introduzidas no sistema, tendo como base a análise semiótica a partir das contribuições do Constructivismo Lógico Semântico. A partir destes pontos de referência, serão estudadas as mudanças provocadas pela Revolução Digital.

4. TRIBUTAÇÃO NA ERA DIGITAL

A tributação é necessária na medida em que serve como fonte de receita direcionada aos gastos com a manutenção do Estado. Eis que o atendimento aos encargos legalmente assumidos pelo Estado requer algum tipo de suprimento (Cardoso, 2012).

Da mesma forma, na economia, a ascensão da tecnologia trouxe afetações ao sistema tributário. A partir deste contexto, o sistema do direito deverá corresponder ao avanço tecnológico, não deixando de ser sistema do direito, mas dando abertura à geração de estruturas através da interligação entre direito, economia e tecnologia, seguindo a premissa da comunicação de Luhmann (Luhmann, 2016).

A tecnologia traz desafios ao sistema tributário haja vista que, com os fenômenos da digitalização e da virtualização, alguns conceitos tributários passam a ser incompatíveis com a nova realidade econômica.

Leonardo Rocha Hammoun (2019, p. 137) considera:

Ademais, não é à toa que a nomenclatura “realidade virtual” tomou grandes proporções e, de fato, exala uma realidade de imaterialidade que não possui correspondência prática com as relações sociais que configuram o direito tributário tradicional

É o caso do conceito de fronteira física. Em padrões anteriores à conexão multinacional que a tecnologia proporciona, o conceito de fronteira física era um ponto de referência completo, que possibilitava a instituição e aplicação de novos tributos. Segundo o conceito de fronteira, as normas estabelecidas pelo Estado se fazem válidas dentro do respectivo território.

Com a tecnologia as operações financeiras e a prestação de atividades econômicas passaram a superar os limites das fronteiras físicas, envolvendo entes localizados no território de outros Estados (Correia Neto; Afonso; Fuck, 2019).

Nota-se que o sistema da tributação deverá lançar novas definições acerca do conceito de fronteira, como forma de produzir uma estrutura que possibilite a continuidade da aplicação tributária perante as operações envolvendo a economia digital.

Desse modo, defende-se aqui a construção de uma definição que possa servir como suporte para a criação de normas dedicadas à tributação digital, de modo que fronteira também ganhe uma definição aplicável ao meio virtual, e que seja possível vincular tal conceito às futuras normas dedicadas à tributação virtual.

O Constructivismo Lógico Semântico pode ser visto como o sistema de referência elementar na construção de conceitos e definições moldados em uma análise semiótica que contribua para a clareza e precisão de termos linguísticos.

Como expressado anteriormente, a língua constitui realidade e a linguagem é o arcabouço pelo qual se transmite a mensagem linguística. Faz-se crucial, desse modo, a Teoria de Paulo de Barros Carvalho perante a boa procedência de novas estruturas na tributação digital.

A tributação permanece sendo medida atual e adequada às novas formas e fenômenos da sociedade na proporção em que se faz necessário arrecadar para suprir os gastos do Estado perante os encargos legalmente assumidos.

No entanto, os mecanismos para se tributar não são plenos no tempo, sendo necessário que a autopoiese sistêmica (Luhmann, 2016) atue como instrumento fundamental de atualização e adequação perante novas vertentes sociais.

Desse modo, não é a tributação o objeto e motivo de incompatibilidade com as novas esferas sociais, econômicas, no meio tecnológico, mas sim, os conceitos e definições para a tributação. Com efeito, as estruturas de um sistema só estão presentes em virtude de motiva-

ções anteriores, provocadas pela irritação social. Sem nenhuma irritação no ambiente social, não há como o sistema atuar de forma adequada à realidade.

Não há como conceitos e definições trazerem plenitude temporal ao sistema, de modo que não se ocorra mais uma autoprodução. A partir de tal premissa, faz-se necessário que conceitos, como fronteira, passem por adequações linguísticas frente às irritações no ambiente social.

É com novas definições de conceitos, como fronteira no ambiente virtual ou fronteira virtual, adequadas ao contexto tecnológico, que será possível construir uma realidade da tributação digital. Com novas definições e conceitos, atributos orientados pelo Constructivismo Lógico Semântico, o processo de autoprodução sistêmica poderá dar viabilidade funcional para que o sistema atinja seu objetivo.

É, pois, através da construção linguística em conceitos e definições adequados à realidade já presente em outros sistemas que o direito, como sistema que se comunica com os demais para atingir os objetivos jurídicos de proteger valores e determinar deveres, poderá ganhar base sólida para tributação digital.

4.1 A TRIBUTAÇÃO DIGITAL NO BRASIL

A economia digital é uma estrutura decorrente do avanço tecnológico ocorrido no contexto da Revolução Digital. Não se imaginava a possibilidade de pagar de forma virtual, com criptomoedas, ou não se sabia que a velocidade de internet e capacidade de armazenamento de dados iria viabilizar a aplicação e o amplo acesso de atividades de entretenimento revolucionárias, como as do *streaming*.

Tratando sobre a temática tributária, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é ampla, prevendo desde quais tributos poderão ser instituídos, até a competência de cada ente da federação para a respectiva instituição (Brasil, 1988). Artigos como o 155 e o 156, CRFB/88 prescrevem respectivamente competências dos Estados perante o ICMS, e dos Municípios perante o ISS (Brasil, 1988).

No que se refere às mudanças provocadas no atual contexto revolucionário, a partir da percepção de que as plataformas virtuais passariam por um rápido processo de ascensão dos meios econômicos, as autoridades políticas brasileiras identificaram a necessidade de se agir para que fossem feitas as respectivas adequações legislativas.

Nesse sentido, foi editada a Lei Complementar 157/2016, que alterou a LC 116/2003, para que fossem incluídos como serviços, passíveis à tributação pelo ISS, “processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres”, posicionados no item 1.03 da Lista de Serviços, anexa à respectiva Lei (Brasil, 2016).

Ademais, o item 1.04 da mesma Lista também define como serviço: “Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres”. (Brasil, 2016)

A partir desta previsão legal, o Município de São Paulo editou a Lei nº 16.757/2017, regulamentando a incidência do ISS sobre a atividade do *streaming*, passando a cobrar o tributo

municipal sobre empresas que estivessem estabelecidas no local sob a respectiva competência municipal. (São Paulo, 2017).

Pouco tempo depois, em outra subestrutura tributária, foi editado o Convênio 106/2017, pelo Conselho Nacional de Política Fazendária, onde passou a definir operações eletrônicas como bens passíveis de tributação pelo ICMS. É como se vislumbra na Cláusula Terceira do respectivo Convênio:

O imposto será recolhido nas saídas internas e nas importações realizadas por meio de site ou de plataforma eletrônica que efetue a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados, na unidade federada onde é domiciliado ou estabelecido o adquirente do bem ou mercadoria digital (Brasil, 2017).

Com base nesta previsão, que deu abertura para a incidência do ICMS sobre disponibilização em site ou plataforma eletrônica, o Estado de São Paulo publicou o Decreto nº 63.099/2017, passando a tributar com o ICMS a atividade do *streaming*. (São Paulo, 2017).

Nota-se que a partir da Lei Municipal nº 16.757/2017 e do Decreto Estadual nº 63.099/2017, um único fato gerador passou a sofrer incidência de dois impostos, o ISS e o ICMS, o que caracteriza bitributação e conflito de competência.

A CRFB/88 estabelece expressamente as competências de cada ente da federação. A partir de então, a bitributação pode ser vista como um estado alheio e defeituoso em relação ao sistema tributário, haja vista que devem ser respeitadas as competências constitucionalmente estabelecidas.

Aponta-se que tais situações conflituosas são causadas pela imprecisão quanto à abordagem do novo fato gerador. Isto pois o que motiva a incidência de ICMS é o entendimento de que as operações eletrônicas são bens, enquanto a motivação para a incidência de ISS é o entendimento sobre a natureza de tais operações como sendo serviço.

Lyvia de Moura Amaral Serpa (2019, p. 59) afirma:

Novas tecnologias, como tudo que é novo, têm como principal característica uma dificuldade de enquadramento nos conceitos de “circulação de mercadoria” ou “prestação de serviço”, que foram moldados para uma economia de um outro tempo. Como resultado, Estados e Municípios se digladiam na tentativa de lhes enquadrar nesses conceitos.

Ademais, há um discutido e reconhecido contexto de guerra fiscal, que se perdura através de imprecisões linguísticas e posicionamentos opostos que diferentes entes da federação sustentam quanto ao enquadramento da incidência tributária em novas categorias digitais.

A base para o levantamento de suspeitas entre os entes da federação, no contexto da guerra fiscal, é gerada através do impasse entre definições e conceitos com que se submetem as operações financeiras no sistema do direito.

Diante deste contexto, aponta-se que a guerra fiscal pode ser definida como um obstáculo à realização de políticas tributárias consistentes e seguras. Nota-se, também, que o sistema tributário, com conceitos e definições tradicionais sobre natureza jurídica para a identificação do fato gerador, tem encontrado dificuldades diante da volatilidade e agilidade nas mudanças sociais provocadas pelo avanço tecnológico.

É como afirmam Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Marcos Nobrega (2020, p. 131):

O sistema tributário brasileiro vigente, baseado em tipicidade cerrada e definição de competências por materialidades, não é capaz de racionalmente prescrever uma tributação ordenada. Esse quadro se intensifica diante das ofertas da nova economia digital, antes seu caráter intangível e disruptivo. As velhas categorias constitucionais e legais não refletem as práticas negociais e transformam a busca pela natureza jurídica em uma atribuição de natureza fiscal deformadora da realidade

Sob a premissa do Constructivismo Lógico Semântico, a bitributação, o conflito de competência, associados à impossibilidade de tributar novas categorias na tributação digital, podem ser vistos como problemáticas causadas pela imprecisão linguística.

A partir de então, afirma-se que a Teoria de Paulo de Barros Carvalho pode contribuir dando base para a análise semiótica das expressões linguísticas, a construção de definições e conceitos, bem como a classificação dos respectivos termos.

4.2 POSICIONAMENTOS SOBRE ISS E ICMS

Na busca de trazer solução à problemática sobre tributação digital, há quem defenda que a cobrança do *streaming* pelo ISS seja inconstitucional, ao considerar que tal atividade se trata de uma obrigação de dar, e não de fazer. Como ponderam Ana Clara Madeiro Campos Cabral e Andrey Bruno Cavalcante Vieira (2017, p. 171):

Pontualmente, ao analisar o fato gerador ao qual incide o ISS, o termo “serviço” se refere a um trabalho prestado a terceiros, em caráter negocial e sob o regime de direito privado. Nesse diapasão, na cessão de direito de uso de um dado objeto mediante remuneração, o proprietário permanece com a propriedade do bem que, com o término do contrato, lhe será restituído. Dessa forma, não há como se falar na incidência do ISS, pois a relação jurídica proporciona o surgimento de uma “obrigação de dar” e não “de fazer”.

Por outro lado, há quem defenda a aplicação do ISS sobre o denominado *Software as a Service* (SaaS), modalidade esta que abrange o *streaming*. Segundo Mariana Cavalcanti de Jesus e Sergio André Rocha, o ISS pode ser cobrado sobre o SaaS tendo em vista que esta modalidade não consiste em obrigação de dar, mas sim de fazer. Como se pode verificar:

Nesse caso, a responsabilidade do fornecedor seria manter a disponibilização do sistema, fazer a manutenção e garantir que o usuário tenha acesso ao conteúdo disponível. Portanto, a contraprestação pela permissão de acesso às plataformas digitais poderia ensejar a incidência do ISS, uma vez que seria caracterizada como remuneração por uma obrigação de fazer (De Jesus; Rocha, 2019, p. 29).

No que se refere ao ICMS, os mesmos Autores posicionam-se no sentido de que o Imposto não incide sobre o *streaming*. Para tanto, defendem que o ICMS é cabível apenas quando há transferência de titularidade o que não ocorre no caso do SaaS.

Diante do concreto caso de conflito de competência que se pôde vislumbrar e dos posicionamentos doutrinários, o Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente, no Recurso Extraordinário (RE) 651.703/PR, manifestou-se em um sentido que torna viável a incidência do ISS sobre a plataforma *streaming*.

Provocado também sobre a aplicação do ICMS, o STF, no RE 540.829/SP, manifestou-se no sentido de que a caracterização de circulação econômica depende da transferência de titularidade. A partir deste entendimento, a mera posse de um conteúdo não poderia ensejar a incidência de ICMS. Eis a manifestação:

Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Consectariamente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica. (Brasil, 2014, p. 2)

Como se pode constatar, o STF recentemente manifestou-se sobre a incidência de ISS e ICMS, o que contribuiu para a pacificação da incidência do ISS sobre a categoria *streaming*. Já é possível vislumbrar posicionamentos doutrinários baseados nas respectivas manifestações. É o que se afirma:

Sendo assim, considerando que a transmissão do *software* é feita, via de regra, mediante contrato de cessão de direito de uso, não haverá transferência de titularidade necessária para a incidência do ICMS. Ainda que o *software* seja considerado mercadoria intangível, inexistiria o elemento da “circulação”, necessário para a configuração do fato gerador da exação em questão (De Jesus; Rocha, 2019, p. 12).

Ainda:

Resta-se ainda que o entendimento no sentido da possibilidade da incidência do ICMS na hipótese em questão – fornecimento do acesso ao *software* via *streaming* – parece divergir das premissas adotadas em outro julgado do Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 540.829, com repercussão geral, no qual se analisou a possibilidade de incidência do ICMS sobre bens transferidos meramente a título de *leasing* mercantil, concluindo-se que, não havendo a transferência de titularidade da mercadoria, não estaria caracterizada a circulação jurídica, razão pela qual seria incabível a incidência do ICMS (Serpa, 2019, p. 69).

No que se refere ao ISS, a manifestação do STF sobre a respectiva incidência sobre o *streaming* provocou manifestações em defesa da pacificação na incidência do ISS sobre o *streaming* (Lopes, 2019).

Aponta-se que as Teorias do Constructivismo Lógico Semântico e a Teoria dos Sistemas têm muito a contribuir para a construção de uma realidade adequada às mudanças sociais, e que sirva de base para a reestruturação, ou estruturação do sistema tributário à validade e eficácia no cumprimento do objetivo de tributar.

Já não é no mesmo ritmo anterior que as mudanças sociais estão ocorrendo. Se em tempos antigos era necessário haver uma estrutura ágil para mudanças de alíquotas, hoje, devido ao fator agilidade, volatilidade e flexibilidade que estão presentes na sociedade tecnológica, as respostas sistêmicas deverão englobar mudanças conceituais, e de definição.

O Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado e se manifestar, como visto no RE 651.703/PR e no RE 540.829/SP, contribuiu para a pacificação entre o ICMS e o ISS, restando evidente que o último Imposto seria aplicável à categoria *streaming*, sendo este posicionamento, como visto, também defendido por doutrinadores.

Neste ponto defende-se que a Teoria do Constructivismo Lógico Semântico se faz pertinente como instrumento de análise semiótica e construção linguística precisa e clara. Afirma-se que a respectiva Teoria seja considerada por entidades competentes para a solução de conflitos, como o STF, de modo que a solução de conflitos linguísticos e estruturais seja dada de forma rápida, clara e precisa.

5. SUGESTÃO PARA A ESTRUTURA DA TRIBUTAÇÃO DIGITAL NO BRASIL

Diversas discussões que estão ocorrendo no Brasil envolvem os desafios de se tributar em um mundo cada vez mais digitalizado. Inicialmente, o intuito de aplicar a tributação no meio digital trouxe a incidência de ICMS e ISS para um mesmo fato gerador o que caracteriza bitributação e conflito de competência.

Neste contexto, a Teoria do Constructivismo Lógico Semântico e Teoria dos Sistemas podem contribuir como pontos de referência para que a tributação digital seja bem estruturada e composta por conceitos e definições construídos dentro de uma análise linguística sólida, clara e precisa.

Nota-se que a atuação do STF no RE 651.703/PR e no RE 540.829/SP, ainda que o assunto principal não tenha sido a tributação no *streaming*, contribuiu para a pacificação do entendimento de que o ISS é aplicável à respectiva categoria digital.

Ademais, verifica-se que a manifestação do STF contribuiu para que as definições de ICMS e ISS passassem por uma delimitação e amplificação, de modo que o *streaming* passasse a ser fato gerador de apenas um imposto, e não dos dois, como inicialmente ocorrera.

A partir destas considerações, propõe-se que Teorias como a do Constructivismo Lógico Semântico passem a ser adotadas por órgão encarregados de solução de conflitos e mudanças estruturais, a exemplo do STF.

A Teoria do Constructivismo Lógico Semântico traz sustentação para que haja análise semiótica, construção de conceitos e definições, bem como classificações. No caso das manifestações do STF, considerando que tais premissas sejam aplicadas, é possível que esforços sejam direcionados à delimitação de sentidos linguísticos dos conceitos, o que ao final, pode trazer a solução de eventual conflito.

Ademais, o Constructivismo Lógico Semântico pode servir como sistema de referência não somente para o Supremo Tribunal Federal, mas para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como do Poder Legislativo e Poder Executivo.

No âmbito da tributação digital, tal Teoria pode contribuir para que as competências dos entes da federação, já constitucionalmente repartidas, adquiram definições linguísticas mais claras e precisas. É o que pode ser verificado com a delimitação do ISS sobre a categoria *streaming*.

Assim, com uma atuação baseada em premissas Constructivistas, afirma-se que a tributação digital passa a ganhar base linguística e estrutura para que seja de fato aplicada sobre as atividades digitais que já estão presentes no meio social, como no caso do *YouTube Premium*.

A tributação na era digital tem sido um desafio, haja vista que a tecnologia não se limita a fronteiras físicas. Desse modo, operações de tecnologia podem envolver dispositivos e servidores virtuais localizados em diversos países.

Considerar conceitos tradicionais da tributação às atividades tecnológicas pode já não ser mais um caminho viável. O Estado poderá encontrar obstáculos fronteiriços provocados pela interconexão entre consumidores e servidores, localizados em países diferentes.

A partir desta incompatibilidade entre fronteira tradicional e conexão multinacional, eis que se propõe o conceito de fronteira virtual. Partindo-se de premissas do Constructivismo Lógico Semântico, fronteira virtual pode ser definida para fins tributários como sendo o ponto a partir do qual se passa a incidir a soberania do Estado sobre as personalidades que ali se façam presentes.

Fronteira virtual está delimitada no território físico do Estado, tal qual o conceito tradicional de fronteira. No entanto, tal definição abrange também o que é virtual, passando a fazer incidir a tributação sobre o que ultrapassa o físico e se faz presente no meio tecnológico.

Fronteira pode ser definida como um pilar da tributação, necessário para se delimitar a soberania do Estado e assim haver possibilidade de incidência tributária. Da mesma forma pode ser colocado em fronteira virtual, tendo esta o diferencial de servir de pilar para a delimitação e possível incidência tributária no meio digital.

Neste caso, o Constructivismo Lógico Semântico pode ser visto como o sistema de referência que, aplicando a análise semiótica, serve de base para a construção do conceito de fronteira virtual, contribuindo para que, dentro da realidade constituída em língua e linguagem, a tributação digital se faça possível de forma clara, precisa, e pronta pra integrar estruturas do direito.

Afirma-se que a respectiva Teoria deva ser utilizada como ponto de referência para que órgãos competentes para solucionar conflitos, como o STF, possam melhor definir as competências já divididas constitucionalmente, acrescentando o diferencial linguístico de modo que o enquadramento tributário seja feito de forma mais clara e precisa, como pode-se afirmar no caso do ISS sobre o *streaming*.

A LC 116/03 estabelece que o ISS seja arrecadado ao município onde estiver localizado o estabelecimento prestador do respectivo serviço. No entanto, percebe-se que não há previsão para a arrecadação do Imposto sobre municípios onde não estão localizados os estabelecimentos prestadores, mas está havendo a prestação do serviço.

Há neste caso uma clara lacuna legislativa, haja vista que há municípios em que os serviços digitais estão sendo prestados, mas não estão sendo arrecadados, ocorrendo isto somente em municípios onde se faz presente o estabelecimento prestador.

Na era digital é possível que um único estabelecimento possa prestar serviços em diversas localidades, mesmo que não possua nenhuma unidade física instalada no respectivo local. A partir de tal ambiente social, faz-se necessário que a legislação sobre o ISS passe a abranger a possibilidade de arrecadação do Imposto onde o serviço estiver sendo prestado.

Faz-se necessário que a legislação passe por alterações segundo a necessidade de tornar a tributação compatível com as novas formas de atividade econômicas. No caso do ISS, que a tributação acompanhe a trajetória da prestação do serviço digital.

Eis que fronteira virtual, conceito este baseado nas contribuições do Constructivismo Lógico Semântico, pode ser aplicado na ocasião em que o ISS recair sobre municípios onde não estão localizadas as unidades dos estabelecimentos, mas são prestados os respectivos serviços.

Por outro lado, na era digital a prestação de serviço poderá ser feita por estabelecimentos cuja instalação física não esteja localizada em território nacional, mas no respectivo país de origem. Desta forma tributar empresas de outros países pode trazer reações diplomáticas. (Carbonar, 2020)

Nesse sentido, a Lei Complementar 116/03 prevê em seu Artigo 6º, §2º, I que são responsáveis pelo recolhimento do ISS o tomador ou o intermediário, quando o serviço seja proveniente do exterior ou tenha se iniciado no exterior (Brasil, 2016).

Aqui afirma-se novamente que fronteira virtual faz-se um conceito compatível a previsões legais que envolvam a tributação digital. No caso do Artigo 6º, §2º, I da LC 116/03, fronteira virtual poderá servir como instrumento de verificação da procedência do serviço, se foi prestado em território nacional, ou no exterior.

O Constructivismo Lógico Semântico, sistema de referência que contribui para a construção de conceitos como fronteira virtual, também poderá servir de base para que órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo atuem, seguindo suas respectivas competências tributárias, para realizarem análises semióticas, construção linguística e classificações que sejam precisas e claras. Isto para que haja tributação digital e até pacificação de guerra fiscal.

Aqui cabe afirmar que o conceito de fronteira virtual está atrelado ao de fronteira física, possuindo as mesmas delimitações, uma em relação à outra. Fronteira física seria apenas um conceito pertencente às novas estruturas sistêmicas e linguísticas e que viesse como mecanismo para a compatibilização da tributação na era digital.

A tributação em si não pode tornar-se incompatível perante as mudanças sociais, mas sim, as maneiras de como tributar. Dessa forma, cabe ao sistema direito tributário se autoproduzir, com base linguística sólida orientada pelo Constructivismo Lógico Semântico, no sentido de dar viabilidade e continuidade à atividade de arrecadação.

6. CONCLUSÃO

A era digital trouxe diversas mudanças sociais, haja vista as capacidades revolucionárias que a tecnologia de alta velocidade, armazenamento e processamento vem apresentando.

O sistema digital comunicou-se com outros sistemas, provocando-os à mudança. Sistemas como a economia e o direito. E diretamente provocado está o sistema tributário, que passou a enfrentar desafios estruturais e conceituais em virtude das mudanças tecnológicas realizadas no ambiente social.

No Brasil, além do desafio da autoprodução sistêmica como reação às provocações sociais na era digital, está o apego ao enquadramento de novas categorias digitais à conceitos já consolidados aos moldes vigentes, e o acirramento do cenário de guerra fiscal, provocado por diferentes posicionamentos relacionados à natureza jurídica e competência.

Tornam-se cada vez mais evidentes os desafios que a tributação no Brasil precisa superar. Somente a questão da guerra fiscal constitui em si uma fonte de novos processos no contencioso, e um obstáculo à ampliação do sistema tributário para novos setores econômicos.

Neste contexto brasileiro específico, eis que se propõe uma análise estrutural e linguística de modo a destacar a pertinência e contribuição das Teorias do Constructivismo Lógico Semântico e dos Sistemas.

Viu-se, a partir da compreensão de que os sistemas se comunicam e se autodescrevem em uma atividade de autoprodução, a importância da criação de novas estruturas dentro do sistema tributário, que carreguem contribuições e compatibilidades de outros sistemas envolvidos no ambiente social, como o econômico, o digital e o tributário.

Ademais, vislumbrou-se que deverão ser traçadas mudanças conceituais e de definição, fundadas no Constructivismo Lógico Semântico, de modo que se dê possibilidade para uma construção linguística compatível, segura e precisa de conceitos e definições que irão compor a estrutura tributação digital.

Defende-se a partir da Teoria de Paulo de Barros Carvalho, a construção de conceitos inovadores, como fronteira virtual, que sejam compatíveis com a era digital e que contribuam para que a incidência da tributação digital se dê com precisão e clareza.

Assim pode ocorrer no caso do conflito de competência entre ICMS e ISS. Com análise linguística, aplicação de conceitos inovadores, como fronteira virtual, é possível manter as competências já repartidas constitucionalmente e acrescentar elementos linguísticos que melhor definam cada competência sobre as categorias digitais. É o caso da pacificação do ISS sobre o *streaming*.

Ademais, afirma-se que o Constructivismo Lógico Semântico, através do conceito de fronteira virtual, possa contribuir para que a tributação do ISS passe a ser aplicável em municípios onde não estão instaladas unidades físicas do prestador, mas o serviço não deixa de ser prestado.

Ainda, fronteira virtual poderá ser instrumento aplicado no Artigo 6º, §2º, I, da LC 116/03 para que seja verificada a procedência do serviço e assim, identificado se a tributação irá incidir sobre o prestador, ou o tomador ou intermediário.

Viu-se que Teorias como Constructivismo Lógico Semântico, ao serem consideradas pelos órgãos competentes nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, podem contribuir de diversas formas para que a tributação digital se faça possível, clara, precisa e pacífica.

Assim pode ser o caso do *YouTube Premium*, que passou por uma rápida ascensão e já conta com diversas assinaturas *Premium* no Brasil e no mundo. É com base em uma boa construção linguística, realizada de forma bem estruturada, que será possível vislumbrar caminhos que tornem a tributação digital real e concreta.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto R.; ARDEO, Thaís; MOTTA, Bernardo. Impactos da Revolução Digital na Tributação: Uma Primeira Revisão Bibliográfica. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA, Hadassah Laís [coord.]. **Tributação 4.0** – São Paulo: Almedina, 2020. ISBN 978-85-8493-619-9. ePUB.
- BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. **Convênio ICMS 106, de 29 de setembro de 2017**. Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidentem nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17. Acesso em: 29 set. 2020.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 29 de dezembro de 2016**. Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm. Acesso em: 7 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 651.703/PR**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. ISSQN. Art. 156, III, CRFB/88. Conceito Constitucional de Serviços de Qualquer Natureza. Artigos 109 e 110 do CTN. As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao imposto sobre serviços de qualquer natureza, ISSQN previsto no art. 156, III, da CRFB/88. Recorrente: Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA. Recorrido: Secretário Municipal de Finanças de Marechal Cândido Rondon - PR. Relatora: Min. Luiz Fux, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788517>. Acesso em: 29 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 540.829/SP**. Recurso extraordinário. Constitucional e Tributário. ICMS. Entrada de mercadoria importada do exterior. Art. 155, II, CF/88. Operação de arrendamento mercantil internacional. Não incidência. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Hayes Wheels do Brasil LTDA. Relatora: Min. Gilmar Mendes, 11 de setembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261072>. Acesso em: 29 set. 2020.
- CARBONAR, Alberto. Crise na OCDE: tributação digital e guerras comerciais. **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/crise-na-ocde-tributacao-digital-e-guerras-comerciais-10072020>. Acesso em: 2 set. 2020.
- CABRAL, Ana Clara Madeiro Campos; VIEIRA, Andrey Bruno Cavalcante. **A Inconstitucionalidade da Tributação das Plataformas de Streaming à Luz da Lei Complementar nº 157/2016**. II ENPEJUD. Encontro de Pesquisas Judiciais da Escola da Magistratura do Estado de Alagoas. 2017. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/233/102>. Acesso em: 29 set. 2020.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. A Função Social do Tributo na Perspectiva da Solidariedade. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 5, n. 2, p. 10-20, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO José Roberto R.; FUCK Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 1, p. 145-167, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3356/2344>. Acesso em: 29 set. 2020.
- CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO José Roberto R.; FUCK Luciano Felício. Desafios Tributários na Era Digital. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA, Hadassah Laís [coord.]. **Tributação 4.0** – São Paulo: Almedina, 2020. ISBN 978-85-8493-619-9. ePUB.
- CRUZ, Lucas. Quanto Custa Anunciar no YouTube? **Expertdigital**, 2020. Disponível em: <https://expertdigital.net/quanto-custa-anunciar-no-youtube/#gsc.tab=0>. Acesso em: 29 set. 2020.

DATHEIN, Ricardo. **Inovação e Revoluções Industriais**: uma apresentação das mudanças tecnológicas determinantes nos séculos XVIII e XIX. Publicações DECON Textos Didáticos 02/2003. DECON/UFRGS, Porto Alegre, fev. 2003. Disponível em: <https://lume-re-demonstracao.ufrgs.br/artnoveau/docs/revolucao.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

DE JESUS, Mariana Cavalcanti; ROCHA, Sergio André. A Incidência do ICMS sobre o Comércio Eletrônico de *Software*. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital; GOMES, Marcus Lívio; ROCHA, Sergio André. **Tributação da Economia Digital** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 978-85-519-1559-2.

FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NOBREGA, Marcos. Tributação na Economia Digital e o Conflito de Competência. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA, Hadassah Laís [coord.]. **Tributação 4.0** – São Paulo: Almedina, 2020. ISBN 978-85-8493-619-9. ePUB.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**: Annblume. Jun. 2012. ISBN 85-7419-417-4 (Annablume).

GOOGLE divulga faturamento publicitário do YouTube pela Primeira Vez. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/02/03/google-divulga-faturamento-do-youtube-pela-primeira-vez.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2020.

HAMMOUN, Leonardo Rocha. Imposto Único nas Operações de Internet: a Consensualidade como Paradigma e o Combate aos Conflitos Tributários na Era Digital. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital; GOMES, Marcus Lívio; ROCHA, Sergio André. **Tributação da Economia Digital** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 978-85-519-1559-2.

JORGE, Alexandre Teixeira; CORRÊA, Vanessa Banelli; SIQUEIRA, Vanessa Huckleberry Portella. Tributação de Novas Tecnologias e o Histórico Conflito entre os Princípios da Origem e do Destino na Delimitação da Competência Tributária. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital; GOMES, Marcus Lívio; ROCHA, Sergio André. **Tributação da Economia Digital** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 978-85-519-1559-2.

LOPES, Guilherme Negreiros Lacerda. Atualização Legislativa: Tributação sobre a Plataforma de *Streaming* Netflix. **JUS**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/74647/atualizacao-legislativa-tributacao-sobre-a-plataforma-de-streaming-netflix>. Acesso em: 22 set. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ePUB.

MULLER, Leo. 5 Recursos que Farão Você Dar uma Chance ao YouTube Premium. **Tecmundo**, 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/134604-5-recursos-voce-dar-chance-youtube-premium.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

REZENDE, Fernando. A Revolução Digital e a Reforma Tributária. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital; GOMES, Marcus Lívio; ROCHA, Sergio André. **Tributação da Economia Digital** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 978-85-519-1559-2.

SÃO PAULO. **Decreto nº 63.099 de 22 de Dezembro de 2017**. Introduz alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS e dá outras providências. 2017. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2017/decreto-63099-22.12.2017.html#:~:text=Introduz%20altera%C3%A7%C3%B5es%20no%20Regulamento%20do,RICMS%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 29 set. 2020.

SÃO PAULO. **Lei Municipal nº 16.757, de 14 de novembro de 2017**. Institui o Programa de Incentivos Fiscais para a Zona Sul; introduz modificações nas Leis nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, nº 14.097, de 8 de dezembro de 2005, nº 14.910, de 27 de fevereiro de 2009, nº 15.928, de 19 de dezembro de 2013, nº 15.948, de 26 de dezembro de 2013, nº 16.097, de 29 de dezembro de 2014, nº 16.127, de 12 de março de 2015, nº 13.476, de 30 de dezembro de 2002, e nº 14.125, de 29 de dezembro de 2005; autoriza o Poder Executivo a contratar operações de crédito para financiar projetos de investimentos; institui o Programa de Incentivos aos Eixos de Desenvolvimento Noroeste e Fernão Dias; autoriza o Poder Executivo a ceder direitos creditórios das receitas de que trata a Lei nº 14.488, de 19 de julho de 2007, nas condições que especifica; introduz alterações na Lei nº 14.668, de 14 de janeiro de 2008. 2017. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16757-de-14-de-novembro-de-2017>. Acesso em: 29 set. 2020.

SERPA, Lyvia de Moura Amaral. Conflito de competência entre Estados e Municípios e as operações envolvendo transferência e/ou licenciamento para uso de software. In: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital; GOMES, Marcus Lívio; ROCHA, Sergio André. **Tributação da Economia Digital** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 978-85-519-1559-2.

TERMOS de uso da Netflix. **Netflix**, 2020. Disponível em: <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>. Acesso em: 7 set. 2020.

VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito**: Direito Internacional e Direito Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

YOUTUBE Premium. **Youtube**, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/premium>. Acesso em: 7 set. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/02/2021
- Avaliação 1: 01/04/2021
- Avaliação 2: 22/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 13/06/2022
- Retorno rodada de correções: 10/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

TRANSPARÊNCIA, DATAÍSMO E (SOCIEDADE DE) CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A FACE PERIGOSA DO TECNOUTOPISMO DE GESTÃO RACIONAL

TRANSPARENCY, DATAISM AND (SOCIETY OF) CONTROL IN PUBLIC ADMINISTRATION: THE DANGEROUS FACE OF RATIONAL MANAGEMENT TECNOUTOPIISM

JOÃO PAULO JAMNIK ANDERSON¹
CELSO LUIZ LUDWIG²

RESUMO

Objetivamos, pela análise documental e bibliográfica, e de maneira crítica e reflexiva, debater o dataísmo, a transparência e o tecnoutopismo. Concluímos que o uso dos dados como única forma de informação do jurista, do controlador e do gestor público para o controle da Administração Pública leva a decisões equivocadas e preconceituosas. Isto diante de uma sociedade positiva, em que o negativo, o desviante, deve ser afastado em favor do padrão científico.

Palavras-chave: controle da administração pública; dataísmo; transparência.

ABSTRACT

We purpose, based on documentary and bibliographic analysis, in a critical and reflexive way, discuss the dataism, the transparency and the technoutopism. We concluded that the use of data as the only form of information for the jurist, the public controller and manager can lead to mistaken, prejudiced decisions. This in a positive society, whitch the negative, the deviant, need to be isolate per a cientific standard.

Keywords: control of public administration; dataism; transparency.

- 1 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2015), graduação em Publicidade e Propaganda pela Universidade Positivo (2007) e mestrado em Direito pelo Centro Universitário Internacional (2021). Atualmente é coordenador - Novos Profissionais do Direito. LATTES id: <http://lattes.cnpq.br/9308466652518997>
- 2 Possui graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1978), graduação em Letras pela Universidade Federal do Paraná (1986), graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998). Atualmente é professor do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná e do curso de Direito da Faculdade Internacional de Curitiba.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ANDERSON, João Paulo Jamnik; LUDWIG, Celso Luiz. Transparência, dataísmo e (sociedade de) controle na Administração Pública: a face perigosa do tecnoutopismo de gestão racional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 74-88, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.8493>.

1. INTRODUÇÃO

As tecnologias da informação são ferramentas que emergem no período entreguerras. Hoje são responsáveis por uma mudança de paradigma tecnológico comparável ao que foi a máquina a vapor para a Modernidade.

É possível dizer, até mesmo, que trazem uma mudança de paradigma social e científico. Por esse motivo, afirma-se que estaríamos vivendo uma nova sociedade, a Sociedade em Redes. Características dessa sociedade são a flexibilidade, a utilização da lógica de redes em diversas formas de organização, a penetrabilidade das tecnologias da informação, a convergência de sistemas e a informação se tornando matéria prima (Castells, 1999).

Tal mudança de paradigma também atinge o direito, que passa a ter que lidar com a velocidade, a fluidez e a horizontalidade. Tais características não combinam com um direito focado em hierarquia, formalidade e burocracia, características herdadas da modernidade e racionalidade europeia.

Na gestão pública, e por consequência no seu controle democrático, as tecnologias da informação também são responsáveis por mudanças de paradigma: a) ora por imposição do neoliberalismo e da globalização que se espalha pelo mundo desde a década de 1970; b) ora também para acompanhar a velocidade da informação e a modelagem em redes. Como exemplo disso, as Cidades Inteligentes e a utilização de mecanização a partir da inteligência artificial, tanto para a execução gerencial das políticas públicas, como para o controle.

Este estudo parte dessas premissas, mas tem como objetivo dar um passo atrás nesse “tecnoutopismo” da gestão racional. Melhor colocando, traz como problema a utilização das tecnologias da informação de maneira a gerar diagnósticas equivocadas e perigosas a partir da transparência e do *big data*.

Assim, a questão a ser levantada é: os dados, científicos ou não, coletados, armazenados e tratados por enormes computadores, podem ser utilizados pela administração pública como forma de melhorar a gestão pública atingindo a maior eficiência? Ocorre também uma mudança na maneira de se encarar o princípio da eficiência, da transparência e da publicidade?

E mais. Estes dados podem ser utilizados para prever atos de improbidade administrativa, por exemplo? Esta é a tese apontada por Licurgo Mourão no artigo científico “Neurociência: um novo modelo para políticas anticorrupção? ”, também objeto de crítica deste estudo, no segundo momento. No texto, Mourão afirma ser possível realizar o controle preventivo da corrupção e da ineficiência do servidor a partir do mapeamento neurológico dos candidatos e dos servidores públicos já egressos da Administração. Para tanto, recorre a uma pseudociência que andava (muito bem) esquecida, a frenologia.

Desta monta, a partir da análise documental crítica e reflexiva, no primeiro momento deste estudo é abordada a transparência como fenômeno social antagônico ao sigilo e à metafísica, e que adquire característica psicopolítica a partir das tecnologias da informação e, principalmente, a partir da sociedade em redes. Também é o momento de estudar o *big data* e o dataísmo, ou seja, a ideologia dos dados. Por outro lado, também se destaca a complexidade científica como epistemologia novo-paradigmática que emerge a partir do estudo da cibernética e da Teoria da Informação.

No segundo momento é feita a análise do texto de Licurgo Mourão, apresentando como os conceitos de dataísmo e de psicopolítica podem ser perigosos para a gestão pública e para a atividade de controle. O objetivo também é apontar caminhos na complexidade para a análises de fenômenos complexos como são os fenômenos sociais.

Já o terceiro é o momento de se levantar mais possibilidades em que o controle e a transparência do panóptico digital podem ser prejudiciais ao controle e ao Estado.

2. DA ILUMINAÇÃO AO DATAÍSMO

A transparência não está entre os princípios que foram dispostos explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (Brasil, 1988). No entanto, pode-se dizer que ela está diretamente relacionada com todos os princípios constitucionais, principalmente os da publicidade e eficiência.

Apesar de poderem ser confundidos, o que diferencia o princípio da publicidade do princípio da transparência é a ideia que está por trás deles. O primeiro está relacionado com a democracia, com a publicização do Estado. Já o segundo refere-se à única forma como esta democracia pode ser atingida, a partir do acesso à informação, balizada pelas liberdades de expressão, de informação e de imprensa, e do afastamento do sigilo (Rodrigues, 2014).

Melhor explicando. Quando se fala de afastamento de sigilo não se está falando apenas sobre o sigilo do Antigo Regime (Monarquia), que a República e a Democracia modernas sugerem, mas sim de uma mudança de paradigma em todas as ciências a partir da ascensão do racionalismo.

Isto significa que, já a partir do séc. XIV, com o renascimento italiano, a teologia medieval começa a ser afastada; “os intelectuais passaram a se voltar mais para as preocupações do ser humano. [...] O realismo e as sensibilidades humanas ganharam muito mais importância em todos os campos do saber” (Levene, 2013, p. 87). Quando chega o séc. XVII, início da Era da Razão, “todas aquelas certezas do passado - uma Igreja única, com o rei governando por direito divino como representante de Deus da terra” haviam sido afastadas (Levene, 2013, p. 92).

Sendo assim, o princípio da transparência surge, para o direito administrativo, em conjunto com uma ideia de racionalidade oriunda do afastamento do sigilo tanto na forma de entender a natureza, a partir do afastamento da teologia e metafísica, como na forma de entender o poder como natural e previsível. Afasta-se do sigilo originário dos reis com representantes divinos.

Norberto Bobbio leciona, neste sentido, que o pensador iluminista “se considera chamado a derrotar o reino das trevas: onde quer que tenha ampliado o próprio domínio, a metáfora da luz e do clareamento (*daaufklarung* ou *doenlightment*) ajusta-se bem à representação do contraste entre poder visível e poder invisível” (Bobbio, 1997, p. 96-97).

Assim, reforça-se, a transparência é uma categoria inerente ao Estado Moderno emergente do paradigma da Modernidade, que atinge as ciências desde a análise da natureza até a análise das relações sociais e do poder.

2.1 A SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

Para se debruçar mais a fundo sobre a transparência, desta forma, devemos nos perguntar qual é o seu cerne. Mais do que um mero afastamento das ciências pré-modernas e dos Estados ligados à representação divina do poder, para Francesc Torralba “a transparência é a dissolução das fronteiras entre o dentro e o fora, a perfeita correspondência entre o ser das coisas e sua aparência, a simetria entre o que as pessoas são e o que representam” (Torralba, 2018, p. 17-18).

Portanto, mais do que uma forma de racionalização daquilo que antes era sigilo e mito, explicado como fenômenos atrelados à Deus ou qualquer outra entidade superior que comandaria o destino das pessoas e dos fenômenos, como os seres transumanos gregos ou dos povos ameríndios, por exemplo, a transparência pode ser encarada como o esgarçamento do ser humano.

Surge, no entanto, dentro de uma sociedade individualizada a partir da modernidade, a dicotomia e contradição entre o que deve ser intimidade, privacidade e sigilo, e aquilo que deve ser esgarçado, “ter a casca rompida” (Esgarçado).

Analisando a transparência como fenômeno contemporâneo, Byung-Chul Han apresenta que vivemos a Sociedade da Transparência. Trata-se da sociedade positiva, em oposição à negatividade. A positividade, no sentido atribuído, indica uma sociedade sem contradição, onde a ciência se apresenta sem a negatividade, isto é, sem dicotomia (Han, 2017).

Como ensina Maria José Esteves de Vasconcellos, na positividade a meta é “dissipar a aparente complexidade dos fenômenos, a fim de revelar uma ordem simples a que eles obedeceriam. [Ocorre] uma luta constante para identificar a simplicidade por trás da complexidade dos fenômenos” (Vasconcellos, 2002, p. 106).

Ocorre, na positividade, o predomínio da dialética - as coisas são “ou isso ou aquilo”, em detrimento da dialógica, onde os fenômenos podem adquirir diversas classificações, serem transdisciplinares - “e isso e aquilo e aquilo...” (Vasconcellos, 2002). Assim, a ciência, primeiro as ditas exatas e depois as humanas, e em consequência a administração pública e o direito, passam a agir, com base nesta positividade, a partir da fuga da contradição e do sigilo, daquilo que ainda não foi revelado.

A crítica de Han é que, nesta sociedade positiva, as coisas perdem seu valor e importância em desfavor daquilo que pode ser exposto. Só se adquire valor aquilo que pode ser visto. Tal sociedade positiva e transparente aposta na estabilidade, objetividade e simplificação, características de uma ciência da modernidade (Han, 2017).

Porém, como afirma Ilya Prigogine, se assim fosse, o mundo como um sistema estável, comparável ao relógio e à máquina da Modernidade, ele não estaria em consonância com o que observamos ao nosso redor. Isso porque “seria um mundo estático e predizível, mas não estaríamos lá para formular as previsões. Os sistemas estáveis que levam a certezas correspondem a idealizações, a aproximações” (Prigogine, 2011, p. 59).

Ou seja, Prigogine e Han convergem na ideia de que a sociedade da transparência pode levar a uma ideologia de que as coisas funcionam conforme uma estabilidade deduzível em

números. Na sociedade contemporânea, importa dizer, estes números se expressam a partir dos dados produzidos, tratados e coletados na Internet.

Han também aponta que estaríamos vivendo uma nova forma de poder, mais inteligente, que não mais atua a partir da coação física (biopoder), como imaginava Michel Foucault, mas que age a partir do afeto³. Tal afeto se dá a partir das redes das tecnologias da informação. As pessoas não são proibidas e coagidas, como acontecia no biopoder, mas sim incentivadas, a partir da ideia de liberdade de informação e comunicação, a se exporem, se desnudarem (Han, 2018).

No entanto, neste cenário de sedução, aponta Maria Rita Kehl, “a multiplicidade de discursos, de saberes e de valores que caracterizaram a modernidade vem dando lugar a uma forma de discurso único, fundado sobre razões de mercado, muito mais eficazes que a dominação da Igreja na Idade Média” (Kehl, 2015, p. 92).

Han ainda comenta que a sociedade da transparência imaginada como forma de controle da administração pública, a partir do acesso à informação, não se aplica completamente. Ou melhor: a transparência exigida dos políticos, dentro de uma sociedade em que os cidadãos são comparados à consumidores ou usuários⁴, acaba se tornando apenas uma forma de atingir a intimidade dos políticos, expô-los. Esta transparência também não fomenta a democracia e a participação social, mas apenas a reclamação ou queixa dos serviços. Han a nomeia de “democracia de espectadores”, ou seja, “a reivindicação por transparência pressupõe a posição de um espectador a ser escandalizado” (Han, 2018, p. 22).

2.2 DATAÍSMO NO SEGUNDO ILUMINISMO

Para além dos problemas de falta de privacidade e proteção de dados da sociedade panóptica digital, inaugurada pelas tecnologias da informação, e que são constante objeto de interesse dogmático, intelectual e legislativo brasileiro⁵, Byung-Chul Han chama atenção para um outro aspecto: o dataísmo, isto é, o *totalitarismo digital* (Han, 2018).

Melhor dizendo, o autor utiliza-se da metáfora e da comparação para afirmar que os dados se tornaram a ideologia contemporânea, o Segundo Iluminismo. Desta monta, se “no primeiro iluminismo, acreditava-se que a estatística seria capaz de libertar o conhecimento do teor mitológico” (Han, 2018, p. 79), “a transparência é a palavra chave para o segundo Iluminismo [...] tudo deve se tornar dados e informação” (Han, 2018, p. 80).

No mesmo sentido, David Harvey foca para a ascensão duma ciência econômica “ortodoxa, um corpo fechado de conhecimento supostamente racional [...] ao qual ninguém tem acesso” (Harvey, 2018, p. 13). Tal matematização, ainda, é alimentada pela ideia de que os computadores possuem a capacidade de “construir, dissecar e analisar enormes conjuntos de

3 “a psicopolítica neoliberal é dominada pela *positividade*. Em vez de usar ameaças negativas, ela trabalha com *estímulos positivos*. Não aplica nenhum << remédio amargo >>, e sim o *curtir*” (Han, 2018, p. 52).

4 Para Mark Fisher, “ao longo dos últimos trinta anos, o realismo capitalista implantou com sucesso uma ‘ontologia empresarial’ na qual é *simplesmente óbvio* que tudo na sociedade, incluindo saúde e educação, deve ser administrado como uma empresa” (Fisher, 2020, p. 34).

5 Para Byung-Chul Han, no entanto, “tendo em vista a quantidade de informação que se lança voluntariamente na rede, o próprio conceito de proteção de dados se torna obsoleto. Hoje, caminhamos para a era da psicopolítica digital, que avança da vigilância passiva ao controle ativo, empurrando-nos, assim, para uma nova crise da liberdade: até a vontade própria é atingida.” (Han, 2018, p. 23)

dados sobre tudo”, abrindo caminho para uma “tecnoutopia de gestão racional (por exemplo, cidades inteligentes) governada pela inteligência artificial” (Harvey, 2018, p. 13).

O problema deste dataísmo, tanto para a economia como para a administração pública e o direito, todavia, é que os números se tornam também uma mitologia, uma barbárie (Han, 2018). Eles, os dados, não contam uma narrativa: “a linguagem é completamente esvaziada de seu significado” (Han, 2018, p. 82). Ademais, “as correlações substituem a causalidade. O é *assim mesmo* substitui o *por quê*. A quantificação da realidade movida a dados afasta completamente o espírito do conhecimento” (Han, 2018, p. 94).

Nas palavras de Harvey, os dados “não esgotam o terreno daquilo que precisa ser conhecido. E certamente não ajudam a resolver os problemas de alienação e deterioração das relações sociais” (Harvey, 2018, p. 13). Trata-se de um embate, porém já Moderno, que surge entre a narrativa e a lógica. A partir da modernidade, a narrativa é afastada como discurso legítimo. “O que digo é verdadeiro porque provo” (Lyotard, 2019, p. 45). No entanto, para Jean-François Lyotard, “o paralelismo da ciência com o saber não científico (narrativo) faz compreender, pelo menos sentir, que a existência da primeira é tão necessária quanto a da segunda, e não menos” (Lyotard, 2019, p. 48-49).

Melhor explicando, para Han “os *big data* colocam à disposição apenas um conhecimento muito elementar, as correlações, nas quais nada é *concebido*. Os *big data* não têm *conceito nem espírito*. O conhecimento absoluto que sugere coincide com a falta de saber absoluta” (Han, 2018, p. 95).

O autor argumenta ainda um segundo aspecto do dataísmo, que é o afastamento do acontecimento. Assim como a estatística, os dados apostam numa igualdade formal, tornando a divergência algo a ser afastada, eliminada ou posta em conformidade (Han, 2018). Ou seja, “os *big data* não têm nenhum acesso àquilo que é único. Eles são completamente *cegos ao acontecimento*” (Han, 2018, p. 104).

No entanto, o autor complementa, “não é o estatisticamente provável, mas o improvável, o *singular*, o *acontecimento*, que determinará a história, o *futuro* humano. Por isso, os *big data* também são *cegos ao futuro*” (Han, 2018, p. 104). Olhar o presente e o futuro pelas lentes e dados do passado nos leva a se ver vulneráveis ao improvável, como a pandemia de Covid-19.

2.3 DADOS COMO SOLUÇÃO SIMPLES PARA QUASE TUDO, MENOS PARA O ESSENCIAL

Já para Evgeny Morozov, não são as tecnologias as principais vilãs a serem combatidas, mas sim o modelo em que elas adquiriram na atualidade. *In verbis*: “Talvez devêssemos abandonar por completo a dialética tecnologia/progresso. (...) o verdadeiro inimigo não é a tecnologia, mas o atual regime político e econômico” (Morozov, 2018, p. 30). Para o autor, um dos principais motivos para se odiar o Vale do Silício é que seu modelo de resolução de problemas, simplista, acaba se tornando modelo para outras instituições, inclusive as instituições democráticas, de gestão e controle da Administração Pública.

Ou seja, “embora ‘mais computação’ ou ‘mais informação’ possam ser soluções privadas lucrativas para determinados problemas, não são necessariamente as respostas mais eficazes

para problemas públicos complexos e difíceis, decorrentes de causas institucionais e estruturais profundas” (Morozov, 2018, p. 39). Como defende Morozov (2018, p. 41):

inspirados pelo Vale do Silício, os formuladores de políticas redefinem os problemas como se fossem causados, sobretudo, pela insuficiência de informações, ao mesmo tempo que contemplam soluções que só visam a uma coisa: fornecer informações por meio do uso de aplicativos. Mas onde estão os aplicativos para combater a pobreza ou a discriminação racial? Criamos aplicativos para resolver problemas que aplicativos conseguem resolver - em vez de enfrentar os problemas que de fato precisam ser resolvidos. (Morozov, 2018, p. 41)

Melhor dizendo, o dataísmo, a transparência e a tecnoutopia acabam gerando a falsa impressão de que as tecnologias da informação, e a matemática, poderiam resolver nossos problemas. Porém, eles acabam sendo solução para problemas banais, resolvendo problemas de velocidade e diminuindo as horas necessárias de trabalho (como é o papel das tecnologias desde o surgimento da roda e do fogo).

No entanto, deveríamos utilizá-las para que exerçam trabalhos que não mais nos cabem. Para uma boa gestão pública, para o controle da corrupção, por exemplo, deveríamos utilizar de nossa capacidade de consciência e entendimento do complexo.

2.4 COMPLEXIDADE

É bem importante dizer, no entanto, que a cegueira da ciência e dos dados ao futuro e à complexidade não é objeto de análise apenas de Han, Harvey e Morozov, e muito menos uma exclusividade do dataísmo. Como aponta Edgar Morin, a própria modernidade científica Iluminista, em sua sanha simplificadora, é fundamentada no método da análise cartesiana.

Para Descartes, fundador do método analítico, a ferramenta metodológica, aprendida por ele no estudo da lógica (Descartes, 2009, p. 31-33), caracteriza-se por:

dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las, e, após, conduzir por ordem meus pensamentos, começando por objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos. (Descartes, 2009, p. 34)

Mas para Morin, tal método dá origem à inteligência cega, que:

destrói os conjuntos e as totalidades, isola todos os seus objetos do meio ambiente. [...] As realidades-chave são desintegradas. [...] As disciplinas das ciências humanas não têm mais necessidade da noção de homem. E os pedantes cegos concluem então que o homem não tem existência, a não ser ilusória. Enquanto que os mídias produzem a baixa cretinização, a Universidade produz a alta cretinização. A metodologia dominante produz um obscurantismo acrescido, já que não há mais associação entre os elementos disjuntivos do saber, não há possibilidade de registrá-los e de refleti-los. (Morin, 2011, p. 12)

Morin é um entusiasta de uma ciência novo-paradigmática, complexa, que leva em conta a dinamicidade caótica, intersubjetiva e interrelacionada como avanço do pressuposto moderno da simplificação. Trata de conceituar a complexidade como

a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades. De fato, todo sistema auto-organizador (vivo), mesmo o mais simples, combina um número muito grande de unidades da ordem de bilhões, seja de moléculas numa célula, seja de células no organismo (mais de 10 bilhões de células para o cérebro humano, mais de 30 bilhões para o organismo). (Morin, 2011, p. 34-35)

Para Maria José Esteves de Vasconcellos (2002), a ciência começa a observar a complexidade a partir da Cibernética e da teoria da informação. Ganha força a partir do estudo dos sistemas cuja causalidade se torna reflexiva, ou seja, a partir de sistemas auto-reguladores, que fogem da dicotomia causa e efeito (causalidade linear). Melhor explicando,

a cibernética é parte de um paradigma mais amplo nas ciências, mais especificamente o organicismo, originado a crítica formulada contra o mecanicismo como entendimento ontológico fundamental. [...] A cibernética, como uma das formas de organicismo, mobiliza dois conceitos-chave, *feedback* e informação, para analisar o comportamento de *todos* os seres, tanto animados (vivos) quanto inanimados (sem vida), mas também natureza e sociedade. (Hui, 2020, p. 101)

Já Yuk Hui afirma que “no século XX a cibernética impõe uma nova condição de filosofar ao afirmar que não há diferença de gênero entre o orgânico (ou, mais precisamente, o vitalismo) e o mecânico, mas apenas uma diferença de grau” (Hui, 2020, p. 130). Isto significa que ocorre, a partir da cibernética, a revisão de conceitos de complexidade que haviam sido afastados a partir do constructo de que o mundo funcionaria como uma máquina, um sistema.

Os sistemas complexos, afirma Vasconcellos, são aqueles que se formam de várias unidades, e que se relacionam com várias interações. “Seus comportamentos desordenados, caóticos, emaranhados, de difícil previsão fazem esses sistemas parecerem esquisitos, instáveis, desobedientes” (Vasconcellos, 2002, p. 110).

E, nesse cenário de complexidade, cabe ao cientista, e ao administrador público e ao jurista, no nosso caso, “passar a acreditar que estudaremos ou trabalharemos sempre com o *objeto em seu contexto*” (Vasconcellos, 2002, p. 111). Acredito que o direito se encontre entre os mais complexos dos sistemas, repleto de narrativas e nuances que devem ser utilizadas em sua análise.

Este estudo traz como problemática a transparência e o *big data* como perigosos para a diagnóstica⁶ da gestão pública, e do controle desta. Para tanto, escolheu-se, no segundo momento, fazer uma análise do estudo de Licurgo Mourão sobre a utilização de dados psicossociais de servidores afastados por corrupção, bem como propor uma nova forma de análise que se proteja dos perigos da transparência panóptica da administração pública e dos *big data* como ferramenta de controle, levando em conta a narrativa e a complexidade.

6 Para Christian Ingo Lenz Dunker, “uma diagnóstica (no feminino) é um discurso local acrescido de efeitos, alianças e injunções que ultrapassam esse campo específico de autoridade, ação e influência. (...) A diagnóstica é a condição de possibilidade dos sistemas diagnósticos” (Dunker, 2015, p. 20).

3. A CEGUEIRA ILUMINISTA NO TEXTO DE LICURGO MOURÃO

Em novembro de 2017, na revista Fórum Administrativo, Licurgo Mourão publicou o artigo intitulado “Neurociência: um novo modelo para políticas anticorrupção?” (Mourão, 2017). No texto, o autor aponta que o aumento dos casos de corrupção tem, por consequência, aumentado o interesse científico no estudo das formas de prevenção da prática. Para o autor, para que esta prevenção ocorra a “primeira tarefa consiste em identificar a predisposição desses indivíduos ao cometimento das práticas de corrupção, diagnosticando neles características que vedem seu acesso ao serviço público, garantidos sempre a presunção de inocência e o devido processo legal” (Mourão, 2017, p. 50).

A proposta apresentada é a utilização de exames que identificam traços psicológicos e de personalidade em indivíduos que já exercem ou almejam ingressar no serviço público. Estes exames identificariam a predisposição “ao comportamento antissocial, contraprodutivo e, no limite, às práticas de corrupção” (Mourão, 2017, p. 53). Estas técnicas poderiam ser tanto Testes de Integridade como exames de imagem cerebral (Mourão, 2017).

Ao final do artigo, o autor apresenta uma análise de dados, objetivos, de servidores do Poder Executivo do Município de Belo Horizonte, do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, e da União. Para o autor, tal levantamento de dados “poderá servir de base para o uso das neurociências no mapeamento de risco de corrupção na Administração Pública brasileira” (Mourão, 2017, p. 59).

Apesar de todo o esforço do autor em realizar a pesquisa, porém, ousou discordar de seu posicionamento. Primeiramente, porque o posicionamento é altamente perigoso e pode levar a atitudes preconceituosas. O próprio autor cita Lombroso no início de seu trabalho, para depois dizer que os estudos foram retomados, sem sequer mencionar que as teses científicas do “homem delinquente” levaram aos horrores da eugenia.

A avaliação fria de dados, como o apresentado pelo autor, pode ser caracterizada como a avaliação da periculosidade pelo corpo do indivíduo. Como indicam Jaqueline Cenci e Tiago Rickli (2014), ao analisarem o livro “O Crime do Restaurante Chinês”, do historiador Boris Fausto, em que houve a prisão, o interrogatório e a avaliação física de um suspeito negro, neste cenário de suspeita de predisposição ao crime:

Deve-se interrogar o suspeito, mas igualmente deve-se ‘interrogar’ o seu corpo; o indivíduo pode ‘confessar’ seu crime não apenas pelo discurso, mas também biologicamente pelo seu corpo. E se a estrutura morfofisiológica do indivíduo tem valor para a solução do crime, é porque o crime já não se confunde mais apenas com a ação do praticante, mas com a sua estrutura corporal, como uma propriedade ou conteúdo que ele possui e o determina. (Cenci; Rickli, 2014, p. 79)

Trata-se do que o autor José Leopoldo Ferreira Antunes ensina ser a medicina legal praticada no Brasil entre os anos 1870-1930, lapso temporal por ele pesquisado. Tal medicina legal, junto com a higiene, faziam parte da “medicina política” (Antunes, 1999, p. 32). Tal medicina “remete a medicina para uma dimensão coletiva da existência humana; seu emprego isola, no campo do pensamento médico, um segmento singular extremamente complexo” (Antunes, 1999, p. 32). O autor aponta que

em pouco tempo, a medicina legal resumiu-se à condição de instrumento de rotina para o apoio às investigações policiais. O reconhecimento público da atividade médico-legal também se alterou, passando de uma das fontes de emissão dos preceitos morais, para depositária de uma insuspeita habilidade detetivesca. Nesse sentido, é fácil constatar que a dimensão política da medicina legal, outrora tão facilmente apreensível, tenha se ocultado sob o manto de sua condição tecnológica. (Antunes, 1999, p. 33)

Melhor dizendo, o que o autor afirma é uma ascensão da medicina não mais como a balizadora das atitudes morais e de higiene, mas a sua colocação, a partir do tecnicismo e do cientificismo, como verdade.

Desta forma, embora o artigo científico analisado não esteja abordando a Criminologia, mas sim o Direito Administrativo, ao se abraçar a ideia de exclusão de pessoas do dever e poder de prestar o serviço público a partir de suas características biológicas e médicas, como a característica de alteração no lobo frontal, seria uma forma do Estado brasileiro retroagir a uma culpabilização a partir do corpo, e não a partir da ação.

Ademais, como critica Marília Etienne Arreguy, “a hierarquização do cérebro como substrato empírico privilegiado na determinação da conduta arrisca desqualificar o inefável das montagens psíquicas intersubjetivas, afora a chance de negligenciar fatores sociais na origem de atitudes violentas” (Arreguy, 2010). Ou seja, transfere-se para uma única ciência, a neurologia, a capacidade de se filtrar se um servidor será um bom ou um mau servidor. Utiliza-se, mais uma vez, da análise simplista cartesiana.

Afirma Arreguy que a frenologia, ideia de que “a conformação da caixa craniana, dependendo de seu tamanho e suas protuberâncias, designava diferentes aspectos da personalidade do indivíduo”, bem como de que locais do cérebro eram responsáveis por “virtudes e falhas de caráter”, foi criada no séc. XIX. Tal método foi totalmente refutado, por não ter sido comprovada por um de seus formuladores (Arreguy, 2010).

Melhor dizendo, muitas vezes, ao medir o crânio de criminosos, Johann Gaspar Spurzheim, um dos fundadores da frenologia, não conseguiu obter os resultados. A partir de então, afirma Arreguy, “historicamente, essas teorias foram caracterizadas por uma espécie de localizacismo pseudocientífico, embora hoje em dia muitos neurocientistas não tenham essa visão” (Arreguy, 2010).

Portanto, afirma Arreguy, “o principal resultado da frenologia e da antropologia criminal foi estigmatizar ‘tipos sociais’, ou seja, negros, prostitutas, pobres e marginais de um modo geral, como se fossem sujeitos criminosos por conformação inata” (Arreguy, 2010).

É com base nessa pseudociência que Murão baseia sua tese. Pode-se dizer que o autor, que exerce função pública dentro do Tribunal de Contas de Minas Gerais, filia-se aos estudos de uma ala da neurociência do séc. XXI, conhecida como neofrenologia. Nos apontamentos de Francisco Ortega:

Muitos neurocientistas que trabalham com neuroimageamento não denigrem a frenologia; para eles, o movimento frenológico formulou as questões corretas com a tecnologia errada, donde o rótulo de neofrenologia e neolocalizacismo. Entre as principais premissas sobre o cérebro presentes na cultura popular – e não apenas nela – que não são explicitadas, estão: que o cérebro armazena memórias, que a mente é, no fundo, o cérebro, e que o ser humano é constituído essencialmente pelo cérebro, isto é, trata-se de uma nova figura antropológica que podemos denominar ‘sujeito cerebral’. (Ortega, 2006)

Arreguy, ao abordar a neofrenologia, apresenta que é comum entre os achados e artigos que refletem sobre o tema uma abordagem nula ou pouca sobre afetos e paixões, “referindo-se apenas às emoções no cérebro. Não há espaço para as sutilezas e derivações das emoções. Apesar de muitos neurocientistas reconhecerem a importância de fatores sociais e subjetivos, não se detêm sobre eles” (Arreguy, 2010). É o mesmo tipo de análise, simplista, que Licurgo Mourão traz para seu artigo.

Em essência, ocorre novamente uma abordagem simplificada e cartesiana de um fenômeno complexo como são os crimes contra a administração pública ou os atos de improbidade administrativa, ou mesmo como é a Administração Pública, no caso em comento. Parte-se de uma hipótese defendida por alguns neurocientistas para se apresentar uma tese preconceituosa.

Ademais, mesmo que haja toda uma base científica e comprovada da tese da proteção do bem público pelo exame de imagem do cérebro (o que não há), tal tese deve ser rechaçada apenas porque é preconceituosa. Trata de excluir pessoas da oportunidade e do dever de cooperar com a Administração dos bens públicos e coletivos apenas pelo fato de serem doentes.

Fica o questionamento. A sanha do combate à corrupção deve ultrapassar qualquer limite dos direitos humanos? Podemos questionar, ainda, o grande número de servidores públicos que são afastados de suas funções (aposentados ou licenciados) por doenças mentais e comportamentais como a depressão⁷. Na sanha do Estado como ente um austero (Austeridade Fiscal), sóbrio, como podemos não prever que se recuse o ingresso no serviço público de pessoas propensas à depressão, apontada como um sintoma social⁸. Vale colocar que o comportamento antissocial e contraprodutivo também deve ser evitado, conforme o texto de Licurgo Mourão. Como o indivíduo que sofre de depressão, o portador de transtorno da personalidade também é um doente que deve ser tratado, e não excluído dos deveres legais.

3.1 POR UMA ANÁLISE NOVO-PARADIGMÁTICA DO TEXTO DE LICURGO MOURÃO

O trabalho empreendido para levantar dados e classificá-los em tabelas poderia ter sido realizado de forma diferente, analisando, por exemplo, um dos casos de corrupção, a fim de entender os contextos em que os crimes são cometidos.

7 São vários os artigos que utilizam da metodologia empírica para apontar um aumento no número de casos de licenças ou aposentadorias por conta de transtornos mentais e comportamentais, por exemplo: a) no Estado de Tocantins, 51,91% dos afastamentos do serviço público federal no período de 2011 a dezembro de 2012 se deram por diagnóstico de doença mental (Oliveira *et al.* 2015); b) entre 2004 e 2005, os transtornos mentais e comportamentais foram os que mais afastaram servidores municipais em Porto Alegre (49,59%). Os mais frequentes foram “episódios depressivos (F32 = 12,5%), transtorno afetivo bipolar (F31 = 8,1%), episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos (F32.2 = 7,7%), transtorno depressivo recorrente (F33 = 7,6%) e transtornos mentais e comportamentais causados pelo uso de álcool (F10 = 4,7%)” (Santos; Mattos, 2010); e c) no Estado de Santa Catarina, entre os anos de 1995 e 2005, 25,3% dos afastamentos por doença foram relacionados à transtornos mentais e comportamentais, sendo a maioria (32,32%) relacionados a transtornos depressivos moderados e episódios depressivos (Cunha *et al.*, 2009). Vale colocar que essas pesquisas empíricas têm como lapso temporal mais de cinco anos, sendo que esses números podem ter aumentado.

8 “Analisar as depressões como uma das expressões do sintoma social contemporâneo significa supor que os depressivos constituíam, em seu silêncio e em seu recolhimento, um grupo tão incômodo e ruidoso quanto foram as histéricas no século XIX. A depressão é a expressão de mal-estar que faz *água* e ameaça afundar a nau dos bem-adaptados ao século da velocidade, da euforia *prêt-à-porter*, da saúde, do exibicionismo e, como já se tornou chavão, do consumo generalizado. A depressão é sintoma social porque desfaz, lenta e silenciosamente, a teia de sentidos e de crenças que sustenta e ordena a vida social desta primeira década do século XXI” (Kehl, 2015, p. 14).

Melhor dizendo, invés de uma análise fria de dados (dataísmo), o combate à corrupção poderia se dar de maneira qualitativa e novo-paradigmática, priorizando a complexidade em detrimento da simplificação e da dialética.

Outro ponto discutível no estudo é a falta de destaque para alguns pontos. Como exemplo, nas três esferas analisadas, observou-se que os servidores afastados tinham mais de cinco anos de serviço público. A escolha metodológica mais abrangente as características individuais, como se fosse o indivíduo a base do sistema (simplificação científica), do que o sistema como um todo.

Neste sentido, apesar do esforço em trazer para o direito a disciplina da biologia e da medicina, de maneira transdisciplinar, fazer isso de maneira absoluta e absurda, como se a neurociência e a análise fisiológica pudessem solucionar um problema social, não é a atitude correta a se tomar. Melhor dizendo, não é uma forma científica atual, cada vez mais sistêmica e complexa, de se observar os fenômenos sociais, apresentando maneiras de combater as injustiças e desequilíbrios.

4. DEMAIS PERIGOS DO SEGUNDO ILUMINISMO

A tese de Licurgo Mourão, de se utilizar a análise física dos servidores públicos a fim de se prever a possibilidade de que cometam crimes de corrupção ou atos de improbidade, ou ao menos que sejam antissociais ou preguiçosos (contraproducentes e ineficientes), pode ser que não seja levada a sério nem pela academia, nem pelo poder público, e nem pelos órgãos de controle.

No entanto, há outros perigos bem menos visíveis no dataísmo e na sociedade da transparência, e que podem ser incorporados com bastante mais facilidade pelas instituições sem até mesmo que percebam que estão agindo de maneira excludente e pouco eficiente.

Um exemplo refere-se ao “stalinismo de mercado”, apontado por Mark Fisher na obra “Realismo Capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?” (Fisher, 2020). Tal termo é utilizado para designar uma nova forma de burocracia que surge a partir do modelo gerencial imaginado pelos neoliberais.

Ao invés deste modelo afastar a burocracia, criou uma burocracia toda própria, baseada em metas e em símbolos de eficiência. Tais símbolos, levantados a partir do dataísmo e da transparência constante como sociedade da vigilância (Zubof, 2021), se tornam o objetivo do ente e dos servidores. De maneira mais precisa, “as metas rapidamente deixam de ser um meio para avaliar a performance e tornam-se a finalidade em si” (Fisher, 2020, p. 77).

Tal modelo de metas transformadas em símbolos é uma constante num Estado Subsidiário, como o imaginado pela Constituição Federal de 88, e fortalecido com o caminhar do neoliberalismo como modelo de Estado. Neste sistema subsidiário, aos entes descentralizados, aos servidores, e aos terceiros que prestam serviço público, um ente (geralmente a União) condiciona a transferência de recursos a partir da análise da eficiência nas metas e dados. Da mesma forma, os órgãos de controle também recorrem a estes dados para exercerem os seus papéis.

O problema deste dataísmo e transparência, retomo, é que eles não contam narrativas. No caso dos servidores, como aponta Fisher (2020, p. 75), “o trabalho passa a ser orientado para a geração (e manipulação) das representações⁹ mais do que para os objetivos oficiais do próprio trabalho”.

Ocorre uma gamificação do serviço público, onde para o Estado interessa que o servidor adquira pontos de representação de eficiência. Ao servidor, é cômodo que participe deste jogo, pois criatividade, solidariedade e empatia geralmente não contam pontos, ou são pontos que valem menos.

Outro ponto ruim do dataísmo é o de gerar uma Administração Pública e um controle positivistas, que se escondam na neutralidade e nas Leis para se eximirem de cumprir com suas funções sociais. Isto ocorre quando o Estado deixa de cumprir com suas funções, pois teria que justificar aquele gasto não previsto. Por exemplo, a não execução de programas sociais baseado na Lei de Responsabilidade Fiscal, na ideia positiva do Estado como um corpo que deve ser austero¹⁰, e no “Teto de Gastos”.

5. CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo foi refletir sobre a utilização das tecnologias da informação de maneira a gerar diagnósticas equivocadas e perigosas a partir da transparência e do *big data*.

Fez isso estudando, no início, o princípio e a sociedade da transparência (esta última, abordada por Byung-Chul Han) como barbárie de dados (dataísmo) e positivismo. Em contraponto, se apresenta o conceito de paradigma complexo.

No segundo momento ocorre a apresentação do texto de Licurgo Mourão como exemplo de barbárie de dados. O autor traz dados empíricos para apresentar tese de que seria possível realizar o controle preventivo da Administração Pública a partir do levantamento do perfil neurológico ou pessoal do candidato ou egresso do serviço público. Aproveita-se para realizar a crítica desta análise simplista. No terceiro momento se buscou outros momentos em que a Administração Pública e o controle por dados pode gerar efeitos controversos à eficiência, à empatia e à finalidade.

Desta maneira, conclui-se que o Estado deve estar atento à gestão por dados e a consequente inteligência artificial como sinônimo de eficiência e democracia. Isto porque tal escolha pode, mas não necessariamente, levar a uma gestão excludente e desviante do interesse público.

9 O termo representação pode ser levantado como algo que não espelha o real. Fica mais claro quando comparamos escolas artistas como impressionismo e realismo. Não se está a buscar o real, pois inatingível. Como afirmam Igor Sacramento e Wilson Couto Borges, “o sentido não está no objeto, na pessoa ou no signo, mas é construído por um determinado sistema de representação. É dentro desse sistema, variado no tempo e no espaço e em disputa por agentes de uma sociedade, que são produzidos, propostos, fixados e alterados sentidos e práticas sociais” (Sacramento, 2020, p. 22-23).

10 Como afirma Franco Berardi, diante da pandemia de COVID-19, “a responsabilidade é daqueles que, nos últimos dez anos, e na verdade nos últimos trinta anos [...] impuseram o caminho da privatização e do corte dos custos do trabalho. Foi graças a essa política que o sistema público de saúde foi enfraquecido, as unidades de terapia intensiva se tornaram insuficientes, cortaram-se o financiamento e o número de unidades básicas de saúde, e pequenos hospitais foram fechados” (Berardi, 2020, p. 61). Neste cenário, “economistas que nos prometeram há trinta anos que a cura para qualquer doença social é o corte de gastos públicos e a privatização serão socialmente isolados. Se tentarem abrir a boca de novo, terao que ser tratados como aquilo que são: idiotas perigosos” (Berardi, 2020, p. 36).

O exemplo paradigmático trazido, a análise dataística de Licurgo Mourão, pode parecer distante do que pode ser utilizado pela Administração Pública. Ou seja, pode-se acreditar que a tese, embora mesmo tendo sido apresentada por uma pessoa com importante grau acadêmico (doutor) e político (conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), nunca será levada a cabo pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, como trazido pela Constituição de 88.

No entanto, é sabido que a mesma Constituição traz possibilidades de ter seus ditames flexibilizados, principalmente em momentos como a pandemia de Covid-19 (2020). Assim, chega-se à conclusão que é urgente o debate sobre o uso dos dados, pela Administração Pública, de forma simplista, atribuindo aos números e às pseudociências a possibilidade de dizer que alguém, por ser doente, não deve assumir os cargos públicos.

Ainda, que a gestão por dados pode desviar a finalidade pública para a finalidade em alcançar dados, gerando uma Administração sem empatia e narrativa.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, José Leopoldo Ferreira. **Medicina, lei e moral**: pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930). São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.
- ARREGUY, Marília Etienne. A leitura das emoções e o comportamento violento mapeado no cérebro. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 1267-1292, dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000400011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 dez. 2020.
- BERARDI, Franco. **Extremo**: cônicas da psicodifusão. São Paulo: Ubu Editora, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CENCI, Jaqueline; RICKLI, Tiago. A análise antropsiquiátrica e a influência da Escola Positivista no Brasil: discurso entre um discurso médico-científico e uma prática jurídica. In: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Literatura e pensamento crítico**: discussões sobre ciência, política e violência nas obras literárias. Curitiba: IEA Academia, 2014.
- CUNHA, Jane Bittencourt; BLANK, Vera Lúcia G.; BOING, Antonio Fernando. Tendência temporal de afastamento do trabalho em servidores públicos (1995-2005). **Rev. bras. Epidemiol**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 226-236, jun. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2009000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 02 nov. 2020.
- DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma**: uma psicopatologia do Brasil entre muros. São Paulo: Boitempo, 2015.
- ESGARÇADO. **Dicio. Dicionário Online de Português**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/esgarçado/#:~:text=Arranhado%3B%20machucado%20superficialmente%3A%20joelho%20esgar%C3%A7ado,Part.%20de%20esgar%C3%A7ar>. Acesso em: 1 dez. 2020.
- FISHER, Mark. **Realismo Capitalista**: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo? São Paulo: Autonomia Literária, 2020.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica** - O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.
- HARVEY, David. **A loucura da razão econômica**: Marx e o capital no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018.
- KEHL, Maria Rita. **O tempo e o cão**: a atualidade das depressões. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

HUI, Yuk. **Tecnodiversidade**. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

OLIVEIRA, Luanne Alves; BALDAÇARA, Leonardo Rodrigo; MAIA, Maria Zoreide Brito. Afastamentos por transtornos mentais entre servidores públicos federais no Tocantins. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 40, n. 132, p. 156-169, 2015.

ORTEGA, Francisco. O corpo transparente: visualização médica e cultura popular no século XX. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 13, supl. p. 89-107, out. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702006000500006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 dez. 2020.

LEVENE, Lesley. **Penso, logo existo**: tudo o que você precisa saber sobre filosofia. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 18. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2019.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre, Sulina, 2011.

MOURÃO. Licurgo. Neurociência: um novo modelo para políticas anticorrupção? **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 201, p. 50-60, nov. 2017. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/797b93_fa7097243b6648eea0b27441d06db3a9.pdf?index=true. Acesso em: 2 dez. 2020.

MOROV, Evgeny. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014.

SACRAMENTO, Igor. **Representações midiáticas da saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020.

SANTOS, Jandira Pereira dos; MATTOS, Airton Pozo de. Absentismo-doença na prefeitura municipal de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. **Rev. bras. saúde ocup.**, São Paulo, v. 35, n. 121, p. 148-156, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000100016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2 nov. 2020.

TORRALBA, Francesc. **Quanto transparência podemos digerir?** Um olhar honesto sobre si mesmo, os outros e o mundo. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: O novo paradigma da ciência. Campinas, SP: Papirus, 2002.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/04/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/05/2021
- Avaliação 1: 06/09/2021
- Avaliação 2: 05/12/2021
- Decisão editorial preliminar: 18/12/2021
- Retorno rodada de correções: 17/06/2022
- Decisão editorial/aprovado: 24/07/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A (IN)SUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NA PROTEÇÃO DOS DADOS E INFORMAÇÕES DO CONSUMIDOR NA ESFERA DO E-COMMERCE

THE (IN)SUFFICIENCY OF BRAZILIAN LEGISLATION IN THE PROTECTION OF CONSUMER DATA AND INFORMATION IN THE E-COMMERCE SPHERE

MICHELLI GOMES DURANTE¹
CLEBER SANFELICI OTERO²

RESUMO

A legislação em vigor no Brasil pode proteger os dados do consumidor no caso do comércio eletrônico? A julgar pelas questões levantadas, o objetivo deste trabalho é estudar a proteção dos dados do consumidor no comércio eletrônico e a adequação da legislação nacional. Para tanto, emprega-se o método dedutivo, desde a análise do uso a internet nas relações de consumo até a regulamentação legal para tanto. O motivo deste estudo é a necessidade de proteção dos dados pessoais dos consumidores. Conclui-se que os quatro diplomas destinados a proteger os dados dos consumidores ainda não representam uma proteção adequada para a proteção dessas informações.

Palavras-chave: comércio eletrônico; consumidores; proteção de dados; informação; legislação nacional.

ABSTRACT

Can legislation in force in Brazil protect consumer data in the case of electronic commerce? Judging by the issues raised, the objective of this work is to study the protection of consumer data in electronic commerce and the adequacy of national legislation. Therefore, the deductive method is used, from the analysis of the use of the internet in consumer relations to the legal regulation for this. The reason for this study is the need to protect

1 Mestranda em Ciências Jurídicas na UNICESUMAR, na Linha de Pesquisa: Os Direitos da Personalidade e seu Alcance na Contemporaneidade. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste Paulista. Advogada. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5266163680003484>.

2 Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela ITE, Bauru/SP. Graduação na Faculdade de Direito da USP, São Paulo/SP. Docente no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da UNICESUMAR, Maringá/PR. Professor no Curso de Especialização em Direito Previdenciário da UEL, Londrina/PR. Juiz Federal. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7156277822751107>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

DURANTE, Michelli Gomes; OTERO, Cleber Sanfelici. A (in)suficiência da legislação brasileira na proteção dos dados e informações do consumidor na esfera do e-commerce. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 89-103, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.8819>.

consumers' personal data. It is concluded that the four diplomas designed to protect consumer data do not yet represent adequate protection for the protection of such information.

Keywords: e-commerce; consumer; data protection; information; national legislation.

1. INTRODUÇÃO

A identidade e a apresentação de informações pessoais são necessárias para ter acesso a serviços, algo ainda mais acentuado na sociedade da informação de nossos dias, principalmente para o exercício de uma série de atividades na rede mundial de computadores. Para adquirir um produto ou serviço em uma loja na internet, por exemplo, a pessoa precisa fazer um cadastro com a apresentação de vários dados pessoais a fim de gerar um *login* e senha de acesso, armazenados para o estabelecimento de um perfil de consumo em face de buscas e compras que são realizadas. Com base nesse conjunto de dados obtidos acerca da pessoa e do que ela consome ou pretende consumir, há uma organização de padrões de consumo e, com o emprego de algoritmos em computadores, a ela são direcionadas ofertas de produtos da mesma empresa, mas também de outras, pois as informações armazenadas no banco de dados podem ser compartilhadas.

A coleta e a armazenagem indevidas, com o tratamento de dados de forma automatizada para finalidades diversas daquelas para as quais foram fornecidos, bem como a transmissão deles sem qualquer autorização podem, todavia, violar direitos fundamentais e da personalidade, como a identidade, a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, além de outros. A ausência de controle pode indevidamente difundir as informações pessoais na rede mundial de computadores, de maneira que, em razão de uma série de violações, assim como em outros países, houve o recente reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados no Brasil, com uma legislação que também avança no sentido de estabelecer balizas e critérios para o exercício dessa prática pelas empresas.

O problema jurídico que ora se apresenta é: a proteção dos dados dos consumidores é efetivamente alcançada com as leis atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro? Justifica-se a investigação para verificar se ela ocorre e, caso não ocorra, em quais situações a proteção ainda pode estar comprometida e como poderia ocorrer uma possível salvaguarda. Tendo em vista a amplitude dos direitos fundamentais que determinam a ampla proteção do insuficiente na relação de consumo, a pesquisa se torna necessária para verificar se é adequada a atual proteção conferida aos dados pessoais dos consumidores, bem como à comunicação de dados. Assim, estudar a proteção dos dados do consumidor no comércio eletrônico, eis o objetivo deste trabalho.

Com o emprego dedutivo, apresenta-se uma divisão em quatro partes, iniciando-se com a análise do consumo na internet, conceitos básicos relacionados a ele, sua magnitude e a incidência da boa-fé objetiva nas relações com o consumidor. Em seguida, aborda-se a evolução dos contratos eletrônicos de consumo e a fragilidade decorrente do consumismo. Na sequência, analisa-se como proteger os dados do consumidor no *e-commerce*, o que requer confiança em sua proteção e na possibilidade de seu uso nesse campo. Por fim, trata-se da atual legislação brasileira relacionada à proteção de dados do consumidor, com a verificação

de sua suficiência ou não acerca da adequação quanto ao uso de dados pessoais fornecidos pelos consumidores em face dos fins para os quais são destinados.

Conclui-se que, apesar da existência do direito fundamental à proteção de dados e de quatro diplomas destinados à proteção de dados do consumidor, a saber, a Lei de Proteção ao Consumidor (CDC), normas do comércio eletrônico, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a proteção da informação ainda pode demandar uma proteção mais específica no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O CONSUMIDOR E O CONSUMO

O objetivo do presente tópico é compreender o consumo no âmbito da *internet* na contemporaneidade, a sua amplitude e a incidência da boa-fé objetiva às relações consumeristas.

2.1 O CONSUMO NA INTERNET E UMA VR E-COMMERCE CADA VEZ MAIS POSSÍVEL

A atual lógica de consumo ultrapassou a solução das necessidades básicas individuais e tornou-se fonte de satisfação, dando origem ao hedonismo de consumo, no qual a internet representa uma revolução nas relações sociais, econômicas e jurídicas. O processo de obtenção de mercadorias foi além das necessidades das pessoas, para uma irremediável satisfação de desejos e que apresenta um consumismo exagerado. A sociedade está cada vez mais dependente de *links* de tecnologia da informação e, em menos de meio século, as comunicações eletrônicas espalharam-se por todo o mundo e integraram-se gradualmente na vida das pessoas e nas relações de consumo.

Conforme bem lecionou Lipovetsky, consumir passou a equivaler, a se distinguir e, cada vez mais, a “jogar”, pois busca-se “[...] conhecer a pequena alegria de mudar uma peça na configuração do cenário cotidiano”, de forma que o consumo não é mais um sistema de comunicação, mas, sim, uma linguagem de significações sociais. Pode equivaler a uma viagem ou à quebra da rotina cotidiana por intermédio das coisas e dos serviços. Não é mais um mal menor ou uma “negação da vida”, mas, sim, uma “[...] estimulante pitada de aventura, o consumo nos atrai por si mesmo como poder de novidade e de animação de si”, tornando-se sua própria recompensa (Lipovetsky, 2007, p. 68).

Se o consumo de bens e serviços tem se concentrado no comércio eletrônico, então, devido à circulação limitada de pessoas devido à pandemia do coronavírus, as vendas pela *internet* se intensificaram. Nesse sentido, a internet representa uma verdadeira revolução nas relações econômicas, sociais e jurídicas em todo o mundo. Em um período relativamente curto da história, as sociedades ocidentais confiaram cada vez mais no estabelecimento e na manutenção de conexões por intermédio de redes de informação.

Devido a importantes avanços na integração de telecomunicações e redes de computadores desde a década de 1970, a capacidade de desenvolver redes (e sistemas) se tornou possível (Castells, 1999, p. 81). No entanto, eles contam com novos dispositivos microeletrô-

nicos e maior poder de computação e avançaram nas últimas duas décadas, principalmente usando microcomputadores portáteis e os *smartphones*. Portanto, é importante destacar que, em menos de meio século, a comunicação eletrônica deixou sua marca inicial, espalhou-se por todas as partes do mundo e, gradativamente, penetrou na vida das pessoas, principalmente nas relações de consumo.

Certamente, com a chegada da internet 5G, as práticas de vendas serão intensificadas ainda mais com a interação das pessoas proporcionada por ambientes de realidade virtual, o *Virtual Reality in e-Commerce (VR e-Commerce)*, em que os consumidores poderão, com uso de óculos especiais, *headset* e talvez outros equipamentos, entrar em uma loja virtual, sem sair de suas respectivas casas, e ter a sensação de interagir e experimentar intuitivamente vários produtos para, em seguida, avaliá-los, escolhê-los e adquiri-los apenas com o pressionar de botões.

Shoshana Zuboff (2020, p. 562 e 578) chega a mencionar a existência de um novo modelo capitalista, denominado de *capitalismo de vigilância*, com a exploração do mercado em um mundo virtual, porquanto se apropria dos dados das pessoas (e, portanto, da vida privada) como fonte de matéria prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas na extração, posterior negociação com empresas (clientes), previsão de comportamentos de consumo e vendas aos consumidores.

Assim, os dados pessoais são coletados e tratados, com a transferência a empresas especializadas em análises, de maneira a revelar a tendência de comportamentos com a finalidade de lhes oferecer continuamente mercadorias e serviços, produzindo e moldando o desejo das pessoas para um consumismo muitas vezes irrefletido.

3. O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O CONSUMIDOR

Na presente seção, dirige-se a estudar o tema do consumidor no comércio eletrônico, a partir de sua evolução e dos chamados contratos eletrônicos de consumo, assim como a vulnerabilidade consumerista nesse âmbito.

3.1 OS CONTRATOS DE CONSUMO NA INTERNET, O COMÉRCIO ELETRÔNICO E SUA EVOLUÇÃO

As questões relacionadas com o recrutamento através da internet são recentes na história, mas representam uma questão cada vez mais frequente e importante, indicando que, embora a difusão das comunicações eletrônicas tenha trazido vantagens, também ocorreram alguns retrocessos. Pode-se constatar isso em função das imagens do mesmo período das revoluções tecnológicas e científicas ocorridas no século XX, porquanto as novidades trouxeram mudanças sociais, econômicas e políticas no mundo contemporâneo.

As vantagens são várias, porém, devido às novas relações jurídicas que se formam no ambiente virtual, novos problemas também surgiram, e até recentemente não havia regulamentação sobre seu uso. Assim, apesar dos proveitos, os riscos enfrentados pelos consumidores têm aumentado muito, porque, no contexto da produção em massa, um único projeto ou defeito

de fabricação pode trazer riscos e danos a um número incerto de consumidores. São os novos riscos do *consumo de massa* (Castells, 1999, p. 16).

No contexto do comércio eletrônico, Sergio Cavalieri esclarece que alguns princípios do direito de defesa do consumidor alcançaram uma dimensão ampliada. Se considerarmos o aumento expressivo das vendas realizadas no comércio e na obtenção de prestação de serviços, e por ser a responsabilidade civil no Direito do Consumidor praticamente a etapa final da evolução da responsabilidade civil, a vulnerabilidade dos consumidores acabará fatalmente aumentando. Nesse contexto, busca-se enfrentar a realidade pós-Revolução Industrial e desenvolvimento tecnológico, pois o Código do Consumidor instituiu um regime de responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo, que possui novos fundamentos e princípios (Cavalieri Filho, 2019, p. 310).

A responsabilidade civil tradicional não é suficiente para proteger os consumidores, por isso é necessário desenhar um microsistema jurídico sob o qual o fornecedor será responsável pelo risco da atividade.

Em relação à criação e lançamento de novos produtos no mercado, a Lei de Defesa do Consumidor não estabelece regra que estipule a punição de ações disciplinares de responsabilidade por riscos de desenvolvimento, cabendo ao julgador a decisão de avaliar ao resolver os casos específicos, usando a proporcionalidade (Silva, 2019, p. 107-108). Certamente, como elogiou Sérgio Cavalieri Filho (2019, p. 341), essa situação pode ser insuportável para o setor produtivo, inviabilizando a pesquisa e o progresso tecnológico, e também porque dificulta o lançamento de novos produtos, mas esse risco é sabido do fornecedor, assim eles são incluídos no escopo de seu custo de produto serviços, compartilhando-os assim com os consumidores. Se de um lado as empresas podem provar que tomaram todas as medidas possíveis para evitar danos (princípio da precaução), por outro não se pode ignorar este tipo de comportamento que as empresas tomam para obter benefícios econômicos na hora de criar produtos. As vantagens são diferentes para os consumidores (Pereira, 1992; Sanseverino, 2010; Wesendock, 2012 *apud* Silva, 2019, p. 110-111).

É importante destacar que, embora a internet possibilite aos consumidores obter uma ampla gama de informações, produtos e serviços, ela representa vantagem ainda maior para os fornecedores mais competitivos e até mesmo melhora as atividades comerciais mais tradicionais.

Devido a fortes incentivos econômicos, custos administrativos reduzidos, prazos mais curtos entre distribuição e intermediário, transferência de barreiras nacionais e a aceleração das transações comerciais, as atividades comerciais realizadas eletronicamente continuaram a se expandir (Lawand, 2003, p. 30). Foi neste contexto que surgiram os contratos de *internet*, que, embora facilitem o acesso a bens e serviços de consumo, bem como aumentem a rentabilidade das atividades comerciais, podem ter colocado muitos desafios, várias questões jurídicas e econômicas para os consumidores.

3.2 DOS CONTRATOS CELEBRADOS PRESENCIALMENTE AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos celebrados por via eletrônica nada mais são do que negócios jurídicos celebrados no âmbito da internet ou meios técnicos que permitem as contratações não presenciais,

mas, apesar disso, não existem diferenças essenciais entre eles e a relação contratual entre as duas partes. Portanto, segundo alguns doutrinadores, tais contratos são indevidamente chamados de contratos eletrônicos, considerando que deveriam ser chamados de contratos por via eletrônica, pois não se diferenciam em termos materiais dos contratos firmados pessoalmente entre fornecedores e consumidor (Filomeno, 2018, p. 34).

Conquanto não haja diferença significativa entre os contratos firmados presencial ou remotamente, os formatos dos contratos são diferentes, inclusive quanto ao conteúdo relacionado às suas provas, e são feitos por meio de documentos que nem sequer existem de fato, ou seja, não são documentos físicos em papel.

Geralmente, os contratos eletrônicos são limitados a exibir telas ou páginas virtuais que podem ser impressas pelos consumidores em papel ou copiadas para seus computadores ou dispositivos móveis, então os advogados começaram a discutir se tais impressões, cópias ou arquivos digitais são dignos de prova (Schreiber, 2014, p. 98-99). Essas e outras questões tornaram-se folclóricas, pois parece não haver dúvidas de que todos os documentos acima mencionados precisam ser aceitos como meio de prova em relação aos direitos discutidos em juízo (Schreiber, 2014, p. 99).

Embora seja possível comprovar que a existência de uma relação contratual é benéfica para os consumidores, ainda existem as formas específicas de vulnerabilidades associadas a tais contratos, especialmente relacionadas com as vulnerabilidades dos consumidores em relação aos fornecedores e terceiros fraudadores.

3.3 O CONTRATO ELETRÔNICO, O CONSUMIDOR E SUA VULNERABILIDADE

Por suas características próprias e pelo resultado de sua recente aparição no campo do consumismo, os contratos assinados eletronicamente podem até encontrar expertise conceitual relacionada às suas definições básicas.

De acordo com o artigo 2º da Diretiva 2000/31 da Comissão Europeia, é possível distinguir entre o comércio eletrônico em sentido estrito e o comércio eletrônico em sentido restrito, que é um modo de contratar, em um ambiente comercial e de consumo, não face a face ou à distância. São negócios de fornecimento profissional, automatizado e global (Marques, 2004, p. 38-39), por isso parte indispensável de inúmeros intermediários, que não têm sede nem tempo, falam todas as línguas e usam a linguagem virtual do marketing, da negociação e dos contratos. Por outro lado, os consumidores se tornaram os destinatários finais do contrato na frente da tela (Marques, 2004, p. 61), com conexão a qualquer hora ou idioma, e identificação por senha, assinatura eletrônica, número de cartão de crédito ou impressão biométrica. Não é exagero lembrar que integridade, informação, cuidado e cooperação são obrigações inerentes aos contratos de consumo (Marques, 2004, p. 61-64).

Além dos conceitos anteriores, a vulnerabilidade dos consumidores também se reflete na particularidade do *e-commerce*, tendo em vista que os problemas que surgem não estão apenas vinculados ao contrato em si, mas também relacionados, por exemplo, ao fornecimento e à qualidade dos produtos e serviços.

No contexto dos contratos eletrônicos, as lacunas correspondem às assimetrias no uso da tecnologia. Como a internet é uma rede global de computadores interconectados, ela permite que centenas de milhões de pessoas se comuniquem e acessem grandes quantidades de informações (Lorenzetti, 2004, p. 4-25), os consumidores podem achar difícil entender o mecanismo e o significado das relações que podem ser formadas. Embora seja clara a existência de relações de consumo estabelecidas nas vendas on-line, os consumidores ainda não compreenderam que a natureza do sistema específico de *e-commerce* é a mesma da relação jurídica que ocorre nos contratos tradicionais de consumo (Lorenzetti, 2004, p. 27).

Nesse contexto, é imprescindível promover a qualificação jurídica de tais contratos e os tipos de verificação aplicáveis. A consequência lógica do comércio eletrônico é a existência de diversas relações jurídicas, que podem ser classificadas de forma específica (Lorenzetti, 2004, p. 29-30). No entanto, o início de uma relação comercial equilibrada deve ser a maior preocupação para todos os princípios legais aplicáveis ao comércio eletrônico, como liberdade de expressão, liberdade de negócios e não discriminação na mídia digital (Lorenzetti, 2004, p. 46).

Da mesma forma, não apenas a proteção especial para os contratantes mais fracos, mas também a proteção da privacidade do usuário, a liberdade de informação e autonomia e a adaptação à natureza internacional dos meios digitais devem ser considerados (Lorenzetti, 2004, p. 52). Assim como nas transações face a face, os consumidores precisam garantir a segurança em qualquer contrato, pois essa é a única forma de expressar seus desejos de maneira confiável.

Devido à necessidade de evitar questões de anonimato, o entendimento do fornecedor sobre os consumidores leva à necessidade de arrolar informações básicas que precisam ser fornecidas, bem como os meios técnicos utilizados e a identidade do fornecedor correspondente, para esclarecer a aceitação da cotação, os produtos e serviços abrangidos, e seus aspectos jurídicos, especialmente no que se refere às condições gerais de contratação no setor de consumo (Lorenzetti, 2004, p. 309).

Da mesma forma, no âmbito do *e-commerce*, a fidelidade contratual é decisiva para a proibição absoluta de utilizar os atributos especiais da tecnologia no sentido de ocultar a identidade e outros aspectos básicos dos termos fornecidos (Lorenzetti, 2004, p. 403).

Portanto, o direito do consumidor, especialmente no que diz respeito à obrigação de fornecer informações, deve ser desenvolvido no sentido de proteger os seus dados pessoais, e devem ser formulados regulamentos especialmente no que diz respeito à confiança, uso e proteção de tais informações.

4. O CONSUMIDOR, O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A SUA PROTEÇÃO

No presente tópico, será trabalhada a proteção dos dados dos consumidores no comércio eletrônico, a necessidade de sua confiança em sua salvaguarda, assim como a possibilidade de sua utilização nesse âmbito.

4.1 A CONFIANÇA NA PROTEÇÃO DE DADOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO E-COMMERCE

Quando os consumidores fornecem ou inserem informações pessoais em um *site*, eles devem ser capazes de confiar que seus dados estão devidamente armazenados e protegidos contra violação e compartilhamento impróprio. Este é um ambiente de negócios que deveria ser totalmente regulamentado pela legislação.

Com efeito. O paradigma da confiança é muito importante porque é o princípio norteador das relações contratuais e o elemento central de uma sociedade complexa. A propósito, numa comparação, os arts. 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar das informações na publicidade dos produtos, exigem que os fornecedores respeitem a transparência e a integridade (Marques, 2004, p. 52-53), inclusive com relação aos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem, com a respectivo ônus de comprovar a verdade. Portanto, com relação aos contratos de consumo celebrados pela internet, diferentemente do contrato usual, porquanto eles implicam uma relação mais complexa em face da distância entre as partes, mesmo se a lei apresentar normas para garantir a segurança nos acordos havidos no comércio eletrônico, em especial no que diz respeito aos dados das pessoas, pode-se ter ofensa a direitos fundamentais e da personalidade caso não sejam estritamente observadas.

A regulamentação não deve impedir a liberdade e a possibilidade de definir o conteúdo dos contratos, mas fixar que o comércio eletrônico deve prestar especial atenção ao mercado comum e aos consumidores (Marques, 2004, p. 257), de modo a protegê-los, ao mesmo tempo em que isso também incentive e assegure as boas práticas comerciais e o desenvolvimento das atividades dos fornecedores de produtos e serviços. Assim, embora os dados pessoais dos consumidores precisem ser guardados e com uma necessária fiscalização quanto ao devido tratamento deles, as restrições que podem surgir da padronização não podem ser rígidas o suficiente para impedir o desenvolvimento de tecnologia que promova o uso das informações, em especial daquelas que podem estimular o aumento do consumo.

O Código de Defesa do Consumidor visa a proteger os consumidores de infrações de fornecedores e busca coordenar as relações de consumo, incluindo permitir que os fornecedores realizem plenamente suas atividades. No processo de buscar proteger os mais fracos, o progresso tecnológico e o desenvolvimento econômico não podem ser interrompidos, portanto, não apenas os consumidores, mas também os fornecedores de produtos ou serviços devem ser protegidos (Theodoro Júnior, 2017, p. 49-54). Os desenvolvimentos relacionados com as relações de consumo têm trazido benefícios na proteção do consumidor, pois, por acharem seguro, podem adquirir outros produtos e serviços com confiança em um ciclo que beneficia os fornecedores e todo o mercado.

Nas relações de consumo desenvolvidas na internet, em um ambiente onde os bens de consumo são veiculados inclusive nas redes sociais para ampliar o leque de potenciais compradores e adquirentes, os consumidores precisam fornecer dados pessoais para transações que devem ser protegidos, caso contrário poderá ocorrer ofensa à vida privada das pessoas e até mesmo à intimidade, o que viria a afastar os compradores do *e-commerce*.

4.2 OS DADOS DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Se a internet não for apenas um ambiente de venda de produtos e serviços, mas também de divulgação de informações sobre esses produtos, bem como o formato e as condições de obtenção desses produtos para atrair consumidores, então o uso das mídias sociais pela empresa se repetirá, poderá ser bem utilizado e incentivado de forma a tornar-se benéfico, caso contrário, se o uso for indevido, deverá ser impedido no que for prejudicial.

Como o resultado da colaboração pode gerar conteúdo de forma ágil e consistente, permite-se que as empresas entendam seus clientes, acompanhem a marca e estabeleçam seus próprios métodos para atrair, ajudar e conectar (Carvalho, 2012, p. 5). Hoje em dia, as redes sociais começam a ser utilizadas como uma verdadeira máquina de publicidade, de forma cada vez mais frequente e aprofundada, divulgando informações sobre produtos e serviços de maneira personalizada e voltada direta e continuamente para os consumidores.

Observando a formação e o fortalecimento do vínculo entre fornecedores e consumidores, estes são invadidos por seus *e-mails* e informações publicitárias no Facebook ou no YouTube. Esses *sites* divulgam e promovem os métodos da empresa, como o *marketing* viral e o incentivo ao compartilhamento, como divulgar uma doença (Canto, 2015, p. 24-25). Nesse caso, o consumo desenfreado é favorecido pelo progresso tecnológico, principalmente na transferência de bens digitais para *e-books* e outros dispositivos. Por exemplo, a Amazon.com possui um sistema de compras que utiliza o i-Click e utiliza as informações previamente cadastradas pelo consumidor para realizar uma série de ofertas aos clientes (Canto, 2015, p. 26).

Essas condições podem afetar o senso de urgência do usuário na compra de bens, portanto, as obrigações de informação dos fornecedores na internet devem estar relacionadas aos meios de comunicação, incluindo dados fornecidos aos consumidores na hora de assinar contratos por meio eletrônico (Canto, 2015, p. 26). Assim, sobretudo porque podem induzir as pessoas a consumir, a utilização de meios eletrônicos no âmbito da contratação eletrônica pressupõe o cumprimento de princípios particularmente relacionados com a proteção dos dados pessoais dos consumidores.

4.3 A PROTEÇÃO DE DADOS COMPARTILHADOS PELO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Conforme o número de interessados na compra de um produto ou serviço aumenta, o custo do fornecimento pode cair significativamente. Por conta dessa realidade e das vantagens econômicas que trazem aos fornecedores, surgiram há alguns anos os chamados *sites* de compras coletivas.

Os descontos podem chegar a noventa por cento (90%) do valor normal de vendas, mas essas compras só são eficazes quando ocorre um determinado número de consumidores, porquanto seu objetivo é reduzir o valor dos produtos e serviços por meio de aquisições em grande escala (Finkelstein, 2011, p. 48). Para atingir este objetivo, é propícia a grande divulgação por parte dos fornecedores, sendo necessário, portanto, fortalecer a proteção dos consumidores

que não tiveram contato físico ou visual com o produto ou mesmo com as informações do serviço relacionado. Além disso, as compras on-line são mais fáceis de impulsionar (Finkelshtein, 2011, p. 250).

Assim, embora a taxa de uso e abandono destes sítios de compra coletiva tenha diminuído significativamente, o papel da internet na atração de consumidores para a compra de produtos e serviços continua a evoluir devido à utilização e partilha de dados pessoais, o que é realizado entre as empresas participantes.

A maior parte dos dados inseridos pelos consumidores no ciberespaço ocorre por meio de um simples contrato de colagem que cria uma conta ou perfil de usuário, no qual o usuário é obrigado a aceitar os termos de uso e a política de privacidade, além de concordar que os fornecedores podem elaborar unilateralmente as cláusulas contratuais (Bioni, 2019, p. 32). Este tipo de adesão tem o vício de reforçar a assimetria do *marketing* da informação, por se tratar de uma ferramenta que não permite aos cidadãos controlar as suas informações pessoais. Hoje, a informação pessoal é uma nova matéria-prima que pode reorganizar estruturalmente a sociedade, tal qual no passado ocorreu com máquinas (Bioni, 2019, p. 87).

Os dados pessoais permitem a formação de perfis para a tomada de decisões, formando uma “bolha” que orienta o usuário a interagir com outras pessoas na rede social. O conteúdo e as informações processadas pela pessoa estão relacionados aos interesses inferidos de seus dados, portanto, outras informações não podem ser contatadas (Bioni, 2019, p. 93). As informações costumam ser utilizadas para avaliar as preferências dos consumidores, e continuamente recomendam a compra de produtos e serviços para eles por meio das redes sociais, que podem atrair consumidores de acordo com suas características de consumo.

Diante desse cenário, com a troca de informações pessoais captadas pelas empresas, passou-se a indagar se o direito fundamental à vida privada não estaria sofrendo violação. Os dados são fornecidos, na maioria das vezes, pela própria pessoa, porém a intenção no fornecimento das informações seria outra, diversa do tratamento delas para a finalidade de venda de outros produtos e serviços. Pode-se argumentar que a proteção constitucional à vida privada tem uma amplitude de tutela da privacidade, diversa quando se faz referência a dados.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADIs nº 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020 quanto à coleta de dados para fins estatísticos e administrativos, com o reconhecimento da existência de um direito fundamental implícito de proteção dos dados pessoais forte no princípio da dignidade da pessoa humana, com base no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Assim, forma-se um debate quanto à importância concernente à proteção de dados pessoais, que começa a ganhar corpo e que já resultou em legislação que começa a avançar no sentido da ampliação da tutela.

5. A PROTEÇÃO DE DADOS DOS CONSUMIDORES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O objetivo proposto para a presente seção é verificar a atual legislação brasileira no que concerne à proteção de dados dos consumidores, notadamente o decreto do e-commerce, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral da Proteção de Dados.

5.1 O DECRETO Nº 7.962/2013 (E-COMMERCE)

Assim como as questões relacionadas ao uso de dados pessoais no comércio eletrônico são recentes, também o são as visões sobre a proteção do consumidor contra o uso prejudicial de tais informações e as regulamentações específicas do ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, o chamado decreto de comércio eletrônico, Decreto nº 7.962/2013, estipulava em seu art. 4º, inciso VII, que “[...] o fornecedor do comércio eletrônico deverá utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor” (Brasil, 2013). Portanto, deve-se destacar que, em anos anteriores à introdução da Lei Geral de Proteção de Dados, o estatuto acima mencionado já envolvia a proteção de dados pessoais dos consumidores. Da mesma forma, também estabelecia que os contratos firmados eletronicamente deviam ser executados da mesma forma que os contratos firmados pessoalmente.

De acordo com o diploma, o produto ou serviço só poderá ser utilizado pelo comprador após a compra ou entrega no endereço indicado. Informações corretas, claras, honestas e suficientes podem ser fornecidas a todos os interessados no produto ou serviço com antecedência, pois em *site* de compras geralmente são colocadas poucas informações técnicas, as quais também são raramente divulgadas (Benevenuto; Oliveira, 2013, p. 757). Os *sites* não fornecem outras informações, tratam os interessados como leigos que não precisam de muitas informações, e só precisam de alguns dados do produto e condições de pagamento, de maneira que irão violar o dever de informar, pois as informações normalmente são incompletas, inclusive com a possibilidade de anulação ou de invalidade do contrato (Benevenuto; Oliveira, 2013, p. 759).

Nota-se, entretanto, que não se trata de proteção suficiente, tendo em vista a falta de necessidade de seguro tratamento naquilo que se relaciona aos dados dos consumidores, bem como de limitações à sua utilização para fins que não se relacionam, de maneira estrita e proporcional, às atividades empresariais concernentes.

5.2 O MARCO CIVIL DA INTERNET

Para além do referido decreto regulamentar do comércio eletrônico, outros instrumentos legislativos subsequentes também tratam da proteção dos dados do consumidor relacionados com a utilização indevida ou prejudicial de informação pessoal. Uma delas é a Lei nº 12.965/2014, que introduziu o chamado Marco Civil da Internet ao exigir o consentimento explícito dos usuários e proibir o compartilhamento de dados sem o consentimento dos clientes.

Além disso, o diploma concede o direito de excluir dados pessoais, e decidir o direito e garantia de implementar políticas de privacidade e informação (Brasil, 2014). Portanto, deve-se destacar que os diplomas acima mencionados fornecem uma estrutura básica de proteção em relação aos dados pessoais, e inicialmente determinou que os dados não podem ser compartilhados em detrimento do conhecimento e da permissão explícita do consumidor.

O Direito do Consumidor é o único ramo do Direito que o Marco Civil estipula claramente que é aplicável ao empreendedor virtual, e afirma a garantia da aplicação das normas de proteção ao consumidor nas relações de consumo pela internet aos usuários (Araújo, 2017, p. 124). No entanto, os referidos diplomas não podem nem limitar a partilha de informações entre potenciais fornecedores, muito menos impedir os consumidores de tentativas infundáveis de estabelecer relações contratuais com empresas envolvidas no comércio eletrônico.

5.3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor em 2021, trouxe definições e instituições especificamente relacionadas aos dados pessoais, mas não deu atenção especial aos consumidores ou suas informações inseridas no comércio eletrônico no referente à transmissão delas.

O art. 5º da LGPD trata qualquer informação sobre uma pessoa física identificada ou identificável como dado pessoal, enquanto os dados pessoais sensíveis estão relacionados à raça ou origem étnica, crenças religiosas, opiniões políticas, etc (Brasil, 2018).

O art. 6º da LGPD estipula que as atividades de tratamento de dados pessoais devem obedecer ao princípio da boa-fé, bem como o princípio da transparência, de forma a garantir aos titulares informações claras, precisas e de fácil obtenção acerca do tratamento e respectivos agentes de processamento, mas com a observância dos segredos comerciais e industriais (Brasil, 2018).

Obviamente, tal definição aplica-se aos dados do consumidor, mas, no entanto, considerando que as empresas dessa área são uma das principais fontes de comportamentos nocivos, o diploma deveria ter sido desenvolvido no sentido da proteção específica da população. Os consumidores de serviços digitais são vítimas de uma recolha indiscriminada, permanente e silenciosa de dados. Não sabem como estão a acontecer tais práticas e não sabem se dispõem dos meios necessários para conhecer os resultados, interrompê-los ou cancelá-los. Além disso, é impossível saber quantas outras empresas compartilharam as informações coletadas (Siqueira; Lehfeld; Celiot; Barufi, 2021, p. 247).

A LGPD não estabeleceu a obrigação de as empresas manterem informações quanto ao compartilhamento sucessivo de dados, além de não haver nenhum mecanismo de busca e de rastreabilidade para descobrir por onde as informações circularam e até onde elas chegaram, tanto para retirá-las de circulação, para punir responsáveis ou impedir novos compartilhamentos a fim de impedir novos danos. Ao revés, o compartilhamento é permitido pela legislação à revelia dos consumidores ou de um sistema organizado para a fiscalização.

Portanto, uma vez obtidos os dados, eles não podem ser controlados, apesar de serem inúmeras as possibilidades de violação dos direitos básicos do consumidor, incluindo a exposição e a facilidade causadas por abuso na internet, negligência e abuso de fornecedores de

commodities e serviços (Siqueira *et al.*, 2021, p. 247). Observa-se, ademais, que, além do consumidor não ter conhecimento se seus dados estão sendo compartilhados, também não tem um mecanismo de busca para saber onde se encontram e com quem foram compartilhados e armazenados.

É indiscutível que houve um progresso na disciplina do tratamento de dados pessoais com a LGPD, porém os legisladores, como bem observam Siqueira, Lehfeld, Celiot e Barufi, perderam a oportunidade de introduzir outros comportamentos típicos para melhorar a proteção do consumidor devido à falta de controle e insuficiência dos diplomas. Conquanto o uso da tecnologia da informação seja claramente benéfico para a sociedade, o objetivo da maioria dos *sites* e aplicativos não é promover a inclusão digital ou melhorar a vida das pessoas, mas gerar vendas e lucros. Essa situação, em última análise, torna os consumidores vulneráveis (Siqueira *et al.*, 2021, p. 247).

A vulnerabilidade dos consumidores é notória, na medida em que, ao entrarem em um *site* de compras na internet, por exemplo, concordam expressamente com o armazenamento e tratamento de suas informações para um determinado desiderato, porém, se o compartilhamento de dados ocorrer para outras finalidades, não há qualquer forma de saber para onde foram e de controlar e impedir um eventual abuso.

Conclui-se, portanto, que, apesar da existência de pelo menos quatro diplomas que podem proteger os dados do consumidor, quais sejam, o CDC, o decreto de comércio eletrônico, o Marco Civil da Internet e a LGPD, ainda faltam mecanismos de salvaguarda mais específicos para a proteção da informação no que diz respeito ao compartilhamento, com maior controle por parte do consumidor ou de sistemas de fiscalização.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As redes virtuais trouxeram grandes oportunidades e vantagens para os fornecedores em termos de negócios relacionados ao consumo. Os consumidores fornecem dados pessoais em plataformas, em seguida armazenados em bancos de dados, em contratos celebrados via *e-commerce* para a aquisição de bens e serviços de consumo, com aumento da rentabilidade das atividades comerciais. Apesar disso, o recrutamento de informações pela internet é recente na história e representa um problema cada vez mais frequente.

Embora não existam diferenças substanciais com os negócios jurídicos firmados presencialmente, os contratos remotos possuem forma diversa, incluindo a sua certificação, constituídos por documentação que não existe em papel, pelo que as lacunas ainda existem e são mais proeminentes nesse aspecto. Assim, a vulnerabilidade dos consumidores é única e maior no *e-commerce*.

A legislação de defesa do consumidor deve ser desenvolvida no sentido de proteger os dados pessoais dos consumidores e estabelecer regulamentos sobre confiança, transparência e lealdade quanto ao uso e proteção de tais informações. Quando os consumidores disponibilizam informações pessoais no *site*, eles precisam confiar que seus dados estão protegidos contra violação e compartilhamento impróprio.

A necessidade de regulamentação e as restrições finais à padronização não podem ser restritas de forma a impedir o desenvolvimento de tecnologia e de seu uso mercantil. Atualmente, os dados do consumidor são um ativo valioso para os empreendedores que trabalham pela internet, principalmente se estão a divulgar produtos e serviços nas redes sociais. As redes sociais agora são utilizadas como máquinas de publicidade e estratégias de *marketing*.

Embora o uso de dados pessoais no comércio eletrônico seja pertinente e até conveniente, ele deve ocorrer com a proteção dos consumidores contra a utilização prejudicial de tais informações, com uma regulamentação adequada para tanto. Apesar de o decreto de comércio eletrônico conceber uma estrutura de proteção básica para dados pessoais, verifica-se que o compartilhamento de dados com o pleno conhecimento do consumidor quanto ao que será feito com eles é impossível. Por outro lado, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) propõe definições e instituições relacionadas aos dados pessoais, mas sem dar atenção especial aos consumidores ou às suas informações envolvidas no comércio eletrônico, como no caso de possibilitar rastreamento quanto à circulação de informações na hipótese de danos causados pela indevida utilização. Assim, conclui-se que, embora existam pelo menos quatro diplomas concebidos para a proteção de dados do consumidor (nomeadamente, o decreto do comércio eletrônico, o Marco Civil da Internet e a LGPD), a proteção dos dados pessoais necessita ser ainda mais abrangente e detalhada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico: marco civil da internet; direito digital**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

BENEVENUTTI, Paula Danielle Vieira; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Contrato Eletrônico de Consumo: Uma Análise do Decreto Nº 7.962, de 15 de março de 2013. **Revista eletrônica de iniciação científica**. Porto Alegre, v. 4, n. 4, p. 747-766, out./dez. 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 7 out. 2021.

CANTO, Rodrigo Eidelwein. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Cláudio Luiz de. **O uso de redes sociais conectadas no processo de comunicação interna**. 2012. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz & Terra, 1999.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 325-356.
- SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 88-110, jul./set. 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/132>. Acesso em: 8 out. 2021.
- SILVA, Bruna Bier. **A responsabilidade civil de consumo e os riscos do desenvolvimento**: estudo comparativo entre Brasil e Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SIQUEIRA, Oniye Nashara; LEHFELD, Lucas de Souza; CELIOT, Alexandre; BARUFI, Renato Britto. A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD. **Pesquiseduca**. Santos, v. 13, n. 29, p. 236-255, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/pesquiseduca/article/view/1029>. Acesso em: 8 out. 2021.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo da vigilância**: a luta por um futuro humano na fronteira do poder. Tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/12/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/12/2021
- Avaliação 1: 29/12/2021
- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 18/04/2023
- Retorno rodada de correções: 16/07/2023
- Decisão editorial/aprovado: 08/09/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (NTIC) E A PROTEÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (NICT) AND THE PROTECTION OF THE DEMOCRATIC REGIME

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS¹

LIS OLIVEIRA²

RESUMO

Os efeitos que as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC) trouxeram para a democracia merecem atenção. Essas tecnologias são instrumentos capazes de fomentar a crise que a democracia enfrenta ou auxiliar em sua resolução, essa é a justificativa do presente estudo, o qual tem como objetivo analisar as estratégias para proteger o regime democrático com o uso das NTIC. Para tanto, inicialmente será analisada a crise da democracia e as suas promessas não cumpridas. Em seguida, serão apresentadas as consequências benéficas e nocivas que as NTIC trazem para o regime democrático. Por fim, será possível concluir sobre as estratégias que devem ser utilizadas para que estas tecnologias auxiliem na proteção do regime democrático. Trata-se de uma pesquisa exploratória do fenômeno, com caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, contemplando a hipótese de que as novas tecnologias da informação e comunicação podem ser ferramentas úteis na resolução da crise a qual a democracia atravessa, sendo tal hipótese alicerçada nos referenciais utilizados, pouco explorada pelas pesquisas que tratam sobre este fenômeno e, assim, possuindo originalidade neste campo de pesquisa. Utiliza-se o método dedutivo, método de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa da documentação indireta.

Palavras-chave: novas tecnologias da informação e comunicação; democracia; política; estratégias de proteção.

ABSTRACT

The effects that the New Information and Communication Technologies (NICTs) have brought to democracy deserve attention. These technologies are instruments capable of fomenting the crisis that democracy faces or assisting in its resolution, this is the justification of the present study, which aims to analyze the strategies to protect the democratic regime with the use of NICT. Therefore, initially, the crisis of democracy and its unfulfilled promises will be analyzed. Then, the beneficial and harmful consequences that the NICTs bring to the democratic

- 1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará-CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>
- 2 Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (PPGD/CESUPA). Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4198-2824>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; OLIVEIRA, Lis. As novas tecnologias de informação e comunicação (ntic) e a proteção do regime democrático. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 104-125, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.8876>.

regime will be presented. Finally, it will be possible to conclude on the strategies that should be used so that these technologies help in the protection of the democratic regime. This is an exploratory research of the phenomenon, with a theoretical-descriptive character and a qualitative bias, contemplating the hypothesis that the new information and communication technologies can be useful tools in the resolution of the crisis that democracy is going through. The hypothesis is based on the references used, little explored by the researches that deal with this phenomenon and, thus, having originality in this field of research. The deductive method, historical-comparative procedure method and the indirect documentation research technique are used.

Keywords: *new information and communication technologies; democracy; politics; protection strategies.*

1. INTRODUÇÃO

As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC) podem ser representadas por dispositivos eletrônicos digitais que permitem a comunicação entre os indivíduos em tempo real, em alta velocidade e com alto fluxo de informações. Essas tecnologias foram consolidadas especialmente com a criação da rede mundial de computadores (Diamond, 2012; Bastos *et al.*, 2020).

Tais tecnologias são caracterizadas por uma capacidade de coleta e processamento de dados sem precedentes, com o desenvolvimento de inteligências artificiais e algoritmos, o que proporcionou um amplo processamento de dados e a transformação de uma quantidade massiva de dados em informações precisas, preditivas e valiosas.

Trata-se de um pressuposto necessário para a manutenção e o funcionamento do meio digital, visto que o desenvolvimento destas novas tecnologias ensejou a criação de uma imensa base de dados, caracterizada pelo seu volume excessivo, pela velocidade inédita e pela produção de informações munidas de elevado valor de mercado, a qual ficou conhecida como *Big Data*.

A distinção entre Tecnologias de Informação e Comunicação e Novas Tecnologias de Informação e Comunicação é importante porque essas novas formas de comunicação transformaram completamente a maneira de conectar-se a um grande número de pessoas. Antes era muito caro e trabalhoso difundir informação para uma ampla gama de indivíduos. Por exemplo, era necessário buscar um canal de televisão ou rádio para que fosse possível alcançar um grande número de receptores (Mounk, 2019).

Com as mídias digitais, essa limitação foi atenuada e os conteúdos conseguiram um alcance muito maior. A criação de uma rede de usuários difusa, na qual todo o mundo se comunica entre si, alterou a dinâmica da distribuição de informação. Dessa forma, as mídias sociais acabaram proporcionando que conteúdos se tornassem virais, independente de quem lhes propagou (Mounk, 2019).

Todos estão conectados ao universo digital, de maneira que ele se tornou uma extensão do mundo real, sendo o primeiro tão visitado quanto este último. Portanto, a sociedade, a economia e a política, tornaram-se dependentes das NTIC e de todas as facilidades provenientes delas.

Não obstante, conforme ensina Byung-Chul Han (2020), com a evolução do *Big Data*, a ideia de liberdade e comunicação ilimitadas se transformou em monitoramento e controle total, na medida em que gigantes empresas da tecnologia passaram a controlar algoritmos e

o aprendizado de máquina³, objetivando, muitas vezes, modular comportamentos de indivíduos para fins econômicos e políticos (Han, 2020).

O contexto retratado traz diversas implicações na vida social, política e econômica. Nesse sentido, diversas questões sobre a violação da privacidade, da autodeterminação informativa e da liberdade de escolha dos usuários das redes ganham destaque.

O regime democrático também vem sendo diretamente afetado com o uso de tais ferramentas, visto que autonomia e liberdade se revelam como um pressuposto básico da democracia, bem como o resultado desejado de tal modelo (Bastos *et al.*, 2020).

A vontade livre do cidadão é uma condição indispensável para o verdadeiro exercício democrático. É imprescindível que esse exercício proporcione um fortalecimento da liberdade e da autonomia dos indivíduos, em uma inesgotável relação de retroalimentação ou fortalecimento, entre democracia, liberdade e autonomia (Bastos *et al.*, 2020).

A problemática retratada se refere ao fato de as NTIC trazerem implicações ao regime democrático no momento em que a democracia vem sentindo os efeitos de uma crise sem precedentes, a qual é resultado de promessas as quais não foram por ela cumpridas. Dessa forma, a democracia corre o risco de deixar de ser, sem de fato nunca ter sido, bem como corre o risco de ser, ela própria, uma das promessas que não conseguiu cumprir (Bastos *et al.*, 2020).

Portanto, é imprescindível discutir os efeitos que as NTIC trazem para o regime democrático neste momento específico, visto que essas tecnologias podem ser instrumentos capazes de fomentar a crise, assim como auxiliar em sua resolução. Essa é a justificativa do presente estudo, o qual tem como objetivo analisar as estratégias para proteger o regime democrático com o uso das NTIC.

Para tanto, inicialmente será analisada a crise da democracia e as suas promessas não cumpridas. Em seguida, serão apresentadas as consequências benéficas e nocivas que as NTIC trazem para o regime democrático. Por fim, será possível concluir sobre as estratégias que devem ser utilizadas para que estas tecnologias auxiliem na proteção do regime democrático.

Trata-se de uma pesquisa exploratória do fenômeno, com caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, a qual contempla a hipótese de que as novas tecnologias da informação e comunicação podem ser ferramentas úteis na resolução da crise a qual a democracia atravessa, sendo tal hipótese alicerçada nos referenciais utilizados, pouco explorada pelas pesquisas que tratam sobre este fenômeno e, assim, possuindo originalidade neste campo de pesquisa. Utiliza-se o método dedutivo, método de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa da documentação indireta.

Propõe-se uma análise que parte das características da democracia liberal, apresentadas por Bobbio (2000), e a crise atravessada por ela de acordo com Yascha Mounk (2019), na seção 02 (dois) da pesquisa. Assim, será possível, na seção 03 (três) avaliar o papel das NTIC no

3 Aprendizado de máquina é um subconjunto da Inteligência Artificial, trata-se de uma tecnologia que constrói a si própria, diferente dos algoritmos tradicionais, são artefatos que projetam outros artefatos. Portanto, transformam dados em algoritmos, e neste caso, quanto mais dados, melhor. Com o aprendizado de máquina, pode-se dizer que os computadores criam seus próprios algoritmos (Oliveira, 2018).

regime democrático, as quais assumem, em um primeiro momento, o *status* de tecnologias de libertação, conforme ensina Diamond (2012).

Contudo, a partir de 2015, uma outra face das NTIC começa a ser observada, conforme será explorado na seção 04 (quatro) da pesquisa, trazendo implicações ao regime democrático. A ausência de filtragem da informação, a qual antes ocorria pela grande mídia, aumenta a circulação de informações falsas, que não passam pela filtragem de conteúdo, e permite que os indivíduos expressem suas opiniões confortavelmente, disseminando ódio às minorias, em razão de não haver uma submissão à parâmetros que se assemelham a ética jornalística ou de mídia.

Com isso, a polaridade e a intolerância aumentaram sem precedentes, ao mesmo tempo em que também se observa uma apatia política imensa dos cidadãos, a qual é fomentada, pelo desinteresse e desilusão da sociedade em relação a vida política e pela modulação comportamental implementada pela programação de algoritmos.

Diante disso, o estudo conclui que é possível atravessar as problemáticas enfrentadas pelo regime democrático atualmente, com a intervenção do Estado de Direito diante da violação de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, de escolha e o acesso à informação; e com um uso consciente do meio digital, proveniente de um processo de maior alfabetização digital, educação e maior transparência de algoritmos, os quais podem ser alcançados com a implantação de novas normas de arquitetura no meio digital.

2. A DEMOCRACIA E AS SUAS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS

Atualmente, a democracia vem perdendo espaço, prestígio e aliados. Observa-se um importante movimento de retrocesso ocorrendo nos últimos anos. Trata-se de um verdadeiro paradoxo, visto que a democracia atinge sua crise existencial no exato momento de seu triunfo global (Mounk, 2019).

Enquanto a democracia ainda é percebida como a melhor forma de governo pela maioria das pessoas do mundo, as pessoas que vivem em regimes autoritários possuem mais chances de acreditarem que suas vozes são importantes nos processos de tomadas de decisão do que as pessoas que vivem em regimes democráticos (Mounk, 2019).

A crise que ameaça a subsistência do regime democrático vem sendo observada em campos nos quais se acreditava que ele estava razoavelmente consolidado. Com isso, atualmente, discute-se a utilidade da democracia no alcance das promessas que ela reiteradamente descumpre, visto que a crise na democracia é uma crise ligada a uma profunda crise de desempenho, oriunda de diversas promessas não cumpridas (Bastos *et al.*, 2020).

Conforme aduz Bobbio (2000), na teoria, a democracia prometeu ser algo diferente do que foi vislumbrado em sua prática. Assim, há uma grande discrepância entre o que em teoria seria a democracia e no que ela de fato se transformou, ou seja, naquilo que seria a sua “matéria bruta” e o que configura a realidade atual (Bobbio, 2000).

Dentre estas promessas não cumpridas, inicialmente, destaca-se o empoderamento do indivíduo, visto que a teoria democrática pressupõe que o foco do regime deve ser o indivíduo.

Não obstante, com a consolidação dos regimes democráticos ao redor do globo, observou-se que o protagonismo foi assumido por grupos, e não indivíduos com interesses particulares. Por consequência, a proibição dos mandados imperativos, outro princípio basilar do regime democrático, o qual propaga que interesses políticos sempre se sobrepõem a interesses particulares, também não se consolidou, especialmente em razão do protagonismo destes grupos diversos que atuam no espaço político em prol de seus próprios interesses e não do interesse uno da nação (Bobbio, 2000).

Outra promessa não cumprida foi o desaparecimento das oligarquias. O princípio inspirador do pensamento democrático foi a liberdade entendida como autonomia, como a capacidade de dar as leis a si própria, promover a identificação entre quem dá e quem recebe uma regra de conduta, e, portanto, a eliminação da distinção entre governados e governantes. Contudo, a derrota do poder oligárquico não ocorreu e o modelo democrático ainda é representado pela constante presença de elites no poder (Bobbio, 2000).

A quarta promessa não cumprida é a ocupação de espaços não políticos, visto que a democracia é incapaz de ocupar todos os espaços nos quais há um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social. A democracia moderna nasceu como método de legitimação e controle de decisões políticas no sentido estrito, onde cumpre ao indivíduo exercer unicamente o seu papel de cidadão, e não de consumidor, trabalhador, doente, soldado, estudante e etc. Dessa forma, com o sufrágio universal, a democratização deveria revelar-se não tanto na transição da democracia representativa para a direta, mas sim na passagem da democracia política para a democracia social (Bobbio, 2000).

A quinta promessa não cumprida é o desaparecimento do poder invisível. A democracia nasce com a expectativa de eliminar o poder invisível e dar vida a um governo cujas ações sejam desenvolvidas publicamente; sendo assim, pressupõe-se a eliminação de todo um “poder invisível”, exercido pela máfia e serviços secretos, o qual sempre se encontra ao lado de um Estado visível. Entretanto, como se sabe, o poder invisível não foi eliminado (Bobbio, 2000).

Nesse sentido, todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível a se tornar pública, é uma tomada de decisão injusta. O controle público do poder faz-se necessário na atualidade, em razão do aumento de instrumentos técnicos que dispõem os detentores de poder, para conhecer tudo o que fazem os cidadãos. Nesse contexto, surgem questionamentos importantes sobre quem, de fato, deve controlar os controladores (Bobbio, 2000).

A última promessa não cumprida é a educação para a cidadania, que surgiria no próprio exercício da prática democrática.

Assim, a participação eleitoral possuiria grande valor educativo, visto que é por meio da discussão política que os indivíduos conseguem compreender a conexão existente entre eventos distantes e o seu interesse pessoal, e estabelecer relações com cidadãos diversos daqueles com os quais mantém relações cotidianas, tornando-se, assim, membro consciente de uma comunidade. Contudo, a educação para a cidadania não se consolidou, pois, é interesse dos governantes que os cidadãos sejam passivos. Com isso, nas democracias consolidadas

observa-se uma apatia política predominante, a qual faz com que os cidadãos sejam desinteressados sobre o que acontece no mundo político (Bobbio, 2000).

Não obstante, essas promessas não cumpridas não poderiam ser promessas cumpridas, em razão de alguns obstáculos não previstos. O projeto político democrático foi desenvolvido visando uma sociedade muito menos complexa do que a vivenciada atualmente. Portanto, estas promessas não foram cumpridas em decorrência dos obstáculos que não estavam previstos e que surgiram com as transformações da sociedade civil (Bobbio, 2000).

Com a evolução da economia familiar para a economia de mercado, e da economia de mercado para uma economia protegida, regulada e planificada, os problemas políticos que requerem competências técnicas aumentaram. Dessa forma, os problemas técnicos exigem cada vez mais especialistas, indivíduos que possuem um conhecimento técnico mais específico. Ocorre que, a “tecnocracia” e a democracia são incompatíveis, visto que a premissa principal da democracia é que todos podem decidir sobre os assuntos que lhes envolvem. Entretanto, não é o que vem ocorrendo na prática. Enquanto os indivíduos se tornaram menos ignorantes, os problemas, como a luta contra a inflação, a distribuição de renda e o pleno emprego se tornaram mais complexos, e requerem conhecimentos científicos e técnicos que fogem do conhecimento do cidadão comum (Bobbio, 2000).

O mesmo ocorre com a burocracia. O crescimento do aparato burocrático, o qual ordena hierarquicamente a distribuição de poder do vértice à base, é o oposto ao sistema de poder democrático, no qual o poder vai da base ao vértice. Não obstante, os Estados democráticos e burocráticos estão muito ligados historicamente.

Todos os Estados que se tornaram mais democráticos se tornaram também mais burocráticos, visto que o processo de burocratização foi uma consequência do processo de democratização (Bobbio, 2000).

Diante disso, fato é que nas últimas décadas o número de cidadãos que passaram a desconfiar de seus políticos e das próprias instituições políticas vem aumentando consideravelmente. Isso ocorre pela desilusão popular com a ascensão do regime democrático, em razão de escândalos políticos, desvio de recursos, corrupção e da violação de direitos dos cidadãos por parte do Estado (Mounk, 2019; Bastos *et al.*, 2020).

A democracia pode ser compreendida como um regime composto de regras, e sua estabilidade mensurada na medida em que os principais atores políticos estão dispostos a aderir às suas regras básicas. Algumas dessas regras são formais, por exemplo, um presidente ou primeiro-ministro permite ao judiciário investigar os delitos de membros do governo, aguenta críticas da imprensa e não manda fechar jornais ou perseguir jornalistas, bem como ao perder uma eleição, deixa o gabinete pacificamente, em vez de se ater ao poder (Mounk, 2019).

Por outro lado, muitas regras são informais, e não fica claro quando estão sendo transgredidas. Por exemplo, o governo não reescreve as regras da eleição meses antes para potencializar as suas chances de vitória, e os insurgentes políticos não glorificam governantes autoritários do passado, não ameaçam prender seus adversários e não violam direitos de minorias étnicas e religiosas (Mounk, 2019).

Políticos com envolvimento real no sistema consideram que na política os participantes lutam para obter vantagem sobre os adversários, porém, cientes de que deve haver limites

na busca de seus interesses partidários, e que vencer uma grande eleição ou aprovar uma lei urgente é menos importante do que preservar o sistema (Mounk, 2019).

Entretanto, não é mais assim que a vida democrática funciona. Nota-se que, atualmente, políticos procuram combater inimigos e não adversários. Cada vez mais, uma nova esfera de figuras políticas, representada pelos novos políticos e políticos populistas⁴, tende a transgredir e desafiar as normas do próprio sistema.

Com isso, surgem movimentos antissistema e um profundo sentimento de raiva e frustração contra o *establishment*. Surgem manifestações, as quais aduzem serem favor da democracia, quando defendem o uso de forças armadas e o fechamento das cortes constitucionais, e, portanto, fundam-se na absoluta fragilidade ou desconsideração de alguns ou todos os objetivos que caracterizam o processo democrático (Mounk, 2019; Bastos *et al.*, 2020).

Os populistas e novos políticos são inclinados a desafiar as normas democráticas, por serem figuras que representam uma ruptura com o *status quo*. Com isso, uma vez que alguns políticos estão dispostos a violar as regras do sistema, acabam incentivando os demais a fazerem o mesmo. Entretanto, tais condutas geram uma enorme instabilidade e insegurança ao sistema democrático (Mounk, 2019).

Diante disso, as pessoas estão cada vez menos otimistas em relação ao regime democrático, e, nota-se que a maioria dos cidadãos não é profundamente comprometida com a democracia liberal.

Por isso, não rejeitam as alternativas autoritárias, visto que não concordam de fato com a importância das regras e normas democráticas básicas. Sendo assim, o apego popular a democracia liberal é superficial e frágil (Mounk, 2019).

Os cidadãos passaram a demonstrar que preferiam esse sistema político, pois ele zelava pela paz e mantinha seus bolsos cheios, e não por terem um comprometimento profundo com seus princípios mais fundamentais. Observa-se que, os jovens, principalmente, estão rendendo-se a ideologias antidemocráticas ao invés de defenderem a revitalização das instituições políticas enquanto pilares da democracia (Mounk, 2019).

Nos EUA, 1 (um) em 4 (quatro) *millenials* aduz que a democracia é uma forma muito ruim de governar um país. Certamente, isto é resultado da falta de conhecimento sobre as consequências de regimes antidemocráticos, e de como seria viver em um sistema político sem garantias constitucionais. É cediço que uma geração que não vivenciou o fascismo e não conhece as turbulências de estar inserido em um contexto ameaçador faz com que estes indivíduos favoreçam a relativização de regimes autoritários, tornando real a possibilidade de uma experimentação política. A democracia não mais parece ser a única opção (Bastos *et al.*, 2020; Mounk, 2019).

Dessa forma, as pessoas nunca estiveram menos comprometidas com a democracia e mais receptivas a alternativas autoritárias como atualmente, visto que, a democracia deixa de atender aos anseios da sociedade. Portanto, a crise atual na democracia é a crise dos valores

4 O conceito de populismo adotado refere-se a uma nova onda nacionalista e autoritária observada no cenário político global na última década. Apesar de refletir características semelhantes ao conceito clássico de populismo autoritário, trata-se de um novo tipo de populismo, com aspectos singulares e significativos, como a xenofobia e o ódio às minorias. De acordo com Mounk (2019), não há dúvida de que estamos em um novo momento populista, o qual enfraquece nitidamente a democracia liberal.

que ela representa e pretende fortalecer, como os Direitos Fundamentais, a Liberdade, Autonomia e Igualdade (Bastos *et al.*, 2020).

Nesse contexto surge a necessidade de discutir o potencial das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação como ferramentas a serem utilizadas como instrumentos de superação da crise ou de agravamento, em decorrência do papel primordial que tais tecnologias assumiram na vida social, política e econômica.

3. AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO COMO TECNOLOGIAS DE LIBERTAÇÃO

Inicialmente, as NTIC foram observadas sob uma ótica otimista, como verdadeiras ferramentas capazes de contribuir fortemente para a consolidação do regime democrático. Acreditava-se que a democracia ganharia força com o advento de uma única rede em que se poderiam conectar pessoas, objetos, ideias e informações (Mounk, 2019).

Estas tecnologias foram chamadas por Diamond (2012) de tecnologias de libertação, visto que teriam expandido a liberdade política, social e econômica dos usuários, permitindo que os cidadãos partilhassem informações, expusessem práticas inapropriadas, como abusos de Direitos Humanos e escândalos de corrupção, bem como que expressassem opiniões, organizassem protestos e monitorassem eleições. Dessa forma, as NTIC garantiriam uma participação profunda no processo político e expandiriam os horizontes da liberdade (Diamond, 2012).

Essas tecnologias alteraram a relação dos indivíduos com a privacidade, reduzindo sua proteção e importância na medida em que invasões à privacidade passaram a ser cada vez mais comuns, admitidas e normalizadas. Ademais, essas novas formas de comunicação transformaram a maneira como todos se conectam a um grande número de pessoas.

Antes das NTIC, difundir informação para um grande número de pessoas era custoso e trabalhoso, visto que o modelo que prevalecia era da comunicação “um-para-muitos” (Mounk, 2019, p. 170). Não obstante, com o advento das mídias sociais, esta limitação foi atenuada. Os usuários não são mais passivos, eles tornam-se criadores e disseminadores de conteúdo, e assim, surge a possibilidade de qualquer conteúdo obter um alcance enorme, visto que, “a comunicação um-para-muitos hoje passou a ser “comunicação muitos-para-muitos” (Mounk, 2019, p. 173).

Com as NTIC, os usuários conseguem facilmente transmitir suas opiniões e externar qualquer informação para qualquer usuário. Assim, o conteúdo emitido pode ser rapidamente retransmitido por alguém conectado, e alcançar um público amplo em minutos. Hoje os termos “meme” e “viral” tornaram-se parte do nosso vocabulário. Esses termos só poderiam assumir tal importância em um mundo no qual qualquer um consegue capturar a imaginação de pessoas semelhantes, que compartilham o que pensam com o público mais global (Mounk, 2019).

Nesse contexto, mesmo que grande parte do uso das NTIC não seja político, essas tecnologias proporcionam aos que almejam se inserir no debate público e/ou questionar regras autoritárias que o façam por meio delas.

Uma importante consequência deste novo tipo de comunicação é a redução de poder e controle exercido pelas emissoras tradicionais, as quais eram os principais atores na disseminação de informação. Estes agentes perderam grande parte da capacidade de controlar a disseminação de ideais e mensagens que repercutem entre pessoas comuns. Antes, as grandes mídias podiam interromper a divulgação de vídeos que possivelmente seriam do interesse de milhões de pessoas, negando-se a levá-los ao ar (Mounk, 2019).

Atualmente, as emissoras tradicionais ainda podem se recusar a transmitir determinado conteúdo, porém, não mais exercem a função de principais difusores da informação. Basta que o conteúdo “viralize” o suficiente para que se espalhe pelas redes sociais e tenha alto alcance, independentemente da grande mídia optar por transmiti-lo ou não (Mounk, 2019).

Dessa forma, sem o monopólio das grandes empresas de mídia, os indivíduos passaram a disseminar informações livremente, sem uma massiva filtragem de conteúdo. Portanto, as redes sociais atenuaram consideravelmente as antigas limitações estabelecidas por meios de comunicação de massa, permitindo que os indivíduos se tornassem produtores de conteúdo com potencial para se tornarem influenciadores em larga escala, podendo promover e receber ideais opositores ao governo e à grande imprensa.

Essas ferramentas contribuíram para o combate a governos autoritários, nos quais a liberdade de imprensa era muito restrita, em decorrência da redução de controle exercido pela mídia. As NTIC facilitaram a disseminação de informações sobre violações aos direitos humanos, discriminações e escândalos de corrupção, assuntos que ficavam fora da mídia e do *mainstream* (Diamond, 2012).

Na Malásia, por exemplo, a liberdade inerente à *Internet* ensejou a criação de jornais e *sites* independentes, os quais permitiram que ativistas democráticos publicassem matérias criticando o regime autoritário, reportassem escândalos e notícias independentes, que nenhum outro veículo de mídia do *establishment* reportaria sobre o governo e a política. Certamente, essa mudança econômica e social contribuiu para gerar uma população plural, crítica, educada, e menos tolerante ao paternalismo e ao controle, visto que, os cidadãos se tornaram politicamente mais favoráveis a normas democráticas (Diamond, 2012).

Outra importante consequência que as NTIC trouxeram para a vida política foi a facilidade de conexão para fins de mobilização de protestos, em que as pessoas conseguem se conectar e organizar uma mobilização popular em larga escala. Por meio das NTIC, as pessoas associam-se aos movimentos, espalham notícias, marcam encontros e reuniões. Muitos movimentos surgiram por intermédio das NTIC, como a revolução verde no Irã; a Primavera Árabe no Oriente Médio e o *Black Lives Matter* nos EUA (Bastos; Barros, 2020).

Conforme aduz Friedman (2014), tais movimentos representariam o surgimento de uma nova força política global, maior e mais importante que os “Homens de Davos”, que são a representação de uma elite cosmopolita e transnacional, advinda das corporações financeiras e *High Tech* a qual tinha pouco apreço pela lealdade nacional, e utilizava a globalização, os mercados e as novas tecnologias da informação em benefício próprio (Friedman, 2014).

Com a democratização das NTIC, pessoas recém conectadas conseguiriam reunir-se, colaborar e pressionar por mudanças. Com isso, surge uma força política maior e mais importante que a anterior, a qual foi denominada de *Square People*, ou “pessoas da praça”, que demandam um novo tipo de contrato social e lutam para que suas vozes sejam ouvidas (Friedman, 2014).

São na maioria jovens, que aspiram por um padrão de vida mais elevado e mais liberdade. Portanto, desejam uma reforma ou revolução, a depender do governo em questão, e estão conectados entre si especialmente pelo meio virtual. Estes grupos foram vistos em muitas praças: Tunis, Cairo, Istanbul, New Delhi, Damascus, Tripoli, Beirut, Sana, Tehran, Moscow, Rio, Tel Aviv e Kiev. Certamente, o governo é diferente em países diferentes, entretanto, esses grupos possuíam o mesmo discurso e aspirariam objetivos semelhantes (Friedman, 2014).

Outro ponto em comum é que esses indivíduos passaram a ter acesso a informações que antes não possuíam, com isso, passaram a ter conhecimento sobre escândalos de corrupção, abusos de autoridade, violação de direitos humanos e práticas governamentais inadequadas. Com isso, não mais admitem viver em um contexto no qual não podem exercer o seu potencial máximo, assim como também, agora possuem as ferramentas para colaborar e fazer algo sobre (Diamond, 2012).

Sendo assim, em 2014 e 2015 o potencial das NTIC em fomentar o regime democrático era visto em uma perspectiva extremamente otimista. Entretanto, a partir de então, a percepção mudou e a visão otimista decorrente do potencial libertador das mídias sociais se transforma, conforme será explorado na seção seguinte.

4. A MUDANÇA DE PARADIGMA E O USO NOCIVO DAS NTIC

Anteriormente, ao desfrutar do oligopólio sobre os meios de comunicação em massa, os governos e grandes empresas podiam estabelecer os padrões do discurso político aceitável. Isso significa a recusa em publicar conteúdo racista, teorias da conspiração e mentiras deslavadas (Mounk, 2019).

O professor da universidade de Nova York, Clay Shirky, conforme reportado por Manjoo (2016), ensina que, o termo cunhado para fazer referência a variedade de assuntos que a grande mídia considerava publicamente aceitável discutir é “Janela de Overton”, expressão cunhada por Joseph Overton (Manjoo, 2016).

O advento das mídias sociais alterou a Janela de Overton, visto que não mais existe a distinção entre informações que poderiam ser discutidas e informações que não poderiam vir à tona. Com as NTIC, os indivíduos podem discutir sobre o assunto que desejarem e expor suas opiniões com maior liberdade (Manjoo, 2016).

Ocorre que o controle da informação pelas grandes mídias contribui para a estabilização de regimes democráticos liberais, enquanto em regimes autocráticos significa a possibilidade de censurar as críticas contra o ditador. Atualmente, com as NTIC e a consequente redução do controle da informação, a oposição democrática tem mais ferramentas para derrubar um ditador plantado no poder, assim como mercadores de ódio encontram mais facilidades para solapar as democracias liberais (Mounk, 2019).

Ferramentas como o *Facebook* podem assumir o papel de importantes instrumentos de emancipação em alguns contextos, bem como contribuir para o fortalecimento de governos autocráticos e incitação de ódio racial. Dessa forma, indivíduos com ideais marginalizados,

os quais não eram reforçados pelo *mainstream*, notaram que não estavam sozinhos, e assim, passaram a manifestar seus pensamentos *on-line*, reforçando a sua deturpada visão de mundo. Nesse sentido, alcançar esses grupos foi objetivo de diversas figuras, tidas como “*outsiders*”, que acabaram alcançando cargos políticos relevantes (Mounk, 2019).

Entretanto, cumpre ressaltar que não é que a tecnologia ajude mais extremistas do que os moderados, ou mais o mal do que bem. Ocorre que, ao democratizar a disseminação e o acesso a qualquer tipo de informação, o abismo entre os *insiders* e os *outsiders* políticos diminuiu. Portanto, as NTIC acabaram ajudando mais os rebeldes do que o *status quo* e mais as forças da instabilidade do que as forças da ordem. Dessa forma, as NTIC não fomentam ou desconsolidam o regime democrático por si só, elas apenas foram essenciais para reduzir o abismo supracitado (Mounk, 2019).

Diante disso, a *Internet* ampliou significativamente o espaço público, o qual é cada vez menos filtrado por jornalistas ou políticos profissionais, e uma consequência direta da redução do controle de conteúdo pelas grandes mídias que merece destaque é a ascensão da desinformação.

A desinformação é um processo complexo de manipulação da opinião pública, a partir da divulgação massiva e orquestrada de boatos ou distorções da realidade. De acordo com a Comissão Europeia (2020), desinformação é a criação, apresentação e disseminação de informações falsas ou errôneas verificáveis, com o objetivo de obter benefícios econômicos ou ludibriar intencionalmente a opinião pública, causando danos coletivos.

Apesar de se tratar de uma prática milenar, o novo contexto social e comunicacional em que essa prática ocorre confere um significado novo e complexo à ação de espalhar informações falsas (Macedo Junior, 2018).

A informação, antes produzida sob o controle das organizações de mídia a partir de protocolos do jornalismo profissional, passou a circular em um ambiente de comunicação em rede sem o controle desses imperativos, podendo ganhar escala e visibilidade a partir de um componente viral (Brito Cruz *et al.*, 2020).

Nesse cenário, se este controle não é mais a condição para produzir informações e definir narrativas, mas sim uma estrutura descentralizada de produção e circulação de conteúdo na qual o indivíduo se torna também força motriz, a busca por exercer influência no debate público passa pelo engajamento de indivíduos.

Com isso, novas ferramentas e capacidades tecnológicas passam a ser empregadas para simular essa atividade individual, produzindo falsas percepções sobre a relevância, o alcance e o engajamento de informações e narrativas no debate público. As vendas de *likes* e seguidores e o disparo de mensagens em massa foram estratégias que passam a ser usadas com o objetivo de simular este engajamento individual (Brito Cruz *et al.*, 2020).

As fronteiras antes visíveis entre informação jornalística, propaganda e entretenimento começaram a fundir-se. É nesse cenário que a desinformação atinge uma escala sem precedentes: com a disseminação de conteúdos que se revestem de informação jornalística, sem que necessariamente tenham sido produzidos a partir do paradigma do jornalismo profissional; com propaganda e entretenimento que se apresentam como se informação jornalística fossem; e com ferramentas tecnológicas que são empregadas para falsear a percepção sobre o debate público (Brito Cruz *et al.*, 2020).

O grande desafio no combate da problemática em torno da desinformação e das *fake news* gira em torno da relação e conexão dessas questões com velhos debates dentro da liberdade de expressão. Diante disso, novos tópicos, como o uso de robôs para aumentar os efeitos das *fake news* em contextos especiais, como os últimos dias de uma campanha eleitoral, e a produção intencional de discurso de ódio para corromper princípios democráticos são inseridos no debate travado (Macedo Junior, 2018).

O fato das NTIC proporcionarem a qualquer cidadão a possibilidade de produzir e disseminar notícias ou opiniões trouxe uma oportunidade libertadora e democrática para milhões de pessoas, tradicionalmente excluídas das raras oportunidades disponíveis, nas quais poucos conseguiam expressar suas opiniões pela imprensa, TV ou rádio. Contudo, a explosão de novos canais de comunicação e interação criaram novas esferas de comunicação social imunes a qualquer cultura que se assemelhe a ética da imprensa ou a ética jornalística comumente encontrada na maior parte dos países democráticos (Macedo Junior, 2018).

A facilidade cada vez maior de comunicação contra qualquer pessoa não necessariamente resultou na comunicação de parte a parte nas discórdias sociopolíticas mais pronunciadas, o que contribuiu fortemente para a polarização. Isso ocorre porque as mídias sociais são caracterizadas por uma curadoria de informações, sendo assim, as informações recebidas pelos usuários são baseadas naquilo que o algoritmo vislumbra que para eles seria importante, ou seja, nas suas próprias opiniões ou em opiniões que se revelem convenientes, assim, as notícias são fruto de um controle minucioso e milimetricamente personalizado (Mounk, 2019; Diamond, 2012; Helbing *et al.*, 2017).

Essa forte seletividade do que pode ou deve ser visto por alguém acaba condicionando as pessoas em uma “câmara de eco”. Os usuários cercam-se de outros com orientação política similar. Com isso, o cidadão acaba inserido em uma bolha virtual, é direcionado a não repensar, mantendo uma postura completamente passiva e direcionada a desconsiderar os que discordam de seus ideais, sem admissão, tolerância e alteridade. Assim, acreditam que suas concepções de mundo são universais (Mounk, 2019).

O significado político que surge é uma polarização de grupos, pois, as pessoas não mais são confrontadas com uma diversidade de visões contrárias, como se esperaria num ideal de esfera pública liberal. As pessoas buscam comunidades minoritárias de pensamento semelhante, comportamento comum de extremistas políticos (Macedo Junior, 2018).

A polarização também é fomentada pelo forte movimento de despolitização, ou seja, pela ausência de politização, o qual se faz nítido no uso das NTIC. A politização é a maneira por meio da qual as classes sociais sem privilégios constroem uma nova hegemonia, com a deposição da dominação das classes responsáveis pelas desigualdades sociais. Dessa forma, busca-se a soberania popular por meio da autonomia e libertação do paradigma opressor existente.

Dessa forma, ao analisar o poder das mídias sociais e a necessidade de iniciar um debate *on-line* acerca de tais opressões, bem como de uma mobilização política em torno da problemática social, com o fulcro de promover mudanças, é imprescindível considerar a diferença entre o que seria apenas se manifestar *on-line* e o que faz com que tais manifestações de fato gerem um impacto significativo.

A mudança deve adquirir um conhecimento do mundo na medida em que o transforma. Os grupos sociais envolvidos em protestos apenas prosseguem rumo a uma nova fase, e de fato conseguem alterar a realidade em que vivem, a partir da recriação dos fatos sociais e uma elaboração da nova visão de mundo.

Diante disso, ainda que as redes sociais possuam o poder de reunir pessoas sob o mesmo ideal, possibilitando a mobilização de protestos, garantir o futuro das insurgências sociais torna-se uma tarefa árdua, visto que a motivação das pessoas envolvidas nas manifestações pode mudar. Dessa forma, embora haja ação, ela pode vir a ser desmontada na mesma facilidade pela qual foi iniciada (Bastos; Barros, 2020).

Isso ocorre pela ausência de liderança desses movimentos, os quais são marcados por uma relação profundamente horizontal, na qual inexistente uma comunicação do topo para a base. Desse modo, não há um intermediário que forneça informações ou pronunciamentos oficiais (Debrabander, 2020).

A ausência de liderança impossibilita que haja responsabilização ou avanços significativos provenientes desses movimentos. Muitas vezes, diante de possibilidades de negociação com os governos, os representantes escolhidos não representam de fato aquilo que motivou o movimento no ambiente *on-line* (Debrabander, 2020).

Com isso, ainda que tais mobilizações sejam eficazes como meio de convocar os cidadãos para a ação política, observa-se uma desvantagem nos processos políticos pós-manifestação, visto que, por trás destas manifestações, raramente se pode encontrar uma organização bem alicerçada e permanente, capaz de acompanhar as demandas e realizar o trabalho político complexo (Bastos; Barros, 2020).

Os grupos dominantes utilizam as NTIC para criar e fomentar um senso comum, cuja função principal é promover a desmobilização das lutas populares. Nesse contexto, estes meios de comunicação podem acabar reforçando o discurso hegemônico, como uma estratégia de desacreditar o discurso dos grupos questionadores da ordem e manter a opinião pública baseada no consenso existente nas relações de dominação (Bastos; Barros, 2020).

Com isso, disseminam-se ideais de que a mobilização é uma ameaça à paz existente no sistema, que o sistema político foi organizado para promover mudanças sem necessidade de usar a violência e que as eleições promoveriam mudanças sociais significativas de maneira segura. Portanto, rejeita-se o antagonismo político e propõe-se que o consentimento e a negociação são alternativas viáveis para eliminar as contradições na sociedade.

O resultado disso é a despolitização e o aumento de discursos de neutralidade, os quais não são benéficos para o regime democrático, pois reduzem o significado do processo de politização ao associá-lo com a mera identificação com partidos políticos ou figuras proeminentes na conjuntura política (Bastos; Barros, 2020).

Nesse sentido, quando os grupos não perpassam o processo de politização, o resultado é a despolitização, que não visa questionar as estruturas sociais vigentes, mas reafirmar conhecimentos oriundos do senso comum. Desse modo, acredita-se que é possível chegar ao consenso na negociação de interesses, o que acaba deslegitimando a ação política e a organização derivada dela, com objetivo de enfraquecer a luta contra o sistema hegemônico.

Assim, as redes sociais podem ser úteis para promover a difusão deste discurso de senso comum, construído de acordo com os interesses de quem os propagou, visando atingir uma determinada classe. Sendo assim, o poder das redes sociais pode ser usado para enfraquecer as manifestações sociais cuja origem também foi a partir delas.

Apesar da grande mídia não mais exercer a filtragem do conteúdo que é repassado nas redes sociais, é importante destacar que, o poder de controle e modulação comportamental que, antigamente era exercido por ela, agora é exercido pelas grandes empresas do Vale do Silício.

Na sociedade digital, o uso intensivo da liberdade só é alcançado com a autorrevelação e autoexposição voluntárias. A entrega de dados não acontece por coação, mas a partir de uma necessidade interna dos indivíduos, diante de um imperativo de transparência, que obriga a exposição voluntária total com o objetivo de acelerar a circulação de informação e comunicação (Han, 2020).

Portanto, a conformidade e o consenso são a consequência da transparência inerente aos indivíduos, que geram um efeito de que, cada um vigia o outro, razão pela qual, “o que ocorre hoje é uma vigilância sem vigilância” (Han, 2020).

Com isso, assim como as NTIC podem ser instrumentos capazes de atuar em conformidade aos ideais democráticos, aproximando pessoas, fomentando a participação popular e o debate público, também são utilizadas para funcionalidades obscuras e dissonantes aos princípios e a consolidação da democracia, afastando os indivíduos da vida democrática. Não obstante, é possível que tal realidade seja alterada, com um uso mais adequado do meio virtual, voltado para a proteção do regime democrático e o empoderamento do cidadão, conforme será elaborado na próxima seção.

5. AS ESTRATÉGIAS PARA PROTEGER O REGIME DEMOCRÁTICO NO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Tecnologias são ferramentas que podem ser utilizadas para finalidades positivas ou negativas, boas ou ruins, prejudiciais ou benéficas ao regime democrático. Por exemplo, a Televisão e o Rádio são excelentes veículos para fomentar debates plurais, entretanto, se comandados por regimes totalitários, podem promover censura e um controle total.

No atual contexto global e interconectado, com a *Internet*, se tornou mais fácil tornar as coisas públicas e mais difícil mantê-las privadas. Desse modo, a *Internet* representa tanto as oportunidades de liberação como de opressão, controle dos indivíduos e da liberdade de expressão (Macedo Junior, 2018).

As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação podem ser utilizadas em benefício ou prejuízo do regime democrático, conforme demonstrado acima. As NTIC proporcionaram a democratização informativa de comunicação por intermédio das plataformas digitais, na mesma medida em que violam direitos fundamentais referentes à liberdade, a privacidade e a propriedade dos dados pessoais. Portanto, é imprescindível que o Estado de Direito atue

nesse sentido, estabeleça limites e não permita que estas ferramentas sejam utilizadas para incapacitar o cidadão ou enfraquecer a cidadania.

Para que o cidadão possua, de fato, controle sobre a sua própria vida, é necessário fomentar o pluralismo, a participação e a autodeterminação informacional. Não obstante, para a expressão da pluralidade, é necessário garantir aos cidadãos a liberdade de expressão, elencada como direito fundamental no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

É imprescindível que as estratégias utilizadas estejam em consonância com a liberdade de expressão, o direito de informar e ser informado, os quais configuram os pilares da democracia representativa, razão pela qual, propostas extremas para conter a disseminação de *fake news* pelas redes sociais, por exemplo, não são aceitas por serem incompatíveis com esses princípios basilares da vida democrática.

Refletir sobre a liberdade de expressão no ambiente digital perpassa pela garantia da expressão contra a censura por parte do Estado, salvo em casos nos quais o discurso possa ter um efeito silenciador, como no caso do discurso de ódio. Desse modo, a liberdade de expressão não deve ser interpretada apenas como um direito, mas como um valor que se expressa em uma cultura política democrática, a qual exige a participação para a construção e manutenção de uma sociedade democratizada (Valente, 2018).

Para participar do processo democrático, é imprescindível que os indivíduos sejam devidamente esclarecidos, para tanto, fundamental o direito ao acesso à informação. O conhecimento e a informação permitem que cidadãos controlem seus governos, razão pela qual governos autoritários por toda a parte tentam controlar a *Internet* (Valente, 2018).

Dessa forma, sendo a democracia um regime assentado no reconhecimento de determinados direitos fundamentais, que são sustentáculo ao seu efetivo exercício, cumpre ao Estado de Direito agir sempre que tais direitos se encontrem sob ameaça.

Isto exige um balanceamento ético-jurídico nas práticas advindas do ciberespaço, com uma análise focada nos efeitos das ações de novos mecanismos de Inteligências Artificiais (IA) e algoritmos, dentro da esfera privada dos indivíduos. Ademais, é imprescindível que o avanço tecnológico seja encarado como uma realidade que tende a se desenvolver mais rápido do que a capacidade do direito em acompanhá-lo. Nada obstante, o dever do Estado de Direito de fiscalizar essas práticas, protegendo e resguardando os indivíduos de violações que interfiram no exercício de sua autonomia permanece (Bastos *et al.*, 2020).

Alguns critérios devem ser exigidos aos envolvidos com o desenvolvimento de Inteligências Artificiais, como a transparência para inspeção, ou seja, os sistemas de IA devem ser auditáveis e transparentes sempre que necessário. Além disso, a previsibilidade, a qual significa que todo sistema de IA que governa alguém deve ser previsível por este que é governado por ele, especialmente nestes casos em que a IA exerce uma função social, bem como, a robustez contra manipulação, a qual significa que, os algoritmos desenvolvidos devem estar preparados contra a burla e hackers, e por fim, a responsabilidade, ou seja, se o sistema falhar, é necessário que alguém seja responsabilizado (Helbing *et al.*, 2017).

Ademais, cumpre destacar algumas diretrizes capazes de nortear a relação com as novas tecnologias: descentralização da função dos sistemas de informação; apoio à autodeterminação e participação da informação; melhor transparência, a fim de obter maior confiança; redução na distorção e poluição da informação; habilitação de filtros de informação controlados

pelo usuário; apoio na diversidade social e econômica; melhor interoperabilidade e oportunidades de colaboração; criação de assistentes digitais e ferramentas de coordenação; apoio a inteligência coletiva; promoção do comportamento responsável dos cidadãos no mundo digital, por meio da alfabetização digital (Helbing *et al.*, 2017).

Nesse contexto, o Estado de Direito, como fonte garantidora dos Direitos Fundamentais, deve intervir em técnicas e regras do espaço virtual quando necessário, tendo como base o próprio direito e não o contrário, devendo este ser o maior modelo de regulamentação normativa. Caso isto não ocorra, ensejará constantes instabilidades no que refere à proteção dos direitos dos cidadãos, um distanciamento para com a segurança jurídica e o aumento de arbitrariedades (Bastos *et al.*, 2020).

O Estado de Direito não se deve curvar diante das regras da tecnologia e tampouco considerá-las como algo que se sobrepõe ao próprio direito, visto que assumir que não há legitimidade para que o direito intervenha em regras da tecnologia diminui consideravelmente o potencial da esfera pública e do Estado de Direito dentro do ciberespaço (Helbing *et al.*, 2017).

O Estado deve definir e executar Políticas Públicas, eis que a questão jamais poderá ser enfrentada corretamente sem a instituição e o desenvolvimento de políticas públicas centrais que escolham e tracem o caminho a ser trilhado, à luz do letramento digital, da autodeterminação informativa, da proteção dos valores democráticos, e do combate a desinformação e das *fake news*.

É imprescindível que haja intervenção de uma autoridade política para auxiliar na concretização de direitos que estão sendo ameaçados. Assim, o Estado deve investir uma considerável quantidade de recursos públicos na resolução de tais questões (Bastos *et al.*, 2020).

Neste aspecto, a educação exerce um papel chave. A criação de um novo sistema educacional, que fomente o pensamento crítico, a criatividade e o empreendedorismo, em contraponto ao mecanismo educacional existente, voltado para a formação de indivíduos padronizados, os quais futuramente se tornarão empregados padronizados, é um instrumento capaz de promover um uso mais adequado das ferramentas virtuais. A ciência, a indústria, o Estado e as instituições educacionais são responsáveis por disponibilizar este conhecimento e promover o comportamento responsável do cidadão no meio digital por meio da alfabetização digital e da maior transparência (Helbing *et al.*, 2017).

Dessa forma, é possível criar um sistema que promova o entendimento sobre o funcionamento, a responsabilização e o uso crítico do mundo digital. Os cidadãos devem compreender de maneira muito clara estas tecnológicas e como o mundo virtual se interliga com o mundo físico, bem como, quais são os seus usos ilegítimos. Estes fatores são elementares para os usuários do meio virtual exercerem os seus direitos e liberdades (Helbing *et al.*, 2017).

Na União Europeia, por exemplo, é possível notar avanços na tentativa de desequilibrar o pêndulo em favor da democracia, não apenas com a legislação, mas com diversos movimentos que indicam que as opções adequadas estão sendo feitas.

Em 2018, foi lançado o plano de Ação contra a Desinformação, que pretende assegurar uma detecção mais eficaz das mídias de desinformação, atribuindo ao Estado o investimento em recursos públicos para combater a desinformação e aumentar a sensibilização para o seu impacto adverso (União Europeia, 2018).

O plano objetiva sensibilizar e capacitar os cidadãos para que possam blindar-se dos efeitos das campanhas de desinformação, promovendo a alfabetização midiática por intermédio de programas específicos (Bastos *et al.*, 2020).

Por outro lado, o retrato brasileiro é caracterizado por ações desconexas em relação à proteção do direito à autodeterminação informacional, bem como, uma grande lentidão, incompatível com a rapidez e o alcance dos danos que as NTIC podem causar a democracia. Não obstante, no que tange as leis como a Lei Federal nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Brasil, 2018), e a *General Data Protection Regulation* (GDPR) – Legislação de Proteção de Dados da União Europeia - a intenção legislativa deve ser valorizada.

Contudo, conforme ensina Stefano Rodotà (2008), com o advento das NTIC, é necessário incluir progressivamente novos aspectos de liberdade em um conceito ampliado de privacidade. A concepção de privacidade como o direito de ser deixado só decai em prol de novas definições caracterizadas e centralizadas na possibilidade de cada um exercer o controle sobre as informações que lhe dizem respeito, determinando como a esfera privada deve ser constituída (Rodotà, 2008).

Portanto, a privacidade também passa a ser compreendida como o direito de cada indivíduo não ser avaliado e objetivado fora do contexto. Desse modo, fazem-se necessários dispositivos que garantam transparência e a exigência de informação clara aos cidadãos acerca da composição dos algoritmos (Rodotà, 2008).

Entretanto, cumpre mencionar que as legislações ainda não estão adequadas à nova concepção do direito à privacidade.

Além disso, enquanto o Estado de Direito busca motivos para legitimar a regulação do meio tecnológico, é cediço que o mundo virtual já é regulamentado por técnicas não normativas. A arquitetura digital impõe sutilmente a naturalização das práticas abusivas dentro das plataformas digitais, a mercantilização dos dados pessoais e a censura ilegal (Mounk, 2019; Harari, 2016; Diamond, 2012).

De acordo com Lessing (1999), existem quatro formas de regulação dos comportamentos humanos: normas sociais, normas de direito, normas de mercados e normas de arquitetura. As normas sociais, apesar de não formalizadas, trazem inexorável efeito nas relações humanas, por ofertarem a ideia clara de que alguns comportamentos são aceitos e outros não. As normas de direito formalizam o que seria uma conduta permitida e uma conduta proibida. Ambas as normas precisam dialogar com a lógica dos mercados, as quais também regulam comportamentos humanos (Lessing, 1999).

No entanto, as ferramentas utilizadas para interagir também implicam em limitações. Por isso, as normas de arquitetura são as mais relevantes das quatro no espaço virtual, e assumem grande relevância neste cenário pois, a própria modelagem do ciberespaço limita o comportamento humano. No meio virtual a limitação ocorre precisamente através de códigos do espaço cibernético, como *software* e *hardware*, que fazem o ciberespaço ser do modo como ele é, e também regulam como ele é. Por isso, de acordo com o autor, o código é a lei (Lessing, 1999).

Nesse sentido, a tecnologia de informação e comunicação poderia ser desenvolvida de diversas maneiras alternativas, visando promover privacidade, transparência e autodeterminação ao cidadão. Entretanto, a lógica se deu de forma contrária.

O ciberespaço é crucial para a vida em sociedade, a economia e a segurança, sendo assim, apesar das plataformas que intermediam as relações serem privadas, a natureza das comunicações nessas redes é pública, na medida em que o público as usa para interações entre si, sobre política, cultura cotidiano ou humor. Além disso, o valor dessas redes aumenta na mesma proporção da quantidade de usuários, ou seja, quanto maior a participação do público maior é o valor da plataforma, o que é definido como efeitos de rede (Valente, 2018).

Não obstante, as escolhas críticas que foram efetuadas em projetos alternativos da *web* não foram feitas por meio de um processo político democrático, foram decisões tomadas por projetistas da *web*, o que indica que a *Internet* é uma zona livre e sem lei, que desgasta a soberania do Estado, ignora fronteiras, elimina a privacidade e representa um risco a segurança global (Harari, 2016).

O ciberespaço é caracterizado, em relação a certos grupos, pela opacidade excessiva, a ausência de transparência e a coleta massiva de dados pessoais de usuários, sem que a estes seja concedida a autodeterminação informacional. Os novos *gatekeepers* (guardiões de acesso) criam regulamentações que seguem seus próprios interesses comerciais, fomentam seus próprios valores, limitando e condicionando os usuários, a sua própria estrutura e seus valores. Dessa forma, estamos diante de um espaço tecnorregulado, no qual as regras da tecnologia e a sua arquitetura interna vão condicionar as ações humanas a códigos previamente programados (Pasquale, 2015; O'Neil, 2020).

Portanto, as empresas que controlam a tecnologia e a informação possuem cada vez mais controle sobre os indivíduos e suas liberdades. Nesse sentido, pode afirmar-se que o controle massivo da circulação de informação, antes exercido pelas grandes mídias, hoje foi transferido para as grandes empresas da tecnologia, as quais, após desfrutarem dos seus ganhos de escala e atingirem um determinado *plateau*, passam a lançar mão de outro tipo de vantagem: a sua influência econômica e política. Assim, a conduta destas empresas passa a ser focada em neutralizar rivais e interferir em processos legislativos (Silva; Mourão, 2020).

De acordo com O'Neill, (2020), modelos opacos e invisíveis são a regra, e os transparentes, a exceção. No caso de empresas como o *Google*, a *Amazon* e a *Meta* (outrora *Facebook*), estes algoritmos precisamente talhados valem, sozinhos, centenas de bilhões de dólares, e são caixas-pretas impenetráveis, cujo conteúdo é segredo corporativo altamente protegido (O'Neil, 2020).

Quando um modelo ganha escala, ele passa a afetar toda a vida dos indivíduos. É o que ocorre, por exemplo, com o modelo de crédito, que acaba determinando se o indivíduo consegue ou não um apartamento, um emprego ou um carro. Estes modelos matemáticos são opacos e os seus mecanismos invisíveis a todos, exceto aos que possuem domínio sobre eles (O'Neil, 2020).

Não existe qualquer restrição tecnológica que impeça esses computadores de analisar milhões de dados de comportamentos das pessoas e extrair tendências suficientes para que se possa conhecer o que essas pessoas pensam, acreditam, gostam, quais valores defendem e o que as motivam (Oliveira, 2018).

Portanto, a exploração do psicológico humano é uma possibilidade que o *Big Data* trouxe, e que o distingue entre as estratégias mais tradicionais de abordagem, as quais utilizam o aspecto demográfico e não possuem acesso ao psíquico. De acordo com Chul Han (2020), é

essa a grande diferença entre o *Big Data* e a estatística, visto que, o *Big Data* proporciona um psicograma coletivo, e até mesmo o psicograma do inconsciente (Han, 2020).

A implementação de persuasão psicológica em massa, embora ofereça oportunidades, acarreta riscos de desafios éticos, visto que, pode ser utilizada para ajudar as pessoas a tomar melhores decisões e avaliar problemas sociais, bem como para explorar pontos fracos ou modular as pessoas a se comportarem de maneira que não são do interesse delas. A comunicação de massa persuasiva é utilizada por governos, *marketing* e partidos políticos que objetivam incentivar grupos de pessoas a acreditar e agir de acordo com o ponto de vista do comunicador (Oliveira, 2018).

Por isso, é imprescindível que todos estes mistérios sobre o que ocorre para além da superfície da *Internet* sejam esclarecidos, bem como, que os códigos e modelos invisíveis sejam decifrados ao usuário comum, visto que, é neste contexto que os limites mais significativos de ações e escolhas operam. Nesse sentido, vale ressaltar que este controle se relaciona diretamente com a complexidade e opacidade naturais do espaço atual de comunicação, e não com a tecnologia em si (Mounk, 2019).

Portanto, é imprescindível que novos espaços virtuais sejam desenvolvidos com novas normas de arquitetura, voltadas para a proteção da transparência, privacidade, autodeterminação, responsabilidade e demais princípios que devem reger a relação com as novas tecnologias da informação e comunicação. Nesse sentido, a fiscalização e regulação exercidas pelo Estado de Direito assumem um papel primordial, para que assim, seja possível assegurar e proteger a democracia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia vivencia uma crise sem precedentes no exato momento de seu triunfo global, em razão de diversas promessas as quais ela não conseguiu cumprir, com a substituição de interesses de indivíduos por interesses de grupos, a persistência das oligarquias e do poder invisível, a não ocupação de espaços não políticos e a ausência de uma educação para a cidadania.

O regime democrático exige relações interpessoais transparentes, seguras e dotadas de confiabilidade para se consolidar, visto que a própria democracia deve ser compreendida como o manejo de relações interpessoais para tomadas de decisões conjuntas. No entanto, vislumbra-se que os indivíduos estão cada vez menos engajados politicamente e satisfeitos com o regime democrático, o que resulta em uma nítida apatia política de grande parte da população que habita países nos quais se opera um regime democrático liberal.

Diante disso, o presente estudou ocupou-se em discutir as estratégias de proteção do regime democrático com o uso das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação, visto que, diante da crise atravessada pela democracia atualmente, fruto de uma enorme desilusão popular com o regime, as NTIC assumem um papel central na medida em que alteram as relações interpessoais. Essas tecnologias certamente trouxeram importantes implicações para o regime democrático, conforme se objetivou demonstrar.

As NTIC alteraram a maneira a qual os indivíduos se comunicam entre si, tornando mais fácil disseminar e acessar informações. Com o advento da *Internet*, a circulação da informação, a qual antes era propulsionada com um emiteente se comunicando com a massa, passou a se disseminar de muitos-para-muitos, ou seja, de todos para todos. Portanto, todos se tornam potenciais emiteentes.

Inicialmente, tais tecnologias foram vislumbradas como mecanismos de empoderamento civil, capazes de fomentar a interação e a prática política, permitindo aos indivíduos uma maior autonomia de informação e promovendo maior facilidade na organização de mobilizações populares, visto que as pessoas passaram a se conectar mais facilmente. Desse modo, violações de direitos humanos, escândalos de corrupção e práticas inadequadas passaram a ser observadas com maior facilidade.

Entretanto, diversos acontecimentos apresentaram uma nova face das NTIC. Não existe mais exigência de que as informações disseminadas sejam submetidas a qualquer controle que se assemelhe a ética jornalística ou midiática, razão pela qual, muitos indivíduos que concordam com ideais estigmatizados passaram a notar que não estavam sozinhos, o que impulsionou o crescimento de movimentos que reforçam ideais os quais não são discutidos pelo *mainstream*.

Diante disso, observa-se que as NTIC não impossibilitam a disseminação de discursos de ódio e desinformação. Ademais, fomenta a polarização e a despolitização, na medida em que se torna um instrumento utilizado para reforçar discursos de senso comum, e, com isso, aumentar a instabilidade do regime e das próprias mobilizações populares organizadas através destas tecnologias.

Nesse cenário, é importante ressignificar o papel destas novas tecnologias, visto que possuem o potencial para fomentar a vida pública e incitar os cidadãos para clamar novos horizontes políticos. Sendo assim, é urgente que se debata novas formas de politização das novas manifestações sociais, bem como, novos meios para desenvolver a consciência crítica dos cidadãos interconectados, cujo poder de mobilização já foi demonstrado (Bastos; Bastos, 2020).

A elaboração de um pacto informacional, que não apenas melhore o acesso aos dados públicos, e possibilite uma efetiva e transparente prestação de contas por parte dos agentes públicos, mas que, igualmente, permita ao indivíduo desenvolver sua alfabetização midiática, e, a partir de então, a sua autonomia informacional, se faz necessário. Assim, a ciência jurídica e o Estado de direito possuem papel preponderante na concepção desse pacto (Bastos; Barros, 2020).

Não obstante, o uso mais cuidadoso do meio virtual, fomentado pelo Estado de Direito, que deve não apenas investir recursos em políticas públicas para a resolução da problemática, mas também intervir nos regramentos da tecnologia, a fim de assegurar um uso adequado do ciberespaço e a observância a diversas diretrizes e princípios preestabelecidos.

Por fim, indica-se o investimento em educação digital, letramento e uma nova arquitetura do meio virtual, voltada para a proteção da privacidade e uma maior transparência, as quais são estratégias de extrema importância que podem desequilibrar o pêndulo em favor da democracia.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Elísio Augusto Velloso; BARROS, Bruna Luísa Batista de. Práxis, redes sociais e processo de politização: uma análise das novas manifestações sociais perante as democracias liberais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 339-363, jan-abr, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7882>. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7882>. Acesso em: 22 maio 2022.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso; MIRANDA, Cristina Pires Teixeira de; NARDI, Daniela Rodrigues de. O papel das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação na Crise da Democracia. **Revista Meritum**, v. 15, n. 4, p. 260-282, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7968>. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7968>. Acesso em: 22 maio 2022.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro Da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. Câmara dos deputados. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.
- BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie; MASSARO, Heloisa. **Estratégias de proteção do debate democrático na internet**. São Paulo: Internet Lab, 2020.
- DEBRABANDER, Firmin. **Life after Privacy: Reclaiming Democracy in a Surveillance Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- DIAMOND, Larry. Liberation vs. Control in Cyberspace. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. Editors. **Liberation Technology: social mídia and struggle for democracy**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2012.
- FRIEDMAN, Thomas. The Square People, Part 1. **The New York Times**, Nova Iorque, 13 maio 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/05/14/opinion/friedman-the-square-people-part-1.html>. Acesso em: 18 maio 2022.
- HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.
- HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma Breve História do Amanhã**. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HELBING, Dirk; FREY, Bruno S.; GIGERENZER, Gerd *et al.* Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence. **Policy & Ethics**, Feb. 2017. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/will-democracy-survive-big-data-and-artificial-intelligence/>. Acesso em: 22 maio 2022.
- LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-549, 1999.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Fake News” e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: FARIA, José Eduardo (org). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.
- MACHADO, Débora. A modulação do comportamento nas plataformas de mídias sociais. In: AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; SOUZA, Joyce (coord.). **A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: HEDRA, 2018.
- MANJOO, Farhad. Social Media’s Globe-Shaking Power. **The New York Times**, Nova Iorque, 16 nov. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/17/technology/social-medias-globe-shaking-power.html?searchResultPosition=2>. Acesso em: 18 maio 2022.
- MOUNK, Yascha. **O Povo Contra a Democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: Como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução Rafael Abraham. Santo André, SP: Rua do Sabão, 2020.
- OLIVEIRA, Carla. Aprendizado de máquina e modulação do comportamento humano. In: AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; SOUZA, Joyce (coord.). **A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: HEDRA, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração conjunta sobre liberdade de expressão, fake news, desinformação e propaganda**. Viena, 3 mar. 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=1056&IID=1>. Acesso em: 18 maio 2022.

PASQUALE, Frank. **The Black Box society**: The secret algorithms that control Money And information. Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

RODOTÀ, Steffano. **A vida na sociedade da vigilância**: A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Leandro Novais e; MOURÃO, Carlos. A proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial: Portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open banking. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 31-53, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/649>. Acesso em: 22 maio 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **EU action plan against disinformation**, dez. 2018. Disponível em: https://www.eca.europa.eu/lists/ecadocuments/ap20_04/ap_disinformation_en.pdf. Acesso em: 22 maio 2022.

VALENTE, Mariana Gioginetti. A liberdade de expressão na Internet: Da utopia às eras das plataformas. In: FARIA, José Eduardo (org). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/01/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/01/2022
- Avaliação 1: 20/02/2022
- Avaliação 2: 23/02/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/05/2022
- Retorno rodada de correções: 04/06/2022
- Decisão editorial/aprovado: 04/06/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

DIGNIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PROCESSO ELEITORAL DA ERA DIGITAL

DIGNITY AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE ELECTORAL PROCESS IN THE DIGITAL AGE

LARISSA LEITE ALBUQUERQUE¹

MARCOS CÉSAR BOTELHO²

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é discutir acerca do processo eleitoral na era digital, privilegiando nuances acerca das garantias de direitos como a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, identificando as premissas fixadas na constituição brasileira julgada do STF. Reconhecendo a possibilidade de restrições necessárias à higidez do processo eleitoral, percebe-se a importância do zelo pelos direitos no contexto dos pleitos eleitorais. O foco na era digital advém da percepção de que há um jogo simbólico de envolvimento e conquista em torno das escolhas políticas, em que os indivíduos são levados e convencidos a tomar decisões e posições. Nesse cenário, conta-se com a atividade midiática como propagadora de ideias, projetos e oposições. Dada a amplitude do tema, o recorte temporal será a sociedade brasileira durante o decorrer dos anos 2000 e toda a análise será feita a luz da legislação do direito eleitoral brasileiro. Quanto aos procedimentos metodológicos, trata-se de uma pesquisa do tipo exploratória, de natureza qualitativa, na qual adotou-se o método de abordagem dedutiva e as técnicas de pesquisa da revisão bibliográfica e documental.

Palavras-chave: eleições no Brasil; internet; liberdade de expressão.

ABSTRACT

The objective of this research is to discuss the electoral process in the digital age, focusing on nuances about the guarantees of rights such as freedom of expression and the dignity of the human person, identifying the premises established in the Brazilian constitution judged by the STF. Recognizing the possibility of restrictions necessary for the health of the electoral process, one can see the importance of zeal for rights in the context of electoral processes. The focus on the digital age comes from the perception that there is a symbolic game of involvement and conquest around political choices, in which individuals are led and convinced to make decisions and positions. In this scenario, there is media activity as a propagator of ideas, projects and oppositions. Given the breadth of the theme, the time frame will be Brazilian society during the course of the 2000s and the entire

- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Farese. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Futura. Pós-graduada em Gestão Tributária pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (PB). Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. Ipaumirim/CE. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/1480631172193444>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0883-3296>.
- 2 Analista de Sistemas. Advogado. Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). É professor adjunto vinculado ao programa de mestrado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0312394428385323>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0985-9132>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ALBUQUERQUE, Larisse Leite; BOTELHO, Marcos César. Dignidade e liberdade de expressão no processo eleitoral da era digital *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 126-141, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.8978>.

analysis will be carried out in the light of Brazilian electoral law. As for the methodological procedures, this is an exploratory research, of a qualitative nature, in which the deductive approach method and research techniques of bibliographical and documental review were adopted.

Keywords: elections in Brazil; internet; freedom of expression.

1. INTRODUÇÃO

A esfera do político abrange a totalidade do social, se beneficiando dos sentimentos, emoções e do imaginário individual e coletivo. É incerta e repleta de imprevisibilidades e heterogeneidades. Dessa forma não podemos tomá-la como campo linear e homogêneo, mas como um campo complexo que envolve fronteiras tênues e dinâmicas. O objetivo da presente pesquisa e discorrer acerca do processo eleitoral na era digital, privilegiando nuances acerca das garantias de direitos como a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, identificando as premissas fixadas na constituição brasileira julgado do STF.

O pano de fundo da análise deste trabalho está inserido no contexto da era digital, especialmente no contexto dos anos 2000. O referido momento eleitoral é uma das dimensões que constituem o modelo de democracia representativa, que o povo utiliza para definir quem será seu representante, quem o protegerá, defenderá seus direitos, implementará sistemas fortalecidos e garantirá a todos a liberdade e igualdade que as pessoas devem compartilhar. O referido trabalho possui relevância social e acadêmica. Nas academias possuem debates fervorosos sobre a temática em questão e atualmente torna-se indispensável discutir os direitos fundamentais como dignidade e liberdade de expressão no contexto das eleições.

Com o advento da internet a vida humana sofreu diversas alterações nas mais diversas áreas, as formas de comunicação e consumo foram drasticamente afetadas, entre vários outros ramos da vida em sociedade. Como o surgimento das redes sociais (instagram, facebook, youtube, etc) a interação social foi amplamente alterada, o que faz com que mais informações sejam compartilhadas em menor tempo. Essa alteração fez com que a população, que anteriormente apenas recebia a informação de meios tradicionais de comunicação, participe ativamente na produção e compartilhamento de informações. Esse cenário, porém, facilita, também, a divulgação de informações inverídicas, as chamadas fakes news que podem construir ou destruir a imagem de pessoas e até mesmo entidades

Diante de tais alterações no cotidiano coube ao direito evoluir, estabelecer novos critérios, parâmetros, direitos e deveres que alcance essa nova realidade. Dessas inovações cita-se a Lei 12965/2014 conhecido como Marco Civil da Internet que disciplina o uso da internet no Brasil bem como estabelece seus princípios, garantias, direitos e deveres, há também a Lei 12737/2012 apelidada de Lei Carolina Dieckmann que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Porém, diante de tais modificações o Direito Eleitoral também sofreu grande impacto e alterações

Considerando que a liberdade de manifestação de pensamento garante a democracia, e a realização da democracia pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, onde haja o livre confronto de ideias (Sarmiento, 2013) questiona-se quais são os limites e os parâmetros que devem ser observados nas informações e opiniões divulgadas, tanto em redes

sociais quanto em outros meios de ampla visibilidade, especialmente durante o período eleitoral, objetivo deste artigo é demonstrar o uso da Internet nas eleições e discutir seu impacto na democracia e no fortalecimento da cidadania sem privar o direito de expressão. Tudo isso, considerando que os dispositivos de poder são, na maioria das vezes, veiculados pelo discurso da mídia e dos candidatos que acabam sujeitando o público votante no sentido forjar atitudes e decisões. Quando se fala em sujeição está se remetendo à capacidade de moldar as pessoas e ‘fabricar’ suas posições, escolhas e atitudes.

O referido trabalho se constitui a partir de revisão bibliográfica com o intuito de confrontar e apresentar perspectivas diferentes sobre o tema. Nesse sentido, destaca-se que a representação é um processo político com conotações únicas, pois se baseia na estrutura cíclica entre sistema e sociedade. Assim, não se reduzirá a deliberações e decisões parlamentares, e deve ser encarada de forma dinâmica e impondo melhoria contínua e respeito aos pensamentos e opiniões dos cidadãos sobre a relação entre a sociedade e o Estado. A política precisa entender a relação entre a sociedade e o Estado para se mover com habilidade neste espaço, sem ignorar sua lógica interna.

A campanha eleitoral dos anos 2000 no Brasil se adaptou a esta nova situação. As novas mídias praticam a política e reelaboraram a integração entre a política e a Internet nas eleições realizadas no Brasil. Surgiram sítios eletrônicos de partidos, temas relacionados ao país foram discutidos nas redes sociais e os candidatos exibiram suas realizações e sugestões em blogs. Além disso, essas plataformas são utilizadas por todos os envolvidos nas pesquisas de opinião e durante o processo eleitoral.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A liberdade de expressão é um direito humano e fundamental, entretanto, possui limitações ao seu exercício, tendo em vista que quando utilizado de forma excessiva, como nos casos que envolvem os discursos de ódio, fere outros direitos que são garantidos à pessoa humana, a exemplo do princípio da dignidade humana, sendo um tema de bastante discussão no seguimento acadêmico e jurídico (Molinari, 2017).

Mesmo sendo garantido por lei que a pessoa humana tem o direito de manifestar sua opinião e expressar-se de maneira correta, o respeito aos demais direitos também é uma garantia, para que a permanência da dignidade e integridade da pessoa humana. O direito supramencionado deve ser utilizado, desde que não utilize expressões preconceituosas ou que ofendam direta ou indiretamente a dignidade das pessoas.

O conceito de liberdade refere-se à qualidade de ser livre, de expressar o seu pensamento e de realizar as suas escolhas, conforme achar necessário. A liberdade é muito importante para a vida de qualquer ser humano, e é a base para a liberdade de expressão, pois representa a opinião do todo para além do individual. O princípio da Liberdade é inserido na primeira dimensão da qual decorre diversos direitos previstos pela Constituição Federal de 1988, como

liberdade de pensamento (artigo 5º, IV); liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, VI e VIII); liberdade de locomoção (artigo 5º, XV); etc.

Apesar de sua amplitude encontra restrições, uma vez que nenhum direito é absoluto, encontrado limitações em outros direitos visando a garantia de direitos que pertencem a terceiros também serão respeitados (eficácia horizontal): “[...] não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos (relação horizontal) e ao próprio Estado (relação vertical).” (Moraes, 2019).

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão consiste em um direito que garante expressar-se de maneira pessoal, opinando sobre determinado assunto, onde os outros também devem ser respeitados, como o de manifestação religiosa, de orientação sexual, dentre outros. O direito de liberdade de expressão é evidenciado pelo inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Nessa garantia, inclui-se o desejo de escolhas e demais questões de liberdade, sendo um elemento crucial, referente a estar livre em suas escolhas, seus pensamentos e demais manifestações de liberdade. Portanto, trata-se de uma garantia que necessita do respeito aos demais direitos, não considerando ações de discriminação contra grupos minoritários (Da Silva *et al.*, 2011).

Na evolução do tratamento da Liberdade de Expressão, possui grande relevância jurídica a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, julgado pelo STF (Supremo Tribunal Federal) em abril de 2009. A ADPF em questão discutia a recepção da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) que regulava a manifestação do pensamento e da informação. Movida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) que discutia pelo reconhecimento da não recepção, em bloco, da Lei 5.250/67 por considerar que a Lei, sancionada no período de Regime Militar (1964-1985) um período da história brasileira de diversas restrições aos direitos humanos, não coadunava com os alicerces da democracia. Durante a sessão, de presidência do Ministro Gilmar Mendes, foram levantados diversos pontos durante os votos apresentados que merecem análise.

Assim, essa liberdade é limitada, pois depende diretamente do cumprimento de outros direitos que são inerentes à pessoa humana. Ressalta-se que existem ideias que mediante o uso excessivo dessa liberdade motivam um conflito entre direitos, destacando que o discurso de ódio não pode ser naturalizado. Assim, as liberdades, como a de expressão, são formas de manifestação da pessoa e as garantias pressupõe modos de estruturação do Estado. Dentre os direitos fundamentais, destaca-se o direito à vida. O autor aborda os direitos fundamentais e de personalidade, relatando que “as garantias e os direitos procedimentais interpenetram-se, sem se confundirem” (De Freitas; De Castro, 2013).

Nesse sentido, a liberdade de expressão vai muito além de um simples conceito, devendo ser compreendida em todos os seus fatores, onde o respeito torna-se fundamental na manifestação das opiniões, porém encontra-se ausente em parte considerável dos discursos de ódio, principalmente nas redes sociais, que muitas vezes é considerado um espaço sem limites para exposição de ideias.

A liberdade de expressão, portanto, caracteriza-se como o direito de participar na sociedade exprimindo sua opinião sobre determinado fato, utilizando os seus argumentos. Um exemplo claro de liberdade de expressão é que qualquer pessoa tem liberdade religiosa, tradições e preceitos específicos, porém, se ferir o direito do outro já não é mais liberdade, e sim intolerância religiosa. Contudo, atualmente os direitos fundamentais não mais são considerados absolutos, sendo restringidos essencialmente por seu caráter universal, pela simples razão de se viver em um mundo plural e democrático no qual os direitos precisam ser compatibilizados com os interesses dos demais cidadãos, respeitando o limite de cada um.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como algo intrínseco das pessoas, fazendo-as merecedoras da consideração e respeito por parte da comunidade e do Estado, garantindo as condições necessárias para uma boa qualidade de vida, promovendo a participação dos assuntos inerentes à cidadania. O termo “dignidade” pode ser definido como a qualidade do que é digno, que merece respeito e consideração. Dessa forma, é a garantia dos seres humanos, sem considerar classe social, gênero, cor, dentre outros, sendo assim insubstituível (Leite, 2010).

Ela tem previsão no inciso III do artigo 1º da CF, consistindo em um dos fundamentos, assegurando os direitos que devem ser considerados, como o respeito. Esse princípio ainda é adotado em outros países, que utilizam principalmente para solução dos problemas judiciais. Todavia, a construção desse princípio necessitou de muitas adaptações de acordo com diferentes contextos. O cristianismo, uma das maiores religiões do mundo, constituiu um dos principais fatores para desenvolvimento das garantias referentes ao princípio, principalmente durante a Idade Média que possuía a ideia que todos os seres humanos são livres para realizar as suas escolhas, mas, que cada um assumirá pelos seus atos. Já na Idade Moderna, principalmente com o surgimento das ideias iluministas, o ser humano passou a ser compreendido como um ser racional, e que é responsável por seu futuro (Souza, 2007).

Diante disso, é mostrado que o direito à liberdade de expressão é subordinado em relação a outras garantias civis (Frias; Lopes, 2015). Monsalve e Roman (2009) contextualizam o princípio da dignidade humana com a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Na primeira das referências do Preâmbulo, a Declaração parece se comprometer com uma concepção naturalista da dignidade humana, pois a cataloga como “inerente” a todo ser humano. Nesse sentido, a dignidade, como característica intrínseca de todo ser humano, preexiste a todo ato jurídico político. Por conseguinte, as ações político-jurídicas não podem “dignificar” o ser humano, uma vez que a dignidade se encontra já em toda pessoa de forma inerente; a única coisa que tais ações podem fazer é reconhecer essa dignidade, o que, segundo a Declaração, é necessário para materializar os princípios políticos e sociais da liberdade, da justiça e da paz mundial. Coerentemente, o quinto considerando do Preâmbulo declara que os povos das Nações Unidas reafirmaram sua “fé” na dignidade da pessoa humana, o que pode ser entendido como uma concessão à ideia naturalista [...].

Essa abordagem na Declaração Universal dos Direitos Humanos é fundamental para garantir o caráter naturalista da dignidade humana, destacando é necessária para promover

a paz e garantir uma liberdade que respeite os demais. O princípio da dignidade humana é de grande relevância para o meio jurídico. O totalitarismo foi uma das ideias contrárias às noções de dignidade humana, indo além dos limites, sendo o princípio da dignidade humana com ideologias contrárias aos fundamentos do totalitarismo (Brasil, 1988). Como condição prévia para os demais direitos, a dignidade humana caracteriza-se como universal e que está ligada à integridade do indivíduo.

Nesse contexto, pode surgir a realidade do ódio. O discurso de ódio pode utilizar argumentos que promovam emoções nas pessoas, no sentido de conseguir adesão ao seu mesmo ponto de vista ou a aceitação (Tomaél; Marteleto, 2013). Com o surgimento da internet, os discursos de ódio se tornaram mais frequentes, em virtude do aumento da probabilidade de criação de perfis com anonimato para propagação dessas ideias que desrespeitam (De Freitas; De Castro, 2013).

Esse fenômeno utiliza um meio de comunicação, como as redes sociais, para expressar as ideias preconceituosas, dependendo do contexto em que se manifesta. A internet, por sua vez, caracteriza-se como o meio em que há maior incidência de discursos de ódio, utilizando mecanismos da publicidade e propaganda, para divulgar as opiniões discriminatórias (Da Silva *et al.*, 2011).

Nesse sentido, vale salientar que a discriminação é considerada crime, com base na lei no 7.716, de 05 de janeiro de 1989, seja por critérios de cor, etnia, raça, questões religiosas, e procedência nacional, bem como destaca a situação dos crimes quando cometidos por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, cominando pena de reclusão de dois a cinco anos e multa (Brasil, 1989).

A classificação da discriminação como crime pela referida lei foi muito importante para o combate desse fenômeno, entretanto, ainda se encontra frequente na atualidade, em que surge a necessidade de traçar estratégias para o combate ao problema. Com esses pensamentos discriminatórios, ocorre a violação dos direitos humanos. Esses direitos foram protegidos na primeira fase, que foi marcada pela tônica da proteção geral (Piovesan, 2008). O STF já classificou como ilícito o c “*hate speech*”, suscetível das (Cazelatto; Cardin, 2016).

Dessa forma, o discurso de ódio pode ser definido como uma manifestação fundamentada no preconceito contra pessoas ou grupos, em virtude da etnia, gênero, nacionalidade, raça, religião, dentre outras diferenciações, objetivando a promoção da incitação ao ódio e violência, gerando conflitos com os valores da Constituição Federal. (De Freitas; De Castro, 2013).

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A liberdade de expressão e a dignidade humana são considerados fatores importantes. Desse modo, este capítulo se propõe a estudar como se adaptar a eles de forma harmoniosa e pertencer a todas as pessoas com base na visão básica dos direitos humanos, pois são seres humanos e não dependem de seres humanos, por isso é analisado sob uma perspectiva. Em relação às diferenças, como questões de raça e gênero. O STF retomou o julgamento em 2019,

a proposta pode ser analisada com base nas sugestões do público e o projeto foi aprovado em 23 de maio daquele ano, que equipara o crime de racismo à discriminação de gênero por orientação sexual. Está em análise da Comissão e da Legislação Participativa, que decidirá sobre a alteração das propostas do Projeto de Lei. (Ommati, 2021)

Brugger (2007, p. 118) enfatizou o preconceito e a discriminação: “Discurso de ódio refere-se a palavras que podem insultar, intimidar ou assediar outras pessoas devido à raça, cor, nacionalidade, sexo ou religião, ou palavras que instigam contra tal violência humana, ódio ou discriminação”. Em outras palavras, o discurso de ódio inclui a disseminação de informações que inspiram o ódio racial com base na intolerância, xenofobia, homofobia e outras formas de ódio, e confronta os limites morais da coexistência de moralidade para provar que a privação de direitos é justificada. Essas ideologias se baseiam em não aceitar diferenças. Este é o principal motivo do discurso de ódio.

O objetivo de usar a internet para disseminar o ódio e a violência é dar voz e poder a quem não tem ódio e violência nos meios de comunicação tradicionais, para que as pessoas possam se unir e promover a mudança social. Isso ocorre principalmente porque a Internet permite várias formas de expressar opiniões, e os usuários não podem revelar sua identidade, espalhar mensagens em segredo ou usar com frequência informações pessoais falsas. Essas características também estão relacionadas à natureza da política online. Comparadas com a definição de projetos de longo prazo, geralmente estão relacionadas a protestos, mas relacionadas à definição de projetos de longo prazo. (Ommati, 2021)

Portanto, a Internet promove a disseminação de ideias como o ciberativismo, que consiste no ativismo que utiliza o ambiente de rede para se mobilizar e envolve, principalmente, questões econômicas, políticas e sociais. Porém, devido às diferenças de cor da pele, sexo, nacionalidade, a Internet é erroneamente utilizada para disseminar preconceitos, o que prejudica a dignidade humana. Este recurso é muito importante para aumentar a frequência do discurso de ódio, pois facilita a troca de ideias. (Ommati, 2021)

No contexto nacional é proibida a propaganda de apoio à guerra, assim como o pedido de desculpas a ordens étnicas, radicais, raciais ou religiosas que constituam incitamento à discriminação, hostilidade ou violência. A proibição é de grande importância para garantir a dignidade humana e resolver este problema de forma mais eficaz, pois a raça é uma das principais diretrizes para o discurso de ódio, e também é uma orientação religiosa que envolve crenças que devem ser respeitadas. (Ommati, 2021)

Portanto, a liberdade de expressão pode ser expressa em diferentes meios de comunicação. Porém, para estabelecer os limites da liberdade, é imprescindível analisar mensagens e comentários antes de enviar, pois, diante da Internet, as publicações rapidamente ganham atenção e compartilham.

A proteção da liberdade de expressão está diretamente relacionada com a proteção da dignidade humana e da democracia. Desta forma, o povo goza do direito à liberdade de expressão e é gênero de primeira necessidade para a sociedade. Por isso, a censura é proibida e todas as restrições a tal prática são impostas por lei. No entanto, o fato de censura e restrições serem proibidas é uma manifestação da ideia de respeitar a dignidade dos outros, portanto preconceito e discriminação não são considerados.

No entanto, um consenso foi alcançado e é quase impossível alcançá-lo em uma sociedade multicultural. A convivência pacífica é o valor que norteia o dia a dia. Se o direito de expressão é restritivo diante da discriminação, é muito importante traçar os parâmetros que os orientam. Diante disso, percebe-se a necessidade alterar a legislação para tornar essas restrições mais óbvias para evitar que o discurso de ódio aumente, porque um número considerável de pessoas geralmente não tem conhecimento dessas restrições, não é capaz de alcançar outras pessoas e seus valores e acredita que está dentro da liberdade de expressão.

Nesse sentido, para Cazelatto e Cardin (2013), devido à rapidez com que as informações chegam à sociedade, a Internet tem um poderoso poder de difusão de ideias. A notícia é quase instantânea. Este é um dos principais desafios no combate ao discurso de ódio, pois mesmo que sejam excluídos, na maioria das vezes são compartilhados e salvos no dispositivo.

O envio de mensagens de discriminação, preconceito e incitação à violência são manifestações típicas de forte conflito com a liberdade de expressão e outros direitos garantidos pela Constituição Federal (como a dignidade humana). Portanto, ao expressar ideias, as pessoas devem ter o cuidado de não extrapolar, pois a consciência dos direitos está relacionada ao abuso de direitos, e existe uma linha tênue entre moderação e inadequação, que é fácil de confundir. (Cazelatto; Cardin, 2013)

Portanto, as expressões discriminatórias são mais toleradas no campo religioso. No entanto, eles não podem ser resgatados antecipadamente de “crimes” de abuso legal e podem ser restringidos, especialmente aqueles deliberada e gratuitamente destinados a “demonizar” outras confissões. (Brugger, 2007)

3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

O artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal expressa a liberdade de expressão, que afirma que a expressão de ideias é livre e o anonimato é proibido. O artigo 220 também afirma claramente que a expressão de pensamentos, criações, expressões e informações em qualquer forma, processo ou meio não será restringida de forma alguma sem violar as disposições da constituição, este assunto também é tratado.

O objetivo é permitir que um indivíduo escolha livremente ao exercer a liberdade até que descubra uma lei que lhe imponha obrigações ou proibições. Você terá então que se autodefinir até que a lei determine o contrário. A proibição e obrigação quando o objeto de direito (tipo normativo derivado do legislador) constitui restrição ao exercício da liberdade se fundamenta no princípio da dignidade humana, ou seja, toda pessoa tem direito a uma vida digna.

Portanto, o país é obrigado a adotar medidas para proteger os direitos e o bem-estar de seus cidadãos por meio de seu governo, e informar a importância de respeitar outros direitos por meio de campanhas educativas. Da mesma forma, garantir que os direitos fundamentais não sejam violados também é tarefa do Estado.

Portanto, a liberdade de expressão não é um direito adquirido ao longo da vida, e está menos limitada a um grupo de pessoas, porque está ligada ao pensamento e é externa pelo exercício de outras liberdades interligadas. Portanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, quando viola outro direito garantido pela constituição, tem certas limitações. Na constituição, as pessoas acreditam que a liberdade é protegida na maioria dos sistemas jurídicos.

Quando as pessoas consideram a dignidade humana como o objetivo principal da ordem jurídica, e não apenas um reflexo dela, isso revela plenamente a interpretação de Teófilo (2015, p. 37) da importância do princípio da dignidade humana. Portanto, deve-se considerar que, na relação entre o sujeito e o Estado, deve haver sempre uma presunção que seja benéfica para a pessoa e sua personalidade.

Isso tem levado à proteção do direito da personalidade, que no campo jurídico é entendido como a garantia mínima e básica constituída pelo campo jurídico humano. A dignidade humana se insere neste aspecto inerente ao ser humano, configura-se como unidade e considera os outros. (Cazelatto; Cardin, 2013)

Os direitos básicos são divididos em cinco gerações. A primeira geração envolve principalmente a liberdade de expressão porque compreende a política humana e os direitos civis, enquanto a segunda geração envolve a igualdade, que é crucial para compreender a igualdade de todos perante a lei. A terceira geração está empenhada em resolver a fraternidade que envolve questões mais coletivas na vida social. O quarto é o direito de saber, em que todos têm o direito de ser informado das conquistas sociais e das inovações tecnológicas, e o quinto é a paz. (Zisman, 2016).

Em suma, o direito à vida, saúde e integridade física, reputação, liberdade física e mental, imagem, nome e a retenção da intimidade na vida privada são considerados a base para a existência de indivíduos como seres humanos, e sua negação negará suas próprias condições. Portanto, são esses direitos baseados nos princípios fundamentais que garantem o reconhecimento de todos e sua capacidade de resistir aos abusos cometidos pelo Estado ou por particulares. (Zisman, 2016).

O principal objetivo é garantir o bem-estar de todos os cidadãos, principalmente uma vida digna, o respeito mútuo e a proteção mútua, independentemente de quaisquer variáveis. Isso significa que o país deve atingir esse objetivo por meio da ação de seu governo, bem como das condições necessárias para que o indivíduo tenha uma vida digna, e dos direitos e obrigações do indivíduo como cidadão. (Cazelatto; Cardin 2013)

O direito contemporâneo visa proteger os direitos humanos e fornecer proteção aos gerenciados. Portanto, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” enfatiza a compreensão dos direitos básicos que todos os cidadãos devem desfrutar. Esses cidadãos são “todas as pessoas nascem com liberdade e igual dignidade de direitos”. Eles recebem razão e consciência e devem agir com espírito fraterno. Portanto, a igualdade é um direito básico para combater o discurso de ódio, porque os direitos de todos são iguais e devem ser respeitados. (Kappler; Konrad, 2016).

Assim sendo, importante realçar que os direitos humanos fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados,

seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais. Essa informação corrobora para a garantia dos direitos humanos e a manutenção da dignidade humana.

A partir disso, quando se discute sobre o conflito entre o direito da liberdade de expressão através do discurso de ódio versus a dignidade da pessoa humana, surgem os valores fundamentais – liberdade e dignidade – que precisam ser compatibilizados na estrutura social. O direito de se expressar, dessa forma, não indica que não haja imposição de limites éticos e morais. Assim, a calúnia não é permitida, bem como atos de injúria, pois desta forma há direitos que deixariam de ser preservados.

O direito de expressão deve ser assegurado em qualquer meio de comunicação. Sendo caracterizado como direito da personalidade, integrante do estatuto do ser humano, fundamental para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e determinada, para quem o incorpora, específicas funções. Nesse sentido, os discursos de ódio aumentaram principalmente pela exclusão de fronteiras temporais e espaciais, em que as informações podem ser compartilhadas de forma rápida. A questão, assim, é o equilíbrio da liberdade de expressão e o seu limite, de grande abordagem principalmente no contexto das redes sociais, onde as informações são repassadas em curtos espaços de tempo. (Tôrres, 2013)

Dessa forma, surge a questão da relativização da liberdade de expressão como direito fundamental, tendo em vista que é fundamental não se ferir os demais direitos. A colisão com a dignidade humana ocorre por meio de que a propagação de ideias ofende alguém ou suas ideologias. No meio cibernético, principalmente em blogs, em que há frequentemente a manifestação de opiniões, muitas vezes pode se ofender de forma direta ou indireta os direitos das outras pessoas, geralmente é retirado da internet. Isso mostra a visibilidade das coisas nas redes sociais, principalmente.

Quando a ideia de alguém ultrapassa o limite do direito, incita a violência, desqualifica a pessoa que não concorda com suas ideias, a situação já não pode ser vista como liberdade de expressão, e sim como discurso de ódio. Porém há muitas perspectivas que encontram dificuldades. Dessa forma, muitos autores consideram que proibir o discurso de ódio é garantir a liberdade de expressão, mesmo que discordado por alguns. Os usuários da internet, portanto, tem direito à liberdade de publicar o que julgar interessante, porém, deve respeitar os direitos dos demais. Em redes sociais as coisas são mais complicadas, pois mesmo que as publicações sejam deletadas, muitas vezes já estão armazenadas nos dispositivos dos usuários, compartilhando por outros recursos além das redes sociais. (Zisman, 2016).

De acordo com o conceito de “banalidade do mal”, proposto pela filósofa Hannah Arendt, a pior maldade deriva da irreflexão. Sob esse viés, práticas cotidianas e aparentemente inofensivas, como curtidas e compartilhamento de postagens relacionadas ao “*cyberbullying*”, por exemplo, são extremamente prejudiciais e encorajam a persistência de tais ações. Diante disso, para combater a problemática, é imperativo repensar comportamentos diários. Considera-se, portanto que a diversidade deve ser vista como respeito à multiculturalidade, respeitando todas as diferenças, sem o uso de discursos de ódio. (Tôrres, 2013)

4. DISPUTA ELEITORAL NA ERA DIGITAL: IGUALDADE, LIBERDADE E REGULAMENTAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A compreensão de que os cidadãos têm capacidade e autonomia para contribuir com a tomada de decisões da comunidade e influenciar as políticas públicas que os regerão, abre novos horizontes para a definição do pertencimento a grupos sociais e da participação nos espaços públicos. A condição para o fortalecimento da legitimidade dessas conquistas são os direitos políticos, civis e sociais consagrados na Constituição, que são as principais leis do país que promovem o desenvolvimento e promovem a igualdade social. (Tocqueville, 2011)

No Brasil, a Constituição prevê, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e “[...] assegura a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista”. No domínio eleitoral, a Constituição estabeleceu o princípio da igualdade máxima entre os candidatos como norma estrutural.

Por causa da influência de certos cidadãos sobre outros, é óbvio que existe uma desigualdade vertical na democracia moderna. A desigualdade da capacidade de influência política viola a condição inicial de igualdade. Sánchez Muñoz desenvolve trabalhos intitulado *La igualdad de oportunidades em las competencias electorales*, que se assemelha ao princípio de igualdade de oportunidades em direito eleitoral. (Canotilho, 2003)

Esse princípio apareceu na jurisprudência alemã após a Lei Básica de 1949, estipulando que os envolvidos no processo de escolha política deveriam ter as mesmas possibilidades no debate e no processo eleitoral. Canotilho (2003, p. 301) abordou esse tema e entendeu que o princípio faz parte de um processo eleitoral justo, e reconhece a mesma possibilidade de participação dos partidos políticos e de ingerência na opinião pública. (Canotilho, 2003)

Na opinião de Sánchez Muñoz, o princípio da igualdade de oportunidades no campo eleitoral está de acordo com os princípios constitucionais espanhóis. O pluralismo político e a liberdade de constituição de partidos políticos possibilitam a representação de vários grupos sociais (majoritários ou minoritários) e proporcionam aos cidadãos um amplo leque de opções. Coexistindo com a liberdade dos partidos políticos, está a liberdade dos eleitores de participarem nos assuntos públicos diretamente ou por meio de seus representantes, e de votar livre e conscientemente, sem pressão ou interferência.

Para que os eleitores votem da forma que realmente desejam, as informações recebidas não devem ser tendenciosas, pois isso afetará a justiça do processo eleitoral. (Canotilho, 2003). No entanto, como já foi discutido, a mídia pode manipular informações e os eleitores muitas vezes não percebem que as informações que recebem não são verdadeiras ou que são afetados por pressões econômicas, de idade ou sociais. Para corrigir esta prática, a legislação eleitoral e a intervenção do poder público devem ser implementadas de forma resoluta para garantir a mais pura liberdade eleitoral e legitimidade democrática. (Tocqueville, 2011)

Ele também escreve que o representante eleito representa toda a sociedade e não apenas o grupo social, portanto, candidatos e eleitores se influenciam por meio do processo de comunicação política entre membros específicos da comunidade. Portanto, a competição eleitoral está intrinsecamente relacionada à liberdade de escolha dos eleitores, e esta é guiada pelo

princípio da justiça em condições de competição política. Diante do exposto, pelo poder de reforma constitucional, dificilmente vale a pena analisar o sistema de reeleição no ordenamento jurídico brasileiro.

A 16ª Emenda Constitucional de 4 de junho de 1997 introduziu a reeleição no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que os chefes do Executivo, concorram ao mesmo cargo, por mais um único mandato, e exerçam o cargo. Por mais de um século, repudiado pela legislação brasileira, esse instituto acabou sendo adotado por servir de mecanismo de responsabilização dos governantes, por meio do qual os eleitores teriam a chance de reavaliar os representantes eleitos, punindo-os ou recebendo-os com novo mandato. Porém, para seus críticos, a reeleição afeta o princípio da igualdade de tratamento e desequilibra os candidatos, além de afetar os princípios da alternância de poder e da limitação de tempo. (Tocqueville, 2011)

A organização republicana sempre considerou a reeleição inaceitável porque atinge a igualdade de candidatos exigida. A desigualdade existe, porque os gestores públicos vão assumir os papéis de candidatos e chefes administrativos ao mesmo tempo, o que abre espaço para o uso da máquina estatal e o abuso do poder público. Além disso, candidatos / administradores obtêm posições privilegiadas ganhando maior exposição na mídia. (Sánchez Muñoz, 2007)

De fato, Lowenstein (1976, p.225) afirmou em sua reflexão sobre o governo autoritário que seria antidemocrático incorporar vantagens às campanhas eleitorais dos partidos governamentais. Obviamente, o Brasil não é um país autoritário, mas a consideração é a mesma, pois o chefe do Executivo leva vantagem sobre os demais candidatos na posse e não deve ser aceito.

Voltando à lição de Sánchez Muñoz (2007), o autor explicou que além das dimensões discutidas acima, o princípio da igualdade de oportunidades tem uma dimensão negativa, ou seja, devido às restrições do poder público à liberdade de expressão, a legislação envolvendo liberdade eleitoral destaca o espírito de princípio e evita que alguns candidatos tirem vantagem de uma posição superior sobre outros.

A informação é a base para o exercício da liberdade. É por meio da informação que o indivíduo estabelece seu espaço livre. Portanto, o direito de falar, de publicar e de colocar em prática sua experiência é considerado por outros membros da sociedade como a base para o exercício da liberdade. Dada a sua relevância, a lei e o sistema constitucional não incluíram meios amplos de proteção desse elemento, incluindo liberdade de expressão, manifestações, notícias, reunião e associação. A este respeito, vários documentos legislativos podem ser mencionados, dentre os quais a Declaração dos Direitos Humanos; o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966; ou a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. (Tocqueville, 2011)

No contexto da constituição contemporânea, a proteção não é exceção. Seguindo as opções políticas inseridas nos documentos políticos assinados após a Segunda Guerra Mundial, essas declarações de direitos não apenas tornam o livre fluxo de ideias uma liberdade básica dos cidadãos, mas também garantem explicitamente a liberdade de informação, expressão e opinião. (Tocqueville, 2011)

No Brasil, o estímulo ao acessível movimento de opiniões, à multiplicidade de pensamentos e à promoção do debate está presente em múltiplas passagens da Carta Magna de 1988. Além da já ponderada liberdade de expressão e de manifestação, Merlin Clève assinala que a Constituição Federal de 1988 ocasionou em seu bojo diversos artigos que asseveram os

direitos constitucionais da liberdade de comunicação(art. 5, inc. IV e IX) e do acesso à informação(art. 5º, inc. XIV).

A liberdade de comunicação foi ainda vigorosa nos artigos 220 a 224, os quais lançaram o princípio segundo o qual as atividades de divulgação de informações “[...] não sofrerão qualquer restrição”, a não ser aquelas auguradas na própria Constituição(art. 220, CF). Clève esclarece os ensejos que regeram o constituinte brasileiro a garantir tais direitos:

Tratando-se de uma Constituição aberta, conquanto aponte, como objetivo fundamental da República, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há, a não ser em circunstâncias expressamente definidas por razões mais do que justificáveis, lugar para o fundamentalismo, para a intolerância, para o suprimir da argumentação do outro, enfim, para a compreensão da alteridade. Ao contrário, no contexto da Constituição brasileira, há lugar para o livre fluxo de ideias, para a disputabilidade intersubjetiva, para o debate forjador da opinião pública e para a formação da razão pública moldada a partir dos discursos que circulam livremente no espaço público. Aparece aqui, com toda a sua força, a importância da liberdade de imprensa, de expressão, de pensamento, de comunicação.

Emerge aqui, na sociedade tecnológica, a exata significação da informação para os sujeitos, os cidadãos ou consumidores. Sem a liberdade de expressão, os mercados se contaminam, o espaço público empalidece, os sujeitos deixam de ostentar a condição necessária para bem decidir a propósito do que é de seu interesse. (Clève, 2005, p. 258)

Partindo dessa perspectiva, percebe-se que as normas inconstitucionais seguem a mesma direção, incluindo o princípio da igualdade de oportunidades em todos os momentos eleitorais. O artigo 237 da Lei Eleitoral condena o abuso do poder econômico para interferir na liberdade eleitoral, enquanto o artigo 256 estipula que os partidos políticos gozam de igualdade de condições na propaganda eleitoral. Por sua vez, a lei eleitoral menciona explicitamente esse princípio e enfatiza o comportamento que o afeta.

Há também jurisprudência sobre o tema, veja este exemplo:

Ementa: RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORALEXTEMPORÂNEA. PRÉ CANDIDATOS. PREFEITO E VICE-PREFEITO. FACEBOOK. ILÍCITO CARACTERIZADO. OFENSA AO CAPUT DO ART. 36 DA LEI N.º 9.504 /97. VEICULAÇÃO DE PRETENZA CANDIDATURA AO CONHECIMENTO GERAL.

IMPROVIMENTO. 1. No caso, restou caracterizada a ocorrência de propaganda eleitoral antecipada, eis que as publicações, na rede social facebook, ocorreram em 24/02, 29/02, 09/06 e 21/06/2012, sendo indiscutível que foi conferida aos Representados, posteriormente candidatos aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, nas Eleições 2012, vantagem com relação aos outros possíveis candidatos. 2. Segundo os precedentes do TSE, embora o acesso a eventuais manifestações no facebook (e outras redes de relacionamento) dependa de ato de vontade do internauta que, para tanto, deverá ser cadastrado no citado site, é inegável que aquele é um poderoso instrumento de comunicação social apto a divulgar ideias e informações a um número impensável de pessoas, sendo imensurável sua capacidade de influenciar a **disputa eleitoral** devido ao grande contingente de usuários daquela rede social. 3. Entendimento pacífico no sentido da possibilidade de **violação** da lei eleitoral que veda a propaganda extemporânea, bem como do **princípio da igualdade** entre os candidatos, por meio de mensagens veiculadas em redes sociais na internet. 4. A notorie-

dade política do 1º recorrente, que exerceu mais de um mandato eletivo no município em comento, somada aos trechos citados de cunho eminentemente eleitoreiro demonstram a ocorrência da propaganda **eleitoral** antecipada, vez que explicitam eventual candidatura aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito ao pleito que se avizinhava, de modo a se inferir pretensões diversas que não a mera promoção pessoal ao indicar que a chapa dos recorrentes é “ficha limpa”.
5. Recurso improvido. BRASIL. TRE-PA – *Recurso eleitoral*: RE 60433 PA –Rel. Juiz Mancipor Oliveira Lopes.

A expansão da esfera pública apoiada pela Internet se reflete no processo eleitoral, no direito de voto, na relação entre partidos políticos e eleitores e no discurso político. O uso da Internet em campanhas eleitorais já é uma prática comum e merece atenção legislativa.

A liberdade que proporciona também faz parte da dimensão negativa de Sánchez Muñoz, que neste confronto entre liberdade e regulação conduz sempre à restrição de direitos. Vale lembrar as lições de Carl Schmitt (2008) em seus “Conceitos Políticos”, em que resolveu o problema da equação amigo-ou-amigo, pensando que mesmo os países democráticos precisam se proteger dos inimigos. Como portadora de informação para divulgação instantânea, a Internet não só precisa manter zelosamente o princípio da igualdade máxima entre os candidatos, mas também conter com firmeza os gestos violentos, as denúncias anônimas e a intolerância. A sociedade deve participar da fiscalização desses comportamentos.

Por fim, vale destacar as reservas de Sánchez Muñoz a essas restrições durante o período eleitoral. O autor acredita que a liberdade de expressão, expressão e comunicação pode ser restringida desde que não ultrapasse as restrições necessárias para garantir a validade do princípio estrutural.

5. CONCLUSÃO

Após as reflexões apresentadas, o presente artigo intuiu esclarecer a relação do consagrado direito à liberdade de expressão e a desinformação, em especial quando a ocorrência da manifestação do pensamento se dá por meio das mídias sociais e está vinculado a atores envolvidos a política. Na oportunidade, vislumbrou-se que a liberdade de expressão nada se vincula a desinformação, vez que o direito humano e fundamental, em toda sua gama protetionista, abrange tão somente os discursos legítimos e as restrições a esse direito visam justamente estabelecer limites e responsabilidades àqueles que subvertem e enviesam discursos intencionalmente.

Em contextos políticos, conforme exposto, os impactos da desinformação nas redes sociais podem ameaçar a própria democracia na medida em que podem interferir frontalmente no processo democrático, podendo deturpar resultados eleitorais. Tal afetação ocorre, pois, a discussão pública fica comprometida, vez que quando os participantes dessa discussão se utilizam de discursos manipulados para calcarem seus posicionamentos, o fazem maculados pela ausência da lisura informacional. A representação popular é derivada de princípios democráticos porque concede poder ao povo para que alguém possa exercer o poder e desempenhar funções estatais. É uma ferramenta para viabilizar a democracia.

A liberdade de expressão deve abrir espaço para os direitos de personalidade, em qualquer eventualidade, pois o exercício dessa liberdade, sem responsabilidade, e com a finalidade de difamar a honra, a imagem e a privacidade de outrem é ação de julgamento, merecendo uma interposição estatal adequada. Por fim, o estabelecer um estudo entre as diferenças da liberdade de expressão da violação dos direitos de personalidade nas redes sociais é um assunto muito extenso que pode ser examinado de diversas maneiras, e por esse motivo, sugere-se que outras pesquisas busquem analisar a linguagem do discurso de ódio e como reconhecê-la no contexto das redes sociais.

Com isso, este trabalho mostra a importância da liberdade de expressão para o ser humano, e que mesmo que de grande valia é um direito limitado. A liberdade de expressão consiste em um direito e uma garantia de expressar-se de maneira pessoal, opinando sobre determinado assunto, devendo respeitar os demais direitos, como o de manifestação religiosa, de orientação sexual, dentre outros.

REFERÊNCIAS

- BOTELHO, Marcos César. **Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso de ódio**. 2012. Tese (Mestrado em Ciência Jurídica) – UENP, 2012. Disponível em: <http://seer.ue-np.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/224/223>. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2021.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, F. G. M.; BEDÊ, Fayga S. (coord.). **Constituição e democracia: estudos e homenagem ao Prof. J.J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CONSTANT, Benjamin. **Liberdade dos antigos x liberdade dos modernos**. Trad. António de Araújo. Coimbra: Tencitas, 1983.
- DA SILVA, R. L.; NICHEL, A.; MARTINS, A. C. L.; BORCHARDT, C. K. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, 2011.
- DE FREITAS, R. S.; DE CASTRO, M. F. Liberdade de expressão e discurso de ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Revista sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, 2013.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FRIAS, L.; LOPES, N. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 649-670, 2015.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã, ou matéria, forma ou poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LEITE, M. F. E. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. 2010. 85 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010.
- LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MENDES, G. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigo-Discurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: mar. 2021.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Coimbra Editora, 2000. p. 95-104.

MOLINARO, C. A. Dignidade, direitos humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. **Rev. Bioética y Derecho**, n. 9, p. 103-119, 2017.

MORAES, Maria Celina; TEFFÉ, Chiara. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Conhecimento Livraria e Distribuidora: São Paulo 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Oscar. **La igualdad de oportunidades en las competencias electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do partizan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOUZA FILHO, *Gelson Amaro de*. Liberdade de Expressão na Internet: Globalização e o Direito Internacional. **Revista Argumenta**. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/119/119>. Acesso em: 21 jun. 2021.

SOUZA, G. M. **O princípio da dignidade humana e sua relação com a liberdade e a integridade**. 2007. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Lembranças de 1848: as jornadas revolucionárias em Paris**. Trad. Modesto Florenzano. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 15/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/07/2022
- Avaliação 1: 14/08/2022
- Avaliação 2: 09/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 10/10/2022
- Retorno rodada de correções: 22/12/2022
- Decisão editorial/aprovado: 29/12/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

COMPREENSÕES LEGAIS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

LEGAL UNDERSTANDINGS ABOUT FREEDOM
OF EXPRESSION ON THE INTERNET

MARCOS ANTUNES KOPSTEIN¹

DIEGO CARLOS ZANELLA²

RESUMO

Hodiernamente a liberdade de expressão é, sobretudo através da internet, uma das principais formas de externalização de ideias, opiniões e busca por informações utilizadas pela sociedade contemporânea ocidental, interligada globalmente por tecnologias comunicacionais. Sendo assim, torna-se relevante expor aspectos concernentes à compreensão acerca dessa liberdade, principalmente no que se tange ao entendimento legal pátrio e internacional. Para mais, analisam-se questões no que se refere aos regramentos nacionais, a citar a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, o Código Penal e o Marco Civil da Internet, além de estipulações internacionais que influenciaram nosso ordenamento jurídico, enfocando na Declaração Universal de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas e no Pacto de San José da Costa Rica. Essas compreensões legais lançam assim luz em aspectos vitais sobre como a liberdade de expressão, inclusive em ambientes virtuais, detém relevância para manutenção da sociedade atual, da justiça social, da dignificação dos direitos humanos, de governos democráticos e igualitários. Apesar disso, trata-se de um direito relativo que não se pode chocar contra outras garantias básicas inerentes às pessoas, como o direito a honra e a privacidade e caso ocorra abusividade da liberdade de expressão, cabe-se punição do Estado, seja cível e/ou penalmente.

Palavras-chave: liberdade de expressão; internet; ordenamento jurídico; legislação.

ABSTRACT

Today, freedom of expression, especially through the internet, is one of the main ways of externalizing ideas, opinions and searching for information used by contemporary western society, globally interconnected by communication technologies. Therefore, it is relevant to expose aspects concerning the understanding of this freedom, especially with regard to national and international legal understanding. In addition, issues are analyzed with regard to national rules, citing the Federal Constitution of 1988, the Civil Code of 2002, the Penal Code and the Civil Framework of the Internet, in addition to international stipulations that influenced our legal system, focusing on in the Universal Declaration of Human Rights of the United Nations Organizations and in the San José Pact of Costa Rica. These legal understandings thus shed light on vital aspects of how freedom of expression, including

1 Mestrando em Direito, Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Mestre em Ensino de Humanidades e Linguagens, Universidade Franciscana/UFN. Especialista em Direito do Trabalho, UFN. Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Santa Maria/FADISMA. Servidor público estadual, pesquisador. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0640-4113>.

2 Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUC-RS. Professor dos Cursos de Filosofia e do Mestrado em Ensino de Humanidades e Linguagens da Universidade Franciscana/UFN. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2180-4011>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

KOPSTEIN, Marcos Antunes; ZANELLA, Diego Carlos. Compreensões legais acerca da liberdade de expressão na internet. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 142-162, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9030>.

in virtual environments, has relevance for maintaining today's society, social justice, the dignification of human rights, democratic and egalitarian governments. In spite of this, it is a relative right that cannot clash with other basic guarantees inherent to people, such as the right to honor and privacy, and in the event that freedom of expression is abusive, the State can be punished, be civil and/or criminally.

Keywords: Freedom of expression; internet; legal order; legislation.

1. INTRODUÇÃO

Intui-se neste trabalho expor as determinações legais, tanto pátrias, a citar a Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro de 2002, o Código Penal, dentre outras leis esparsas, marcadamente o Marco Civil da Internet, quanto regramentos internacionais, a citar resoluções das Organizações Unidas (ONU) e o Pacto de San José da Costa Rica (1969)³, nos quais se estipulam o entendimento ao respeito à liberdade em um sentido amplo, cabendo por consequência determinações acerca da liberdade de expressão, inclusive em ambientes virtuais suscitados pela internet.

Do entendimento legal pátrio e influenciado também pelos regramentos e organizações internacionais se tem a compreensão num sentido geral de proteção a liberdade individual e coletiva. Apesar disso, a questão é muito mais complexa ao se interpretar o que seria a liberdade para um indivíduo e para outro ou para um ente, uma organização, para o Estado ou especificamente para um governo que detém o controle de um país sob a égide de regramentos nacionais e internacionais.

Dessa forma, tem-se por objetivo principal, investigar as determinações dos principais regramentos seguidos pelo ordenamento jurídico do Brasil quanto ao que se entende como liberdade de expressão, inclusive através de ambientes virtuais propiciados pela rede mundial de computadores e como essa liberdade se molda quanto a um direito humano e social básico e necessário à sociedade brasileira, interconectada globalmente por intermédio das tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Para além, justifica-se a pesquisa, principalmente ao se antever que na contemporaneidade ocorre o ápice da livre manifestação de pensamento, especialmente por intermédio das tecnologias comunicacionais através das redes sociais na internet. A sociedade atual, também denominada como a sociedade em rede⁴, utiliza-se principalmente da liberdade de expressão na internet como meio primordial para manutenção e ampliação do seu modo de vida.

Frisa-se que a referida livre manifestação de ideias, pensamentos, anseios e informações por meio de redes sociais, blogs e fóruns se torna o principal mecanismo para se exercer a liberdade propriamente, para angariar conhecimentos das mais variadas formas, também sendo um importante instrumento para ações cidadãs para proteção e respaldo aos direitos humanos e à democracia.

Sendo assim, analisam-se as legislações que corroboram e salvaguardam a liberdade de expressão, inclusive no ciberespaço, denotando a enorme importância que tal direito detém

3 Também denominado como Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

4 Conforme explica Manuel Castells, pois interligada e dependente das TICs para funcionamento (Castells, 2005).

não somente para a sociedade brasileira, mas para o mundo ocidental, embasados na respeitabilidade aos direitos humanos básicos, a sistemas de governos democráticos e a uma vida societal baseada na igualdade e na liberdade em sentido amplo.

2. AS PREDISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE SALVAGUARDAM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Cabe num primeiro momento estipular as determinações constitucionais que corroboram o Estado Democrático de Direito brasileiro, este que se baseia, principalmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana e na liberdade individual e coletiva. A Constituição Federal de 1988, vulgo Constituição Cidadã⁵, detém por grande característica ser um regramento embasado em ideais democráticos, republicanos e que prega o respeito máximo aos direitos humanos.

Sob esse prisma, vê-se que a liberdade individual e por consequência a livre manifestação de pensamento estão entrelaçadas com as determinações constitucionais, sendo garantidas pela Lei Maior da nação brasileira. Afirma-se isso, pois basta ler o preâmbulo da Constituição de 1988 para antever que a referida Lei Maior visa acima de tudo: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 [...]” (Brasil, 1988).

O democratismo e em amplos aspectos a busca pela participação popular por meio da cidadania, transforma a Constituição de 1988 num grande instrumento para compreender o que é a liberdade e sua vertente mais corriqueira, a livre manifestação de pensamento, inclusive no Século XXI encabeçado pelo rápido desenvolvimento tecnológico por meio das mídias sociais e pela internet.

Ademais, por consequência, a Constituição Federal de 1988 fundamenta e torna-se norte para as demais normas e regramentos predispostos pela legislação brasileira. Dessa forma, depreende-se que a Lei Maior valida e embasa todas as demais normas, que não se podem opor a ela. Tais normas, portanto, são denominadas como infraconstitucionais⁶ (Moraes, 2014).

Assim, denota-se que as estipulações constitucionais devem ser seguidas pelos regramentos que não constitucionais, ou seja, leis esparsas, como leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, resoluções, etc. Por consequência, todas as normas infraconstitucionais devem prezar pela respeitabilidade aos princípios formadores da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito brasileiro. Então, visualiza-se a importância de tais predisposições, pois a base legal e principiológica encontra sustentação primeiramente na Lei Maior e que assim norteia os demais mandamentos normativos do Brasil acerca da liberdade

5 Batizada assim por Ulysses Guimarães (1916-1992), presidente da Câmara de Deputados na época da promulgação da Lei Maior, por quebrar com o tempo de repressão do período militar (1964-1985) e adentrar novamente na fase democrática brasileira.

6 Essa premissa denota o entendimento de que a Constituição está no topo da “pirâmide” das normas, também denominada como “pirâmide de Kelsen”. Hans Kelsen (1881-1973) foi um grande jurista que desenvolveu tal teoria acerca da estrutura hierárquica das normas, sendo a pirâmide uma alegoria para abarcar a ideia na qual as normas inferiores (fundadas) são embasadas pelas normas superiores (fundantes) (Silva, 2005).

de expressão e suas manifestações, inclusive em ambientes virtuais através das redes sociais e da *web*.

Explorando o corpo legal da Constituição, verifica-se que os artigos constitucionais dão bastante enfoque à liberdade individual, garantida a todas as pessoas, ao direito de ir e vir sem impedimentos, à livre manifestação de pensamento, de aprendizagem e de qualquer tipo de crença. Para mais, a liberdade de imprensa, estritamente ligada à liberdade de expressão⁷ também encontra previsão dentro das estipulações constitucionais.

Ainda, para corroborar com essa dignificação da liberdade, o preito à igualdade entre todos os membros do Estado também reveste e é uma normativa do corpo constitucional, coadunando assim com o entendimento que o Brasil, além de ser um sistema republicano, multipartidarista e democrático, embasa todo seu ordenamento jurídico na liberdade e na igualdade entre todos os membros da nação (Silva, 2005).

Convém dessa maneira, investigar os artigos constitucionais e basilares que reforçam o supramencionado. A liberdade de expressão e suas mais variadas vertentes⁸ são estipuladas e protegidas dentro do bojo constituinte da Lei Suprema do Brasil. Sendo assim, reforça-se que dentre as várias formas de livre manifestação, a liberdade de expressão encontra grande respaldo na Carta Magna de 1988, mormente ao analisar-se seu basilar art. 5º inciso IV, *in verbis*:

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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (Brasil, 1988)

Não somente se predispõe sobre a basilar igualdade entre todos, independentemente de sexo, credo, cor ou qualquer outra forma de diferenciação, mas também que todos podem manifestar seus pensamentos de forma livre, coibindo-se qualquer tipo de censura ou proibição quanto à liberdade de expressão, inclusive referendando-se a proteção constitucional à liberdade de imprensa.

Para além, a salvaguarda a livre manifestação de pensamento prevista constitucionalmente visa principalmente tutelar “todo e qualquer tipo de expressão, independentemente de seu conteúdo, respeitadas, porém, as limitações a outros direitos fundamentais⁹” (Rodrigues Júnior, 2009, p. 69). Depreende-se que qualquer tipo de discurso, desde que não ofensivo¹⁰, é protegido legalmente, podendo-se citar o discurso político, o discurso religioso, de ensino e acadêmico, o discurso publicitário e propagandístico, dentre outros.

7 Ousa-se a afirmar novamente que para existir uma democracia forte e igualitária, a liberdade de expressão deve prevalecer em face de qualquer tipo de censura, logo, a liberdade de imprensa tem primordial papel para manutenção da livre manifestação de pensamento e consciência, como para o incentivo ao debate público, logo sendo crucial para o estímulo e a preservação do Estado Democrático de Direito (Pflug-Meyer, 2009).

8 A citar a liberdade de consciência, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa, como suas principais espécies (Pflug-Meyer, 2009).

9 Extrapolando e prejudicando direito de terceiros, a liberdade de expressão se torna abusiva, sendo suscetível de responsabilização cível e criminal.

10 Configurando discurso de ódio, que visa, sobretudo, prejudicar direitos alheios, por preconceito, inveja ou outros intuídos nocivos (Pflug-Meyer, 2009).

Reitere-se que ao se investigar as determinações constitucionais, vê-se a existência da proibição a qualquer tipo de censura ou cerceamento à livre manifestação de pensamento, pois “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5, inciso IX) e “[...] é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, parágrafo 2º) (Brasil, 1988).

Dessa maneira, clarifica-se que qualquer forma de impedimento à liberdade de expressão é ilegal e punível tanto na esfera cível quanto na seara criminal. Assim, os regramentos constitucionais buscam acima de tudo resguardar o pluralismo de ideias, a participação popular nas mais variadas esferas da sociedade, a respeitabilidade pelos ideais democráticos e a difusão de conhecimento, pensamentos diversificados e ideologias, desde que não afrontem outras normas fundamentais, como a já mencionada dignidade da pessoa humana (Pflug-Meyer, 2009).

Apesar da clara estipulação constitucional visando salvaguarda a livre manifestação de pensamento, deve-se enfatizar que qualquer tipo de anonimato não é permitido, pois assim intui-se evitar que não ocorram responsabilizações quando da ocorrência de qualquer forma de violação à honra e à imagem das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Segundo Samantha Pflug-Meyer (2009, p. 85), “o texto constitucional exige que o pensando não seja espúrio, que não se possa identificar o seu emissor”.

Depreende-se que a manifestação de ideias, desde que não afrontosas a outros direitos básicos e fundamentais, exteriorizadas de forma conhecida, não anônima, encontram dentro da normatividade constituinte brasileira seu alicerce e anteparo. Destarte, apura-se que a liberdade de expressão é basilar para funcionamento da sociedade brasileira, tanto de um ponto de vista jurídico/legal quanto de um ponto de vista político pelo período democrático vivenciado desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

Neste âmbito, a Carta Magna estabelece uma cláusula geral, o artigo 5º (estruturante e umas das basilares normativas que fundamenta todos os regramentos infraconstitucionais) que tangencia a liberdade de expressão de diversas maneiras. Verifica-se, sobretudo, a liberdade de manifestação de pensamento, expressão artística, de ensino e pesquisa, de comunicação, informação e liberdade de religião quanto a credo e crenças (Moraes, 2014).

Sendo assim, além do inciso IV do artigo 5º, deve-se incluir, de igual forma, ao rol de cláusulas constitucionais que asseguram a liberdade de expressão, outras disposições abarcadas no fundamental regramento, senão vejamos: especificamente o inciso V dispõe da salvaguarda ao direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização, cita-se em sequência o inciso VI acerca da inviolabilidade de consciência e crença, o inciso IX que abarca a liberdade de imprensa, além de garantir a livre expressão de atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, proibindo a censura, além do inciso XIV que estabelece o direito a todos ao livre acesso a informações (Brasil, 1988).

Verifica-se dessa maneira, as proteções constitucionais a qualquer forma de livre manifestação de pensamento, denotando-se que inclusive as formas de ocorrência da referida também são estipuladas no corpo constitucional. O direito de opinar, de expor compreensões sobre as mais variadas temáticas, desde um viés cultural, educativo ou laboral, da liberdade de professar a fé e de comunicar e ser comunicado através do acesso livre a informações, de uma imprensa independente e liberta de qualquer forma de censura governamental ou societal são garantias fundantes estipuladas pela legislação brasileira por intermédio da Lei Maior.

Convém ainda, frisar que as disposições do artigo 5º são revestidas de tamanha importância para o Estado brasileiro por serem garantidoras de direitos fundamentais aos cidadãos da nação, e dentro desse regramento primordial, insere-se a liberdade de expressão em suas minúcias, clarificando a importância que ela detém para o bom funcionamento político e social do Brasil.

Desta feita, além do resguardo jurídico legal exposto na Constituição Federal de 1988, vê-se que no caso de ocorrer extrapolações quanto à liberdade de expressão, nas mais diversas esferas já supramencionadas, cabe intervenção dos Tribunais brasileiros para coibir e punir ferimentos a direitos de terceiros, conforme ressalta Alexandre de Moraes (2014, p. 45) ao predispor que:

Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Sendo assim, investiga-se a importância da tripartição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para garantir totalmente a integridade do bem jurídico a todos os cidadãos brasileiros. Dessa forma, leis infraconstitucionais como o Código Civil Brasileiro de 2002 e o Código Penal de 1940¹¹ tornam-se importantes instrumentos para se cumprirem as determinações constitucionais.

Deve-se igualmente dar enfoque quanto à temática da aprendizagem e a liberdade de ensinância, pois a Carta Magna também estipula que um dos cânones legais para professorar o ensino se dá por intermédio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;” (art. 206, inciso II) e do “pluralismo de ideais e de concepções pedagógicas [...]” (art. 206, inciso III). Depreende-se claramente a fundamental importância da liberdade de expressão para também fomentar o ensino, a pesquisa e a cultura no país, por isso, a Lei Maior novamente abarca estipulações já remetidas ao basilar artigo 5º.

Para mais, a legislação constitucional determina que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215). A Constituição Federal designa então a obrigatoriedade estatal para asseverar a liberdade de informação, da difusão midiática e para obtenção de fontes de conhecimento e cultura a todas as pessoas dentro do território brasileiro.

O Estado brasileiro, através da atuação jurídico-legal de seus entes preza e prega a liberdade como princípio fundamental e dessa forma, a principal forma de externalização dessa liberdade se dá por meio da livre manifestação de ideias, embasando-se na concepção de que “o homem é livre para pensar e manifestar seus pensamentos”, então essa manifestação “é o direito de cada indivíduo de escolher as ideias que quer adotar ou não, de ser livre para decidir e exteriorizar seus pensamentos” (Pflug-Meyer, 2009, p. 67). E consoante determinação da Carta Magna, o Estado não pode ser impeditivo a qualquer forma de liberdade de expressão exprimida por todo e qualquer indivíduo em território nacional, trata-se de uma garantia fundamental ensejada pelo ordenamento brasileiro.

11 Ambos serão analisados no decorrer do trabalho, estipulando-se aspectos quanto ao dano moral e o caráter indenizatório civil e as infrações penais cometidas por atos que exacerbam o direito a livre manifestação de pensamento, como o crime contra a honra e a imagem das pessoas.

Confirma-se, assim, que a Lei Maior salvaguarda um dos pilares da Democracia: a liberdade de expressão e suas subespécies. A liberdade de opinião, de manifestar anseios, ideias e desejos, desta feita, é a liberdade primária e o ponto que transcende as demais formas da expressão, aludindo aspectos básicos que constroem as bases legais e jurídicas do país, abarcando vários aspectos quanto à cultura, ensino, informação, credo e ciências (Silva, 2005).

Para mais, a legislação pátria também é influenciada por regramentos e pactuações de âmbito internacional. O Brasil é membro de vários organismos internacionais, a citar a ONU e a OIT¹², e dessa maneira, mantém compromissos supranacionais quanto ao respeito, desenvolvimento e propagação dos direitos humanos básicos.

Dessa forma, a própria Constituição Federal estipula que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que aprovados pelas Casas do Congresso Nacional, deterão características de emendas constitucionais, ou seja, terão equivalência aos próprios regramentos constitucionais¹³ (Brasil, 1988).

Assim, deve-se reafirmar que a liberdade de expressão se enquadra como um direito humano básico e fundamental, pois inerentemente coligado ao âmago humano de predispor livremente concepções do mundo quanto às mais diversificadas convicções e desejos. Salienta-se então a enorme relevância que os regramentos internacionais detêm para reafirmação das garantias constitucionais e legais dispostas pelo ordenamento jurídico brasileiro (Mendonça, 2017).

Logo, torna-se importante apresentar algumas diretrizes internacionais seguidas pelo Estado brasileiro, quais sejam: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pelo ONU em 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), firmada em San José da Costa Rica em 1969. Tais tratados estipulam as bases fundantes da compreensão contemporânea acerca dos direitos fundamentais a todas as pessoas e encontrando-se incluído nesse rol, a liberdade de expressão em suas mais variadas formas.

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, dispõe-se acerca de algumas características básicas que objetivaram a idealização e construção da ONU, na qual o Brasil é membro fundador e detém assídua participação. Frisa-se que a referida entidade internacional tem por condão a busca pela manutenção da paz mundial, pelo desenvolvimento econômico e social de todos os países membros, promoção de ajuda humanitária e proteção ao meio ambiente.

12 Organização Internacional do Trabalho.

13 Art. 5º [...]: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Brasil, 1988).

Assim sendo, a Organização das Nações Unidas tem por intuito primordial garantir proteção aos direitos básicos das pessoas, enquadrando-se dentro de rol, a liberdade e por consequência a livre exposição de ideias. Portanto, deve-se dar enfoque no documento basilar da referida entidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e em alguns aspectos que solidificam a ideia de obediência a preceitos atinentes a liberdade de expressão em seus múltiplos aspectos.

Antes de adentrar-se especificamente nas determinações estipuladas pela DUDH, deve-se especificar o que a ONU e por consequência seus estados membros compreendem como direitos humanos. Consequentemente, podem-se enquadrar tais prerrogativas como “um conjunto de direito e garantias fundamentais comuns a todas as pessoas e grupos sociais, oponíveis ao poder político do Estado e também exigíveis desse mesmo poder, tanto em âmbito interno quanto internacional” (Pes, 2010, p. 35).

Os direitos humanos são pressupostos básicos atinentes a uma vida digna e baseada no respeito a todos os indivíduos e ao ecossistema que os cerca. Além disso, esses regramentos ultrapassam as fronteiras entre países, sendo pilares estruturais das maiores democracias do mundo, inclusive de suas legislações nacionais¹⁴.

Disso, depreende-se que os direitos humanos tem o condão de asseverar a proteção à autodeterminação de vontade dos indivíduos contra qualquer tipo de opressão proposta por qualquer ente estatal e que essas normativas são atinentes a toda e qualquer pessoa, pois “decorrentes da própria natureza humana, e por isso, transcendentes ao Estado, a quem cabe reconhecê-los e garanti-los por lei [...]” (Pes, 2010, p. 35).

Compreende-se dessa forma que os direitos humanos são não disponíveis, ou seja, não podem ser cedidos, pois são direitos públicos imanentes a toda a coletividade. Não se pode abrir mão do direito à vida, à saúde, à dignidade e obviamente ao direito a liberdade, inclusive no que se refere à liberdade de expressão. Cabe aos Estados por meio de legislações e atuação ativa, impedir qualquer ato atentatório contra essas garantias imprescindíveis para uma vida digna.

A Declaração Universal deteve por propósito essencial pregar a respeitabilidade abrangente a todos os países membros da ONU dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Tanto que a formação das Nações Unidas e a Declaração Universal acompanharam uma antevisão histórica¹⁵ da necessidade de mudanças sobre o que eram e como deviam ser protegidas as garantias básicas inerentes a todas as pessoas, independente de onde elas se encontrariam (Aragão, 2000).

Dessa forma, antevê-se uma, segundo Fernanda Graebin Mendonça (2017, p. 41) “[...] reconstrução dos direitos humanos, a fim de que orientassem a ordem internacional, acima da simples inserção da proteção desse gênero de direito na ordem interna dos Estados”. Assim sendo, as prerrogativas nacionais não podem atentar contra os regramentos internacionais que

14 A própria Constituição Federal de 1988 sofreu de grande influência desses tratados internacionais, conforme já visto, bastando analisar a base principiológica constitucional que prega valores como o respeito à dignidade humana e a igualdade entre todos.

15 Uma vez que o mundo tinha acabado de passar pelo maior conflito bélico já visto pela humanidade, num morticínio e destruição jamais vistos: a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Dessa forma, uma nova conscientização era necessária, por isso da criação da ONU e de um documento que assegurava as garantias básicas às pessoas (Aragão, 2000).

prezam pela obediência de qualquer Estado aos direitos básicos de seus cidadãos, incluindo-se nesse rol a liberdade de expressão.

Frisa-se assim que a DUDH detém fundamental papel inclusive na formação de movimentos democráticos ao redor do mundo e serve como molde para a instituição de documentos legais que amparam a observância de preceitos que pregam a liberdade, a igualdade e a dignidade entre quaisquer pessoas.

Para mais, analisando-se os ordenamentos predispostos nesse basilar documento internacional, vê-se que desde o preâmbulo estipula-se que todos possuem direito iguais e inalienáveis, baseados na liberdade, na justiça e na paz mundial, cabendo a todos “o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades [...]” (Dudh, 1948, p. 3).

Para além, vários são os artigos¹⁶ que predisõem acerca da liberdade em um sentido amplo e sua enorme relevância para uma vida humana digna, mas quanto especificamente à liberdade de expressão, a Declaração Universal estipula em seu art. XVIII que “todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; [...]” e no art. XIX que “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” (Dudh, 1948, p. 10).

Dessa forma, depreende-se que essas cláusulas de conteúdo universal, configuram o cerne da liberdade de expressão como direito fundamental a todos e em suas características mais marcantes e basilares. Inclusive, a própria legislação pátria possui grande semelhança quanto ao conteúdo predisposto acerca da referida liberdade, pois notadamente sofre de grande influência desse importante marco angular de proteção aos direitos humanos.

Assim, verifica-se que a livre exposição da opinião, de crença, de informações, conhecimento e de ensino são convencionadas pela Declaração Universal, pois são as bases formadoras e definidoras propriamente da significação do que são os direitos humanos. Ainda, evidencia-se a internacionalização de regramentos fundamentais que visam proteger a vida e a liberdade humana em todas as suas formas, “[...] fazendo com que a soberania dos Estados, antes absoluta, passasse a obedecer às normas do imperativo de paz e da proteção aos direitos humanos [...]” (Mendonça, 2017, p. 46).

Outro grande marco regulatório de caráter internacional que serviu como um grande parâmetro para criação e formação do Estado Democrático de Direito brasileiro, pós-período militar, e por consequência da própria promulgação da Constituição Cidadã de 1988, foi o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, também denominado como Convenção Americana de Direito Humanos.

Dessa forma, importante salientar que essa convenção instituiu um sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, pois no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁷, abarcando todas as garantias fundamentais que embasam o respeito à vida humana, inclusive quanto ao direito à liberdade de expressão (Mendonça, 2017).

16 Podendo-se citar os artigos II, III, XIII, XX e XXI, que tratam a liberdade de locomoção, de usufruir a liberdade, da liberdade de reunião/associação, da liberdade de voto, dentre outras cláusulas que tratam a liberdade como direito fundamental inerente a todos os seres humanos (Dudh, 1948).

17 Entidade internacional formada por 35 países do continente americano, abarcando América do Norte, América do Sul e também América Central (Mendonça, 2017).

Esse acordo internacional inspirou as bases democráticas do país¹⁸, ensejadas pela dignidade da pessoa humana, pela igualdade e pela liberdade predispostas pelo já mencionado basilar artigo 5º da Constituição Cidadã. Ademais, o referido tratado estipula aspectos amplos que tratam principalmente de questões sociais, econômicas e educacionais, objetivando estabelecer um sistema entre as nações americanas alicerçado na liberdade dos indivíduos e na justiça social por meio da obediência dos países signatários aos direitos humanos básicos (Mendonça, 2017).

Ademais, a liberdade também é um tema norteador da referida pactuação, sendo abarcada como basilar pelo corpo textual da Convenção, podendo ser encontrada assim como na DUDH, no preâmbulo e em vários regramentos¹⁹ dentro do corpo normativo da CADH.

Adentrando especificamente quanto à livre manifestação de ideias, pensamentos e opinião, a CADH estipula o que compreende como liberdade de pensamento/expressão em seu artigo 13, notadamente no inciso 1, que diz:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha (Cadh, 1969, p. 1).

Dessa forma, o tratado que visa proteger os direitos básicos das pessoas que residem nos territórios dos países signatários, traz o conceito da liberdade de expressão em seu corpo, inclusive em suas vertentes mais corriqueiras como a liberdade de informação e de ensino. Para mais, nos outros itens do artigo 13, predis põem-se a proibição a qualquer tipo de censura, o respeito à honra e à imagem individual ou coletiva e a proteção a uma imprensa livre (Cadh, 1969).

Frisa-se de maneira que os principais tratados internacionais, os quais o Brasil é signatário, inspiraram e ainda inspiram o ordenamento jurídico brasileiro, tanto do ponto de vista legal quanto da atuação do Poder Judiciário, inclusive no que se tange à liberdade de expressão como direito básico e inerente a toda e qualquer pessoa. Destarte, afirma-se “[...] é unânime por parte dos documentos internacionais que a liberdade de expressão é um direito de todos” (Mendonça, 2017, p. 109), por consequência, a legislação brasileira também detém tal entendimento.

Para mais, a Constituição Federal e os tratados internacionais supramencionados abordam a definição da liberdade de expressão e suas vertentes, estipulando a proteção a qualquer forma de livre manifestação de ideias e opiniões, mas cabe a leis esparsas fazerem por valer tal direito humano fundamental.

No Brasil, a liberdade de expressão é um direito relativo que não se pode chocar contra outras garantias básicas fundantes do Estado Democrático de Direito, logo, a livre manifestação

18 O tratado foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 1992, assim, o país aderiu à Convenção de Direitos Humanos. Ainda, salienta-se que as estipulações versadas pelo tratado passaram a se caracterizar como regramento constitucional após a instituição de Emenda Constitucional nº 5 de 2004 que predis põe que tratados ou acordos internacionais que aludem acerca de direitos humanos vigoram imediatamente em território nacional tendo força de norma constitucional (desde que obedeçam aos trâmites abarcados pelo já referido art. 5º, parágrafo 3º da Lei Maior).

19 A CADH (1969) predis põe sobre o direito ao respeito à liberdade de todos e o seu pleno exercício (art. 1º), garantia de liberdade pessoal/física, a um devido processo legal caso essa liberdade seja cerceada (art. 7º), liberdade de consciência e de religião (art. 12), garantia de livre associação e reunião (arts. 15 e 16), focando-se nos principais pontos que tratam da liberdade em sentido amplo. Aqui novamente pode-se fazer um parâmetro para com a CF/88 e com as determinações do fundamental art. 5º, que também garante os direitos supramencionados, reforçando-se assim a influência da Convenção no ordenamento jurídico pátrio.

de ideias e opiniões não pode lesar direitos alheios, e caso isso ocorra, necessária à intervenção do Estado por meio da legislação e da atuação do Poder Judiciário.

Quanto à legislação, cabe no presente momento expor que os principais regramentos que visam salvaguardar direitos alheios, caso ocorra exacerbação da liberdade de expressão, estão predispostos no Código Civil de 2002²⁰ e no Código Penal²¹. De uma lógica reparatória num sentido pecuniário ao ponto da ocorrência de infrações penais, especificamente em se tratando de crimes contra a honra, visa-se elucidar porque a liberdade de expressão não pode ser utilizada de forma absoluta, cabendo às referidas leis predispor punições por atos atentatórios ao direito alheio quando da existência de excesso na livre manifestação de pensamento.

4. O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO PENAL: NORMAS REPARADORAS QUANDO DA OCORRÊNCIA DE ABUSIVIDADE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Consoante o anterior entendimento, investiga-se que a livre manifestação de pensamento possui limitantes, pois quando ela ultrapassa os limites do tolerável, ela torna-se ato ilícito punível civil e penalmente. Os abusos ocorridos de maneira indevida são taxativamente passíveis de apreciação do Poder Judiciário e exame dos reflexos penais e cíveis por seus autores. Encontram-se nesse rol, inclusive, as publicações injuriosas da imprensa que deve vigiar as matérias que divulga (Moraes, 2014).

Assim, depreende-se que a liberdade de expressão e suas vertentes como a liberdade de imprensa e a liberdade de informação não podem adquirir caráter abusivo que prejudique a vida alheia. Estipula-se que a divulgação de notícias falsas, discursos de ódio e ofensas, inclusive essas divulgadas corriqueiramente por intermédio de redes sociais e da internet, tornam a livre manifestação de pensamento em um meio de propagação de ações danosas em face de outras pessoas, entidades e até governos/Estados.

Entrementes, cabe-se evidenciar que a essa possibilidade de abusividade quanto à liberdade de expressão indica a caracterização de danos a terceiros, principalmente danos à honra e à imagem. Assim sendo, deve-se conceituar de um ponto de vista jurídico o que se compreende como dano e quando essa situação de prejuízo abala moralmente terceiros chegando ao ponto de afetar a honra deles. Cabe-se assim estabelecer que o dano ou prejuízo no entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 62):

[...] como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. [...] A configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos [...], especialmente o dano moral.

Depreende-se dessa conceituação doutrinária que a referida lesão pode atingir aspectos tanto físicos quanto psicológicos de quem sofre o dano/prejuízo, podendo abranger situações quanto a bens tangíveis, como a integridade física ou coisas materiais como veículos ou imó-

20 Lei nº 10.406/2002.

21 Decreto-lei nº 2.848/1940.

veis, tanto quanto a circunstâncias que abalam o âmago interno humano como os sentimentos e as emoções.

Quanto à honra propriamente, conforme Aparecida Amarante (2001, p. 71), ela se denota propriamente como um “sentimento ou consciência da própria dignidade”. Dessa feita, vê-se que a honra detém características jurídicas de bem personalíssimo fundamental, pois abarca vários aspectos da vida das pessoas de um ponto de vista moral e social. Assim, a honra está ligada ao respeito e ao orgulho próprio de cada indivíduo.

Para além desse aspecto de dignidade, o conceito abrangente do que é honra abarca a afeição que os outros possuem por determinada pessoa e a reputação que ela conserva em face da sociedade em que se vive. Dessa maneira, antevê-se a relevância que tal sentimento retém não somente para a pessoa em si, mas para todos que a rodeiam. E caso esse sentimento seja ferido de alguma forma, pode ensejar grandes abalos para a pessoa que sofre de tal prejuízo, acarretando na ocorrência de danos morais e na responsabilização civil de quem causa o dano (Amarante, 2001).

Importante ainda mencionar que a honra possui diversas modalidades, pois como se trata de um direito personalíssimo de caráter tanto objetivo quanto subjetivo²², pode se referir a aspectos quanto à profissão, família, vida privada, política e pública das pessoas, a intimidade e até o interesse público e honra do Estado²³.

Ademais, deve-se estipular que o dano moral referente à honra e à imagem²⁴ geralmente adentra em aspectos relacionados à manifestação de opiniões, ideias e até preconceitos, e no atual mundo pautado pelas TICs, o mundo virtual se torna extremamente propício para a ocorrência de prejuízos à honra das pessoas, por isso da necessidade de reparação civil e da indenização por danos morais estipuladas pela lei pátria.

Para além, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece proteção a bens personalíssimos da pessoa humana, predispondo em seu artigo 5º, X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”. Ainda, caso ocorra maculação desses bens, a Lei Maior, no mesmo inciso do referido artigo, prevê reparação pecuniária ao asseverar “o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Verifica-se que a exacerbação da liberdade de expressão pode violar tais bens personalíssimos, suscitando assim atuação do Estado para coibir e punir a ocorrência desta abusividade. Salienta-se dessa forma que a reputação, a honra e a imagem individual ou até mesmo coletiva são extremamente importantes, por isso são resguardadas constitucionalmente e também em leis infraconstitucionais (Rodrigues Júnior, 2009).

Destarte, convém caracterizar aspectos da responsabilização civil por cometimentos de atos danosos quanto à livre manifestação de pensamento. O Código Civil de 2002 estipula cla-

22 Segundo Fernando Capez (2007, p. 236), a honra objetiva “diz respeito à opinião no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém [...]. É o respeito que o indivíduo goza no meio social”. Já a honra em um aspecto subjetivo “refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo [...]; em suma, diz com o seu amor-próprio” (Capez, 2007, p. 237).

23 Tanto a honra relacionada ao interesse público quanto à honra de Estado se relacionam ao fato de interesses coletivos de nações e de povos que também podem sofrer de prejuízos em face de sua integridade comunitária (Amarante, 2001).

24 Interligada à própria noção de honra, pois denota as características pessoais do indivíduo perante a sociedade, como essa pessoa transparece em face dos outros. Dessa forma se conecta os termos honra e imagem para questões judiciais de reparação civil, danos morais e quando do cometimento de infrações penais. Apesar de próximas, elas não podem se confundir, pois o direito à imagem se refere a aspectos físicos dos sujeitos, “[...] é direito que incide sobre a conformação física da pessoa” (Amarante, 2001, p. 126).

ramente o que se caracteriza como prática ilegal ao predispor em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ora, depreende-se do entendimento legal que quando a liberdade de expressão pelos mais variados meios sejam eles físicos ou virtuais, infringir prejuízos a terceiros, inclusive dum ponto de vista da integridade emocional ou propriamente da honra, se torna abusiva e por consequência ilegal, suscetível de responsabilização civil.

Analisando assim o CC/02, antevê-se claramente que para a ocorrência da responsabilização civil, necessita-se da conduta humana, dolosa ou culposamente, da existência de prejuízos a outros e do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 19), o supracitado artigo 186 é a “base fundamental da responsabilidade civil, consagradora do princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem (*neminem lardere*)”.

Para melhor elucidação acerca da ocorrência de responsabilização civil por ato ilícito, inclusive quanto à exacerbação do livre manifestação de pensamento, trazem-se as compreensões de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 474) que expõe que “[...] ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não lesar a outrem. [...] Também o comete aquele que pratica abuso de direito. [...] Em consequência, o autor do dano fica obrigado a repará-lo”.

Quanto à abusividade de direito, ela encontra respaldo através das disposições do artigo 187 do CC/02, que diz: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Dessa forma, visualiza-se claramente que o caráter manifestadamente desmoderado da manifestação de pensamentos, inclusive em redes sociais, blogs e fóruns internet a fora, a divulgação de *fake news* e exposições de ideias que visam prejudicar a imagem de outros são consideradas como práticas proibidas pela legislação civil e suscetíveis de reparação tanto civil²⁵, pecuniariamente e/ou por uma obrigação de fazer ou não fazer²⁶ quanto penalmente.

Torna-se relevante evidenciar aspectos da obrigação de fazer/não fazer, quando se tratando da temática central desta pesquisa, sobre como essa obrigação civil pode ser enquadrada quanto à exacerbação da liberdade de expressão na *web*. A obrigatoriedade de realizar algo pode ser exemplificada quanto a atos como apagar ofensas em redes sociais, pedir desculpas por meio das mídias, blogs ou fóruns e quanto ao seu caráter negativo, de não fazer, pode se referir a não realização de mais posts ou comentários na internet a respeito do ofendido.

Importante assim, estabelecer que quando a liberdade de expressão, inclusive na *web*, passa a ferir direitos de terceiros, seja quanto à honra ou imagem, ela incidirá sobre o Código Civil e caberá apreciação do Poder Judiciário para punição, adentrando-se especificamente quanto à questão de reparação patrimonial, ou seja, detendo caráter indenizatório pela ocorrência de danos morais e também detendo aspectos da exigência judicial de efetuar ou não atos, sejam eles físicos ou virtuais (Rodrigues Júnior, 2009).

25 Conforme mandamento do artigo 927 do CC/02: “aquele que, por ato ilícito(arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

26 Nesse aspecto, de acordo com o entendimento legal e doutrinário, a obrigação de fazer se caracteriza pela exigência do devedor de realizar uma conduta em prol do credor ou de quem tenha sido ofendido e a obrigação de não fazer é quando o devedor deve evitar executar atos que atentem contra o ofendido, ou seja, é uma prestação negativa (Gonçalves, 2012).

Entende-se dessa maneira que quanto à abusividade da manifestação de ideias e opiniões na internet, valem-se também as estipulações da legislação civil, marcadamente as do Código Civil Brasileiro de 2002. Conforme se viu, a liberdade de expressão atinge seu ápice através da internet e cabe à legislação e ao Poder Judiciário se adaptar às novas formas de conversação e às tecnologias de informação e comunicação.

Agora se analisando de um ponto de vista não patrimonialista quanto ao caráter punitivo estabelecido por dispositivos legais brasileiros quando a livre manifestação de pensamento ultrapassa as barreiras do tolerável juridicamente predisposto pela lei e pelo posicionamento do Poder Judiciário, deve-se focar nos termos apresentados no Código Penal Brasileiro. Sendo assim, torna-se significativo trazer à baila o entendimento do referido aparato legal, especificamente em seu Capítulo V que trata dos “Crimes contra a Honra”.

O Código Penal predispõe acerca de delitos que atentam contra bens materiais e imateriais das pessoas, aqui especificamente a honra objetiva e a honra subjetiva. Segundo Fernando Capez (2007, p. 235) “tutela-se um bem imaterial, relativo à personalidade humana”. Depreende-se desse entendimento que o Estado tem o dever de proteger não somente o patrimônio e a integridade física dos indivíduos, mas também sua honra, seu patrimônio moral.

Sobre os crimes contra a honra²⁷, verificam-se três infrações penais que podem ser enquadradas quanto à questão de descomedimento da liberdade de expressão, inclusive na internet: a calúnia, a difamação e a injúria. Assim, torna-se oportuno analisar cada um dos referidos delitos para elucidar de que maneira a liberdade de expressão pode ensejar tais crimes.

Primeiramente, explica-se que a calúnia é um delito que ocorre quando uma pessoa imputa falsamente um crime em face de outra, ainda caso ocorra a divulgação ou a propagação dessa falsidade, também se forma o fato criminoso²⁸. Diferentemente do que acontece com a difamação, um fato delituoso que se forma quando se atenta contra a reputação do indivíduo, ou seja, fere o prestígio que ele detém perante a sociedade em que vive, causa embaraço por ofender atributos físicos, morais ou intelectuais da pessoa²⁹.

Já a injúria difere das outras duas infrações penais no que se refere à questão da externalização da ofensa. Na injúria se atenta contra a pessoa e seus sentimentos independentemente de a sociedade tomar conhecimento da agressão verbal, fere-se a dignidade da pessoa³⁰. Salienta-se ainda que ela apesar de ferir sentimentos internos da pessoa, também pode ser exposta perante a sociedade, a diferença entre a ela e a calúnia ou difamação ocorre no sentido de que as últimas “consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação” (Capez, 2007, p. 263).

27 Importante ressaltar que esses crimes não estão previstos apenas no Código Penal. Os crimes contra a honra também encontram respaldo em leis especiais, como o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83) e o Código Penal Militar (Lei nº 1.001/69). A diferença é que as legislações especiais delimitam a temática para questões eleitorais, delitos em face de políticos (presidente e membros do Congresso Nacional) e militares (Capez, 2007).

28 Consoante mandamento do art. 138 do CP. Ainda, faz-se um parêntese expondo que a calúnia não pode ser confundida com o crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP), pois neste último, não se apenas imputa um crime de forma fraudulenta, como também se comunica tal mentira às autoridades policiais.

29 Delito disposto no art. 139 do CP.

30 Estipulada no art. 140 do CP. Cabe também expor que dentro do referido artigo, especificamente em seu parágrafo 3º, encontra-se o crime de injúria racial, delito decorrente de ofensas à raça, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Apesar de serem crimes contra a honra, já se viu que possuem diferenciações e especificidades. Além do mais, deve-se expor que os crimes de calúnia e difamação atentam contra a honra objetiva, referente ao ferimento da reputação do indivíduo perante seu meio social, mas a injúria atinge a honra subjetiva que decorre da própria opinião pessoal do sujeito (Capez, 2007).

Além dos crimes contra a honra, o Código Penal também estipula fatos delitivos que podem decorrer do caráter abusivo da livre manifestação de ideias e opiniões, em seu Capítulo VI que trata dos crimes contra a liberdade individual, especificamente na Seção I, dos crimes contra a liberdade pessoal.

Na referida seção, existem dois tipos de crimes que podem ser enquadrados quando da arbitrariedade da liberdade de expressão, principalmente por redes sociais: o constrangimento ilegal (art. 146) e a ameaça (art. 147). O primeiro se refere ao fato de constranger alguém “a fazer ou deixar de fazer algo que pode lei não está obrigado” (Capez, 2007, p. 297), e o segundo, quando “alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”, conforme *caput* do art. 147 do CP.

Ressalta-se ainda a possibilidade da ocorrência de mais de um delito quando do mau uso da livre manifestação de pensamento, como, a ocorrência de injúria e ameaça num *post* em determinada rede social. Cabe assim a tutela do Estado para impedir a abusividade da liberdade de expressão, inclusive através da internet.

Para melhor elucidação dessas infrações penais correlacionadas à extrapolação da liberdade de expressão em ambientes virtuais, trazem-se alguns exemplos: quando se imputa falsamente determinado crime, furto, por exemplo, a certa pessoa em um fórum da internet (calúnia) ou quando se insinua através da web que a pessoa está sendo traído por seu cônjuge (difamação), ainda quando se critica aspectos físicos ou emocionais do indivíduo, como a obesidade ou problemas psicológicos em algum blog (injúria).

Depreende-se que além do resguardo constitucional em face da intimidade, da honra e da reputação das pessoas, o CC/02 e o CP também são instrumentos que visam proteger esses bens personalíssimos tão importantes para o convívio social e para a manutenção da dignidade da pessoa humana que reveste todo o ordenamento jurídico do Brasil.

Para além, apesar de ser uma garantia básica da democracia brasileira, a liberdade de expressão, consoante já visto, é um direito relativo que não pode confrontar outras prerrogativas legais, e nesse caso, não podendo atentar contra os referidos bens individuais das pessoas. Dessa forma, tanto a CF/88 quanto as supramencionadas leis infraconstitucionais visam tutelar a liberdade de expressão para que ela não ultrapasse os limites do tolerável e prejudique terceiros.

Viu-se ainda que mediante a internet que a liberdade de expressão encontra enorme respaldo, dessa forma, ela também pode ser excedida em redes sociais e no mundo virtual, causando danos a terceiros, tanto de um ponto de vista moral quanto criminal. Por isso, a legislação pátria tem o dever de reprimir tais excessos por meio de condenações de cunho patrimonial e/ou de responsabilização penal³¹.

31 A responsabilização civil e a penal podem ser cumuladas, ou seja, se uma pessoa comete abusos ao exercer a liberdade de expressão, pode responder tanto civil quanto penalmente via justiça.

Vistos tais pontos quanto à abusividade da liberdade de expressão, cabe-se neste momento estipular aspectos acerca do Marco Civil da Internet que detém especificamente o condão de determinar princípios, direitos e deveres para a utilização da internet no país. Assim sendo, esse importante regramento adentra notadamente em pormenores no que se tange à liberdade de expressão no ciberespaço.

5. O MARCO CIVIL DA INTERNET: REGULADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA WEB

Sabe-se que através de novos métodos tecnológicos surgem novas maneiras de exposição da livre manifestação de ideias. Ademais, os meios de comunicação se desenvolvem cada vez mais rapidamente, gerando muitas transformações na sociedade e também na cultura. Nesse ínterim, essas “revoluções” decorrentes das TICs ensejam um novo tipo de comportamento, uma mudança paradigmática de uma “cultura material” que adentra em ambientes virtuais, os quais se mesclam à rotina cotidiana das pessoas. Logo, as tecnologias de informação ampliam os horizontes da liberdade da expressão humana (Castells, 2005, p. 67).

Desse modo, a internet e o mundo virtual que ela disponibiliza geram mecanismos de interação interpessoal, principalmente as redes sociais hoje em dia, os quais alavancaram rapidamente a capacidade de interconexão entre as pessoas, formando comunidades virtuais autônomas ligadas por plataformas *on-line*, reinventando a sociedade. As TICs, especialmente por meio de computadores e celulares *smartphones* expandiram a capacidade humana de interagir, inclusive em escala global e de forma instantânea. Assim, as redes sociais criam outro tipo de liberdade embasada em novos valores tecnológicos realçados em aspectos referentes à interconectividade e no anonimato virtual (Castells, 2003).

As TICs se difundiram no cotidiano das pessoas e por consequência se observam novos jeitos de exposição de ideias, pensamentos e opiniões através da *web*. Neste meio, encontram-se também barreiras impostas pela própria liberdade de expressão, como direito não absoluto que é e que não pode confrontar outras garantias básicas das pessoas como o já mencionado direito à privacidade.

Além das legislações já estipuladas que servem como alicerce para a proteção da liberdade de expressão, sobretudo por vias constitucionais e para coibição de seu recrudescimento através da responsabilização civil e penal, inclusive no ciberespaço, antevê-se um regramento específico que trata da temática da livre opinião na rede: o Marco Civil da Internet.

A Lei 12.965/14, também denominada e conhecida como Marco Civil da Internet, tem por objetivo primordial regular o uso da *web* e impor uma série de direitos e deveres aos usuários que a utilizam, tendo assim caráter regulatório. Com breve ressalva, a doutrina diverge sobre a necessidade de regulação e impedimento do uso indiscriminado da internet, inclusive como forma de combater extremismos e racismo. Esse fato se dá pelo fato dela deter característica de controle sobre conteúdos expostos pela internet, e muitos a enxergam como um aparato de censura imposto pelo Estado, apesar disso, vê-se que a base normativa dela prega a obe-

diência às normas constitucionais, inclusive quanto à liberdade de expressão e à liberdade de livre circulação de informações (Jesus; Milagre, 2014).

Portanto, essa legislação tem por base a proteção da privacidade de todos que utilizam a internet com os mais diversos objetivos como lazer, estudos, pesquisas o trabalho. Para mais, torna-se um marco regulatório da liberdade de expressão em redes sociais e nos mais diversos ambientes virtuais no ciberespaço.

O Marco Civil da Internet reparou uma lacuna legal no ordenamento jurídico brasileiro, pois antes não havia regramentos específicos que tratassem de aspectos concernentes ao direito digital³², de deveres de provedores de acesso à internet e de direitos e deveres dos usuários no mundo virtual (Jesus; Milagre, 2014).

Ademais, o Marco Civil trouxe maior estabilidade nas relações judiciais, pois apesar de importantes instrumentos legais como o Código Civil, a Lei 12.965/14 trata especificamente das garantias e das obrigações para o uso da internet no país. Consoante estipulam Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2014, p. 18): “uma das funções do Marco Civil Brasileiro é gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se deparar com questões envolvendo internet e tecnologia [...]”.

Destarte, cabe investigar a estrutura normativa do Marco Civil e seus principais regramentos que convergem com relação do uso da internet para externalização de ideias, opiniões e anseios. Tanto que, já em seu artigo 2º no caput, estabelece-se que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão [...]”.

Depreende-se então que o uso da internet está pautado pela garantia da livre manifestação de pensamento, coadunando com as estipulações constitucionais e de um Estado Democrático de Direito. Apesar do caráter regulatório dessa legislação, de nenhuma maneira seu teor está direcionado a qualquer tipo de censura ou quebra de direitos. Tanto que ainda no mesmo artigo 2º, em seu inciso II, determina-se obediência aos direitos humanos, à personalidade e ao exercício da cidadania por intermédio da internet³³.

Verifica-se, dessa maneira, que a livre manifestação de opinião através da internet é um dos mandamentos chave dessa legislação e “tudo que atente a tal direito será uma violação ao Marco Civil Brasileiro”, prevalecendo assim a liberdade de expressão, “desde que não viole direitos de terceiros” (Jesus; Milagre, 2014, p. 19).

Quanto a não violação de direitos alheios, a própria legislação mencionada predispõe que o uso da liberdade de expressão na internet está inter-relacionado com o direito à privacidade e a proteção dos dados de qualquer usuário da rede. Dessa forma, visualiza-se que toda e qualquer forma de atividade que atente contra a reputação, intimidade e honra de pessoas que usufruem e utilizam os inúmeros serviços prestados por meio da internet é proibida e cabível de punição.

O supramencionado já não era novidade antes do advento do Marco Civil da Internet, como se viu ao analisar as disposições da CF/88 e do CC/02. A diferença que essa legislação trouxe para o ordenamento jurídico é no que se tange a coibição de qualquer tipo de censura

32 Pois abarca ambientes cibernéticos e a rede interligada de aparelhos eletrônicos (Castells, 2003).

33 Assim como o reconhecimento da escala mundial da rede (inciso I); a pluralidade e a diversidade (III); a abertura e a colaboração (IV), a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (V) e a finalidade social da rede (VI).

na rede, além da proibição da remoção de conteúdos pelo simples incômodo ou aborrecimento de pessoas que discordam deles³⁴.

Consoante estipulam Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2014, p. 19) “antes do Marco Civil, diante de denúncias ‘online’, muitos conteúdos eram removidos extrajudicialmente, por provedores que se sentiam ‘inseguros’ em mantê-los”. Dessa forma, antevê-se claramente que essa legislação reforça a possibilidade de maior estabilidade da liberdade de expressão na internet.

Para mais, a segurança jurídica denotada pelas normativas do Marco Civil também acarretam benesses em relação à atuação do Poder Judiciário, que assim detém meios mais concisos para embasar suas decisões e evitar a ocorrência de qualquer forma de cerceamento da manifestação de pensamento por meios virtuais.

O Marco Civil determina claramente que para a utilização do ciberespaço se deve obedecer dois mandamentos basilares que já foram abordados: o direito à privacidade e à liberdade de expressão³⁵. Tais garantias condicionam assim o acesso e uso da internet de maneira ampla e autônoma por todos que a usufruem para as mais variadas atividades.

Outra novidade em relação a legislações anteriores é no que se refere à responsabilização civil de provedores, websites e redes sociais por danos morais ou materiais ocasionados por usuários da internet. Portanto, interessante analisar as disposições do artigo 19 do Marco Civil, que dispõe:

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.

Depreende-se que a lei determina que somente quando o assunto malicioso ou prejudicial perpetrado por terceiros não for retirado é que pode ocorrer culpabilidade dos provedores da *web*, logo, ensejando atuação judicial. Reforça-se assim o caráter protetivo e que serve como diretriz para a tutela do Estado quanto a aspectos da liberdade de expressão por meios cibernéticos na internet.

Em suma, a Lei 12.965/14 estabelece preceitos para o bom uso da internet, estipulando que caso ocorram ofensas, discursos de ódio e divulgação de falsidades no ciberespaço, tais conteúdos devam ser excluídos de sites, fóruns ou rede sociais através de ordem judicial e o responsável pela disseminação será responsabilizado civil e penalmente. Além disso, frisa-se a salvaguarda à intimidade e aos dados das pessoas que utilizam a internet, excetuando-se quando da existência de investigação criminal³⁶.

Cabe ainda, acrescentar que não apenas o Marco Civil possui o condão de regular e resguardar o uso da internet no Brasil, pois outras determinações legais também ensejam esse

34 Nesse aspecto, adentra-se no que se entende por “mero dissabor cotidiano”, atos que causam apenas chateação ou desagrado, não acarretando danos à honra das pessoas (Gonçalves, 2012).

35 Consoante estipula o art. 8º do Marco Civil.

36 E mesmo assim, somente por meio de ordem judicial.

caráter protetivo. Cita-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais³⁷ que tem por intuito “[...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, conforme mandamento de seu artigo 1º. Ainda, observam-se as disposições que asseguram o livre acesso às informações públicas predispostas pela Lei de Acesso à informação³⁸, que cria meios para que qualquer indivíduo possa obter informações de entes públicos.

Dessa forma, verifica-se que a legislação brasileira está se moldando aos novos meios tecnológicos de externalização de comunicação e informação, objetivando acima de tudo resguardar as prerrogativas quanto à proteção da liberdade de expressão, só que coibindo qualquer tipo de ofensa ou invasão de privacidade na esfera do ciberespaço. Esse caráter regulatório predisposto pelo Estado brasileiro visa frear o uso indiscriminado da internet, inclusive quanto à possibilidade de abusividade da manifestação de pensamento no mundo virtual das redes sociais, *websites*, blogs e fóruns.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, estipulou-se a construção do entendimento no que se tange à liberdade de expressão num viés da legislação brasileira e internacional, investigando sua importância para a sociedade brasileira e para o mundo ocidental, podendo-se inclusive afirmar que a liberdade de expressão tem papel fundamental para o bom funcionamento do corpo societal na contemporaneidade.

Essa liberdade interligada ao mundo virtual pela internet ainda gera uma ampliação de métodos de comunicação, conhecimento e informações, transpondo o mundo físico e interconectando globalmente as pessoas e a sociedade em rede, acarretando em novos tipos de direitos disponibilizados pelas TICs.

A liberdade de expressão na internet assim se torna um dos pilares de sustentação dessa sociedade em rede, embasada na globalização e nas TICs para seu funcionamento. Apesar de ser um direito humano básico e necessário, a liberdade de expressão possui limites, ou seja, detendo caráter de direito relativo, não podendo atentar contra outras garantias inerentes à dignidade da pessoa humana como a honra e a privacidade.

Para além, a liberdade de expressão em ambientes virtuais é uma das máximas características dessa sociedade em rede, marcada pelas novas significações conectadas às tecnologias e ao uso extensivo da internet para as mais variadas atividades. E as legislações nacionais e internacionais têm o condão de reassegurar a liberdade de expressão como um direito social básico a todos, inclusive no que se tange ao ambiente não físico, ou seja, no ciberespaço.

Destarte, viu-se que existem inúmeros regramentos que corroboram aspectos de proteção e equivalência da liberdade de expressão como direito humano básico e de grande relevância para manutenção da dignidade humana e do funcionamento das sociedades democráticas. A Lei Maior da nação brasileira traz a liberdade de pensamento como um dos pilares de sustenta-

37 Lei nº 13.709/2018.

38 Lei nº 12.527/11.

ção da legislação e da sociedade do país e conjuntamente à CF/88, tem-se uma gama de regramentos esparsos que tratam e reforçam essas características principiológicas constitucionais.

Ademais, órgãos como a ONU e pactuações internacionais nas quais o Brasil é signatário estipulam a enorme importância que a liberdade de expressão detém para as pessoas e reforçam que ela é um direito humano básico a todos. Analisando-se o corpo legal desses regramentos, antevê-se claramente da real significância que ela possui para a construção política, jurídica e legal de diversas nações e sociedades que pregam respeitabilidade à igualdade, à justiça e à democracia.

REFERÊNCIAS

- AMARANTE, A. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ARAGÃO, S. R. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 set. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 set. 2019.
- CAPEZ, F. **Curso de direito penal**, volume 2: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTELLS, M. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Vol.1 Trad. Roneide Venâncio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 set. 2019.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JESUS, D.; MILAGRE, J. A. **Marco civil da internet**: comentários à Lei 12.965/14. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- MENDONÇA, F. G. **Direito à liberdade de expressão e sua proteção no sistema interamericano de direitos humanos**. Curitiba: Editora Prisma, 2017.
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- PES, J. H. F. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- PFLUG-MEYER, S. R. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- RODRIGUES JÚNIOR, A. **Liberdade de expressão e liberdade de informação**: limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Editora Malheiros, 2005.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 24/08/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022
- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 20/02/2023
- Decisão editorial/aprovado: 20/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO PRÉVIA DOS CONFLITOS DE CONSUMO À PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: UMA ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO INTERESSE PROCESSUAL E DO ACESSO À JUSTIÇA

MANDATORY PREVIOUS SUBMISSION OF CONSUMER LAWSUITS TO CONSUMIDOR.GOV.BR PLATFORM IN THE SMALL CLAIMS COURTS: A REVIEW FROM THE PERSPECTIVES OF PROCEDURAL INTEREST AND ACCESS TO JUSTICE

AUGUSTO PASSAMANI BUFULIN¹

TIAGO AGUIAR VILARINHO²

RESUMO

A pesquisa objetiva investigar se no âmbito dos juizados especiais, tendo em conta as peculiaridades do sistema, há violação do acesso à justiça a partir da determinação judicial de submissão dos litígios consumeristas à tentativa de resolução prévia na plataforma consumidor.gov.br. Adota-se abordagem hipotético-dedutiva, com pesquisa de naturezas qualitativa e descritiva, realizando-se revisão bibliográfica de artigos científicos e obras doutrinárias, além da coleta de informações em bancos de dados com pertinência ao tema. Verifica-se, em conclusão, que a submissão obrigatória das demandas de consumo apresentadas aos juizados especiais ao serviço prestado pelo Consumidor.gov.br, ao contrário de representar violação do acesso à justiça, constitui oportunidade para a sua amplificação, considerando a promoção de uma maior efetividade global do microsistema. Contribuiu-se, assim, para uma melhor definição dos contornos do acesso à justiça no âmbito dos

1 Professor efetivo do departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em direito civil (PUCSP) e Mestre em direito civil (PUCSP). Foi Pesquisador Visitante no Institut suisse de droit comparé (ISDC). Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Privado (RDPriv). Coordenador da Escola Superior da Magistratura do Espírito Santo (ESMAGES). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3108-4932>.

2 Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha - UVV (2017). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4793-2844>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Obrigatoriedade de submissão prévia dos conflitos de consumo à plataforma consumidor.gov.br no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis: uma análise sob as perspectivas do interesse processual e do acesso à justiça. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 163-182, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9077>.

juizados especiais, apresentando alternativa para a melhoria dos resultados do sistema e para reconduzi-lo ao seu escopo primordial de solução ágil e efetiva de conflitos.

Palavras-chave: juizados especiais; interesse processual; acesso à justiça.

ABSTRACT

Investigates if in the scope of small claims courts, considering the peculiarities of the system, there is a violation of access to justice through judicial order of submission the consumer disputes to the attempt of prior resolution on the consumer.gov.br website. Adopts a hypothetical-deductive approach, with qualitative and descriptive research, carrying out a bibliographic review of scientific articles and doctrinal works, in addition to collecting information in relevant databases according to the matter. Concludes that sending cases of the small claims courts to the compulsory negotiation in the service provided by Consumidor.gov.br, instead of representing a violation of access to justice, constitutes an opportunity for its amplification, considering the promotion of greater overall effectiveness of the microsystem. Thus, it contributed to a better definition of the edges of the access to justice in the small claims courts, presenting an alternative to improve the system's results and to bring it back to its primordial scope of agile and effective conflict resolution.

Keywords: small claims courts; standing to sue; access to justice.

1. INTRODUÇÃO

A crise de efetividade e de credibilidade do sistema de justiça, atribuída ao congestionamento de processos em trâmite e à morosidade processual, é tema objeto de constantes debates e investigações científicas. Identificam-se como suas principais causas, agindo em diferentes níveis de intensidade, a deficiência estrutural e de gestão do Poder Judiciário, além da inadequação do método eleito para o tratamento dos conflitos (Rodrigues, 2015), o que se traduz na atual incapacidade da Justiça Estatal de atender satisfatoriamente à demanda e cumprir sua missão de pacificação social.

De 2009 a 2019 foram distribuídos anualmente, em média, 1,5 milhão de casos novos, os quais se somam aos feitos ainda pendentes de resolução e baixa definitiva, que representam cerca de 77 milhões de processos atualmente. Embora a quantidade de processos baixados tenha aumentado, no mesmo período, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário ainda é significativa (Brasil, 2020a).

As demandas relacionadas ao Direito do Consumidor representam quantia considerável dos processos em trâmite, chegando a alcançar cerca de 47% da distribuição de feitos no sistema dos juizados especiais. Vislumbram-se alguns incentivos à litigância consumerista de massa, como os custos módicos para demandar nos juizados especiais, o tratamento individual de conflitos que ostentam natureza coletiva e a falta de uniformização jurisprudencial em torno de questões consumeristas (Figueiredo, 2019), que contribuem sobremaneira para o acúmulo de processos pendentes, sobretudo nos juizados especiais.

A morosidade processual é circunstância indesejável no sistema judiciário como um todo, tendo em vista o direito fundamental a uma solução em tempo razoável (inciso LXXVIII, art. 5º, CFRB/1988). Contudo, nos juizados especiais o congestionamento processual e a solução

intempestiva dos litígios se apresentam como circunstâncias deveras nefastas, pois é da própria essência dos juizados a prestação de uma tutela desburocratizada e célere (Barouche, 2010), sob pena de violação dos critérios orientadores do sistema.

Verifica-se que apesar de os juizados especiais terem sido forjados sob a lógica consensual, mesmo após mais de duas décadas de sua instituição e ainda que tenha se conformado posteriormente no Brasil um verdadeiro microssistema de meios adequados de solução de conflitos (Cabral, 2019), o índice de soluções consensuais nos juizados especiais ainda é pouco expressivo, variando entre 16 e 19% (Brasil, 2020a).

Nesse contexto, mostra-se como importante ferramenta para a contenção da litigiosidade massiva consumerista e incremento dos resultados consensuais dos juizados especiais a plataforma Consumidor.gov.br, que viabiliza a aproximação e negociação direta entre consumidor e fornecedor, constituindo um mecanismo de *online dispute resolution* – ODR (Albornoz, 2019).

Alguns Tribunais de Justiça, como os dos Estados do Espírito Santo, Maranhão, Rio Grande do Sul e Santa Catarina passaram a adotar política de estímulo à utilização da ferramenta de forma voluntária pelos consumidores. O Tribunal do Maranhão avançou mais e inclusive editou Resolução recomendando aos magistrados a oferta da negociação na plataforma Consumidor.gov.br, caso não tenha havido tentativa de composição consensual prévia, tendo posteriormente revogado tal normativo (Maranhão, 2021).

Tendo em conta justamente as potencialidades acima descritas, passou-se a observar a proliferação de decisões judiciais determinando a submissão prévia de demandas consumeristas à tentativa de resolução no portal Consumidor.gov.br, sob pena de extinção processual sem resolução meritória, o que remete à seguinte indagação: levando em consideração as peculiaridades do sistema dos juizados especiais, estaria referida prática em consonância com o sentido que atualmente se atribui à garantia de acesso à justiça, e portanto constitucionalmente legitimada, ou a imposição da negociação, nos termos descritos, importaria na limitação desproporcional do acesso à ordem jurídica justa?

Diante destas inquietações, o presente estudo objetiva inicialmente demonstrar a importância da plataforma Consumidor.gov.br no contexto da litigância consumerista massiva, de maneira a subsidiar as análises que serão adiante realizadas e justificar o recorte metodológico em torno dos juizados especiais. Na etapa seguinte, propõe-se avaliar se a determinação judicial de negociação prévia perante a plataforma constitui ou não o estabelecimento de condição processual não prevista em lei. Por fim, objetiva-se investigar se no âmbito dos juizados especiais o acesso à justiça restaria violado a partir da obrigatoriedade de negociação prévia dos conflitos consumeristas no portal Consumidor.gov.br.

Justifica-se a análise em função da potencialidade de contribuição para uma mais precisa definição dos contornos do acesso à justiça nos juizados especiais, inclusive com possibilidade de que os resultados eventualmente alcançados orientem a formulação de políticas de tratamento de conflitos pelo Judiciário de maneira mais consentânea com os referidos contornos.

Parte-se da premissa de que a Constituição da República, em seu art. 5º, XXXV, assegura o acesso à ordem jurídica justa e efetiva (Watanabe, 2019), e não meramente a inafastabilidade da jurisdição, de forma que a compulsoriedade da tentativa de prévia negociação no portal Consumidor.gov.br como condição para a deflagração ou continuidade da ação judicial talvez

possua o condão de conduzir a uma maior eficiência global do sistema dos juizados especiais, sem com que isto importe em limitação desproporcional do acesso substancial à justiça.

Para corroboração ou afastamento da hipótese, valer-se-á do método de abordagem hipotético-dedutivo, com pesquisa de naturezas qualitativa e descritiva, realizando-se revisão bibliográfica de artigos científicos e obras doutrinárias, além da coleta de informações em bancos de dados com pertinência ao tema.

Ainda em sede de delimitação metodológica, opta-se por não se aprofundar na definição, natureza e principiologia dos juizados especiais, tomando as noções em torno do tema como pressuposto à leitura e compreensão da presente pesquisa, a fim de que a análise se concentre nas temáticas nucleares à abordagem do problema.

À guisa de complementação, ao final do trabalho pontuam-se possíveis soluções para os entraves teórico, social e tecnológico identificados como desvantagens decorrentes da imposição a que os demandantes, nos juizados especiais, registrem previamente suas reclamações na Plataforma Consumidor.gov.br.

2. CONTEXTUALIZANDO A IMPORTÂNCIA DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR EM FACE DA LITIGÂNCIA CONSUMERISTA MASSIVA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Considerando os objetivos do presente trabalho, faz-se necessária uma prévia contextualização das razões de ordem social e jurídica que alçaram a plataforma Consumidor.gov.br à condição de ferramenta essencial para a contenção da litigância consumerista, sobretudo no âmbito dos juizados especiais, dado que neste microssistema se observa uma concentração expressiva de conflitos relacionados ao Direito do Consumidor.

O sistema de justiça brasileiro passou por importantes modificações na década de 1980, como consequência do momento de transição para o regime democrático e do fortalecimento dos direitos e garantias relacionados ao exercício da cidadania, tendo como marco legislativo significativos a criação dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e a Constituição da República de 1988 – CFRB/1988 (Bedin; Spengler, 2013).

A partir da promulgação da Carta de 1988, e com a paulatina sedimentação dos avanços científicos em relação ao conteúdo do acesso à justiça, passou-se a conferir nova interpretação à garantia prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição para que dela se extraia não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição, mas o princípio do amplo acesso à justiça. E ao alargamento da concepção de acesso à justiça se atribui, em parte, o expressivo aumento do número de demandas que anualmente ingressam no Poder Judiciário, ocasionando o fenômeno do congestionamento do sistema judicial (Araújo, 2020).

Ante a incapacidade do Poder Judiciário para resolver os conflitos em prazo razoável, constata-se uma crise de efetividade da justiça, na medida em que o atraso na prestação da tutela jurisdicional não raramente ocasiona a produção de um desfecho insatisfatório para o litígio, sob o ponto de vista da realização do direito (Madureira, 2017). Assim, o cidadão que busca o mecanismo adjudicatório de solução de conflitos, em boa parte dos casos, obtém um acesso meramente formal à justiça, “[...] pois, embora consiga ajuizar uma demanda, nem sempre alcança o resultado que almeja em tempo razoável, tratando-se de verdadeiro ‘não acesso’” (Cabral; Santiago, 2020, p. 5).

Nesse cenário, as relações massificadas de consumo se apresentam como importante fator de propulsão do demandismo judicial (Araújo, 2020), tendo o quantitativo de casos novos relacionados ao Direito do Consumidor ultrapassado, em 2019, o patamar de 5,5 milhões de processos, correspondendo a 18% do total de feitos distribuídos naquele ano (Brasil, 2020a). Entre os maiores litigantes do sistema judiciário, após o próprio Poder Público, encontram-se as instituições financeiras e prestadoras de serviços de telefonia (Brasil, 2011), não sendo inverossímil inferir que a maior parte das demandas destes segmentos são decorrentes de relações consumeristas.

Consubstanciando-se em litígios que normalmente envolvem baixa complexidade e pequenos valores, a maior parte dos processos consumeristas é direcionada aos juizados especiais cíveis, ambiente propício para a proliferação destas demandas em função do acesso gratuito e facilitado que o microsistema proporciona. Desta forma, o sistema dos juizados especiais não destoaria do panorama de litigiosidade e congestionamento observado na justiça comum, circunstância que praticamente inviabiliza a sua proposta originária de solução célere, simplificada e eficaz dos litígios de menor complexidade (Araújo, 2020).

Os quadros abaixo, formulados a partir do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, demonstram que os juizados especiais vêm absorvendo, em geral, o dobro de processos consumeristas em comparação com a justiça comum, com exceção do ano de 2020. Verifica-se, ainda, que as demandas de consumo representam cerca de 47,5% da distribuição global dos juizados especiais no mesmo período, o que é bastante significativo.

Quadro 1 – Quantidade de processos relacionados ao Direito do Consumidor distribuídos anualmente, no período de 2015 a 2020, nos Juizados Especiais e no 1º Grau da Justiça Comum

Demandas de consumo distribuídas	2020	2019	2018	2017	2016	2015
Juizados Especiais	1.578.890	3.638.293	2.076.369	2.586.456	2.671.091	2.672.664
º Grau – Justiça Comum	1.983.679	1.409.345	986.585	992.900	890.528	913.152

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir das informações contidas nos Relatórios Justiça em Números, do CNJ.

Quadro 2 – Quantidade e percentual de demandas consumeristas, dentre o total de processos que ingressaram nos juizados especiais anualmente, de 2015 a 2020

Demandas gerais x demandas de consumo nos juizados especiais	2020	2019	2018	2017	2016	2015
Total de processos distribuídos nos juizados especiais	4.010.969	5.728.309	4.314.526	5.202.788	5.418.768	7.156.155
Demandas de consumo	1.578.890	3.638.293	2.076.369	2.586.456	2.671.091	2.672.664
Percentual demandas de consumo sobre o total	39%	63%	48%	49%	49%	37%
Percentual médio das demandas de consumo nos últimos 6 anos	47,5%					

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir das informações contidas nos Relatórios Justiça em Números, do CNJ.

Atento ao quadro de constante intensificação da litigiosidade e de incapacidade estrutural do Poder Judiciário para suportar a elevada demanda adotando como método principal o tratamento adjudicatório de conflitos, o CNJ editou, no ano de 2010, a Resolução nº 125, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, objetivando a consolidação de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. A iniciativa representa o mais importante marco para a sedimentação da consensualidade em nosso ordenamento, tendo sido ulteriormente reforçada com a edição do CPC/2015 e das Leis nº 13.129/2015 (reforma da Lei de Arbitragem) e nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), estabelecendo-se um genuíno microsistema de meios adequados de solução de conflitos (Cabral, 2019).

Nada obstante, passados mais de dez anos desde a edição da Resolução nº 125/2010, do CNJ, ainda não se observam resultados satisfatórios em termos de descongestionamento do Poder Judiciário, em que pese os louváveis avanços na disponibilização de métodos alternativos à solução adjudicada. A Taxa de Congestionamento Total do 1º Grau, desde o início da série histórica em 2009, tem se situado em torno de 70%. Mesmo no lapso de 2016 a 2019, período em que já vigentes o CPC/2015 e a Lei de Mediação, o índice médio da Taxa de Congestionamento permanece sem alteração significativa (Brasil, 2020a).

O índice de conciliação na fase de conhecimento dos juizados especiais, que passou a integrar o relatório Justiça em Números a partir de 2015, exhibe uma média de apenas 18% de soluções consensuais de 2015 a 2019 (Brasil, 2020a), número que apesar de superior ao da justiça comum ainda é bem limitado para um sistema fundado na consensualidade.

Importante ressaltar, contudo, que o ainda inexpressivo impacto da Resolução nº 125/2010 do CNJ na contenção da litigiosidade de forma alguma representa falha no desenho da Política, mas decorre de outros fatores tais como a estrutura ainda incipiente, o enraizamento da “cultura da sentença” em nossa sociedade e do descrédito dos profissionais do Direito e até mesmo de parte do Poder Judiciário em relação aos benefícios dos meios consensuais de solução de conflitos, circunstâncias que impedem a difusão das técnicas para que se tornem mais efetivas (Cabral; Santiago, 2020).

Especificamente em relação às demandas consumeristas, em que pese existam outros instrumentos legais específicos para auxiliar o Poder Público no enfrentamento do demandismo judicial, a exemplo do Órgãos Públicos de Defesa do Consumidor – PROCON – e das Promotorias de Justiça, Delegacias e Juízos especializados em matéria de consumo, a capacidade de contenção da litigiosidade desses mecanismos parece não ser suficiente para defrontar o elevadíssimo número de casos anuais (Silva; Ferreira; Prata, 2019).

Estudos promovidos pelo Ministério Público Estadual de Minas Gerais em parceria com a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE demonstraram que uma parcela considerável dos consumidores – cerca de 26% – deixa de apresentar seus reclamos perante Órgãos de Defesa do Consumidor por considerarem o canal como burocrático ou trabalhoso. Outros 16.1% dos consumidores entrevistados no estudo alegaram a morosidade como principal obstáculo para o registro de demandas nos PROCONS e 12.1% revelaram descrença na solução do problema pelos Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor (Minas Gerais, 2021).

Diante de todas estas circunstâncias, assume especial relevo o serviço público disponibilizado no portal Consumidor.gov.br³, não apenas por consistir em ferramenta ágil, gratuita e acessível para o registro de reclamos consumeristas na internet, mas, sobretudo, por apresentar elevados índices gerais de resposta e de solução de pleitos que, caso não tivessem sido negociados naquele canal, poderiam se desdobrar em demandas judiciais e tornar mais grave a crise de efetividade da justiça. A ferramenta se enquadra no contexto da *online dispute resolution* – ODR –, termo utilizado para designar ambientes de resolução de conflitos pela internet, que em geral promovem uma maior aproximação entre os litigantes, contribuindo para o alcance de um desfecho célere e menos custoso da demanda (Arbix; Maia, 2019).

Tamanho tem se mostrado o potencial do mecanismo para conter a litigiosidade consumerista – em especial nos juizados especiais cíveis – que alguns Tribunais pátrios têm adotado como política judiciária o estímulo pela utilização voluntária da ferramenta de maneira prévia ou concomitante ao ajuizamento da demanda judicial⁴.

A efetividade da plataforma tem sido reconhecida notadamente em função dos reduzidos prazos para desfecho da negociação⁵, do elevado número de reclamações resolvidas e do índice de satisfação dos consumidores. Estas circunstâncias, inclusive, são apontadas como fator de preponderância do mecanismo do Consumidor.gov.br em relação à Plataforma Europeia de ODR:

Following the data included in this paper, we can conclude at a superficial level that both, the European and the Brazilian platforms perform well in respect of one or several of these parameters, but that Consumidor.gov seems to outperform the EU ODR platform so far. However, these are just nominal signs of the potential of ODR to effectively resolve consumer disputes and, ultimately, to increase consumers access to justice (Schmidt-Kessen; Nogueira; Cantero, 2019).

No ano de 2020 foram registrados 1.196.627 reclamos na plataforma, tendo sido alcançada uma média de resolutividade de 78% (Brasil, 2021). O quantitativo de reclamações

3 Segundo definição extraída do próprio Portal, “O Consumidor.gov.br é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet”. (Brasil, 2021).

4 A exemplo dos Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, além do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, embora os dois últimos como parte de um projeto piloto de integração da plataforma Consumidor.gov.br ao sistema PJe, o que promove a distribuição do processo judicial de forma paralela ao registro da reclamação na instância administrativa.

5 O tempo médio de resposta, em 2021, é de apenas seis dias (Brasil, 2021).

registrado perfaz cerca de 20% do total de demandas de consumo que ingressaram no Poder Judiciário no ano anterior, sendo plausível conjecturar que uma parcela significativa desses casos teria afluído ao sistema dos juizados especiais, caso não resolvidos administrativamente (Lopes; Gois Júnior, 2017).

Com fundamento nestas razões, afirma-se que no âmbito dos juizados especiais cíveis, a utilização prévia obrigatória da ferramenta possui o potencial de ensejar o resgate da essência do microssistema e viabilizar a aplicabilidade prática de seus critérios orientadores, especialmente os da celeridade e da busca pela conciliação.

Isto porque a gratuidade de justiça ínsita ao primeiro grau dos juizados especiais é apontada como importante fator de estímulo à litigância em matéria de consumo (Figueiredo, 2019), facilitando a propositura de demandas frívolas que constituem um “acesso inautêntico” à justiça (Marcellino Jr., 2016). Como o acesso, além de gratuito, é simplificado e dispensa a assistência por advogado caso o valor da causa não ultrapasse vinte salários mínimos, há verdadeiro incentivo para que os consumidores supostamente lesados apresentem suas reclamações diretamente nos setores de atermção dos juizados especiais (Porto; Nogueira; Quirino, 2017).

Constata-se, ademais, que parcela significativa das pretensões consumeristas nos juizados especiais são cumuladas com pleitos indenizatórios por supostos danos extrapatrimoniais suportados⁶, fator que também incentiva a litigância contumaz (Figueiredo, 2019), haja vista a ausência de condenação da parte autora em honorários sucumbenciais no primeiro grau (Lei nº 9.099/1995, art. 55).

Portanto, a submissão obrigatória das demandas de consumo distribuídas aos juizados especiais cíveis à tentativa de resolução via negociação no Consumidor.gov.br se apresenta como alternativa viável a difundir e sedimentar na sociedade a cultura da utilização dos meios adequados de solução de conflitos, nos termos da política instituída pela Resolução 125/2010 do CNJ, além de proporcionar a redução significativa da litigiosidade, possibilitando uma tramitação mais célere dos casos que efetivamente necessitem da tutela jurisdicional adjudicada (Maiolino; Silveira; Timm, 2020).

No entanto, a obrigatoriedade em questão suscita questionamentos quanto a sua viabilidade legal e constitucional, tendo em vista que a medida se entrelaça com temas sensíveis como o das condições da ação e do acesso à justiça. Mostra-se necessário, portanto, investigar se dita imposição importa, de fato, no estabelecimento de nova condicionante do direito de ação e em limitação indevida do acesso à justiça, temas de que se ocupam os próximos tópicos.

3. DEMONSTRAÇÃO DA PRETENSÃO RESISTIDA: NOVA CONDIÇÃO DA AÇÃO?

Quando se cogita da obrigatoriedade de que o consumidor demonstre a prévia tentativa de composição do litígio junto ao fornecedor, para que só então lhe seja aberta a via para a solução estatal adjudicada, uma das inquietações que logo emergem ao jurista mais atento

6 Com base nos relatórios Justiça em Números do CNJ, de 2015 a 2020, verificou-se que cerca de 47% dos casos de consumo que aportam no sistema dos juizados especiais possuem pleitos indenizatórios por danos morais.

diz respeito a um aparente estabelecimento de condicionante ao exercício do direito de ação, à revelia de previsão legal.

Ocorre que não há, como se examina adiante, a criação de nova condição da ação quando se exige da parte que busca a resolução de seu conflito de consumo pela via da jurisdição estatal a demonstração de que buscou previamente a solução para o impasse junto ao fornecedor, negociando diretamente ou ainda se valendo de outros mecanismos autocompositivos, estatais ou não.

As condições da ação são requisitos processuais sem os quais não se avança ao julgamento do mérito da demanda, a serem verificadas a partir da situação de direito material deduzida em juízo (Didier Jr., 2013). Segundo a vertente eclética de Liebman (2005, p. 212-213) para o direito de ação, “só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda para acolhê-la ou rejeitá-la”. O termo “condições da ação” foi inicialmente proposto por Chiovenda, mas coube a Liebman adaptar a categoria à teoria eclética da ação, que foi adotada pelo CPC/1973 e parece ter sido eleita também pelo CPC/2015, ainda que com ressalvas quanto a sua atual pertinência (Klippel, 2018).

Nos termos do que inicialmente considerado por Liebman, as condições a ação consistiam em: a) legitimidade para agir; b) interesse de agir e c) possibilidade jurídica do pedido. Posteriormente, Liebman revisitou a construção teórica para excluir a possibilidade jurídica do pedido como condição autônoma, reputando os casos de impossibilidade jurídica como ausência de interesse de agir (Dinamarco, 2009).

Postas de lado as discussões doutrinárias que se desenvolveram à época da tramitação do anteprojeto do atual Código, acerca da permanência das condições da ação como categoria autônoma em nosso sistema⁷, o fato é que o CPC/2015, em que pese não mencione expressamente o termo “condições da ação”, prevê que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade (CPC/2015, art. 17). E o que mais importa ao presente estudo não é a natureza, mas o conteúdo que se extrai destas condições, mais especificamente do interesse de agir, a seguir esmiuçado.

O interesse processual está estreitamente conectado à ideia de que o exercício da jurisdição só será legítimo se dele se puder extrair um resultado profícuo (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2010) e se houver a “[...] imprescindibilidade do processo para a tutela de um direito material ameaçado ou violado” (Klippel, 2018, p. 231). Em síntese, pode-se afirmar, que o interesse de agir estará presente quando existir para o autor utilidade e necessidade do provimento jurisdicional para a satisfação do seu interesse material, não passível de concretização por outro meio (Liebman, 1976).

Exsurge destas definições o tradicional desmembramento doutrinário do interesse de agir nas dimensões interesse-necessidade e interesse-adequação ou interesse-utilidade. A primeira dimensão – e a que se revela nuclear ao presente trabalho – se assenta na imprescindibilidade da intervenção estatal para a satisfação do direito alegado pela parte (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2010). O interesse-adequação ou interesse-utilidade, a seu turno, se conformará “sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável

7 Para aprofundamento nos embates doutrinários relativos à manutenção da categoria “condições da ação” no atual Código de Processo Civil, confira-se Didier Jr. (2011), Câmara (2011) e Cunha (2011).

pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante” (Didier Jr., 2015, p. 360), sendo certo que o alcance deste resultado útil dependerá da escolha da técnica adequada para tanto.

É justamente no interesse-necessidade que reside o ponto fulcral da análise quanto ao estabelecimento ou não de novo requisito processual para exercício do direito de ação quando há a recusa judicial em dar prosseguimento à demanda consumerista sem com que a parte demonstre ter sido frustrada a tentativa de resolução do problema junto ao requerido, o que pode se efetivar por diversos caminhos, tais como os Serviços de Atendimento ao Consumidor (SAC's), PROCON's, correio eletrônico, mensagens via aplicativos para *smartphones*, ou ainda mediante registro do reclamo em plataformas como o Consumidor.gov.br.

Em nosso sentir, nesse caso não há propriamente a instituição de requisito novo a ser demonstrado pela parte, senão o próprio interesse de agir na modalidade interesse-necessidade. É que se não se puder constatar dos fatos narrados ou da documentação apresentada pelo consumidor a resistência do fornecedor em solucionar o suposto problema, é possível que o conflito social seja apenas aparente e, portanto, a utilização do aparato estatal – com todas as repercussões e custos daí decorrentes – potencialmente será desnecessária. E, nestes termos, não se constatará a imprescindibilidade da tutela jurisdicional para a satisfação do interesse material do consumidor, ficando afastado o seu interesse processual.

Note-se, portanto, que o magistrado ao determinar que o consumidor comprove ter sido inexitosa a tentativa de solução de seu problema junto ao fornecedor, como condição para prosseguimento da demanda judicial, não age sem respaldo na legislação processual. Ao revés, o que ocorre é justamente o prestígio do comando previsto no art. 17 do CPC/2015, que impõe a demonstração de interesse processual para a postulação em juízo, requisito sem o qual o magistrado ficará impedido de avançar ao exame de mérito, nos termos do art. 485, VI, do mesmo diploma (Figueiredo, 2019).

Não se está aqui a defender que o consumidor esgote as vias administrativas potencialmente adequadas para a solução de sua demanda, mas que tenha ao menos tentado, minimamente, negociar junto ao fornecedor ou se valer de algum dos inúmeros mecanismos disponíveis para a proteção de seus interesses, de modo a tornar necessária a atuação da jurisdição estatal.

Não são raros os casos verificados no cotidiano forense em que o fornecedor só toma ciência do problema ou de seu preciso delineamento após a propositura de demanda judicial pelo consumidor supostamente lesado, conforme constatado por Fernando da Fonseca Gajardoni (2020, p. 100-101), que arremata: “não parece fazer sentido se afirmar ‘necessário’ o pronunciamento judicial, sem que o interessado tenha, antes, manifestado ao adversário sua pretensão. Afinal, como dizer existente a resistência à pretensão (lide), se o adverso sequer sabe da existência dela?”

O Supremo Tribunal Federal já admitiu, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, a necessidade de prévio requerimento administrativo ao INSS como condição para o ajuizamento de demanda judicial visando a concessão de benefício previdenciário, aduzindo que “para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo” (Brasil, 2017), embora não se exija o esgotamento das vias administrativas, *ratio* perfeitamente extensível ao que se defendeu linhas acima.

Entendendo ser aplicável às demandas de consumo a necessidade de prévia solução administrativa, para configuração do interesse processual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁸ já afirmou:

Não é demais ressaltar que em ações judiciais objetivando a obtenção de seguro DPVAT ou a exibição de documentos, a jurisprudência é pacífica no sentido de exigir a comprovação do prévio requerimento administrativo. Nesse sentido, não vejo motivos para deixar de adotar a mesma medida no presente caso, dadas as particulares (sic) vivenciadas na comarca, tal como relatado pelo juízo (ordem n.10). (Minas Gerais, 2020).

Baseado nestas premissas, reafirmamos que a exigência de que o consumidor demonstre, ainda que sumariamente, ter buscado negociar a resolução do problema junto ao fornecedor, ou ainda se valido de alguma dentre as diversas ferramentas de tratamento extrajudicial de conflitos, ao contrário de representar a imposição de requisito não previsto na lei processual, em verdade reforça a necessidade de que a condição do interesse de agir, do art. 17 do CPC/2015 se manifeste de maneira qualificada para que se justifique a atuação estatal.

Sob o prisma inverso, é certo que, vindo a demanda de consumo a ser proposta já instruída com o relato ou demonstração de que o autor buscou a solução do impasse, por qualquer meio idôneo, restará perfectibilizado o interesse-necessidade e não deverá o juiz condicionar o avanço ao exame de mérito a novas tentativas de solução administrativa do conflito.

Em síntese conclusiva do que até aqui se investigou, pode-se afirmar: a) a exigência de que a parte demonstre a pretensão resistida mediante comprovação de que tentou solucionar o conflito junto de maneira prévia ao ajuizamento da ação não constitui o estabelecimento de condição sem respaldo legal, haja vista a necessidade de configuração do interesse de agir (interesse-necessidade) para a postulação em juízo; b) só será legítima a referida exigência se dos fatos ou da documentação acostada à inicial não se puder depreender que o consumidor/autor efetivamente buscou a solução do litígio junto ao fornecedor, por qualquer canal idôneo.

Pode-se argumentar, por óbvio, e até mesmo por prestígio ao princípio da isonomia, que o raciocínio não deveria se limitar às demandas de consumo e, tampouco ao sistema dos juizados especiais, sendo extensível a qualquer situação em que não se constate o preenchimento do interesse processual na dimensão interesse-necessidade (imprescindibilidade da tutela jurisdicional), com o que concordamos⁹. Contudo, como já discutido, devido a certas características da litigância consumerista nos juizados especiais cíveis, especialmente nesta seara se torna essencial estabelecer filtros para que somente as demandas não passíveis de resolução administrativa sejam examinadas pelo Poder Judiciário, sob pena de agravamento dos já elevados índices de litigiosidade do sistema.

8 No mesmo sentido, há decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível 70075660852. 17ª Câmara Cível. Relator: Gelson Rolim Stocker. Julgado em 14 dez. 2017; Apelação Cível 70075627612. 12ª Câmara Cível. Relator: Gunther Spode. Julgado em 12 dez. 2017; Apelação Cível 70075315549. 15ª Câmara Cível. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcelos. Julgado em 6 dez. 2017.

9 Este é o propósito do Projeto de Lei nº 533/2019, de autoria do Deputado Federal Júlio Delgado, em tramitação no Congresso Nacional. A proposição originária simplesmente previa a necessidade de demonstração da pretensão resistida para a configuração do interesse de agir em qualquer demanda que envolva direitos patrimoniais disponíveis. Em 2021 foi apresentado um substitutivo que introduz disciplina específica para as demandas de consumo, em sintonia com o que se defende neste trabalho, nos seguintes termos: "§ 2º Tratando-se de ação decorrente da relação de consumo, a resistência mencionada no § 1º poderá ser demonstrada pela comprovação de tentativa extrajudicial de satisfação da pretensão do autor diretamente com o réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, presencialmente ou pelos meios eletrônicos disponíveis" (Brasil, 2019).

4. E O ACESSO À JUSTIÇA?

Tendo sido verificada a possibilidade o juiz tomar em consideração a ausência de tentativa prévia de solução administrativa do conflito consumerista como circunstância que denota o não preenchimento da condição do interesse de agir, a ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito caso não suprida a irregularidade, passa-se a investigar se este filtro se traduz em limitação do acesso à justiça, tomando como recorde metodológico o sistema dos juizados especiais cíveis.

Precede dita análise a verificação do conteúdo que atualmente se extrai do inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB/1988, ao prever o dispositivo que não a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. À primeira análise, a norma expressa o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que “[...] traduz a garantia de ingresso em juízo e conseqüente análise da pretensão formulada; isto é, o órgão jurisdicional constitucionalmente investido de jurisdição, uma vez provocado, não pode delegar ou recusar-se a exercer a função de dirimir os litígios” (Donizetti, 2020, p. 31).

Mas o conteúdo do dispositivo não se exaure na mera inafastabilidade ou garantia de acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, compreendendo ainda o acesso à justiça. E tampouco o acesso à justiça se limita ao âmbito exclusivo do Poder Judiciário ou da justiça estatal.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) afirmam que o conceito teórico de acesso à justiça evoluiu de uma perspectiva meramente formal, individualista e desconectada da realidade pragmática dos cidadãos, constatada nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, para se conformar, a partir da consolidação do Estado social, em uma garantia de atuação estatal positiva visando assegurar o gozo dos direitos sociais emergentes à época. Em um modelo que reconheça a importância da atuação estatal para garantir uma fruição efetiva dos direitos, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (Cappelletti ; Garth, 1988, p. 12), a ser alcançado não apenas pela via da solução adjudicatória do Poder Judiciário, mas também por outros métodos que integrem o sistema jurisdicional.

Em síntese, o Estado deve garantir verdadeiro acesso à ordem jurídica justa mediante um tratamento adequado do conflito, buscando solucioná-lo de forma tempestiva e efetiva, levando em conta as especificidades da situação e das partes envolvidas (Watanabe, 2019).

No ponto, importa ressaltar que também o conceito clássico de jurisdição, elemento fundamental da Teoria Geral do Processo, evoluiu para abranger além da justiça estatal, as justiças consensual e arbitral. Deveras, “jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça” (Grinover, 2016, p. 20).

As concepções mais atualizadas de jurisdição e acesso à justiça parecem ter orientado o tratamento da matéria no CPC/2015, que dispôs, em seu art. 3º, que não se afastará da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Note-se que, ao contrário do que se observa no inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB/1988, o CPC/2015 se vale do termo “apreciação jurisdicional”, que é mais amplo do que “Poder Judiciário” e abarca as justiças arbitral e consensual. E mais,

o CPC/2015 dispõe ainda, como desdobramento do mesmo dispositivo, que a arbitragem é permitida, na forma da lei, e que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (Pinho; Stancati, 2016).

Defende-se aqui exegese do art. 3º (caput e parágrafos) no sentido de que a justiça consensual deverá ser a primeira e principal via de acesso à justiça disponibilizada pelo Estado, somente sendo legítimo o tratamento tradicional, via decisão adjudicada, se não for possível ou adequada a solução consensual. O raciocínio decorre da interpretação *contrario sensu* do parágrafo 3º, do art. 3º, do CPC/2015: se cabe ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos litígios, o tratamento por heterocomposição será residual. Destarte, urge suplantar a percepção culturalmente sedimentada de que somente o acesso ao Poder Judiciário corresponde à obtenção de justiça, lógica que contribuiu para os elevados índices de litigiosidade atuais (Mazzei; Chagas, 2018).

A lógica consensual não é novidade no âmbito dos juizados especiais, sendo, na verdade, um dos pilares fundamentais do microssistema. Também aqui se verifica o mote de busca pela conciliação, sempre que possível (Lei nº 9.099/95, art. 2º), devendo-se aplicar as mesmas conclusões acima expostas quanto à preponderância do tratamento consensual de conflitos. E com maior razão, nos juizados especiais, deve-se reservar a solução judicial apenas para os casos que não puderem ser tratados consensualmente, pois o critério informador da celeridade processual indica ser da essência do sistema uma tramitação ágil, “com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível” (Pinto, 2012, p. 23).

Entretanto, na prática, o que se observa no âmbito dos juizados especiais é justamente o contrário, com evolução no número de novos casos anuais e de casos pendentes em patamares até superiores aos observados na justiça comum, no período de 2009 a 2016, tendo pesquisas específicas demonstrado que os litígios relativos ao direito do consumidor são predominantes no microssistema (Silva; Ferreira; Prata, 2019). Dados mais recentes revelam que o tempo médio de tramitação da fase de conhecimento nos juizados especiais tem sido de cerca de um ano e seis meses, e o mesmo lapso tem sido observado na fase executiva (Brasil, 2020b), o que denota a prestação de uma tutela jurisdicional, intempestiva e que, portanto, não atende aos pressupostos de um acesso à ordem jurídica justa e efetiva.

Parece-nos que a atual incapacidade do sistema dos juizados especiais em identificar os litígios passíveis de tratamento consensual e solucioná-los por meio de um dos métodos adequados tem gerado resultados indesejáveis também sob o prisma do princípio da eficiência, sobretudo se considerarmos que o microssistema foi concebido para a prestação de uma tutela ágil, simplificada e menos custosa às partes e ao Estado.

A eficiência se aplica tanto à atividade-meio administrativa do Poder Judiciário quanto à atividade jurisdicional, podendo-se concluir pela existência de um direito fundamental a uma tutela eficiente (Campos, 2018). O princípio da eficiência processual, portanto, possui natureza constitucional.

Na seara dos juizados especiais a eficiência se traduz nos critérios estruturantes da economia processual e da celeridade, que denotam a necessidade de um processo ágil e concentrado, sob pena de não realização do propósito do sistema.

A incidência do princípio da eficiência, no entanto, não se dará com afastamento de outros princípios constitucionais (Campos, 2018). Quando se condiciona o acesso de parcela dos jurisdicionados visando garantir a eficiência e hígidez do sistema para a solução pronta e efetiva dos litígios de outros jurisdicionados, tem-se o que Robert Alexy (1999) denomina colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, a ser solucionada via ponderação, por se tratar de normas do tipo princípio.

Segundo Alexy (1999, p. 277), a proporcionalidade se subdivide em três princípios parciais: “O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor.” Já o terceiro consiste na parcial da proporcionalidade em sentido estrito¹⁰, a orientar que “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam” (Alexy, 1999, p. 278).

Transpondo os critérios supra para a análise que se faz no presente tópico, tem-se: a) a obrigatoriedade de negociação na plataforma consumidor.gov.br, nos casos em que não se constate tentativa de solução prévia do litígio, se apresenta como meio idôneo a ensejar maior eficiência do sistema dos juizados especiais; b) há necessidade de intervenção, pois a essência dos juizados especiais não tem sido prestigiada e mesmo após a instituição uma política judiciária nacional de métodos consensuais de tratamento de conflitos, o congestionamento e morosidade processual ainda são realidades no sistema; e c) no que toca ao juízo de ponderação objeto da proporcionalidade em sentido estrito, o condicionamento parcial do acesso ao Poder Judiciário de parcela dos jurisdicionados, nos termos propostos, se justifica em função dos ganhos com o aumento das soluções consensuais – que, repita-se, são o mote dos juizados especiais – e de eficiência na tramitação dos casos que reclamem a solução adjudicada, resultando em um acesso à justiça mais qualificado em termos gerais.

Sob uma perspectiva global, pode-se então afirmar que a submissão obrigatória das demandas consumeristas apresentadas nos juizados especiais cíveis à negociação prévia no portal Consumidor.gov.br potencializa o acesso à justiça, na medida em que direciona o conflito ao trilha previsto pelo legislador como primordial (justiça consensual, art. 3º, parágrafo 3º do CPC/2015 e art. 2º da Lei 9.099/1995), contribuindo para que apenas os casos não solucionados consensualmente sejam apreciados pela jurisdição estatal e para a redução dos processos fundados em lides hipotéticas, “em que o adverso sequer tem conhecimento prévio da pretensão apresentada em juízo” (Gajardoni, 2020, p. 105).

Bianca Fernandes Figueiredo (2019, p. 109) bem sintetiza a *ratio* da releitura do acesso à justiça acima proposto:

Nesta perspectiva, a aparente limitação do acesso ao Poder Judiciário, por meio da exigência de prévia utilização de método alternativo para tentativa de conciliação (plataforma Consumidor.gov.br) antes do ajuizamento da ação, em última análise, maximiza o acesso efetivo da população ao referido recurso escasso (jurisdição), já que, com a redução do número de demandas resolvidas por meio da aludida ferramenta, sobrarão mais tempo para as demais que não podem ser assim solucionadas, as quais tramitarão mais rapidamente.

Além de possibilitar melhores condições para que o tratamento de conflitos no âmbito dos juizados especiais ocorra segundo o modelo previsto pelo legislador – de forma célere,

10 Que, ao lado dos princípios da idoneidade e da necessidade, conforma o princípio da proporcionalidade (Alexy, 1999).

efetiva e, quando possível, consensual – a utilização prévia obrigatória da plataforma dificilmente importará em prolongamento desnecessário da tramitação processual. O reduzido lapso para resposta do fornecedor no Consumidor.gov.br certamente fará com que o resultado da negociação, caso infrutífera, seja apresentada ao juiz antes mesmo da audiência conciliatória.

Tendo em consideração a ressignificação do acesso à justiça e as características primordiais dos juizados especiais, além do fato de que a litigância contumaz de consumo se concentra quase que exclusivamente no microssistema, afirma-se que a determinação judicial de submissão prévia do conflito à plataforma Consumidor.gov.br, nos casos em que não se constate haver o consumidor já buscado a solução consensual antes da propositura da demanda, não enseja limitação indevida do acesso à ordem jurídica justa e se legitima em função da racionalização e ganho de eficiência global que proporciona ao sistema de justiça.

A pesquisa revelou ainda algumas possíveis adversidades que podem advir da adoção pelos magistrados da postura aqui defendida: a) a submissão indiscriminada de demandas ao método da negociação, medida que não atende aos pressupostos do tratamento adequado de conflitos, que prevê o direcionamento de cada caso à técnica mais apropriada a sua solução; b) ausência de recursos econômicos ou de habilidades informacionais para o registro do reclamo no Consumidor.gov.br, considerando a vulnerabilidade técnica e socioeconômica de parcela dos litigantes dos juizados especiais.

Quanto à primeira inquietação, reconhece-se que para que se tenha uma política efetiva de tratamento de conflitos, é necessário identificar as características de cada litígio e direcioná-lo ao método mais adequado a sua solução. Nada obstante, a negociação, definida como “o processo pelo qual duas ou mais partes tentam resolver interesses opostos” (Lewicki; Saunders; Barry, 2014, p. 7) ou “a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, um meio básico de se conseguir o que se quer de outrem” (Lopez; Miranda, 2010, p. 4), parece-nos servir como ponto de partida adequado às demandas em geral, por proporcionar um melhor entendimento das circunstâncias sobre as quais as partes divergem.

Já a ausência de recursos econômicos e as dificuldades técnicas ou falta de habilidades informacionais das partes para o registro de seus reclamos no portal Consumidor.gov.br podem ser contornadas por meio de alternativa já em fase de difusão no Poder Judiciário¹¹, que é a integração da plataforma administrativa com o sistema de Processo Judicial Eletrônico – PJe. Com a integração dos sistemas, a parte que se dirigir ao juizado especial para exercer o *jus postulandi* já obterá, concomitantemente, a distribuição do processo judicial e o registro da reclamação no Consumidor.gov.br, ocorrendo posterior alimentação automática do processo com o resultado das tratativas administrativas. Caso exitosa a negociação, o juiz poderá homologar o acordo, que valerá como título executivo judicial (art. 515, II, CPC/2015).

Em nosso sentir, o formato de integração entre o Portal Consumidor.gov.br e o PJe, que é a plataforma de gerenciamento processual definida pelo CNJ como obrigatória para o Poder Judiciário em âmbito nacional (Brasil, 2013), se apresenta como a alternativa mais apropriada para a efetivação de uma política de submissão compulsória dos litígios consumeristas à negociação prévia, até mesmo porque neste modelo ficam infirmadas as posições que defendem haver comprometimento do acesso à justiça.

11 A este respeito, cf.: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>

As discussões em torno do tema são ainda incipientes e os posicionamentos científicos e doutrinários estão longe de se tornarem uníssonos. Mas, do que se pode extrair do arcabouço teórico abordado, confirmam-se as hipóteses iniciais propostas, mostrando-se viável a adoção de política judiciária de submissão prévia dos litígios consumeristas distribuídos aos juizados especiais à ferramenta Consumidor.gov.br.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A litigiosidade massiva detectada Poder Judiciário em geral e, em especial no âmbito dos juizados especiais, é tema de recorrentes investigações pela ciência e decorre de diversos fatores de ordem política, social, econômica e jurídica. Tem-se apontado, como uma das circunstâncias que contribuem para o agravamento do demandismo, e por conseguinte da crise de efetividade e credibilidade do Poder Judiciário, a ainda lenta progressão no sentido do incentivo e da utilização dos diversos meios de solução de conflitos que se colocam em paralelo à solução tradicional via sentença judicial.

Especificamente no sistema dos juizados especiais, que desde sua gênese foi estruturado para dar ênfase à solução consensual como via primordial, o que se observa é uma significativa preponderância do tratamento adjudicado de conflitos. O congestionamento processual neste sistema, alicerçado na celeridade, demonstra que seus objetivos primordiais não têm sido satisfatoriamente alcançados.

Como uma das formas de descongestionamento e aprimoramento da resolutividade consensual nos juizados especiais, reconduzindo-os ao trilho projetado pelo legislador, a pesquisa confirmou as premissas inicialmente conjecturadas no sentido de ser viável, *de lege lata*, a determinação judicial de submissão dos litígios de consumo à negociação prévia na plataforma Consumidor.gov.br, não importando tal medida em criação de novo requisito processual para o exame de mérito e, tampouco, em limitação desproporcional do acesso à justiça.

Não foi possível identificar trabalhos que avaliem empiricamente os índices de contenção da litigiosidade nas unidades judiciárias ou Tribunais que já experienciaram a adoção da obrigatoriedade da negociação prévia dos litígios de consumo no Consumidor.gov.br, o que eventualmente poderia contribuir para robustecer as conclusões da presente pesquisa, havendo potencial de avanço neste campo. Sugerem-se novas investigações que demonstrem qual o percentual de consumidores que, de fato, deixam de judicializar o conflito após o recebimento de proposta de negociação na plataforma Consumidor.gov.br, como meio de mensurar a qualidade e solidez da prática negocial conduzida pelos fornecedores e o impacto disto na redução da litigiosidade.

De qualquer modo, a pesquisa atendeu satisfatoriamente aos objetivos inicialmente propostos e contribuiu com a abertura de um novo flanco no debate acerca da constitucionalidade da negociação prévia obrigatória de conflitos de consumo, que é realização da análise com foco no sistema dos juizados especiais e suas peculiaridades.

As discussões em torno do assunto ainda estão em fase de amadurecimento e certamente serão influenciadas pela paulatina sedimentação da cultura da consensualidade em nossa

sociedade e pelo novo paradigma de enfrentamento do acesso à justiça como acesso como acesso à ordem jurídica justa e efetiva, não necessariamente vinculado à justiça estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-279, 1999.

ALBORNÓZ, María Mercedes. Online dispute resolution (ODR) para el comercio electrónico en clave brasileña. **Revista Direito UNB, Brasília**, v. 3, n. 1, p. 25-51, set./dez. 2019.

ARAÚJO, Luiz Gustavo Cavalcanti de. **As demandas de consumo de massa como um problema estrutural**: uma outra perspectiva sobre as demandas de massa, o congestionamento do sistema de resolução de conflitos e os incentivos que levam a tal conjuntura. 2020. 129 f. Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direito, Justiça e Desenvolvimento) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Uma introdução à resolução on-line de disputas. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 3, p. 118-129, abr./jun. 2019.

BAROUCHE, Tônia de Oliveira. Os juizados especiais cíveis e a problemática da celeridade processual. **Revista de Direitos dos Monitores da Universidade Federal Fluminense**, Niterói, ano 3, n. 7, p. 41-66, 2010.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, jul./dez. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório 100 maiores litigantes (2011)**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 185 de 12 de dezembro de 2013**. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 631.240**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=3966199>. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 533/2019, de 6 de fevereiro de 2019**. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/cursos/pos-graduacao/mestrado-em-poder-legislativo/orientacoes-aos-discentes/ComoCitarReferenciar_2020.pdf. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico dos Juizados Especiais**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_LIVRO_JUIZADOS_ESPECIAIS.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. **Plataforma Consumidor.gov.br**. Brasília, DF: Secretaria Nacional do Consumidor, 2021. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/>. Acesso em: 19 maio 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. In: BARBOSA, Amanda; BERTIPAGLIA, Guilherme (org.). **Tratamento adequado dos conflitos**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 1-30.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p. 261-269, jul. 2011.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. G. Menegale. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 227-236, ago. 2011.

DIDIER JR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p. 256-260, jul. 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. **Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da Análise Econômica do Direito**. 2019. 208 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21. n. 2. maio/ago. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

LEWICKI; Roy J.; SAUNDERS, David M.; BARRY, Bruce. **Fundamentos de negociação**. Trad. Felix Nonnenmacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. São Paulo, Bushatsky, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Kleber José Trinta Moreira; GOIS JÚNIOR, José Caldas. O impacto da plataforma consumidor.gov.br na resolução de conflitos de consumo no Brasil: um estudo quantitativo de casos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, São Luís. **Anais [...]**. São Luís: Formas Consensuais de Solução de Conflitos II, 2017. p. 119-135.

LOPEZ, Ilza de Fátima Wagner; MIRANDA, Fernando Siveira Melo Plentz. A conciliação nos juizados especiais cíveis. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**, São Roque, v. 1, n. 1, p. 1-36, 2010.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Flávia de Carvalho; TIMM, Luciano Benetti. A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para a solução de conflitos. **Revista Gralha Azul**, Curitiba, v. 1, p. 13-19, 2020.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. TJMA revoga resolução sobre recomendação de solução de conflitos para plataformas digitais. **ASCOM/TJMA**, São Luís, 27 maio 2021. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/midia/tj/noticia/503756>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MARCELLINO JR., Júlio César. **Análise econômica do acesso à justiça**: A Tragédia dos Custos e a Questão do Acesso Inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Diagnóstico nacional do consumidor vítima de conduta abusiva durante a pandemia**. Belo Horizonte, MG: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/tiago/Downloads/DIAGN_STICO%20NACIONAL%20DO%20CONSUMIDOR%20_5_%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/tiago/Downloads/DIAGN_STICO%20NACIONAL%20DO%20CONSUMIDOR%20_5_%20(1).pdf). Acesso em: 19 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0000.20.057723-7/001**. Relatora: Des.ª Shirley Fenzi Bertão, 17 de junho de 2020. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=AF8EE4E3273FB4EB1E2728451D8BFBCA.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.057723-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 2 jun. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Princípios orientadores dos juizados especiais. **Revista dos Juizados Especiais**, Brasília, ano 15, n. 32, p. 15-25, 2012.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 114, p. 295-318, nov./dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70075660852**. 17ª Câmara Cível. Relator: Gelson Rolim Stocker, 14 de dezembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70075627612**. 12ª Câmara Cível. Relator: Guinther Spode, 12 de dezembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70075315549**. 15ª Câmara Cível. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, 6 de dezembro de 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 87-150, jun. 2015.

SCHMIDT-KESSEN, Maria Jose; NOGUEIRA, Rafaela; CANTERO, Marta. Success or Failure? - Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and in the EU. **Copenhagen Business School - CBS Law Research Paper**, Copenhagen, n. 19-17, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3374964. Acesso em: 12 jun. 2021.

SILVA, Jeovan Assis; FERREIRA, Guilherme Viana; PRATA, Ana Aires. Desempenho em juizados especiais no Brasil: uma análise do período 2009-2016. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 6, n. 3, p.231-250, dez. 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça)**: processo coletivo e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 29/05/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022

Augusto Passamani Bufulin e Tiago Aguiar Vilarinho

- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 30/12/2022
- Decisão editorial/aprovado: 04/01/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A INVISIBILIDADE JURÍDICA DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS: O TRABALHO REAL NA ERA DIGITAL

THE LEGAL INVISIBILITY OF DIGITAL PLATFORM WORKERS: REAL WORK IN THE DIGITAL AGE

LETÍCIA VIEIRA MATTOS¹
JORGE SOBRAL DA SILVA MAIA²

RESUMO

As transformações do capitalismo verificadas nas últimas décadas culminaram na existência de novas morfologias laborais e uma estrutura diferenciada no que tange à exploração do trabalho humano. A intensa utilização de tecnologias disruptivas norteia e subordina hodiernamente milhares de trabalhadores ao redor do mundo, os quais estão submetidos à realidade virtual das plataformas digitais e dos algoritmos. Desta feita, a presente pesquisa tem por escopo tecer considerações acerca desta economia digital e como esta tem o condão de provocar uma remodelação no mundo do trabalho, trazendo consigo consequências negativas aos trabalhadores de desproteção e uberização. Pretende-se com o estudo trazer à baila a real necessidade do Direito do Trabalho Individual e Coletivo brasileiro tutelar os direitos e garantias dos trabalhadores desta realidade diferenciada e multifacetada à luz da constitucionalização do Direito Laboral. A análise final do presente estudo permite concluir que a nova forma de descentralização produtiva emergida das plataformas digitais, com base no *crowdwork* e na contratação sob demanda encontra fundamentação na maioria dos casos no vínculo empregatício preconizado na CLT, representando a grande parte das demandas levadas ao Poder Judiciário explícitas situações de fraude na contratação de trabalhadores independentes. Para o desenvolvimento da pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: trabalho; plataforma digital; algoritmos; capitalismo.

- 1 Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina -UEL (2015). Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Eurípides de Marília -UNIVEM (2019). Mestranda em Direito Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP- Linha de Pesquisa Direito e Vulnerabilidades. Experiência no Ministério Público do Estado do Paraná como estagiária nas áreas infracional e criminal (2013-2014). Integrante do Grupo de Pesquisa Intervenções- Intervenção do Estado na Vida das Pessoas-UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa GPCERTOS - Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais-UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa de Previdência Social Especialize. Integrante do Grupo de Pesquisa Novas Morfologias de Trabalho-UERJ. Áreas de pesquisa: Direitos Fundamentais, Direito do Trabalho e Previdenciário. Presidente da Jovem Advocacia da OAB Subseção de Marília-SP e Vice-Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da OAB Subseção de Marília-SP. Advogada da Associação dos Agentes Penitenciários de Marília-SP 2019-2021. Advogada do Sindicato dos Servidores de Marília. Proprietária do escritório Letícia Vieira Mattos Advocacia. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4109-8617>.
- 2 Graduado -UFSCar. Pós-doutorado - Instituto de Biociências da UNESP em Botucatu/SP; Doutor em Educação para a Ciência pela Faculdade de Ciências da UNESP. Professor Associado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, do Programa de Pós-graduação em Educação e do Centro de Ciências Humanas na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do Programa de Pós-graduação em Educação para a Ciências da UNESP. Coordenador do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Educação para a Ciência (UENP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Educação Ambiental ligado ao Programa de Pós-Graduação em Educação Para a Ciência da UNESP em Bauru/SP. Atua na área de Ciências Biológicas, Ensino de Ciências com ênfase em Educação Ambiental e Políticas educacionais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4066-738X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MATTOS, Letícia Vieira; MAIA, Jorge Sobral da Silva. A invisibilidade jurídica dos trabalhadores de plataformas digitais: o trabalho real na era digital. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 183-197, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9159>.

ABSTRACT

The transformations of capitalism verified in the last decades culminated in the existence of new labor morphologies and a differentiated structure regarding the exploitation of human labor. The intense use of disruptive technologies guides and subordinates thousands of workers around the world today, who are subjected to the virtual reality of digital platforms and algorithms. This time, the present research aims to make considerations about this digital economy and how it has the power to provoke a remodeling in the world of work, bringing with it negative consequences for workers of lack of protection and uberization. The study intends to bring to light the real need of the Brazilian Individual and Collective Labor Law to protect the rights and guarantees of workers in this differentiated and multifaceted reality in the light of the constitutionalization of Labor Law. The final analysis of the present study allows us to conclude that the new form of productive decentralization that emerged from digital platforms, based on crowdwork and on-demand contracting, is based in most cases on the employment relationship recommended in the CLT, representing most of the demands brought to the Judiciary explicit situations of fraud in the hiring of independent workers. For the development of the research, the method of deductive approach and the methodology of bibliographic research were used.

Keywords: labor; digital platforms; algorithms; capitalism.

1. INTRODUÇÃO

O capitalismo ao longo da história da humanidade apresentou constantes e significativas mudanças. Desde seus primórdios no período do capitalismo comercial, caracterizado pelo mercantilismo, modelo econômico dotado de forte controle estatal e troca de mercadorias até na sociedade contemporânea com a *shared economy*.

Perpassou o capitalismo pela era industrial a partir do século XVIII, com a ascensão da burguesia e do liberalismo econômico em que o modo de produção vigente permitiu o aumento da produtividade, a diminuição dos valores das mercadorias e a acumulação privada de capital.

No século XX, as práticas monopolistas, a evolução tecnológica, a forte concorrência internacional e o comércio na bolsa de valores marcaram o capitalismo financeiro e o modo de exploração do trabalho humano, sendo um período crucial e decisivo para o período do capitalismo atual em sua expressão pós-industrial.

A sociedade pós-industrial começou a despontar nos últimos quarenta anos com uma marcante revolução tecnológica. O capitalismo informacional marca uma nova fase do capitalismo financeiro, a era da tecnologia da informação, ascendendo como elemento fundamental na reestruturação do modo de produção, trazendo impacto significativo ao mundo do trabalho especialmente no que tange à utilização de tecnologias disruptivas no cotidiano laboral, criando assim novas formas de mão-de-obra com ênfase no setor de serviços.

As alterações das relações trabalhistas demonstram o surgimento de uma nova modalidade do capitalismo, típica do advento das novas tecnologias: o capitalismo de plataforma. Esse caracteriza-se pela coleta maciça de dados dos usuários, através de múltiplas plataformas online, como um modo de organização dos negócios para o tratamento, venda e armazenamento desses dados (Zuboff, 2019; Srnicek, 2016).

Acreditava-se que o advento desta sociedade digital seria capaz de extinguir o trabalho humano, o qual seria rapidamente substituído pela tecnologia de ponta utilizada pelas empresas, todavia tal teoria se mostrou verdadeiramente equivocada, na medida em que o mundo

real dos meios informacional-digitais não logrou êxito em concretizar tal hipótese. O trabalho não fora extinto, o capitalismo na verdade modificou a logística de exploração deste trabalho, o trazendo para o mundo virtual, urgindo no cenário pós-industrial um novo contingente de trabalhadores denominado “infoproletariados”, o “precariado” ou ainda os “uberizados”, a classe trabalhadora de serviços da era digital.

Ao se analisar esta nova classe trabalhadora da era digital, imprescindível se faz estudar especificamente acerca da economia de compartilhamento de bens e serviços e como as plataformas digitais-*crowdsourcing sites* e os algoritmos atuam nas relações de trabalho destas empresas, influenciando diretamente o cotidiano dos trabalhadores.

A seara da economia de compartilhamento a qual norteia as plataformas digitais se caracteriza pela imprescindibilidade e utilização das tecnologias da informação com o escopo de otimizar e compartilhar recursos para a um consumo ou produção.

A economia de compartilhamento possui cinco atributos principais: a) a economia cria mercados que permitem a troca de bens e a emergência de novos serviços; b) trata-se de capital de alto impacto: as novas oportunidades são utilizadas aproximadamente da sua capacidade total; c) redes descentralizadas (as plataformas); d) indistinção entre o profissional ou o pessoal; e e) indistinção entre trabalho casual e ocupação total (Sundararajan, 2016, p. 23-46).

A *gigeconomy* surge no contexto da economia de compartilhamento. *A priori* surge como consequência do empreendedorismo que traria uma suposta autonomia para os trabalhadores e, também a cooperação social comumente preconizados pelas empresas de plataformas digitais, com a prestação de serviço de forma rápida, virtual e desburocratizada. A referida expressão está relacionada aos postos de trabalho informais, sem vínculo com o contratante, trabalhadores pagos por tarefa cumprida e dia trabalhado, os verdadeiros “*freelancers* digitais”.

Tal relação de empreendedorismo é gradativamente refutada pela relação de parasitismo que as empresas de plataformas digitais implantam nos países, com clara concentração de renda destas empresas, desregulamentação dos direitos trabalhistas e retirada de autonomia dos indivíduos, transferindo assim, os riscos do negócio ao trabalhador, bem como tendo pleno domínio sobre sua força de trabalho por meio das modalidades *on demand* e *crowdwork* características da economia de compartilhamento.

A propaganda difundida pela economia de compartilhamento, com a emergência das empresas de plataformas clamando para que as pessoas confiem em sua capacidade e em sua tecnologia, pois serão capazes de revolucionar o mundo parece por demais temerária. Os ideais de sustentabilidade, comunidade e igualdade tão preconizados por estas empresas estão gradativamente arrebanhando multidões pelo mundo a fora, posto que na realidade estão cada vez mais lucrando e construindo fortunas inimagináveis, através de serviços degradantes, desumanos e superexplorados.

Os desafios impostos pelas transformações do capitalismo ao longo do tempo, deve ser matéria de preocupação dos Estados, com a nítida convicção que não há uma solução instantânea e fácil para uma problemática de tamanha complexidade, todavia cabe à legislação interna coibir a exploração irracional e predatória das empresas, beirando ao absurdo que estas possam deliberar e comandar países inteiros com fulcro em seu poderio econômico sem qualquer tipo de responsabilidade social.

Hodiernamente, verifica-se no cenário contemporâneo brasileiro, um manifesto descompasso entre o Direito do Trabalho posto e a nova realidade laboral apresentada pela *gig economy*, sendo evidente que o Direito não acompanhou a velocidade das transformações sociais e econômicas trazidas por esta nova era. A pandemia da covid-19 fora responsável por desnudar a vulnerabilidade destes trabalhadores comumente subordinados às plataformas digitais e aos algoritmos, restando incontestável sua invisibilidade perante o arcabouço jurídico trabalhista.

Destarte, a presente pesquisa convida à reflexão atinente à imprescindibilidade da intervenção protetiva estatal por meio do Direito do Trabalho Brasileiro, com o fito de resolver as situações-problemas advindas da intersecção entre tecnologia e trabalho, consolidando assim, a equalização entre os direitos econômicos e os direitos fundamentais do trabalhador da economia-sociedade digitais por meio do extensionismo normativo trabalhista.

2. TRABALHO NA GIGECONOMY: TRABALHO ON DEMAND E CROWDWORK

As plataformas digitais ou *crowdsourcing sites* articulam sua atividade financeira com fulcro em uma base tridimensional de suma essencialidade. Primeiramente o serviço externo é efetuado com a exploração de uma mão de obra barata, precarizada e informal, mediante a contratação de trabalhadores autônomos. A logística das plataformas possui uma organização produtiva assinalada por uma relação de negociação fortemente assimétrica composta por uma base essencial representada pelos trabalhadores, clientes e as próprias plataformas.

Outrossim, a contratação dos trabalhadores autônomos se dá exatamente no momento posterior do recebimento da demanda via aplicativo, sendo isto outro ponto caracterizador da economia de plataforma. Por derradeiro, as plataformas digitais são caracterizadas pela subdivisão do trabalho em micro-tarefas (*microtasks*), vez que o trabalho realizado não é observado por seu conjunto, mas sim por cada micro-tarefa desenvolvida durante a cadeia de serviço, pois são tarefas independentes e de curta duração.

Na literatura de De Stefano (2016 *apud* Irani, 2015)

A natureza das tarefas realizadas em plataformas de crowdwork pode variar consideravelmente. Muitas vezes, envolve “microtarefas”: atividades extremamente parceladas, muitas vezes servis e monótonas, que ainda requerem algum tipo de julgamento além da compreensão da inteligência artificial (por exemplo, marcar fotos, valorizar emoções ou a adequação de um site ou texto, completar pesquisas).

Em que pesem as plataformas digitais tenham esta base tríplice em comum, adotando a descentralização dos serviços, com a contratação de “trabalhadores autônomos” em substituição aos empregos estáveis, otimizando a relação entre oferta e demanda de bens e serviços, com a minimização dos custos de transação, possuem suas peculiaridades no que tange à necessidade ou não do serviço ser prestado presencialmente, surgindo deste modo, a subdivisão entre trabalho sob demanda e o trabalho multidão.

No trabalho sob demanda, o trabalhador possui contato com o consumidor final, sendo que a relação é tridimensional- empresa de plataforma, o contratado e o cliente, havendo a imprescindibilidade do serviço ou bem ser entregue de forma presencial.

Nesta modalidade o trabalho é realizado dentro de uma delimitação geográfica, e viabilizado por meio de um aplicativo de software responsável por passar o comando à pessoa que realizará a atividade. Neste tipo de operação estão incluídos a título de exemplo, as plataformas das empresas *Uber*, *UberEats*, *Deliveroo*, *Rappi*, *Glovo* e *Helping*.

No “trabalho sob demanda via aplicativos”, empregos relacionados às atividades de trabalho tradicionais, como transporte, limpeza e execução de recados, mas também formas de trabalho administrativo são oferecidas e atribuídas por meio de aplicativos móveis. As empresas que executam esses aplicativos normalmente intervêm na definição de padrões mínimos de qualidade de serviço e na seleção e gestão da força de trabalho. (De Stefano, 2016, p. 11)

Na modalidade de trabalho sob demanda o solicitante do serviço é o consumidor final, a exemplo da plataforma do *Ifood*, em que o cliente por meio do aplicativo requer seu alimento e recebe a encomenda em sua residência através do entregador, sendo visível o trabalho desenvolvido pelos contratados nas ruas o trabalho dos entregadores, no *crowdwork*, tendo em vista que o público solicitante são empresas e organizações, surge uma forma de “terceirização *on line*. em que o trabalho intermediado é realizado totalmente na esfera virtual.

A modalidade do trabalho *crowdwork* opera de maneira diferente, pois nesta modalidade de operação via aplicativos o serviço não exige o contato físico ou real do trabalhador, pois o cliente tem a possibilidade de solicitar sua demanda a uma multidão de trabalhadores de forma pontual e descontínua e o bem ou serviço chega ao destinatário de forma remota.

Cavallini (2020, p. 52) nos elucida que

o *crowdwork* tem como objeto o desenvolvimento de atividade de natureza não manual, mas intelectual e, em particular abrange o desenvolvimento daquelas definidas como *human intelligence tasks (HITS)*, isto é, aquelas tarefas que uma inteligência humana ainda é capaz de realizar melhor que a artificial.

O caso mais emblemático de trabalho na modalidade *crowdwork* é da plataforma norte-americana *Amazon Mechanical Turk-AMT*.

Amazon Mechanical Turk criada em 2005, oferece às empresas usuárias ou clientes –chamados solicitantes– o serviço de trabalho online para a realização de HITs (Human Intelligent Tasks-tarefas humanas inteligentes); ou seja, tarefas realizadas on-line e consistindo em tarefas muito simples que requerem um nível mínimo de inteligência humana, como, por exemplo, processamento ou verificação de dados, descrição de imagens, coleta de informações, tradução de textos, etc. (Fabrellas, 2016, p. 6).

De certa forma, o fato de não haver a necessidade de presença física do trabalhador ao entregar o bem ou serviço, permite asseverar que o *crowdwork* se manifesta por meio de uma força de trabalho totalmente virtual, em que os solicitantes do serviço têm a possibilidade de requererem estas tarefas inteligentes para trabalhadores de qualquer parte do mundo, os quais receberão um valor por seu serviço, daí a origem da expressão *crowdwork*, *crowd* (“multidão”), “trabalho solicitado a uma “multidão de trabalhadores”.

3. A INVISIBILIDADE JURÍDICA DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Após a análise de como é constituída a logística das atividades das empresas de plataformas, analisa-se agora qual a atual situação jurídico-social dos trabalhadores das plataformas digitais no Direito do Trabalho.

A contenda existente entre capital e trabalho no sistema capitalista fora acentuada por meio da intensificação do processo de exploração da força de trabalho. A partir do final do século XX e início do século XXI a maximização do controle patronal se tornou possível durante o neoliberalismo por meio da reestruturação da organização produtiva e da adesão às novas tecnologias e da desregulamentação por parte do poder executivo em busca de flexibilizar as relações de trabalho em detrimento da classe trabalhadora.

Ao precarizar as relações de trabalho, o capitalismo e seu forte controle sobre a política dos Estados nacionais começou a dominar também a própria força de trabalho, sendo que no liberalismo clássico tal domínio era atinente apenas aos meios de produção e à matéria prima.

A tendência desta nova forma de exploração do capital humano é a terceirização.

Em um universo em que a economia está sob o comando e hegemonia do capital financeiro, as empresas buscam garantir seus altos lucros exigindo e transferindo aos trabalhadores a pressão de maximização do tempo, pelas altas taxa de produtividade, pela redução dos custos, como os relativos à força de trabalho, além de exigir a “flexibilização” crescente dos contratos de trabalho. Neste contexto, a terceirização vem se tornando a modalidade de gestão que assume centralidade na estratégia empresarial, uma vez que as relações sociais estabelecidas entre capital e trabalho são disfarçadas em relações interpessoais, baseadas em contratos por tempo determinado, flexíveis, de acordo com os ritmos produtivos das empresas contratantes, com consequências profundas que desestruturam ainda mais a classe trabalhadora, seu tempo de trabalho e de vida, seus direitos, suas condições de saúde, seu universo subjetivo, etc. (Antunes, 2020, p. 33)

As empresas de plataformas digitais promovem na sociedade atual uma espécie de terceirização de mão-de-obra digital, tendo em vista que há uma relação tríplice constituída pela empresa de plataforma, o usuário e o trabalhador, formando uma massa grandiosa de escravos digitais alienados.

Neste diapasão, ensina Abílio (2017, p. 3)

As atuais empresas promotoras da *uberização* – aqui serão tratadas como empresas-aplicativo – desenvolvem mecanismos de transferência de riscos e custos não mais para outras empresas a elas subordinadas, mas para uma multidão de trabalhadores autônomos engajados e disponíveis para o trabalho. Na prática, tal transferência é gerenciada por softwares e plataformas online de propriedade dessas empresas, os quais conectam usuários trabalhadores a usuários consumidores e ditam e administram as regras (incluídos aí custos e ganhos) dessa conexão.

O surgimento de novas modalidades de trabalho que se diferenciam do modelo tradicional merecem a atenção devida do Direito e dos operadores do Direito, pois não são os trabalhadores que devem se amoldar aos interesses e ideais capitalistas representados aqui pelo poderio

das empresas de plataformas digitais, mas estas que devem se curvar e limitar suas atividades de acordo com a proteção social dos trabalhadores imposta por cada Estado, cabendo a lei de cada país garantir uma vivência laboral minimamente digna.

O Estado precisa cumprir seu papel de regulação capital trabalho, entretanto os governos subservientes a lógica do capital, colocam o poder estatal a serviço dos interesses capitalistas.

A economia de compartilhamento está propagando um livre mercado inóspito e desregulado em áreas de nossas vidas que antes estavam protegidas. As companhias dominantes do setor se tornaram forças grandes e esmagadoras e para ganhar dinheiro e para manter suas marcas, estão desempenhando um papel mais e mais invasivo nas trocas que intermediam. À medida que a Economia de Compartilhamento cresce, está remodelando cidades sem considerar aquilo que as tornava habitáveis. (Slee, 2020, p. 35).

Observando as mudanças significativas oriundas das tecnologias disruptivas como as plataformas digitais, a Organização Internacional do Trabalho desenvolveu um documento em Genebra no ano de 2019 denominado “As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital”, no qual consta uma análise estatística dos trabalhadores das plataformas em sede mundial, bem como 18 critérios aos Estados para promoção de trabalho digno na seara virtual.

No Brasil, por ora a dignidade mínima dos trabalhadores das plataformas ainda não é realidade concreta. Após o país passar pelas “deformas” Trabalhista e Previdenciária, bem como a Lei das Terceirizações (Lei 13.429/2017), símbolos do maior desmonte social dos últimos anos, atualmente o país ainda precisa regular e reconhecer a existência e os direitos dos trabalhadores da economia de compartilhamento, grupo que se apresenta por demais vulnerável e negligenciado pela lei e pelo Poder Judiciário.

Atraídos pela propaganda do empreendedorismo e parceria/cooperação, uma multidão de trabalhadores brasileiros estão submetidos aos algoritmos das plataformas digitais, sem renda fixa e recebendo valores ínfimos por seus serviços, inseridos nas estatísticas da uberização, do trabalho intermitente, da precarização e informalidade do mercado de trabalho, restando clara o quão falaciosa e utópica é a propaganda difundida pelas empresas acerca das parcerias e empreendedorismo fácil.

Dados estatísticos trazidos pela empresa Uber Tecnologia (Uber, 2020), indicam que

em agosto de 2020, a empresa possuía cerca de 5 milhões de motoristas e entregadores trabalhando em suas plataformas ao redor do mundo, sendo que deste montante o Brasil é responsável por 1 milhão de trabalhadores, e apenas 20 mil trabalhadores são contratados como empregados. A empresa recebia uma demanda de atendimento em mais de 10 mil cidades com 16 milhões de viagens diárias.

A estatística mencionada mostra o poderio econômico de uma das maiores empresas de plataforma virtual do mundo, e mostra mais, deixa evidente a grandiosidade da demanda de trabalho humano que a empresa tem utilizado de maneira majoritariamente desregulamentada e precarizada.

A normativa trabalhista brasileira é baseada em um sistema binário de proteção ao trabalhador, sendo que reconhece a existência do trabalhador autônomo e do empregado. Os trabalhadores da economia de compartilhamento estão inseridos em uma lacuna legislativa,

na qual não há qualquer tipo de previsão legal trabalhista-previdenciária, estando os Tribunais a decidir comumente por sua autonomia.

Destarte, o trabalhador que está vinculado a alguma empresa de plataforma assina um contrato de prestação de serviços, percebendo um valor por cada tarefa desempenhada sem qualquer direito como salário maternidade, férias, descanso semanal remunerado, seguro desemprego, auxílio acidentário ou Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS).

O trabalhador autônomo desenvolve prestação de serviço por conta própria, possui autonomia de gestão e de organização do trabalho, se norteando pelo princípio da livre iniciativa.

Nelson Mannrich (2015, p. 235) define trabalhador autônomo como sendo a pessoa natural que, que habitualmente e por conta própria e mediante remuneração, exerce atividade econômica de forma independente, mediante estrutura empresarial própria, ainda que modesta.

No que concerne à configuração do vínculo empregatício, preconiza a Consolidação das Leis do Trabalho nos artigos 2º e 3º da CLT serem necessárias a prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, subordinação jurídica, não-eventualidade e onerosidade.

Os pontos que mais apresentam discussões e interpretações diversas quanto à análise de vínculo empregatício ou não nas relações das empresas de plataformas digitais são a subordinação e a não-eventualidade.

A tarefa de classificar o trabalhador como autônomo ou empregado é árdua e complexa, sobretudo na era digital com suas novas formas de trabalho, até mesmo porque em muitas das circunstâncias é exatamente este o principal escopo das empresas, mascarar o vínculo de emprego desvinculando a subordinação clássica da relação e a intitulando de prestação de serviços

Em relação às decisões do judiciário brasileiro, os tribunais não têm apresentado uma unidade em seus pareceres. Os Tribunais Regionais do Trabalho possuem uma série de julgados acerca do trabalho nas plataformas digitais, mais especificamente no que tange à plataforma Uber, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou pela primeira vez acerca do assunto no ano de 2020.

Tendo em vista que a plataforma Uber chegou ao Brasil no ano de 2014, o processo tardio e gradativo do desenvolvimento de suas atividades tem exigido do Judiciário uma manifestação mais constante nos últimos quatro anos.

Majoritariamente os julgados dos tribunais são atinentes à plataforma Uber, sendo que embora atualmente haja diversas plataformas na modalidade *on demand* com atividades no país, como, *Rappi*, *Ifood* e *UberEats*, as plataformas de alimentação e transporte ainda são as mais populares e utilizadas pelos brasileiros.

Em recente decisão, a 4ª turma do TST nos autos do recurso de revista nº. 10555-54.2019.5.03.0179 em março do corrente ano, confirmou o precedente da mesma turma no sentido do não reconhecimento de vínculo empregatício entre um trabalhador e a Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

RECURSO DE REVISTA OBREIRO – VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA DE APLICATIVO E A EMPRESA PROVEDORA DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO DESPROVIDO. (Brasil, 2021).

Na decisão anterior, de relatoria do Ministro Alexandre Luiz Ramos, também da 4ª turma, recurso de revista nº. 10575-88.2019.5.03.0003 igualmente não houve reconhecimento de vínculo entre as partes, mas apenas de relação de prestação de serviço autônomo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. MOTORISTA. APLICATIVO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO

(Brasil, 2020).

As turmas do TST têm fundamentado que embora haja elementos do vínculo empregatício entre o trabalhador e a *Uber* como onerosidade e pessoalidade, não são claramente definidos os elementos da subordinação e não-eventualidade, havendo liberdade para o trabalhador em tal relação, podendo este decidir seu horário, sua escala, quando encerrar suas atividades e sem o dever de prestar contas disto.

Todavia, um importante precedente adveio da 3ª Turma do TST em dezembro de 2021, que por maioria por votos reconheceu o vínculo de emprego entre um motorista e a empresa *Uber* no julgamento do RR 100353-02.2017.5.01.0066.

O Ministro relator, Maurício Godinho Delgado, proferiu voto considerando que há subordinação porque há efetivo controle e determinações das plataformas digitais pelo seu algoritmo e pela tecnologia, alinhando-se ao posicionamento autores pró vínculo de emprego. Após a suspensão do julgamento por quase um ano, o Ministro Alberto Bresciani acompanhou o voto com o entendimento da presença da subordinação. Todavia, o Ministro Alexandre Agra Belmonte pediu vista regimental e o julgamento foi, novamente, suspenso. A decisão diverge do posicionamento adotado pelas outras turmas e abre precedente, o que pode levar o tema à Seção de Dissídios Individuais para uniformização de jurisprudência.

Esta ausência de unicidade nos entendimentos é gritante. A dissonância existente entre as turmas do Tribunal Superior do Trabalho é reflexo das sentenças e acórdãos do Tribunais Regionais, os quais não apresentam uma pacificação em seus entendimentos, de forma que diversos Tribunais Regionais do Trabalho e juízes de primeiro grau, embora recebam demandas muito parecidas, decidem completamente de forma oposta, reconhecendo ora o direito ao vínculo de emprego, ora a autonomia dos motoristas.

VÍNCULO DE EMPREGO. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. Para a caracterização do liame de emprego, é necessário demonstrar a prestação de serviços com pessoalidade, de natureza não-eventual, sob dependência do empregador (subordinação jurídica) e mediante salário (art. 3º da CLT). A configuração da relação empregatícia resulta da conjugação desses elementos fático-jurídicos. Negada a existência de qualquer prestação de trabalho, a prova do vínculo incumbe exclusivamente ao autor, por ser fato constitutivo de seu direito. Lado outro, admitida a prestação pessoal de serviços sob modalidade diversa, ao réu incumbe a prova de ser o trabalho autônomo ou diferente do previsto no art. 3º da CLT, porquanto constitui fato impeditivo ao reconhecimento da relação de emprego. Inteligência dos artigos 818 da CLT e 373 do CPC" (Brasil, 2017).

Já no que se refere ao trabalho na modalidade *crowdwork*, o Poder Judiciário ainda não apresenta precedentes sobre o assunto, tendo em vista ser pouco difundida no cotidiano laboral com demandas e litígios ainda desconhecidos.

Neste diapasão de reconhecimento das relações de trabalho via aplicativos, a OIT por meio das recomendações 198 e 204 traz pontos a serem observados pelos Estados-membros, trazendo um norte da real necessidade dos países atenderem as novas demandas sociais atinentes às transmutações ocorridas no mundo do trabalho.

[...] combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção [...]. (Genebra, 2006).

[...] Membros deverão proceder a uma avaliação e a um diagnóstico adequados dos fatores, características, causas e circunstâncias da informalidade no contexto nacional para apoiar o desenho e aplicação de leis e regulamentos, de políticas e de outras medidas destinadas a facilitar a transição para a economia formal [...]. (Genebra, 2015).

Ambas as orientações trazem medidas norteadoras para a formalização da economia informal, promovendo a inclusão econômica dos trabalhadores, reconhecendo os seus direitos fundamentais, bem como contribuindo para consolidação do trabalho digno.

A pandemia da covid-19 foi o instrumento que possibilitou evidenciar a desproteção jurídica visceral de tais trabalhadores, e a necessidade de sua tutela, pois enquanto os brasileiros que possuem a capacidade financeira de permanecerem em seus lares para se protegerem em face da contaminação, milhares de trabalhadores inseridos na modalidade sob demanda estão nas ruas laborando diariamente para entregar algum tipo de bem ou produto aos clientes, expostos ao vírus e à insegurança de não possuírem qualquer direito tutelado.

Embora os trabalhadores da modalidade *crowdwork* não estejam submetidos à exposição do vírus durante a realização de seu trabalho, tendo em vista que o labor é integralmente virtual, fato é que perante a lei brasileira, igualmente não possuem qualquer tipo de direito, seja previdenciário ou trabalhista, representando, portanto, mais uma categoria de invisíveis da sociedade em conjunto com os trabalhadores da modalidade sob demanda.

Apresentada a problemática da extrema vulnerabilidade dos trabalhadores de plataformas digitais perante o Direito Laboral Brasileiro, passa-se agora a asseverar sobre a hipótese trazida pelo presente trabalho, e qual instrumento se defende como forma de minimização da desproteção e insegurança jurídica-social instaurada pela economia de compartilhamento.

4. A EXTENSÃO DA NORMA TRABALHISTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO JURÍDICA-SOCIAL DOS TRABALHADORES

O imperativo de proteção social dos trabalhadores oriundo da realidade implementada pelas plataformas digitais é necessidade certa, sendo objeto de discussão qual maneira os Estados e em especial o Estado brasileiro vai delinear e concretizar referida proteção em meio a tantos desafios impostos pelas novas reconfigurações laborais.

A extensão normativa defendida pela presente pesquisa perpassa pela interpretação no caso concreto dos elementos ensejadores do vínculo de emprego ou de trabalho autônomo. Não remanescem dúvidas que as plataformas no geral possuem suas características próprias, todavia na maioria dos casos analisados há os elementos caracterizadores do vínculo empregatício seja na categoria de trabalho *on demand* ou *crowdworking*.

Deste modo, essencial se faz tecer ponderações atinentes à configuração de trabalho estabelecida nas modalidades sob demanda e o *crowdwork*. Para tanto se utiliza como casos para análise, os exemplos das plataformas Uber e *Amazon Mechanical Turk-AMT*.

A não previsão ou criação de outra modalidade de vínculo entre trabalhador e empresa na legislação brasileira não pode servir de óbice para o reconhecimento do direito dos trabalhadores. O exame acerca da existência ou não de relação de emprego, como ordinariamente ocorre, deve nortear-se pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma, de modo que a análise de eventual existência de vínculo de emprego entre a empresa de aplicativo e seus trabalhadores passa, preambularmente, pela apreciação da presença ou ausência dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

Nesta esteira, é a súmula 212 do TST o “ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Imprescindível se faz por parte dos Tribunais Trabalhistas uma releitura dos pressupostos da configuração de vínculo de emprego, em consonância com a era digital. Considerar a existência, por exemplo, de subordinação nos moldes do trabalho físico, onde o patrão e empregado estão no mesmo local, com contato direto e recebendo ordens e metas dentro da empresa já não parece mais racional e aplicável ao caso concreto.

Indubitavelmente que a subordinação da economia digital é delineada de maneira diferente e intimamente ligada aos meios tecnológicos. O empregador possui agora os meios telemáticos de comando, controle e supervisão deste trabalhador e comumente tais meios são hábeis a comprovar a subordinação da relação empregatícia, sendo que a não-eventualidade ou habitualidade igualmente pode ser verificada.

A habitualidade embora a princípio possa parecer inexistir nas relações dos motoristas da *Uber* devido à ausência de horário fixo, se mostra clara quando o trabalho é realizado habitualmente por um determinado período.

Nesta questão ressalta-se a teoria dos fins do empreendimento, não sendo eventual o trabalhador que se insere nos fins na empresa, sendo novamente essencial o princípio da pri-

mazia da realidade, pois o fim da empresa é a exploração dos serviços de transportes, e não a exploração de plataforma tecnológica.

Em que pese haja a imprescindibilidade dos julgadores realizarem uma análise casuística das demandas recebidas pelo Judiciário, resta claro que comumente nas relações entre as plataformas na modalidade sob demanda como a Uber camuflam o vínculo empregatício com a fundamentação de autonomia, prestação de serviço e parceria entre os trabalhadores.

A empresa Uber ao contratar os trabalhadores determinam o padrão mínimo de automóvel que deverá ser utilizado nas atividades, sendo que o fato destes terem de adquirir seus próprios meios de transporte, não tem o condão de configurar a relação como autônoma.

O trabalhador fica submetido à ordens e controle contínuos no decorrer do trabalho, além de ser submetido a um sistema de avaliação pelos clientes que varia de 1 a 5, que pode ensejar no ganho de bônus ou na suspensão do trabalhador.

Ao invés de uma empresa com um contingente limitado e definido, a empresa-aplicativo conta com milhares, milhões de trabalhadores informais cadastrados, disponíveis, que são utilizados na exata medida da demanda. O termo "exata" não é exagero no que se refere ao trabalhador *just-in-time*: em uma metrópole como São Paulo, a empresa Uber processa, organiza e gerencia integralmente e em tempo real a atividade - agora transformada em dados - da multidão de consumidores-usuários e o exército de motoristas informais. (Abílio, 2020)

O trabalhador apresenta nítida subordinação aos algoritmos, estes escolhem qual o destino do motorista, quais clientes irá buscar, distribui os passageiros, decidem o preço de acordo com a procura e horário. Por meio deles o trabalhador é coordenado, vigiado e punido.

Merece destaque também, a logística apresentada pela modalidade *crowdwork*, sendo a empresa *Amazon Mechanical Turk*-AMT uma das mais expressivas no mercado de plataformas.

A AMT fora criada no ano de 2005 pela *Amazon* para que os clientes pudessem contatar os trabalhadores denominados de *turkers*, os quais realizam as tarefas solicitadas de maneira *on line*. Tais tarefas, denominadas de HITS consistem em um trabalho que não pode ser desenvolvido pela máquina ou pela inteligência artificial, mas apenas pela inteligência humana, devido ao grau de sensibilidade e dificuldade, como a tradução de textos e verificação de dados.

A *Amazon Mechanical Turk* impõe de forma unilateral os termos de acordo de participação dos trabalhadores, além de disponibilizar as tarefas para os trabalhadores de acordo com as demandas recebidas.

Os trabalhadores não podem ser contratados fora da plataforma, sem intermediação da plataforma e assim como na empresa Uber, os trabalhadores estão sujeitos a avaliação dos clientes, podendo ser penalizados com a exclusão da plataforma.

A análise do funcionamento do *Amazon Mechanical Turk* realizada nas páginas anteriores, permite concluir que, como no caso do Uber, não pode ser considerado uma empresa de tecnologia, como consequência de seu impacto ativo e direto no relacionamento entre empresas clientes e prestadores de serviços. *Amazon Mechanical Turk* não é limitado apenas para disponibilizar a plataforma virtual para solicitantes e *turkers* gratuitamente contato, mas afeta a prestação de serviços de HITS ou tarefas *on-line*. (Fabrellas, 2016)

Desta feita, parece claro que a empresa a partir de aplicativo, possui forte ingerência na atividade do trabalhador, adotando controle por programação ou algoritmo, visando padrão de qualidade para a realização do trabalho e, por consequência, sua alta lucratividade.

Perante estes desafios oriundos da economia digital, sobre haver vínculo de emprego ou serviço autônomo nas relações entre empresas de plataformas e trabalhadores, há países que têm previsto em suas legislações a classificação do trabalhador parasubordinado ou dependente, representando aquela situação intermediária entre subordinação e autonomia, uma espécie que transita entre a subordinação total e a semissubordinação.

Na Inglaterra, há o “trabalhador” (*worker*), na Itália, o parassubordinado (*parasubordinati*), na Espanha, o trabalhador autônomo economicamente dependente (*trabajador autónomo económicamente dependiente*), no Canadá, o contratado dependente (*dependent contractor*), dentre outros. (Kalil, 2019, p. 209)

Em que pese no Brasil não haja a previsão desta terceira categoria, o presente trabalho não defende sua criação como instrumento de proteção do trabalhador, ao contrário, uma nova modalidade intermediária iria apenas ao encontro dos interesses econômicos expansionistas das empresas de plataformas digitais.

A perspectiva da dependência jurídica deve passar pela conjugação dos aspectos subjetivos quando dos contornos objetivos da relação entre capital e trabalho. A conexão entre os aspectos subjetivos e objetivos da dependência jurídica é possível, nesta nova realidade, a partir do desenvolvimento e implantação de tecnologias disruptivas no processo de produção de bens e de realização de serviços. Ainda que realizado à distância, o controle do trabalhador pelo capital é mantido incólume. (Gaia, 2020, p. 309).

Acreditar na para subordinação como um modelo alternativo de reconhecimento de menos direitos é abandonar os trabalhadores à exploração destas empresas e desta falsa relação de prestação de serviços. A hipótese trazida na pesquisa acerca da extensão interpretativa da lei trabalhista deve ser considerada de forma a trazer ao Poder Judiciário esta elucidação da valoração dos princípios constitucionais e legais de valorização do trabalho, justiça social, dignidade da pessoa, bem como os princípios da supremacia da realidade e proteção ao trabalhador.

5. CONCLUSÃO

As várias dimensões do mundo trabalho oriundas da economia de compartilhamento são de primordial interesse ao Direito do Trabalho visto que esta seara deve sempre primar pela justiça social de forma real e efetiva, bem como deve regular o mercado de trabalho assegurando um patamar mínimo de dignidade humana ao trabalhador em face aos interesses econômico-financeiros das empresas de plataformas.

As plataformas digitais não disponibilizam apenas um aplicativo de tecnologia no mercado de trabalho, mas facilita o contato livre entre oferta e demanda de bens e serviços, envolvidos na prestação de serviços, não podendo, portanto ser consideradas meras empresas tecnológicas, mas fornecedoras de um serviço e em muitos casos, empresas empregadoras.

A análise final do presente estudo permite concluir que a nova forma de descentralização produtiva emergida das plataformas digitais, com base no *crowdwork* e na contratação sob demanda encontra fundamentação na maioria dos casos no vínculo empregatício preconizado na CLT, representando a grande parte das demandas levadas ao Poder Judiciário explícitas situações de fraude na contratação de trabalhadores independentes.

Incontestável, portanto, a imprescindibilidade dos julgadores no caso concreto, observarem a situação da relação dos trabalhadores com as plataformas digitais, como presunção relativa de vínculo empregatício, cabível certamente a desconstituição do vínculo em situações diversas que possam ser identificadas o trabalho autônomo, todavia como exceção à regra e não como várias decisões judiciais têm considerado, analisando a ausência de vínculo como a realidade imposta pelas empresas a fim de não prejudicar o modo operacional-econômico delas, socorrendo-se inclusive a inexistência de previsão legal como justificativa por entregar os trabalhadores a uma presunção absoluta de autonomia.

O escopo primário do Direito deve perpassar pela busca da proteção jurídico-social destes trabalhadores em face às relações de precarização, informalidade e desumanização oriundas desta nova fase do capitalismo, sob pena de normalização da invisibilidade e desproteção jurídico-social em que tais trabalhadores se encontram.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Luciana. Costek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? **Estudos Avançados**, v. 34, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000100111&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 mar. 2022.

ABÍLIO, Luciana Costek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Passa Palavra**, São Paulo, 19 fev. 2017. Disponível em: <http://passapalavra.info/2017/02/110685>. Acesso em: 4 abr. 2021.

ANTUNES, Ricardo. **O Privilégio da Servidão, o novo proletariado de serviços da era digital**. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 10555-54.2019.5.03.0179**. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho, 2 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#9db0e4310182ab26740b0b47336bfbb3>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. TRT 3. **Recurso Ordinário nº. 0010806-62.2017.5.03.0011**. Recorrente: Rodrigo de Almeida Macedo. Recorrido: Uber do Brasil Teconologia Ltda. Relatora: Min. Ana Maria Espi Cavalcanti, 8 de agosto de 2017. Disponível em: <https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010806-62.2017.5.03.0011>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CAVALLINI, Gionava. Impactos das novas tecnologias nas relações de trabalho: qualificação do vínculo e subordinação. *In*: NOVAS Tecnologias, Plataformas Digitais e Direito do Trabalho. Uma Comparação entre Itália, Espanha e Brasil. São Paulo, 2020.

DE STEFANO, Valerio. **The rise of the just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy**. Geneva: Interntional Labour Office, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf. Acesso em: 5 mar.2022.

DIGITAL labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world. Geneva: International Labour Organization, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

FABRELLAS, Anna Ginès i. **Plataformas de crowdeemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo?** 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/Leticia%20Mattos/Downloads/Anna%20Gin%C3%A8s%20i%20Fabrellas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Leticia%20Mattos/Downloads/Anna%20Gin%C3%A8s%20i%20Fabrellas%20(1).pdf). Acesso em: 21 mar. 2022.

FABRELLAS, Anna Ginès i. Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo: el caso de Amazon Mechanical Turk. **Revista Derecho y Empresa**, n. 6, p. 83, Dez. 2016.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GENEBRA. **Orientação OIT 198**. 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em: 19 abr. 2021

GENEBRA. **Orientação OIT 204**. 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_587521.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021

KALIL, Renan Bernardi. **Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho**: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos. 2019. Tese (Doutorando em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-07082020-133545/pt-br.php>. Acesso em:

MANNRICH, Nelson. **Reinventando o direito do trabalho**: novas dimensões do trabalho autônomo. Porto Alegre, Lex Magister, 2015.

SLEE, Tom. **Uberização, a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo, Elefante, 2020.

SUNDARARAJAN, Arjun. **The sharing economy**: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2016.

UBER. **Fatos e Dados da Uber**. 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. Nova York: PublicAffairs, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/06/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 02/02/2023
- Avaliação 2: 15/07/2023
- Decisão editorial preliminar: 22/12/2023
- Retorno rodada de correções: 22/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 22/12/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL & INOVAÇÃO: O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO ÀS ATIVIDADES JURISDICIONAIS

BRAZILIAN SUPREME COURT & INNOVATION:
THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN INSTRUMENT
TO ASSIST JURISDICTIONAL ACTIVITIES

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF¹

LUIZ FELIPE DA FONSECA PEREIRA²

LUCAS GABRIEL LOPES PINHEIRO³

RESUMO

Considerando a relação entre Direito e Inovação, objetiva-se investigar se a inteligência artificial pode contribuir na atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. O problema de pesquisa questiona de que maneira a inteligência artificial pode ser um instrumento de auxílio na resolução dos conflitos jurisdicionais no Supremo Tribunal Federal delimitando o exame ao Projeto Victor. Utiliza-se método hipotético-dedutivo, pesquisa bibliográfica-documental nacional e internacional, além de técnica de estudo de caso para o Projeto Victor. O artigo está dividido em três seções. A primeira apresenta a evolução da modelagem jurídica da inovação de um modelo linear ao sistêmico. A segunda trata da relação entre Direito e Inteligência Artificial e os desafios na atividade jurisdicional. A terceira realiza um estudo de caso do Projeto Victor no Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de instrumento auxiliar das atividades jurisdicionais. Conclui-se que a inteligência artificial pode ser utilizada na resolução de conflitos, como o Projeto Victor, para fins de celeridade e de duração do processo. Embora existam lacunas na modelagem jurídica do direito à inovação e do direito computacional, o elemento humano é indispensável e não pode ser substituído pela máquina.

Palavras-chave: direito à inovação; inteligência artificial; poder judiciário; Supremo Tribunal Federal; Projeto Victor.

- 1 Doutora em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogada. Professora da graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado acadêmico – PPGD e mestrado profissional – PPGDDA em Direito) da Universidade Federal do Pará. Ex-pesquisadora bolsista da Fundação Ford. Membro da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units Research Network Program (JAMBU-RNP). Líder do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq). Tem experiência na área jurídica com ênfase em Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Empresarial e Direitos Humanos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7146-0600>.
- 2 Doutorando e Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará com período sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Professor de Direito Público na UFPA, Direito Digital (Cesupa e Fibra). Consultor e Pesquisador no projeto Elos do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Pnud-ONU Brasil. Vice-líder do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq). Advogado. Tem experiência na área de Direito Fiscal, Econômico, Regulatório e Digital. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4005-9918>.
- 3 Mestrando em Direito na Universidade Federal do Pará – UFPA. Graduado em Direito na UFPA. Membro do Grupo de Pesquisa Financiando Direitos (CNPq). Advogado. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Financeiro, Tributário e Regulatório. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9120-6570>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; PEREIRA, Luiz Felipe Da Fonseca; PINHEIRO, Lucas Gabriel Lopes. Supremo Tribunal Federal & inovação: o uso de inteligência artificial como instrumento de auxílio às atividades jurisdicionais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 198-211, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9200>.

ABSTRACT

Considering the relationship between law and innovation, the objective is to investigate whether artificial intelligence can contribute to the jurisdictional activity of the federal supreme court. The research problem questions how artificial intelligence can be a tool to help resolve jurisdictional conflicts in the federal supreme court, delimiting the examination to the victor project. A hypothetical-deductive method, national and international bibliographical and documentary research is used, as well as a case study technique for the victor project. The article is divided into three sections. The first presents the evolution of the legal modeling of innovation from a linear model to a systemic one. The second deals with the relationship between law and artificial intelligence and the challenges in judicial activity. The third carries out a case study of the victor project in the federal supreme court and the possibility of auxiliary instrument of the jurisdictional activities. It is concluded that artificial intelligence can be used in conflict resolution, such as project victor, for speed and duration of the process. Although there are gaps in the legal modeling of the right to innovation and computational law, the human element is indispensable and cannot be replaced by the machine.

Keywords: innovation law; artificial law; judicial branck; Supreme Court; Victor Project.

1. INTRODUÇÃO

O mundo mudou, ganhou uma nova característica: interconectividade. A tecnologia exige modificações diárias; até em minutos. Transformações extraordinárias cuja novidade já é substituída logo em seguida, seja por um novo modelo ou pela mudança da própria necessidade. As relações jurídicas envolvem pessoas, mercadorias, serviços e, além de tudo isso, buscam diferentes maneiras de solucionar conflitos.

No século XXI, a complexa sociedade, acompanhada de um mercado em mesma sintonia, vive em um constante processo de progresso técnico endógeno, denominado inovação, que tem o poder de romper o equilíbrio vigente gerando nova posição de equilíbrio, surgindo *ondas econômicas*, que ao passar do tempo seriam cada vez mais curtas (Schumpeter, 2017).

A complexa sociedade do século XXI, muitas vezes, lembra as artes e a literatura, como o Livro *Admirável Mundo Novo*, os filmes *Matrix* e *Inteligência Artificial* ou a série *WestWorld*. O avançar contínuo e dinâmico da inovação tecnológica impõe o questionamento se há grandes distâncias dos cenários das ficções literárias ou cinematográficas.

Os avanços são extraordinários e se desenvolvem numa dinâmica veloz e incessante. O que ainda ontem se considerava novidade, logo vai sendo substituído. Praticamente nenhum setor da atividade humana está livre da realidade que as novas tecnologias impõem, nem dos impactos que produzem. Alcançando assim, o judiciário.

Inúmeros países, a exemplo China, Reino Unido, Singapura, Japão, Finlândia, Índia, Dinamarca, Canadá e Estados Unidos, incorporaram de forma bem-sucedida a tecnologia ao processo para facilitar o acesso ao Poder Judiciário (STF, 2018, 2019).

Isso ocorre por medidas como: a) peticionamento on-line; b) entregar informação de qualidade às partes, diminuindo a assimetria informacional entre elas e, assim, ampliar a janela de acordo; c) organizar o processo, reestruturando e racionalizando as suas etapas; d) tornar mais confortável a participação das partes com o uso de ferramentas como videoconferência; e) automatizar a execução de tarefas burocráticas, possibilitando diminuir o tempo empregado

nessas atividades e; f) liberar o valioso quadro de pessoal do Poder Judiciário para atividades que são imprescindível à atuação humana.

O uso de tecnologias em especial Inteligências Artificiais tornou-se uma tendência no judiciário brasileiro, a exemplo: a) Victor, no STF; b) Sócrates, no STJ; c) Victoria, TJRJ; d) Poti, Clara e Jerimum; TJRN; e) Elis; TJPE; f) Radar; TJMG; muitos, inclusive, dentro do projeto guarda-chuva Sinapse do CNJ.

O CNJ, na linha da Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais, sob a coordenação de Bráulio Gusmão e dentre outros, do Des. Marcos Alaor (TJRO), editou a Resolução 332/2020 para discutir os limites éticos da AI aplicada ao Poder Judiciário.

Dados do Relatório Justiça em Números, de 2018, editado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, deixam claro que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário, que mede o percentual de processos que ficam represados sem solução ao final de cada ano, segue em patamares insustentáveis.

O número de processos cresceu de forma significativa desde 2009, ano inicial da série histórica analisada pelo CNJ, como também os recursos internos e os incidentes julgados e em trâmite. Assim, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. Durante esse ano, embora tenham sido baixados 29,4 milhões de processos, houve o mesmo quantitativo ingressado, 29,4 milhões (CNJ, 2018).

Essa situação impõe a necessidade de se buscar alternativas que permitam que o volume de processos e o modelo de legislação processual existente não tornem cada vez mais tardia, senão inviabilizem de modo comprometedor, a prestação jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal – STF, em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, em meio a esse cenário, desenvolveram o projeto denominado Victor, em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal. O projeto utiliza aprendizagem computacional em inteligência artificial para realizar o juízo acerca da repercussão geral no Tribunal Constitucional, quantificando os números de recursos extraordinários e agravos a fim de apurar os requisitos do art. 102, parágrafo terceiro da Constituição Federal.

Esse se insere no campo conhecido como Direito Computacional – *Computational Law*, uma área interdisciplinar entre o Direito e a Ciência da Computação, que trata da representação computacional das normas e dos raciocínios jurídicos, a fim de permitir a automação de tarefas especializadas, como por exemplo a avaliação jurídica de um caso concreto.

Considerando a relação entre Direito e Inovação, objetiva-se investigar se a inteligência artificial pode contribuir na atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. O problema de pesquisa questiona de que maneira a inteligência artificial pode ser um instrumento de auxílio na resolução dos conflitos jurisdicionais no Supremo Tribunal Federal delimitando o exame ao Projeto Victor.

Utiliza-se método hipotético-dedutivo, pesquisa bibliográfica-documental nacional e internacional, além de técnica de estudo de caso para o Projeto Victor. Utiliza-se de fontes primárias e secundárias, técnica de estudo documental e bibliográfico mesclando com estudo de caso.

O artigo está dividido em três seções. A primeira apresenta a evolução da modelagem jurídica da inovação de um modelo linear ao sistêmico, que repercute na parceria entre diversos atores na ciência, tecnologia e inovação. A segunda trata da relação entre Direito e Inteligência

Artificial e os desafios na atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário. A terceira realiza um estudo de caso do Projeto Victor no Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de instrumento auxiliar das atividades jurisdicionais.

Conclui-se que a inteligência artificial pode ser utilizada na resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, como o Projeto Victor, especialmente para fins de celeridade e de duração do processo, além de ser instrumento que auxilia na técnica relativa à uniformização de jurisprudência na análise de precedentes. Embora existam lacunas na modelagem jurídica do direito à inovação e do direito computacional, o elemento humano é indispensável e não pode ser substituído pela máquina.

2. A EVOLUÇÃO DA MODELAGEM DA INOVAÇÃO: DA LINEARIDADE AO MODELO DE COOPERAÇÃO ENTRE DIVERSOS ATORES EM TRIPLA HÉLICE

A inovação é aspecto fundante nas sociedades modernas e no âmbito da economia do conhecimento o *sine qua non* do desenvolvimento econômico (Ocde, 2007; World Bank, 2017). Esse processo tecnológico foi primeiramente teorizado como *destruição criativa*, pois o velho é destruído pelo novo (Schumpeter, 1983, p. 102).

Esse processo de *destruição criativa*, geraria ondas econômicas, no qual a inovação e seus frutos teriam o poder de romper o equilíbrio vigente e assim, gerando nova posição de equilíbrio, que com o decorrer dos anos seriam cada vez mais curtas, devido ao acelerar tecnológico.

Nesse diapasão, busca-se entender como ocorre o processo da ciência, tecnologia e inovação – CT&I, um dos primeiros modelos utilizados foi o linear no qual defendia que a pesquisa científica é a única fonte de inovação e de novas tecnologias.

Desse modo, existia uma relação direta entre a quantidade de insumos disponíveis e utilizados em pesquisa nas instituições de ensino e pesquisa e os resultados inovativos obtidos, e por consequência o desenvolvimento econômico nacional.

Esse modelo justificou forte suporte governamental para instituições de ensino e pesquisa como as universidades, deixando de lado outras instituições (Gomes, 2015, p. 354). Na década de 1980 começou a surgir outras teorias que avançavam para além de uma visão linear de inovação, pois partiam-se da concepção que a inovação é um processo de relação social entre múltiplos atores⁴.

Assim, a partir de 1990 surge a concepção sistêmica do processo inovativo, uma abordagem que entende a inovação como um processo social de inúmeros fatores de natureza institucional, jurídica, econômica e organizacional. Deste modo, o processo de inovação é contínuo e relacional mesmo que as vezes indireto (Viotti, 2013, p. 25 e seg.), e envolve instituições de

4 Uma dessas teorias é o modelo de *elo de cadeia*, Kline e Rosenberg, esse modelo tem como pressuposto que a inovação era resultado de uma interação entre múltiplos fatores como as oportunidades de mercado, a base de conhecimento e a capacitação da firma, com fundamental importância o diálogo constantes durante as fases da inovação, pois esses *feedbacks* serviriam de mecanismo de troca de informações entre os diversos atores envolvidos no processo (Kline, S. J.; Rosenberg, N., 1986)

ensino e pesquisa, empresas, o Estado, coordenação de políticas públicas, subsídios públicos, investigação de demandas e necessidades do mercado, arranjos jurídicos institucionais, desenho regulatório, capital privado etc.

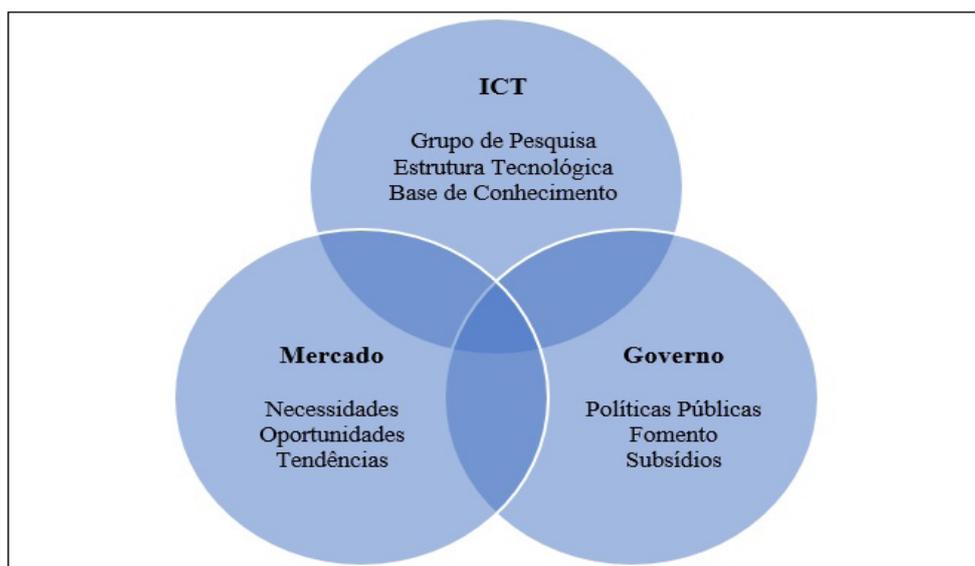
Esse modelo tem como principal escopo a criação de Sistemas Nacionais de Ciência, Tecnologia e Inovação – SNCTI, no intuito de formatar um ambiente cooperativo e em rede de relações público-privadas entre o Estado, empresas e universidades, ancoradas em infraestrutura de ensino e em econômica nacional favorável (Gomes, 2015, p. 354).

Com fortalecimento dessa concepção, o modelo sistêmico começou a se modular e por consequência junto o processo inovativo que envolve CT&I, em uma modulação de tripla hélice, no qual Estado, empresas e universidades, também conhecidas como Instituições de Ciência e Tecnologia – ICTs atuam de modo cooperado em constate diálogo, ocasionando a melhora do ecossistema inovativo nacional⁵.

Nessa modulação não há a prevalência de um agente, mas sim, todos convivem em ambiente de ecossistema e são correlativos necessários e interdependentes, pois para se obter o desenvolvimento econômico e tecnológico e atender as necessidades do mercado e da sociedade será necessária a atuação conjunta.

O modelo de tripla hélice se utiliza da infraestrutura científico-tecnológica como peça fundamental em economias modernas (Etzkowitz; Leydesdorff, 2000, p. 115; Torres; Botelho, 2018, p. 91). Esse é o modelo adotado pela grande maioria dos países⁶, todavia para que esse modelo tenha êxito é de fundamental importância o diálogo constante entre os atores envolvidos e que o ambiente seja de cooperação, com maior liberdades para os agentes e atividades desenvolvidas, pois é de intensivo uso tecnologia e capital. A figura abaixo demonstra como funciona a dinâmica da tripla hélice:

Figura 02 – Modelo Tripla Hélice



Elaboração: Autores.

5 O ecossistema empreendedor pressupõe a ação de atores interdependentes (consumidor, empresas, Estado etc.), tem caráter evolutivo e é o ambiente necessário para o surgimento de empresas de alto crescimento e inovação, em especial a tecnológica, possuindo 6 domínios: políticas públicas, capital financeiro, cultura, suporte (capital físico, órgãos de classe etc.), capital humano e mercados (Isenberg, 2011).

6 Portugal, Itália, Canadá, Reino Unido, EUA, Israel, China, Suíça, Colômbia dentre outros (World Bank, 2007; Almanza, M. C. O., 2017).

Esse modelo em tripla hélice foi adotado na Constituição Federal do art. 219-B, bem como reforçado pelo Marco Regulatório do SNCTI⁷, assim, busca-se cada vez mais parcerias e projetos conjuntos entre diversos atores no sistema, como o *projeto Victor*, objeto desse trabalho, e será o ambiente por excelência de novas tecnologias como a inteligência artificial.

3. DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OS DESAFIOS JURÍDICOS

Em meados de 1950, Alan Turing, matemático e considerado o pai da computação, dizia que no novo milênio se falaria de *máquinas pensantes* com naturalidade (TECS USP, 2020). Porém há dificuldades em se definir o que é Inteligência Artificial – IA, grosseiramente pode ser considerado como ferramentas digitais capazes de aumentar a sua precisão, em outras palavras *aprender*, a partir de vários métodos como a utilização de dados, por troca de respostas otimizadas, avaliação de diagnósticos etc. (Feigelson; Leite, 2020, p. 58).

A primeira vez que o termo *artificial intelligence* foi utilizado data de 1956, por John McCarthy, que descrevia como um campo técnico-científico que tenta não apenas entender, mas também construir entidades inteligentes, assim, tem-se como um conjunto de teorias e técnicas com escopo de desenvolver máquinas capazes de simular ou se aproximar da inteligência humana (Osório; Bittencourt, 2000). As IAs têm a capacidade operacional de exercer minimamente funções semelhantes a cognição humana, ressaltando as propriedades e processo diferenciados.

Não é humanamente possível gerir todos os dados que influenciam a vida em sociedade, daí a utilização da Inteligência Artificial enquanto experiência capaz de auxiliar nesta tarefa. No cotidiano de muitos, principalmente nos grandes centros urbanos a inteligência artificial se faz presente, visto que a vida é permeada por inúmeros algoritmos inteligentes que executam tarefas antes executadas por humanos.

Exemplo desse tipo são os assistentes pessoais para sistemas operacionais como *Siri*, assistente da Google e a *Alexa* da Amazon ou os sistemas de atendimento autônomo aos Clientes – SACs utilizados por inúmeras empresas. A desconsideração dessa situação ocorre por não haver tanta preocupação das autoridades regulatórias sobre o tema e também ao ponto que a ferramenta é largamente utilizada pela sociedade como os exemplo acima, deixa-se de pensar como uma IA ou algo novo, banaliza-se.

Estudos com inteligência artificial já se encontravam em andamento pelos anos 50, conforme Zeleznikow e Lodder (2005, p. 292) enumeram algumas das primeiras contribuições de pensadores para a área de IA & Direito. Nesse cenário, ganha destaque a *First International Conference on Artificial Intelligence and Law* – ICAIL organizada em 1987⁸, sendo em que em 1991, foi criada a *International Association for AI & Law* – IAAIL⁹.

7 Lei nº 13.243/2016 e o Decreto nº 9.283/2018.

8 Atualmente, já passa da vigésima edição. Para maiores informações, consultar: <https://dl.acm.org/doi/proceedings/10.1145/41735>

9 Para maiores informações, consultar: <http://www.iaail.org/>.

O impacto da IA no Direito já pode ser facilmente constatado nas profissões jurídicas pela velocidade dos acontecimentos, instaura-se uma nova realidade que tem alterado radicalmente a vida hoje conhecida.

Fala-se sobre *legaltechs*; questões jurídicas sobre a propriedade, privacidade e segurança de dados digitais; *fakenews* promovidas por *boots* em mídias sociais; *jurimetria* para analisar e prever o comportamento de juízes e, dentre outros, a automação de documentos, inclusive de petições e de decisões. De outro lado, a morosidade da justiça se revela um grande desafio para o Judiciário diante do altíssimo volume de processos e a quantidade ainda elevada de recursos que podem fazer um litígio perdurar por anos.

Por exemplo, os programas de IA denominados de ROSS e EVA, que têm o escopo de auxiliar advogados nos EUA em pesquisas avançadas jurisprudenciais, análises de casos e dados, construção de teses jurídicas, alguns programas podem reduzir em 30% o tempo perdido com pesquisa pelos advogados (Andrade, 2020, p. 27 e seg.).

Outro exemplo disruptivo com o uso de IA é a *startup* inglesa *DoNotPay*, sua atuação iniciou-se na contestação de multas de trânsito, hoje atuando em outros serviços de natureza jurídica. De acordo com a empresa o *boot* que atua como *advogado*, já venceu mais de 160 contestações de multa, tanto no Reino Unido quanto nos EUA, apresentando uma performance positiva de 64% até 2017 (Donotpay, 2021).

A sociedade complexa e massificada do século XXI, a alta litigiosidade vem acompanhada da multiplicação de demandas de massa. Nesse cenário, é essencial o desenvolvimento de ferramentas que garantam estabilidade, uniformidade, previsibilidade, coerência e integridade à jurisprudência dos tribunais.

O autor Kelly (2011) esboça cinco cenários possíveis que as tecnologias podem apresentar ao humano, que vão desde um panorama sobre oscilação da sociedade, bem como análises sobre um possível aumento no consumo ou, inclusive, o efeito contrário. Os cenários esboçam a complexidade e imprevisão das novas tecnologias. A *previsão das decisões* não pode ser confundida com futurologia, senão replicação de critérios já fixados nas decisões do próprio juiz/tribunal, bem como dos critérios fixados na jurisprudência e nas súmulas.

Dessa forma, um Sistema de Suporte a Decisão Judicial será um programa de computador (algoritmo inteligente) estruturado, desenvolvido e instruído com o objetivo de realizar uma determinada aplicação que se restringe a uma limitada fração do conhecimento humano (Tacca; Rocha, 2018, p. 53-60).

A Inteligência Artificial tem sido usada como técnica aliada a tendência de uniformização de jurisprudência na análise de precedentes, como ocorre com o Projeto Victor e a repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal, além da Resolução n. 332/2020¹⁰.

O estudo Tecnologia Aplicada a Gestão de Conflitos no Poder Judiciário com ênfase em inteligência artificial, coordenada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV – Ciapj, mostra a diversidade das ferramentas tecnológicas adotadas pelos

10 Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências.

tribunais (Freitas, 2020), utilizadas para agilizar tanto atividades-meio quanto atividades-fim dos tribunais.¹¹

Já há algumas décadas a Inteligência Artificial (IA) vem sendo implantada e cogitada por alguns tribunais como um possível aliado para impulsionar a celeridade da justiça e, conseqüentemente, reduzir a morosidade da prestação jurisdicional e o estoque processual. A dificuldade reside na (im)possibilidade de automatização do raciocínio jurídico.

4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL & INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O PROJETO VICTOR COMO AUXÍLIO AS ATIVIDADES JURISDICIONAIS

Em agosto de 2018, a Ministra Carmen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, anunciou o início do funcionamento das atividades do Projeto Victor (STF, 2018b). A iniciativa, a partir de convênio com a Universidade de Brasília (UnB), consiste na tentativa pioneira de aplicação de Inteligência Artificial (IA) no direito e, em particular, no STF (Sousa, 2020).

O Projeto Victor, ou Projeto de Pesquisa & Desenvolvimento de aprendizado de máquina sobre dados judiciais das repercussões gerais do Supremo Tribunal Federal, recebeu esse nome em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal e foi executado por agentes externos – notadamente, pesquisadores dos cursos de Direito, Engenharia de Software e Ciência da Computação da UnB – sob fiscalização do STF, em uma construção multidisciplinar e institucional (Maia Filho; Junquilha, 2018, p. 220).

O objetivo do projeto era desenvolver um sistema para viabilizar a automação de análises textuais nos processos referentes a julgamentos de repercussão geral no STF, a partir de modelos de aprendizagem profunda de máquina (*machine learning*) que reconheçam padrões nos recursos recebidos pelo STF quanto aos temas mais recorrentes de repercussão geral (Maia Filho; Junquilha, 2018, p. 228).

O algoritmo não deve tomar a decisão final sobre a repercussão geral, mas facilitar os processos classificação, organização e digitalização dos processos, facilitando a identificação dos temas por parte dos responsáveis pela análise dos recursos (Maia Filho; Junquilha, 2018, p. 230).

À época do anúncio, a Ministra Carmen Lúcia delimitou a atuação da IA a quatro atividades, quais sejam: converter imagens em textos no processo digital; separar o começo e o fim de um documento no acervo do Tribunal; separar e classificar as peças processuais mais recorrentes nas atividades do Supremo; e identificar os temas de repercussão geral de maior incidência (STF, 2018b).

11 Foram encontrados nos tribunais 27 projetos de inteligência artificial que ajudam a verificar se o caso se enquadra no artigo 332 do Código de Processo Civil, que prevê que o juiz julgará liminarmente improcedente pedidos que contrariem súmulas e teses do STF e do STJ, bem como se verificada a ocorrência da decadência ou prescrição. Já outros 12 projetos servem para sugerir minutos para decisões e acórdãos. A pesquisa ainda aponta que há ao menos nove ferramentas de inteligência artificial que se dedicam a verificar a admissibilidade de recursos.

A origem da decisão sobre o uso da Inteligência Artificial no STF relaciona-se com a alta demanda de julgamentos da Suprema Corte e o impacto desta sobre a celeridade processual e os custos para tratar o acervo. Segundo o Relatório Justiça em Números de 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existiam – à época – 80 milhões de processos em tramitação sob a responsabilidade de cerca de 18 mil magistrados (CNJ, 2018). No caso do Supremo, entre os anos de 2013 e 2017, a demanda processual média foi de 87,5 mil processos por ano. A extensão dos efeitos dos atos do STF reforça a adoção da IA pelo Tribunal, pois o amplo alcance das questões de repercussão geral potencializa o problema da morosidade (Sousa, 2020).

Entre as competências do Supremo Tribunal Federal, previstas no artigo 102 da Constituição Federal vigente, destaca-se o julgamento do recurso extraordinário, que possui cabimento quanto às causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contraria dispositivo constitucional.

A Emenda Constitucional nº 45, ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 102, objetivou diminuir a demanda por recursos por meio de um *filtro qualitativo*¹²: a repercussão geral da questão constitucional discutida. Com o novo requisito valorativo referente à admissibilidade recursal, a intenção do legislador era o fortalecimento do papel da corte como guarda da Constituição e não como corte recursal, permitindo a apenas a análise das questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapola o interesse subjetivo das partes, e fazê-lo uma única vez, sendo dispensado de se pronunciar nos demais processos de matéria idêntica¹³.

O Projeto Victor pretende, precisamente, desenvolver esta tarefa de filtrar de maneira prévia os processos vinculados aos temas de repercussão geral por meio da automatização da análise textual dos processos em um momento de triagem, para organizá-los e facilitar a atuação dos servidores do Tribunal na devolução dos processos para os juízos de origem – quando se tratar de tema já julgado – ou no prosseguimento destes para a etapa de julgamento – quando se tratar de nova temática de repercussão geral (Sousa, 2020).

Assim, a IA tem a função primordial de identificar quais processos estão vinculados aos temas de repercussão geral, sendo, em seguida, repassados ao Presidente da Corte para rejeição ou prosseguimento do feito. Essa operação ocorre a partir de elementos equiparáveis a um processador constituído de processamentos simples que armazena o conhecimento adquirido de forma prática e o disponibiliza para posterior utilização, com semelhanças ao cérebro humano: a forma de aprendizado mediante a interação com o ambiente e a força de conexão utilizada para agregar o conhecimento adquirido (Andrade, 2020, p. 312-335).

O desenvolvimento do Projeto Victor foi iniciado logo após a escolha da triagem quanto aos temas da repercussão geral como processo a ser automatizado, em fevereiro de 2018, com o Termo de Execução Descentralizada (TED) nº 1 de 2018, no qual o STF demandou à UnB a criação da IA pretendida. Foram previstas cinco etapas para essa construção (Sousa, 2020, p. 41):

12 Braghittoni explica que diante da crise do Supremo Tribunal Federal, e de todo o Poder Judiciário, diante do número imenso de causas, verifica-se a tentativa constante de se diminuir a demanda de recursos através da criação de filtros. A exigência da demonstração da repercussão geral é um filtro qualitativo, na medida em que estabelece um sistema de avaliação de admissibilidade de recursos a partir de um *juízo valorativo de importância* (Braghittoni, 2007, p. 1-2).

13 Art. 102, III, § 3º CF. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

1) Estudo preliminar e preparação dos dados das repercussões gerais; 2) Pesquisa para definição dos algoritmos a serem utilizados; 3) Prototipação e treinamento dos algoritmos; 4) Preparação da arquitetura para classificação de temas em tempo real e registro de inconsistências; e 5) Finalização da documentação do sistema.

Para a primeira etapa, foram identificados os temas de maior incidência no STF entre os anos de 2016 e 2018, de modo a construir um banco de dados suficiente para a posterior construção dos modelos de aprendizagem automática. Com as etapas seguintes, houve a pesquisa dos algoritmos e estratégias de treinamento mais adequados para a tarefa e os dados escolhidos e, em seguida, a prototipação e treinamento dos algoritmos escolhidos.

Posteriormente, a elaboração da arquitetura de comunicação para classificação de processos de acordo com os temas em tempo real, em conjunto do registro de possíveis erros nas respostas dos modelos e, enfim, a efetivação dos modelos de classificação de aprendizagem automática treinados (Maia; Junquinho, 2018).

Para viabilizar a automação pretendida, utiliza-se o Processamento de Linguagem Natural (PLN), com algoritmos de aprendizagem profunda de máquina – *machine learning* – com base em um modelo de Redes Neurais Artificiais (RNA)¹⁴. A escolha desse modelo foi pautada pela adequação da técnica de IA ao tipo de dados presente nas peças jurídicas (Sousa, 2020).

Assim, as Redes Neurais Artificiais conseguem lidar de forma probabilística com o volume de dados jurídicos e o consequente grau considerável de incerteza envolvido nesses dados, ao contrário de técnicas como o Raciocínio baseado em Casos (RBC) e os Sistemas baseados em Regras (SBR), de abordagem determinística.

Além disso, técnicas como os Algoritmos Genéticos (AG) e os Sistemas Multiagentes (SMA) possuem funções não aplicáveis ao Victor, que é voltado principalmente para a comparação e classificação de textos jurídicos (Sousa, 2020).

Como afirma Weslei Gomes de Sousa (2020, p. 43), a IA desenvolvida possui capacidade para realizar diversas tarefas relevantes para o contexto de dados contidos em peças jurídicas, como estabelecer distinções entre situações que possam ter semelhanças – documentos que possuem estrutura similar, com cabeçalho, ementa e dados de signatário – e buscar por similaridades em situações que possam ter diferenças.

Entre os problemas enfrentados pelo projeto, destaca-se a dificuldade em relação à ausência de padronização de escrita nos documentos analisados, bem como a presença de cópias de digitalização com anotações à mão, carimbos e manchas. Ademais, uma limitação constante a esse tipo de empreendimento é a dimensão de conceito jurídico indeterminado presente no requisito de admissibilidade da repercussão geral e o consequente condicionamento ao banco de dados estabelecido pelo STF com base em decisões anteriores. Sendo assim, a IA é treinada e alimentada em função da jurisprudência estabelecida e não prescinde do fator humano (Andrade, 2020).

Portanto, é relevante a necessidade do elemento humano na aplicação de tais técnicas de IA, pois o ser humano é responsável por avaliar as respostas e a evolução das técnicas, bem

14 Existem várias técnicas diferentes de inteligência artificial tais como Raciocínio baseado em casos (RBC), Sistemas baseados em regras (SBR), Redes neurais artificiais (RNA), Aprendizado de máquina (AM) e dentre outros, Sistemas multiagentes (SMA) – os quais podem ser, inclusive combinados entre si.

como é quem controla a entrada de dados e verifica a precisão dos resultados apresentados. Em suma, o controle da IA – inclusive de eventuais vieses dos algoritmos – obedece, em última instância, a pessoas (Andrade, 2020).

O banco de dados do projeto Victor contava – em 2019 – com cerca de 952 mil documentos advindos de aproximadamente 45 mil processos. A partir da utilização da IA, tais arquivos são submetidos a tratamentos que filtram imagens e erros de digitalização, criam símbolos, dividem frases em partes menores, etiquetam cada arquivo de acordo com as peças relevantes ao projeto e atribuem um rótulo com a repercussão geral do processo (Hartmann *et al.*, 2019).

Assim, para atingir os objetivos precípuos de aumento da celeridade processual e de melhoramento de mecanismos de gestão processual, há um trabalho em prol da inovação disruptiva no Direito, em atuação conjunta do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, e da Academia, a Universidade de Brasília, com construção multidisciplinar a partir de conhecimentos díspares que envolvem lidar com treinamento para aprendizagem de máquina e trabalhar com dados jurídicos – incertos e variáveis.

Com suporte em um modelo sistêmico de cooperação de múltiplos atores que favorece a inovação, o Projeto Victor busca identificar quais processos estão vinculados aos temas de repercussão geral por meio da implantação de modelos de aprendizagem de máquina e de análise de redes complexas.

Antes a tarefa era realizada por servidores o que levava 44 minutos em média, atualmente pela IA é realizado em cinco segundos, o que representa redução significativa de tempo e com eficácia de 95% (STF, 2021).

Essa é uma tentativa de aperfeiçoar a jurisdição constitucional e, a médio prazo, possibilitar maior integração do Poder Judiciário, considerando a intenção de utilização futura da ferramenta em todos os tribunais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida da lei não é apenas lógica, mas também experiência, atualmente, imersa em um mundo hiperconectado. A relação entre a automação e o ser humano tem conquistado espaço no âmbito jurídico, cujas normas ainda estão se ambientando diante das experiências atuais.

O direito à inovação é previsto na Constituição Federal do art. 219-B, bem como reforçado pelo Marco Regulatório do SNCTI¹⁵, sendo possível perceber uma evolução da linearidade ao modelo de tripla hélice. Não bastava normatizar o ambiente legiferante relativo à inovação, sem que os atores sociais pudessem participar, o que trouxe a adoção do modelo de tripla hélice.

O diálogo entre atores públicos e privados na realização do direito à inovação permite a ponte entre o “dever-ser” e o “ser” na ampliação do alcance desse direito fundamental. Enquanto as ICT’s participam como base do conhecimento, o Mercado traz necessidade, oportunidade e tendências, o Estado realiza políticas públicas em busca de um equilíbrio de “ganha-ganha” que seja capaz de resolver os conflitos sociais. Esse ambiente propicia a busca crescente de

parcerias e projetos conjuntos entre diversos atores no sistema, como o *projeto Victor* pelo Poder Judiciário.

O ecossistema inovador jurídico coloca o desafio de utilizar a inteligência artificial como técnica aliada à tendência de uniformização de jurisprudência na análise de precedentes.

O Projeto Victor envolve duas interessantes experiências jurídicas, praticamente pioneiras; em seu início e em sua execução. Em sua gênese, foi formatado em sua origem na UNB, sendo possível inferir que esse modelo de negócio pode ser ampliado para formar parcerias entre o Judiciário e a Universidade tomando emprestado o modelo de hélice tríplice. Embora a contratação em hélice tríplice seja considerada uma modalidade de negócio público privado, ainda carece de normatização.

Em sua execução, o caráter desafiador apresenta, não apenas pela utilização de máquinas, mas, sobretudo, pelo questionamento sobre a padronização decisória. Aqui reside um relevante debate sobre o livre convencimento motivado diante do risco de colocar em xeque a individualização da fundamentação.

Observa-se que o Projeto Victor pode trazer maior celeridade, porém, existem alguns elementos que ainda precisam ser melhor delimitados na interface de direito computacional. Embora sejam processos com etapas e decisões parecidas, existem variáveis como fatos, discussão de jurisprudência relevante e aplicação da lei aos fatos, o que conduz a natureza não estruturada de dados. A individualidade das decisões dos juízes na maneira de apresentar informações e de elaboração de decisões a exemplo do estilo de escrita.

Quando se transforma em dados a fonte jurisprudencial, deve-se levar em conta a dissidência e heterogeneidade entre as decisões. Com isso, possível inferir da necessidade de transparência desses mecanismos à sociedade civil, bem como a capacitação técnica dos profissionais envolvidos.

A relação entre inteligência artificial e a resolução de conflitos judiciais no âmbito do STF tem sido bastante utilizada por meio do Projeto Victor, o qual trabalha especificamente com o aspecto processual relacionado com o recurso extraordinário.

Percebe-se com o estudo de caso a expectativa de ampliar o alcance da justiça, da celeridade e da razoável duração do processo, contudo, deve-se ser observado que esta inteligência artificial é utilizada em um sistema de mecanização e de robotização para identificar a técnica de precedentes. Porém, não tem o condão de substituir o elemento humano e o vetor axiológico envolvido nos julgamentos nos atos decisórios.

É preciso refletir criticamente diante da pergunta se conceder maior informatização processual em nome de ampliação de acesso à justiça ou de celeridade pode trazer maior segurança, o que são elementos distintos. Afinal, o elemento humano é indispensável à justiça na resolução dos conflitos, sendo a inteligência artificial um instrumento auxiliar. A pessoa é indispensável, portanto, não pode ser substituído pela máquina na resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALMANZA, M. C. O. **As políticas nacionais de ciência, tecnologia e inovação e a perspectiva dos sistemas-mundo: Análise crítica do discurso das políticas nacionais de ciência, tecnologia e inovação dos Estados Unidos da América, Portugal e Colômbia.** 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de et al. Inteligência Artificial para o Rastreamento de Ações com Repercussão Geral: o projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 312-335, 2020.
- ANDRADE, Otávio Morato de. Inteligência Artificial e Advocacia: Algumas Aplicações Práticas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, 2020, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Skema Business School, 2020. p. 26-33.
- BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso Extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- CNJ. **Justiça em Números.** CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.
- DONOTPAY. The World's First Robot Lawyer. **DoNotPay**, 2021. Disponível em: <https://donotpay.com/>. Acesso em: 16 mar. 2022.
- ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L. The dynamics of innovation: from national systems and "mode 2" to a triple helix of university-industry-government relations. **Research Policy**, v. 29, n. 02, p. 109-123, 2000.
- FEIGELSON, Bruno; LEITE, Luiza. **Sandbox: Experimentalismo no Direito exponencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais, **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 16 mar. 2022.
- GOMES, V. C. et al. Os fundos setoriais e a redefinição do modelo de promoção de ciência, tecnologia e inovação no Brasil: uma análise à luz do CT-Agro. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 50, n. 03, p. 353-368, jul./ago./set. 2015.
- HARTMANN, Fabiano et al. **Projeto Victor: como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta Corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados.** 2019. Disponível em: https://cic.unb.br/~teodecampos/ViP/inazawa_eta_compBrasil2019.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.
- INTERNATIONAL Association for AI & Law. IAAIL. Disponível em: <http://www.iaail.org/>. Acesso em: 10 maio 2022.
- ISENBERG, D. J. **The Entrepreneurship Ecosystem Strategy as a New Paradigm for Economic Policy: Principles for Cultivating Entrepreneurship.** Dublin: Institute of International European Affairs, 2011.
- KELLY, Kevin. **What Technology Wants.** London: Penguin Books, 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Tk2Ngz16Ecs>. Acesso em: 10 de maio 2021.
- KLINE, S. J.; ROSENBERG, N. An overview on innovation. In: LANDAU, R.; ROSENBERG, N. **The positive sum strategy.** Washington, DC: National Academy of Press, 1986.
- MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.
- OCDE. **Innovation and Growth Rationale for Innovation Strategy.** Paris: OCDE, 2007
- OSÓRIO, Fernando; BITTENCOURT, João R. **Sistemas Inteligentes baseados em redes Neurais Artificiais aplicados ao Processamento de Imagens.** UNISINOS, 2000. Disponível em: <http://Osorio.wait4.org/oldsite/wia-unisc/wia2000-full.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.
- SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.
- SCHUMPETER, J. A. **The theory of economic development.** Cambridge, Mass.: Harvard University, 1983.

SOUSA, Wesley Gomes de. **Inteligência Artificial e Celeridade Processual no Judiciário**: mito, realidade ou necessidade? 2020. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade de Brasília, Faculdade de Administração, Contabilidade, Economia e Gestão de Políticas Públicas, Programa de Pós-Graduação em Administração, Brasília, 2020.

STF. Diário de Justiça Eletrônico do STF em novo formato passará a ser online. **STF**, 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462168&ori=1>. Acesso em: 12 fev. 2022.

STF. Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. **STF**, 2018 b. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443&ori=1>. Acesso em: 13 maio 2021.

STF. Países do BRICS trocam experiências na área de tecnologia da informação e inteligência artificial. **STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390796>. Acesso em: 2 mar. 2022.

STF. Presidente do STF participa da abertura do II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. **STF**, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390796>. Acesso em: 2 mar. 2022.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência Artificial: reflexos no sistema do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul./dez. 2018.

TECS USP. Inteligências artificiais, preconceitos reais, **Medium**, maio 2020. Disponível em: <https://medium.com/tecs-usp/intelig%C3%A2ncias-artificiais-preconceitos-reais-f30c018cb2dd>. Acesso em: 2 maio 2022.

TORRES, P. H.; BOTELHO, M. D. R. A. Financiamento à inovação e interação entre atividades científicas e tecnológicas: uma análise do Pappé. **Rev. Brasileira de Inovação**, Campinas, v. 17, p. 89-118, jan./jun. 2018.

VIOTTI, E. B. Fundamentos e evolução dos indicadores de CT&I. In: VIOTTI, E. B.; MACEDO, M. D. M. **Indicadores de ciência, tecnologia e inovação no Brasil**. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2013.

WORLD BANK. **How Universities Promote Economic Growth - annual report**. Washington, DC: World Bank, 2007.

WORLD BANK. **The Innovation Paradox: Developing-Country Capabilities and the Unrealized Promise of Technological Catch-Up**. Washington, DC: World Bank, 2017.

ZELEZNIKOW, John; LODDER, Arno R. Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 10, p. 287-337, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008802##. Acesso em: 10 maio 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/07/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 11/08/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022
- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 20/02/2023
- Decisão editorial/aprovado: 20/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

DO PODER SOBERANO À BIOPOLÍTICA: AS FORMAS DE CONTROLE E DE RESISTÊNCIA NO AMBIENTE VIRTUAL

FROM SOVEREIGN POWER TO BIOPOLITICS: FORMS OF CONTROL AND RESISTANCE IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT

MÁRIO GONÇALVES DOS SANTOS¹
SANDRO MARCOS GODOY²

RESUMO

O artigo objetiva analisar no ambiente virtual a presença de formas de controle e de resistência com fulcro nas lições de Foucault. A justificativa e importância do trabalho está interligada com o fato de que o ambiente virtual hodiernamente é indissociável da vida cotidiana. Foucault é inovador ao desvincular-se da ideia de que o poder pertencente ao Estado, grupo ou pessoa, ele o compreende como um fenômeno que não é localizado, mas que percorre os corpos. Ele questiona porque as pessoas obedecem demasiadamente e procura analisar como funcionam as relações de poder em três momentos ao longo da história: poder soberano, poder disciplinar e biopoder. O capitalismo serviu como terreno para utilização da biopolítica, o modelo adotado na Constituição Federal de 1988 legitima esse poder. Com base nessa inferência, desenvolveu-se com uma pesquisa bibliográfica, com o método de abordagem dedutivo. Toda essa inovação e tecnologia empregada pode ser um meio de inclusão social, mas também não há como negar os benefícios sociais desse processo em um sistema capitalista. Nesses termos, a biopolítica e o biopoder são formas de controle social e geradores de benefícios sociais. O ambiente virtual pode ser utilizado para vigilância e controle dos indivíduos e da população, como relação de poder e de dominação segundo Foucault, bem como forma de resistência dos corpos em multidão segundo Negri.

Palavras-chave: biopolítica; capitalismo; Foucault.

ABSTRACT

This article aims to analyze the presence of control and resistance forms in the virtual environment throughout the lenses of Foucault lessons. The justification and the relevance of this research is intertwined with the fact that the virtual environment is nowadays inseparable from daily life. Foucault is innovative by detaching himself from the idea that power belongs to the State, group, or person, he understands it as a phenomenon that is not

- 1 Advogado, Mestrando em Direito pelo PPGD UNIMAR - Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília com Bolsa CAPES. Pós-graduando em Advocacia Cível pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7508246773614280>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5803-1465>.
- 2 Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália, Doutor em Direito - Função Social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito, Mestre em Direito - Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente, Especialização em Direito Processual Civil e Especialização em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Professor permanente do PPGD UNIMAR - Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília. Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/6172363354073594>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SANTOS, Mário Gonçalves dos; GODOY, Sandro Marcos. Do poder soberano à biopolítica: as formas de controle e de resistência no ambiente virtual. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 212-226, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9273>.

localized but that runs through bodies. He questions why people obey too much and seeks to analyze how the relations of power work in three moments throughout history: sovereign power, disciplinary power, and biopower. Based on this inference, it was developed with a bibliographic research, with the deductive approach method. Capitalism served as a terrain for the use of biopolitics, the model which is adopted in the Federal Constitution of 1988 legitimizes this power. All this innovation and technology employed can be a means of social inclusion, but there is also no denying the social benefits of this process in a capitalist system. In these terms, biopolitics and biopower are forms of social control and generators of social benefits. The virtual environment can be used for surveillance and control of individuals and the population, as a relationship of power and domination according to Foucault, as well as a form of resistance of bodies in a crowd according to Negri.

Keywords: biopolitics; capitalism; Foucault.

1. INTRODUÇÃO

O filósofo Michel Foucault rompe a lógica até então estabelecida de que o poder está localizado e começa a compreender como algo que é disseminado na sociedade, ele estuda o desenvolvimento do poder ao longo da história, em três momentos distintos: poder soberano, poder disciplinar e biopoder/biopolítica.

Para entender o sentido de poder em Foucault, não se deve analisar poder como uma relação hierarquizada, é necessário partir de uma análise ascendente, das micro-relações de poder, como as técnicas se transformaram, mas não são excludentes, em cada período, como diferentes produções de verdades de acordo com cada época.

Objetivo do presente artigo é analisar a partir das relações de poder estabelecidas por Foucault, as formas de controle e de resistência da população praticadas hodiernamente na sociedade, por meio das novas tecnologias, especificamente, o ambiente virtual.

O problema da pesquisa: qual o papel das novas tecnologias nas relações de poder, são formas de controle ou de resistência?

O trabalho será exposto da seguinte forma: no primeiro capítulo será abordado o poder e as suas formas segundo o filósofo, abrangendo como foi estudado e transição do poder soberano ao biopoder/biopolítica; no segundo título uma abordagem da ordem econômica da Constituição Federal de 1988 para contextualizar o porquê da adoção do capitalismo e como isso contribui para as relações de poder; no terceiro parágrafo uma análise de como o ambiente virtual pode ser um mecanismo de controle, mas, também, uma forma de resistência.

A metodologia utilizada será pesquisa bibliográfica em artigos científicos, revistas e livros, (inter)nacionais, com autores especializados na temática, com base no método dedutivo e pesquisa qualitativa.

2. PODER E AS SUAS FORMAS SEGUNDO FOUCAULT

O indivíduo é governado de forma excessiva, desde o nascimento até a sua morte, gerida pela estatização da vida pelo Estado na biopolítica, e durante esse percurso é vigiado pelas

instituições, os quais o disciplinam, com a vigilância hierarquizada e a sanção normalizadora, como forma de “adestramento” para criar corpos dóceis e úteis.

Segundo Rocha (2020) o filósofo francês compreende que o grande problema do século XX é que as pessoas são governadas de forma demasiada. Na visão de Foucault é importante a luta contra as formas de sujeição, por isso buscou não estabelecer uma teoria do poder ou estudar as características de quem exerce, mas, sim, os mecanismos de dominação.

Observa-se o controle demasiado da população, e dentre outras preocupações ao longo de suas obras, Foucault dedicou-se na análise do poder, todavia, não há nenhuma obra sistematizando o tema, são escritos esparsos, com um diferencial, fugindo de uma análise tradicional com apenas aspectos negativos, como, por exemplo, via violência, englobando também em outras formas mais sutis (Maia, 1995).

O filósofo Foucault identifica o poder como relações de poder, presentes em todos os espaços, bastando que haja dois ou mais indivíduos juntos, relações que passam despercebidas, em que a sua percepção fica mais visível quando é exercida pelo Estado (Rocha, 2020).

Poder pode ser entendido como exercício de ações sobre ações, como elemento essencial a liberdade, ou seja, ações sobre sujeitos livres, não existindo relação de poder, por exemplo, na escravidão. E, quem exerce uma ação sobre outro objetiva a manutenção do privilégio e acumulação de lucro. Já no tocante a sua forma, pode ser exercido por ameaça, disparidade econômica, por sistemas de vigilância e com ou sem meios tecnológicos (Foucault, 1982).

É necessário aludir algumas premissas levantadas por Foucault: o poder não está localizado em um grupo ou em uma pessoa, não está somente na relação do sujeito com o Estado; não se busca analisar o poder criando uma teoria, inclusive, desconsidera a teoria da soberania, busca-se, então, analisar os mecanismos de dominação, com uma linha do tempo dividida em três momentos: poder soberano, poder disciplinar e biopolítica.

Foucault (2005, p. 34) engendra o pensamento de “não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciça e homogênea – dominação de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras”. Em sua análise, o poder não é um fenômeno localizado e global, conforme preconizava Marx na ideia dominação de classes e o Estado detentor do poder, e sim como um fenômeno difuso, transitando pelo corpo das pessoas e exercido em diversas camadas, tanto nas relações de empregador e empregado, quanto marido e mulher, pais e filhos e etc.

O poder é desvencilhado da soberania e mormente estudado como mecanismo de dominação, leciona Foucault (2005, p. 40) “É preciso estudar o poder fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado; trata-se de analisá-lo a partir das técnicas e táticas de dominação”.

Nessa senda, verifica-se o contraste do pensamento de Foucault com os contratualistas e o marxismo:

Independentemente de sistemas políticos, regimes ou modos de produção, a originalidade da concepção de Foucault está exatamente em fugir aos padrões que veem essas instituições e seus dispositivos disciplinares como determinações do poder político-jurídico único centralizado (Rocha, 2011, p. 47).

Em uma das indagações apontadas pelo filósofo em sua aula “*Em defesa da sociedade*”, pode se extrair o paradoxo a partir do contrato social pactuado pelos indivíduos delegando a sua proteção a um terceiro, com objetivo de garantia da liberdade, entendida como vida e propriedade privada, entretanto, como é possível o soberano constituído para proteger a vida, exercer o poder sobre ela para dissipá-la, conforme a sua conveniência (Foucault, 2005).

A primeira estrutura de poder aludida por Foucault foi o poder soberano que ocorreu na sociedade pré-capitalista, em que a dominação era exercida pelo monarca com os seus súditos pela força e imposição sobre o corpo individual, possuindo o controle sobre a vida dos governados, porquanto era o rei decidia quem iria viver e quem iria morrer, o “deixar viver e fazer morrer”, sem uma política de manutenção da vida.

O poder régio era absoluto e a dominação exercida pelo monarca sobre os súditos era exercida com fulcro na obrigação legal de obediência ao soberano, o sistema do direito era centralizado no rei, cuja dominação era erigida sob a premissa da soberania (Foucault, 2005).

No poder soberano o monarca exerce sobre os súditos de forma absoluta, como por meio da punição com castigos em espetáculo público, com objetivo de inibir novas transgressões e manutenção do temor e obediência (Foucault, 1987).

Com o surgimento do capitalismo no século XVIII, sucedeu o poder disciplinar, com novo mecanismo de relação de dominação, tornando os corpos dóceis e úteis para o trabalho, contando com instituições como a escola, o quartel, as fábricas, as clínicas, as prisões, dentre outras.

Com a disciplina mecanismo de poder voltado a tornar os corpos úteis e dóceis no sistema capitalista, um exemplo é o fim pena de morte, que passa a ser descartada, não pela benevolência do Estado, mas por necessidade de reinserção do indivíduo na sociedade como mão de obra, nesse sentido, Foucault (1987, p. 24) “[...] como o sistema industrial exigia um mercado de mão-de-obra livre, a parte do trabalho obrigatório diminuiria no século XIX nos mecanismos de punição, e seria substituída por uma detenção com fim corretivo”.

De maneira acurada assemelha-se a prisão com outros mecanismos disciplinares, a exemplo da escola (Foucault, 1987). Apesar do choque com esse pensamento, ao realizar uma análise, observa-se que as mesmas regras previstas nos dois modelos, como: horário das atividades controladas, indivíduos confinados de forma organizada e vigilância hierarquizada. O alinhamento das mesas dos alunos, com a mesa maior do professor ao centro remete a hierarquia, vigiando todos.

O terceiro momento é a biopolítica, no século XIX e XX, muda-se a lógica “para fazer viver e deixar morrer”, por meio de política estatal com base na biopoder, com utilização da biologia, matemática, economia, dados demográficos, endemias, políticas de natalidade, censo, etc., exemplo atual da pandemia do Coronavírus, Sars-CoV-2 (COVID-19), o isolamento social, a vacinação e utilização de máscara, ou seja, medidas de higiene e sanitárias, com fulcro na manutenção da vida, exercendo o controle dos corpos em multidão, poder sobre a população.

No poder disciplinar há uma anátomo-política do corpo com o binômio docilidade e utilidade, e na biopolítica utiliza-se o corpo como espécie, a partir de fatores biológicos. Dessa maneira, as técnicas não são excludentes, porquanto os instrumentos utilizados são diferentes. A diferença da disciplina para biopolítica é observada:

Ao que essa nova técnica de poder não disciplinar se aplica é – diferente da disciplina, que se dirige ao corpo – a vida dos homens, ou ainda, se vocês preferirem, ela se dirige não ao homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo; no lime, se vocês quiserem, ao homem espécie [...] (Foucault, 2005, p. 289).

Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população [...] (Foucault, 2005, p. 297).

Comparando os mecanismos de poder, Castro (2015, p. 103) predica “enquanto o poder soberano expõe a vida à morte, o biopoder, em contrapartida, se exerce de maneira positiva sobre a vida, busca administrar e aumentar suas forças, para distribuí-las em um campo de valor e utilidade”.

A diferença entre a disciplina e o biopoder é que a primeira ser uma tecnologia está voltada ao corpo individual, para adestramento, já a segunda está direcionada a população, em ações que visam a extensão da vida. Na transição do poder disciplinar para o biopoder, não há um abandono da tecnologia anterior, aliás, ambas estão presentes na sociedade contemporânea. Por exemplo: na pandemia do COVID-19, no ano de 2020, o Governo do Estado de São Paulo, utilizou os dados de rastreamento das empresas de telefonia privadas para monitorar as multidões, a fim de dissipá-las e acabar com aglomerações (Cruz, 2020) visando o distanciamento social.

No poder disciplinar objetiva a disciplina (do corpo individual), diferente da biopolítica, que se busca a regulamentação (da população), para finalizar:

Historicamente, não há uma sucessão desses diferentes dispositivos, mas uma simultaneidade. O que muda de uma época a outra é o modo em que essas diferentes formas de exercício do poder se relacionam entre si e, no contexto desse jogo, qual desses dispositivos cumpre a função dominante (Castro, 2015, p. 110).

A mudança de paradigma do poder régio na idade média para uma sociedade de governo com poder limitado, com organização voltada à produção e geração de riqueza, decorre do liberalismo, com o poder disciplinar como supedâneo para o capitalismo.

O filósofo italiano Antonio Negri aduz que o poder contemporâneo não se concentra apenas em instituições políticas e econômicas, mas também na vida biológica e social das pessoas. Nesse sentido, embora haja divergências entre os pensamentos de Negri e Foucault, é notório que ambos convergem na análise das estratégias de poder na sociedade contemporânea, com ênfase na importância da biologia e da vida para o funcionamento do poder destacando a críticas as formas de controle social, nesse sentido, são importantes para entender as formas contemporâneas de poder e a sua resistência.

Os termos biopoder e biopolítica, até então empregados por Foucault como sinônimos, são distinguidos Negri (2008) sendo que, o biopoder assume o domínio sobre a vida por meio de dispositivos e tecnologias de poder parte da governabilidade capitalista das relações sociais, no entanto, a biopolítica resulta quando a análise crítica do poder, e é engendrada a partir das experiências de subjetivação e libertação, em resumo, biopolítica é o exercício pela vida de sua resistência em face dos biopoderes.

No tocante a análise do poder é o pensamento em contrataste, porquanto Foucault leciona que as relações de poder que atuam em diferentes instituições e práticas sociais, aduzindo que o poder é exercido de forma difusa e está presente em todos os aspectos da vida social. Noutro giro, para Negri essa análise implica como uma relação entre classes sociais, desse modo, o autor alega que poder é exercido pela classe dominante para controlar e explorar a classe trabalhadora.

Por fim, no tocante a resistência, Foucault emerge das relações de poder, ou seja, é intrínseca. Já Negri argumenta que a resistência é uma força externa ao poder, que advém da multidão, sendo o autor uma grande referência, no que se refere a sua análise provocativa da política contemporânea e do potencial de ação coletiva como resistência.

3. ORDEM ECONÔMICA E CAPITALISMO COMO TERRENO PARA BIOPOLÍTICA

Conforme supracitado, a biopolítica atua sobre a vida, especificamente, a vida da população, como uma massa, de modo a regulamentar e normatizar, não sendo exclusiva no modo capitalista de produção, mas nesse modelo engendra um terreno fértil para a biopolítica.

Nesse diapasão, Foucault leciona:

Este biopoder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos (Foucault, 1988, p. 131).

O filósofo em suas obras questiona o excesso de obediência pelos indivíduos e de governança sobre eles, e em alguns casos, fica clara a relação de poder, como no poder régio, em que a morte em praça pública para controle é facilmente entendida como mecanismo de dominação, entretanto, há formas mais sutis que passam despercebidas, nesse caso, faz um alerta sobre o biopoder para normalização da população:

[...] as Constituições escritas no mundo inteiro a partir da Revolução francesa, os Códigos redigidos e reformados, toda uma atividade legislativa permanente e ruidosa não devem iludir nos: são formas que tomam aceitável um poder essencialmente normalizador (Foucault, 1988, p. 138).

No Brasil, por exemplo, a previdência³, saúde⁴ e educação⁵ são deveres do Estado, consagrados na Constituição Federal de 1988 (CF/88) (Brasil, 1988). Porém, nessas áreas essenciais ao biopoder, nos últimos anos ocorreu uma queda vertiginosa do investimento público com congelamento de gastos por meio de emendas constitucionais, sem olvidar nas Reformas Tra-

3 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;

4 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação;

5 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

balhista de 2017 e a Reforma da Previdência de 2019, exemplificando, a mudança do regime celetista para pessoa jurídica, sem a responsabilidade de arcar com encargos trabalhistas e sociais, no que se refere às relações de trabalho, há uma falsa sensação de liberdade, quando, na verdade, ocorre uma precarização do trabalho.

O poder como ações sobre ações, é verificado no *lobby* da saúde, que até a eleição de 2014, quando era juridicamente permitido o financiamento por pessoa jurídica, as empresas privadas de saúde destinavam doações a candidatos que integravam a “bancada da saúde”, quiçá, isso possa embasar, a transferências das atividades geradores de biopolíticas para iniciativa privada. Qual é o interesse de um plano de saúde privado em eleger um parlamentar? Verifica-se nesse exemplo, a sutileza da dominação, que muitas vezes, passa despercebida.

Instituições públicas que exercem a função de disciplina e vigilância, como hospitais, escolas e prisões são agora administradas privadamente como empresas que visam o lucro, desse modo, a formulação de políticas governamentais está cada vez mais sob a influência do interesse privado.

Esse cenário pode ser explicado pelo modelo econômico de economia de mercado capitalista adotado na CF/88, porém não se olvidou da questão social, o que se verifica é um Capitalismo Social, em que o desenvolvimento econômico ocorre com responsabilidade. Para Lima, Magalhães e Fernandes (2021) deve haver um equilíbrio harmônico entre o crescimento econômico e desenvolvimento humano.

Silva (2005, p. 788) leciona que “Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem econômica.” Completando o raciocínio, “a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada, porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal (Grau, 2009, p, 194).

Entrando no campo da economia, para Adam Smith e a teoria clássica o mercado se autorregula pela “mão invisível” e o Estado não deve interferir, já na visão dos Keynesianos o Estado deve intervir porque a “mão invisível” só funciona quando a economia está em equilíbrio, intervenção é necessária por meio da política fiscal e monetária, visto há áreas que o capitalismo não consegue alcançar, caracterizando assim o *Welfare State* (Brue; Grant, 2016).

Observa-se que há traços tanto do liberalismo, como exemplo princípio da livre iniciativa no art. 170, caput da CF/88, quanto do keynesianismo, quando no art. 170, VIII, CF/88, busca do pleno emprego, ambos previstos no capítulo de ordem econômica. Porém, é necessária cautela para não incorrer no erro levantado por Grau (2009, p, 194) “[...]nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista.”

Nesse diapasão, se encaixa perfeitamente a explicação da atuação do Estado na economia por Lima, Magalhães e Fernandes:

Ao comparar o Estado Mínimo e o Estado Interventor verifica-se que um é oposto ao outro e suas aplicações demonstraram imperfeições ao longo do tempo. O capital e o social são vértices que não podem se anular por meio de sobreposição. Como alternativa a esses modelos de Estado, surge o Estado Regulador (Lima; Magalhães; Fernandes, 2021, p. 608).

Para uma melhor compreensão, explica Eros Grau (2009, p. 196) que “Todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade”. Sendo assim, deve-se fazer uma análise da Constituição em sua totalidade e não de forma fragmentada.

A livre iniciativa deve ser a premissa para intervenção estatal, mas sempre respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e demais princípios garantidores na CF/88.

É dever do Estado atuar como agente normativo, regulador e fomentador na atividade econômica (Art. 194, CF/88), para criar um ambiente em prol da livre iniciativa e que de forma richote: com mais empresas – mais empregos, maior valorização do trabalho e mais dignidade humana.

Conforme Bandeira de Mello (2008, p. 789) a interferência na ordem econômica ocorre apenas de três formas: poder de polícia (fiscalizando); atuação própria no meio empresarial (exceção); com incentivos à iniciativa privada (benefícios fiscais e financiamentos).

Conforme exposto, bem como a Constituição Federal, bem como a política econômica brasileira é erigida no capitalismo e, exceto se houver uma violação aos direitos consagrados na Carta Magna, bem como os princípios da ordem econômica, previstos no caput e incisos do art. 170 da CF/88⁶, exemplificando: afronta a dignidade da pessoa humana, destruição do meio ambiente, concorrência desleal, práticas lesivas aos consumidores, etc., o Estado deve intervir na economia.

Todavia, é importante ressaltar que devido ao pagamento de juros da dívida pública cujo valor hoje alcança trilhões, a prioridade nesse aspecto faz o Brasil dissociar-se dos objetivos e princípios da República e da Ordem Econômica.

4. DUALIDADE DA VIRTUALIZAÇÃO DA VIDA: CONTROLE E RESISTÊNCIA

O mito de que leite com manga pode causar é morte, derivado do conhecimento popular, é um tabu antigo e aceito até os dias atuais, sem nenhuma comprovação científica, mas por que existe esse mito? E por que as pessoas ainda acreditam? A resposta pode estar no fenômeno do poder, na época dos senhores de engenho, os dois alimentos estavam à disposição dos escravos, pois eram eles que cuidavam da terra e ordenhavam as vacas, e como forma de inibir o consumo, foi criado o mito de que leite com manga pode ocasionar morte, controlando,

6 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

assim, os corpos dos escravos. Fenômeno igual foi vislumbrado por Foucault com a masturbação, entendida pela ciência como um ato que poderia levar à loucura, quando, na verdade, era apenas para inibir esse tipo de comportamento.

A partir dos casos mencionados, se verifica a sutileza nos meios de controle exercidos sobre o corpo, inibindo comportamentos dos indivíduos, que apenas seguem o que lhe é imposto sem questionar, que são difundidos mesmo sem a utilização dos meios de comunicação em massa.

Já no contexto da tecnologia, hodiernamente o mundo vive em constante transformação e por causa da com a globalização e a democratização do acesso às inovações tecnológicas, ferramentas como internet das coisas (*IoT*), inteligência artificial, os mercados da criptomoe-das e outras tecnologias com *blockchain*, as plataformas de economia compartilhada, bancos digitais e o mais novo e ainda em construção universo digital do Metaverso, são exemplos de inúmeros avanços que cada vez mais se tornam acessíveis à população, e segundo objetivo do trabalho podem ser utilizados como meio de controle sobre os indivíduos ou meio de resistência, a depender do modo como as tecnologias são empregadas.

A tecnologia passou a fazer parte do cotidiano das pessoas de forma natural e essa necessidade de acesso ao mundo digital se tornou ainda mais vital tanto para as pessoas como consumidores quanto para as empresas, devido à pandemia do COVID-19, momento em que as restrições sanitárias impostas pelos órgãos competentes de saúde se mostraram necessária para conter o avanço da doença, como o distanciamento social e a proibição temporária do atendimento presencial nos comércios.

Conforme a revista *The Economist* (2017) o recurso mais valioso do mundo não é mais petróleo, são os dados, não por acaso, as empresas mais que figuram entre as mais valiosas do mundo são do segmento tecnologia e utilizam dados como ativo.

Com a mineração de dados no *big data*⁷ é possível a criação de milhares de bancos de dados, com alto processamento de dados em alta performance, os algoritmos permitem que conforme as preferências do usuário, criem-se padrões de comportamento e com eles são possíveis identificar os comportamentos futuros similares e oferecer produtos homogêneos (Bioni, 2020).

Os dados se tornaram ativos e empresas alcançam grandes patamares no mercado com negócios baseados na coleta e uso comercial de dados, porquanto com eles as empresas podem desenvolver novos produtos, melhorar os já existentes e reduzir os custos.

Hodiernamente é comum o acesso em uma plataforma digital na barra de pesquisa e, logo após, aparecer propaganda direcionada em formas de anúncio, isto ocorre porque o algoritmo identifica o objeto e reproduz produtos similares conforme o perfil do usuário, tudo isso é possível com anuência do usuário, que ele às vezes desconhece, mas que é validado quando a aceita os termos de uso.

Um problema amiúde ocorreu até o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) de 2018 que entrou em vigência a partir de 2020, antes da legislação as empresas poderiam ceder os dados do usuário como mercadoria, eximidas de responsabilidade e sem anuência do titular das informações, além de não necessariamente ter uma obrigação de ter um tratamento

e destinação correta findo o seu uso, é claro, uma grave violação do direito de privacidade, porém acobertada pela assimetria de informação, principalmente nos mercados de *zero price*⁸.

Pessoa (2020) expõe o problema do século XXI de vigilância correlacionando com os mecanismos utilizados no século passado:

No século XX, com a profusão das tecnologias de informação e comunicação, os mecanismos de controle e vigilância, especialmente estatais, aperfeiçoaram-se e se converteram em ferramentas úteis para uma vigilância geral e espalhada, de forma institucional. Na sociedade em rede, a vigilância é líquida, onipresente e, por vezes, passa despercebida pelos vigiados exercendo sobre estes um controle sobre as formas de viver. E, em sentido inverso, os sujeitos acabam renunciando direitos e garantias fundamentais, em particular a privacidade, quando do fornecimento de informações pessoais para acessar produtos e serviços, contribuindo para uma economia de vigilância e circulação de dados, muitas vezes sem verdadeira consciência das implicações e dos impactos dessa subjetivação tecnológica (Pessoa, 2020, p. 21-22).

Conforme Walker, Fleming e Berti, (2021, p. 27) “Empregamos a noção de biopolítica ou biopoder para examinar a maneira como os algoritmos moldam as possibilidades políticas de participantes sob o capitalismo de plataforma” (tradução nossa), os autores ainda alertam para ascensão do “capitalismo de vigilância” que opera usando o monitoramento dos comportamentos dos usuários, empregando essas informações para prever os comportamentos futuros para fins de marketing.

A lógica do capitalismo sempre foi acumulação de lucro, todavia, o capitalismo de vigilância ganhou uma novidade, também é desenvolvido um poder de monitoramento sobre os indivíduos pelas empresas, que conseguem moldar comportamentos voltados para o consumo (Zuboff, 2015).

Saindo da seara do consumo, as redes sociais e meios de comunicação em massa são utilizadas para controle e pressão sobre os indivíduos, o que se tornou prática rotineira, no denominado “cancelamento”. Os métodos de dominação são verificados nas sociedades de controle:

As sociedades de controle também utilizam, a par da sofisticação dos meios, formas tecnológicas avançadas de comunicação de massa. O uso de multimídias eletrônicas e o desenvolvimento de dispositivos renováveis de interação entre indivíduos, se por um lado incentivam os espectadores a renovarem suas energias comunicativas, por outro se constituem como armadilhas para renovar o aprisionamento em redes de perscrutação e controle mundiais (Rocha, 2011, p. 56).

Pactuando do mesmo entendimento:

Sociedade contemporânea acaba por se utilizar de outros meios para expandir os meios de controle social. A associação entre Estado e tecnologia é uma das maneiras características para se fazer um domínio invisível das pessoas através dos recursos tecnológicos existentes, como jornais eletrônicos, redes sociais e programas de computador. Isso indica que os avanços tecnológicos da época contemporânea criam um tipo de poder que não pode facilmente ser identificado e contribui para o controle estatal dos indivíduos dentro da sociedade. É o que Foucault caracterizou como sociedade disciplinar, construída em cima de punição, vigilância e normas estatais sobre os indivíduos. Dessa

8 Mercados de preço zero não aqueles em que o usuário não paga nenhuma taxa para utilizar o conteúdo, exemplos são: Google e Facebook.

forma, as tecnologias que poderiam ser recursos para propagar as liberdades individuais, acabam por se tornar um meio de expansão de controle do Estado (Rocha; Godoy, 2019, p. 181).

No contexto de pandemia, a restrição física imposta pelo isolamento social, com atividades transferidas para o *home office* ou até mesmo as demissões dos empregados não essenciais, como medida de controle social, também culminou no aumento da prática de violência doméstica, a qual em inúmeros casos foram denunciados nas redes sociais.

Conforme trabalho de Wermuth, Mori e Pires (2021), como já supramencionado e esperado, a pandemia ocasionou no aumento da violência doméstica contra a mulher, problema que já era amiúde. Nesse contexto, as redes virtuais foram importantes, uma vez que, com o distanciamento social, criou-se redes de apoio para as mulheres que se encontravam fisicamente sozinhas.

Em uma sociedade cada vez mais polarizada e conectada, os discursos ódios são banalizados, e utilizados como mecanismo de controle nas redes sociais, o que denota um comportamento negativo, porém, não se pode olvidar que, por outro lado, as redes sociais também são uma ferramenta de resistência contra os discursos de ódio (Machado; Dias; Ferrer, 2018).

Também não se pode olvidar que no período pandêmico e eleitoral, a utilização das *fake news* foi massiva, visando influenciar a opinião pública, o que culminou em projetos de lei visando a sua criminalização.

Hodiernamente, discute-se a questão da regulação das mídias sociais, com fulcro eventos traumáticos, como a depredação do patrimônio na praça dos Três Poderes em Brasília em 8 de janeiro por manifestantes organizados pelas redes. E, também, os ataques as escolas em São Paulo em março de 2023 e Blumenau em abril do mesmo ano, em que as imagens rapidamente circularam nas redes sociais e criou-se um efeito “contágio”, estimulando outros ataques ao redor do país.

Em contrapartida ao controle das redes sociais, exorta para a reflexão:

Ora, se dentre o regime de liberdades previsto constitucionalmente dentre os direitos fundamentais, a liberdade de expressão e consciência estão presentes, como se falar em tolhimento ao exercício dessa liberdade por meio do controle das redes sociais?

O problema da intervenção estatal sobre as redes é desenvolver uma questionável tática de exercício do biopoder sobre o trabalho imaterial, que, sob a égide de um discurso voltado para a segurança, venha a limitar repressivamente o alcance dessas redes, sob o pretexto de combater uma suposta ilegalidade, de grupos ou redes que, ao defender a resistência, estariam de alguma forma abalando os pilares de uma determinada ordem estabelecida (Alves, 2013, p. 39).

Noutro giro, o uso das redes sociais como forma de resistência, mais especificamente, um dos grandes expoentes foi a transformação provocada pela primavera árabe nos países do Oriente Médio: Mohamed Bouazizi era um vendedor ambulante na cidade de Sidi Bouzid, na Tunísia, cuja época era governada a 23 anos pelo presidente Zine el Abidine Ben Ali, nesse contexto, Bouazizi era constantemente pressionado pela polícia local por trabalhar sem autorização, em 17 de dezembro de 2010, após ter a sua mercadoria confiscada pelo polícia,

Mohamed foi até a sede do governo para reaver os seus produtos, porém não foi recebido, momento então que o trabalhador ateou fogo em seu corpo na frente do prédio do governo como forma de protesto, falecendo em 4 de janeiro de 2011. No dia seguinte a sua morte as imagens correram o mundo pelas mídias sociais, chamando atenção do mundo e causando uma onda de protestos que começaram na Tunísia, forçando o Bem Ali a fugir do país e buscar asilo na Arábia Saudita e nunca mais retornou, falecendo em 2019 no exílio (Simões, 2021).

O que parecia um evento isolado, tomou proporções mundiais e ocasionou em uma onda de protestos nas nações árabes, destituindo seus líderes ditadores e nas monarquias represoras e abrindo portas para democracia, com a queda posterior do presidente do Egito, e do ditador Muammar Khadafi, que inclusive foi morto. Ocorreu a resistência como soma dos corpos em multidão, conforme preconiza Negri (2008).

Howard *et al.* (2011) monitoram com coletas de dados sobre as mídias sociais do *Twitter*, *Facebook* e *Youtube* nos eventos da primavera árabe e concluíram que elas foram fundamentais em três aspectos: as mídias sociais desempenharam um papel central na formação dos debates políticos na primavera árabe; um aumento nas conversas revolucionárias *on-line* muitas vezes precedeu grandes eventos no terreno; por fim, as mídias sociais ajudaram a difundir ideias democráticas através das fronteiras internacionais.

Outros exemplos marcantes como o assassinato do norte-americano George Floyd em 2020, em um ato racista da polícia americana, graças a grande proporção nas mídias sociais, com protestos e pressão popular, culminou na prisão do policial agressor e pressionou o Governo Americano para uma reforma do sistema policial americano editando novas legislações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foucault em suas obras conclui que o poder não é algo que está localizado no Estado, em uma pessoa ou um grupo, mas é um fenômeno que circula entre os corpos em sociedade, dessa maneira, dividiu as relações de poder em três momentos, que não são excludentes: o poder soberano, o poder disciplinar e o biopoder/biopolítica. A primeira forma é caracterizada pelo poder régio sobre os súditos, poder é conquistado por meio da violência na lógica de “fazer morrer e deixar viver”, em um segundo momento aplica-se a disciplina nos corpos individuais pelas instituições para tornar os corpos dóceis e úteis para o capitalismo, em seu último estágio, biopoder, ocorre a normatização da vida, poder não é aplicado mais sobre o corpo individual, mas sim sobre a população por meio do biopoder, ou seja, poder sobre a vida, com políticas públicas que exercem a função de “fazer viver e deixar morrer”.

Conforme lecionado por Foucault, o capitalismo foi base para as relações de poder. A ordem econômica da Constituição Federal de 1988 é erigida no modelo capitalista de economia de mercado, portanto, possui como princípio basilar a livre iniciativa, o que legitima atuação das empresas como protagonistas na economia brasileira, dessa forma a intervenção estatal é feita de modo excepcional, quando ocorrer uma violação aos princípios englobados na constituição e também aos específicos da ordem econômica.

A pesquisa demonstrou que a tecnologia do século XXI presente no ambiente virtual é utilizada como instrumento de dominação e controle da população no contexto da biopolítica, tanto pelo Estado, como pela iniciativa privada, tornando os corpos dóceis e úteis para o capitalismo no sentido do indivíduo como mão de obra e como consumidor.

O mundo globalizado e cada vez mais digitalizado necessita de um acesso às novas tecnologias para adequar-se à nova realidade, no contexto da pandemia do COVID-19, momento em que as relações foram virtualizadas de forma coercitiva, aumentando o poder de vigilância sobre os indivíduos.

Toda essa inovação e tecnologia empregada pode ser um meio de a inclusão social, mas também não há como negar os benefícios sociais desse processo em um sistema capitalista.

Nesses termos, a biopolítica e o biopoder são formas de controle social e geradores de benefícios sociais. O ambiente virtual pode ser utilizado para vigilância e controle dos indivíduos e da população, como relação de poder e de dominação segundo Foucault, bem como forma de resistência dos corpos em multidão segundo Negri.

Com o mundo conectado em tempo real as pessoas são cada vez mais vigiadas e controladas, mas, também, ações que causam impactos negativos à vida, como corrupção, prejudiciais ao meio ambiente, ataques contra as minorias, podem ser denunciadas, gerando pressão contra os governantes para que adotem políticas públicas com impactos na vida da população.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Antonio. O ativismo popular nas redes sociais pela internet e o marco constitucional da multidão, no estado democrático de direito: Uma discussão prévia sobre participação popular e liberdade de expressão no Brasil, pós-manifestações de junho de 2013. DOI: <https://doi.org/10.5902/2316305414478>. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, p. 16-49, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRUE, Stanley L.; GRANT, Randy R. **História do pensamento econômico**. 8. ed. Trad. Sebastião Neto Ribeiro. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

CRUZ, Patrícia Elaine. São Paulo usará celulares para monitorar aglomerações. **Agência Brasil**, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/sistema-vai-monitorar-aglomeracoes-em-sp-por-meio-de-celular>. Acesso em: 2 set. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. The subject and power. **Critical inquiry**, v. 8, n. 4, p. 777-795, 1982.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HOWARD, Philip N. *et al.* **Opening closed regimes: what was the role of social media during the Arab Spring?** 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595096. Acesso em: 2 set. 2022.
- LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe; FERNANDES, Ana Larissa Delmiro. Os perfis de atuação do estado na economia e o modelo previsto na constituição federal de 1988. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 22, n. 2, p. 591-614, 2021. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1161/891>. Acesso em: 5 set. 2022.
- MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e novas tecnologias: O discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, ano 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515193>. Acesso em: 5 set. 2022.
- MAIA, Antônio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. **Tempo social**, v. 7, p. 83-103, 1995. DOI: <https://doi.org/10.1590/ts.v7i1/2.85208>.
- MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NEGRI, Antônio. **La fábrica de porcelana: Una nueva gramática de la política**. Trad. Susana Lauro. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2008.
- PESSOA, João Pedro Seefeldt. **O efeito Orwell na sociedade em rede: cibersegurança, regime global de vigilância social e direito à privacidade no século XXI**. Porto Alegre, RS: Fi, 2020. *E-book*.
- ROCHA, Dilson Brito da. Considerações sobre a biopolítica em Foucault. **Guairacá - Revista de Filosofia**, v. 36, n. 1, p. 168-180, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/6206>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Michel Foucault e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ROCHA, Luiz Maurício Bentim Menezes da; DE GODOY, Maria Elizabeth Bueno. Contratualismo e biopoder. **PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, v. 12, n. 1, p. 175-182, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/view/4752>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- SILVA, José de Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIMÕES, Rogério. **O que foi e como terminou a Primavera Árabe?** BBC, Londres, 20 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55379502>. Acesso em: 31 ago. 2022.
- THE ECONOMIST. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data**. The Economist, Londres, 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 31 ago. 2022.
- WALKER, Michael; FLEMING, Peter; BERTI, Marco. 'You can't pick up a phone and talk to someone': How algorithms function as biopower in the gig economy. **Organization**, v. 28, n. 1, p. 26-43, 2021. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1350508420978831>. Acesso em: 1 set. 2022.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORI, Emanuele Dallabrida; PIRES, Tatiana Diel. No lar, a "pandemia das sombras": reflexões biopolíticas sobre a violência contra as mulheres em tempos de pandemia no Brasil. **Revista Meritum**, v. 16, n. 4, p. 72-93, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8236>. Acesso em: 24 abr. 2023.
- ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of information technology**, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1057/jit.2015.5>. Acesso em: 1 set. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 09/09/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/10/2022
- Avaliação 1: 03/11/2022

Mário Gonçalves dos Santos e Sandro Marcos Godoy

- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 18/04/2023
- Retorno rodada de correções: 28/04/2023
- Decisão editorial/aprovado: 08/09/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

MEDIAÇÃO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO EM BUSCA DE EFICIÊNCIA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A CÂMARA DE MEDIAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE (CAMEDS)

MEDIATION, TECHNOLOGY AND INNOVATION
IN THE SEARCH FOR EFFICIENCY: A CASE STUDY ON
THE CHAMBER OF MEDIATION IN HEALTH LAW (CAMEDS)

PAULO HENRIQUE GALVÃO MENDES¹

DENISSON GONÇALVES CHAVES²

FERNANDA ARRUDA LÉDA LEITE ZENKNER³

RESUMO

Nos últimos anos, tem-se vivenciado no Brasil um aumento expressivo de demandas judiciais visando à garantia do direito fundamental à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988. Porém, a judicialização da saúde não soluciona o problema da maioria das pessoas, tendo em vista a morosidade da justiça e o próprio acesso à justiça. Dessa forma, a problemática deste estudo cinge-se em avaliar se a mediação é realmente um método que se mostra eficiente à efetivação do direito à saúde. Assim, o objetivo geral desse trabalho é analisar a efetividade da mediação sanitária como uma alternativa mais célere, desburocratizada, econômica do ponto de vista processual e viável como técnica de solução/prevenção de litígios judiciais relacionados ao sistema de saúde pública do município de Imperatriz – MA. Os objetivos específicos estão constituídos de modo a identificar as causas que levam ao alto nível de “judicialização da saúde” no âmbito municipal de Imperatriz-MA, bem como investigar os principais resultados que a mediação sanitária tem obtido como mecanismo apto a reduzir o número de demandas judiciais envolvendo a área da saúde pública no referido ente municipal, por meio das práticas realizadas pela Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS). A abordagem metodológica utilizada foi possível mediante pesquisa de campo, com aplicação de entrevistas

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade IBME-C-SP.

2 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor Assistente I na Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (UFMA); Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa Filosofia Social e Teoria Crítica (UFMA); Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado, Políticas Públicas Educacionais e Democracia (UEMASUL); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Teorias Normativas do Direito (UFPA). Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).

3 Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Goiás (PPGIDH/UFMG). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - PPGDIR/UFMA (Bolsista CAPES). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (Bolsista CNPQ). Foi professora na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA) e na Universidade CEUMA. Foi professora Substituta na Universidade Federal do Maranhão - Campus Imperatriz (UFMA) (2018-2020). Membro do Núcleo Docente Estruturante -NDE (UNISULMA e CEUMA). Pesquisadora no grupo Dialogus - Estudos Interdisciplinares em Gênero, Cultura e Trabalho (UFCAT) e no Núcleo de Pesquisas Jurídicas - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI/UFMA), vinculado ao diretório do CNPQ. Advogada pela OAB/MA.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MENDES, Paulo Henrique Galvão; CHAVES, Denisson Gonçalves; ZENKNER, Fernanda Arruda Léda Leite. Mediação, tecnologia e inovação em busca de eficiência: um estudo de caso sobre a câmara de mediação em direito da saúde (CAMEDS). *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 227-246, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9605>.

semiestruturadas, com perguntas abertas e fechadas, como instrumento de coleta de dados, ministradas junto à Secretaria Municipal de Saúde de Imperatriz –MA (SEMUS), à Secretaria da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz - MA e à Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS), chegando-se à conclusão que, de fato, a aplicação das práticas da mediação sanitária aliada ao uso da tecnologia da informação constitui formidável alternativa para a redução de lides judiciais relacionadas à saúde pública.

Palavras-chave: saúde; direito; judicialização; mediação; CAMEDS.

ABSTRACT

In recent years, there has been a significant increase in lawsuits in Brazil aimed at guaranteeing the fundamental right to health, provided for in the Federal Constitution of 1988. However, the judicialization of health does not solve the problem of most people, in view of the slowness of justice and access to justice itself. Thus, the problem of this study is limited to evaluating whether mediation is really a method that is efficient to the realization of the right to health. Thus, the general objective of this study is to analyze the effectiveness of health mediation as a faster, less bureaucratic, economic alternative from the procedural point of view and viable as a technique for the solution/prevention of judicial disputes related to the public health system of the municipality of Imperatriz - MA. The specific objectives are constituted in order to identify the causes that lead to the high level of "judicialization of health" in the municipal scope of Imperatriz-MA, as well as to investigate the main results that sanitary mediation has obtained as a mechanism capable of reducing the number of lawsuits involving the area of public health in the referred municipal entity, through the practices carried out by the Mediation Chamber in Health Law (CAMEDS). The methodological approach used was possible through field research, with the application of semi-structured interviews, with open and closed questions, as an instrument of data collection, given to the Municipal Health Department of Imperatriz -MA (SEMUS), to the Secretariat of the Court of the Public Treasury of the District of Imperatriz - MA and to the Mediation Chamber in Health Law (CAMEDS), reaching the conclusion that, in fact, the application of the practices of sanitary mediation combined with the use of information technology constitutes a formidable alternative for the reduction of judicial proceedings related to public health.

Keywords: health; right; judicialization; mediation; CAMEDS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, bem como a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), em seus artigos 196 e 2º, caput, respectivamente, preconizam que a saúde é direito de todos, devendo ser provida pelo Estado, que deve garanti-la por meio de políticas econômicas e sociais que visem à prevenção e à redução de riscos de doenças e outros agravos. Dispõem ainda os parágrafos do dispositivo infraconstitucional que há fatores determinantes e condicionantes da saúde, como a infraestrutura, saneamento básico, transporte, dentre outros elementos, que, se não devidamente garantidos pelo Estado, podem levar a disponibilização dos serviços públicos de saúde a uma situação caótica.

Entretanto, a realidade enfrentada é muito diferente da teoria, pois o Sistema Único de Saúde (SUS) enfrenta diversos problemas, que podem ser vistos no dia a dia dos hospitais superlotados, com corredores repletos de pacientes, pessoas em uma longa fila de espera para marcar uma consulta, ou conseguir algum medicamento que deve ser fornecido pelo Estado, dentre outras situações. Sendo em diversas circunstâncias, situação de vida ou morte.

No contexto dessa dura realidade, a intervenção do poder judiciário mostra-se necessária, visto que se figura como um meio de efetivação do direito à saúde e o próprio direito à vida, que, mediante determinações, obriga à Administração Pública a adotar medidas relativas à sua obrigação de fazer.

Porém, sabe-se que embora exista gratuidade da justiça para as pessoas hipossuficientes, a via judicial ainda se mostra como um verdadeiro empecilho dado sua demora em dar uma resposta/solução aos conflitos em questão. Consequentemente, um sistema judiciário moroso e de difícil acesso não se figura como o meio adequado e eficiente na efetivação do direito fundamental à saúde.

Diante desse cenário, urge-se pensar em soluções alternativas para tal problemática, dentre elas tem-se a mediação, ferramenta que vem ganhando destaque nos últimos anos, em especial após o Novo Código de Processo Civil. Neste sentido, a problemática deste estudo gira em torno do seguinte questionamento: a mediação é realmente um método que se mostra eficiente à efetivação do direito à saúde?

Dessa forma, o presente estudo se propõe a fazer uma análise sobre a efetividade da mediação sanitária como uma alternativa mais célere, desburocratizada, econômica do ponto de vista processual e viável como técnica de solução/prevenção de litígios judiciais relacionados ao sistema de saúde pública do município de Imperatriz – MA.

O objetivo geral desse estudo é de analisar a efetividade da mediação sanitária como uma alternativa mais adequada à efetivação do direito à saúde, tomando como base os dados da Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS) que atua no município de Imperatriz – MA.

No tocante aos objetivos específicos, estes estão constituídos de modo a identificar as causas que levam ao alto nível de “judicialização da saúde” no município de Imperatriz – MA, bem como investigar os principais resultados que a mediação sanitária tem obtido como mecanismo apto a reduzir o número de litígios judiciais envolvendo a área da saúde pública no referido ente municipal, por meio das práticas realizadas pela CAMEDS.

A fim de atingir os objetivos propostos, a abordagem metodológica baseou-se em pesquisa de campo, com aplicação de entrevistas semiestruturadas, com perguntas abertas e fechadas, como instrumento de coleta de dados, ministradas junto à Secretaria Municipal de Saúde de Imperatriz – MA (SEMUS), à Secretaria da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz - MA e à Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS), chegando-se à conclusão que, de fato, a aplicação das práticas da mediação sanitária aliada ao uso da tecnologia da informação constitui formidável alternativa para a redução de lides judiciais relacionadas à saúde pública.

O presente artigo encontra-se subdividido em três capítulos principais. O primeiro aborda a questão do acesso à justiça, como uma garantia fundamental prevista na Constituição Cidadã, que pode ser efetivada através da mediação sanitária em alternativa à judicialização da saúde.

O segundo capítulo busca demonstrar como a mediação sanitária pode ser utilizada como novo meio de acesso à Justiça, de modo a constituir-se como uma medida alternativa de resolução de conflitos, ofertando à sociedade e ao próprio Poder Judiciário uma opção à onerosa judicialização da saúde pública.

No terceiro capítulo, é apresentada a Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS), ressaltando sua importância, como se dá seu funcionamento, os principais desafios e seus resultados, a fim de aferir a eficiência da aplicação das práticas da mediação sanitária no âmbito do município de Imperatriz – MA.

2. A MEDIAÇÃO SANITÁRIA E O ACESSO À JUSTIÇA

A excessiva judicialização dos conflitos em matéria de saúde acaba por produzir pungentes onerosidades para o SUS, já sucateado por fatores diversos. Assim, é importante discutir novas alternativas à judicialização da saúde pública, através de mecanismos mais céleres, menos desgastantes e que almejem, sobretudo, o acordo entre as partes antagônicas, como o caso da mediação sanitária, que tem se mostrado uma prática bastante exitosa para eliminar e/ou prevenir conflitos no âmbito da saúde.

É de trivial sabença que o acesso à justiça é uma garantia fundamental estabelecida pela Constituição Federal de 1988. A inafastabilidade da jurisdição, consagrada no inciso XXXV do art. 5º da Carta Constitucional vigente, assegura a todos que tiverem seus direitos ameaçados ou efetivamente lesados o direito de acessar a justiça.

No entanto, conforme bem aduzido por Capelleti (1988), o Judiciário não representa a única forma de resolução de conflitos e, em razão disso, deveriam ser buscados meios alternativos ao sistema judicial formal.

Nesse contexto, ao esmiuçar as três ondas de reformas do Poder Judiciário em sua obra –Acesso à justiça, o autor italiano pondera que

Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes. (Cappelletti, 1988, p. 30).

Conforme abordado alhures, o sistema judiciário tradicional padece de pungentes onerosidades que comprometem o justo e condigno acesso à justiça, principalmente àqueles que se encontram em nítida situação de hipossuficiência. Além disso, é importante ressaltar que a questão financeira não representa a única celeuma que aflige o Judiciário, mas também a morosidade na realização da prestação jurisdicional cria um panorama de descaso com o jurisdicionado, bem como compromete a efetividade dos seus direitos, principalmente quando estes se referem à tutela de demandas urgentes, tipicamente relacionadas à vida e à saúde.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu relatório “Justiça em Números 2018”, mapeou o tempo de tramitação dos processos nos tribunais de todo o país no ano de 2017 e revelou que, em média, as Varas Estaduais levam 2 anos e 6 meses para proferir sentença de um processo em primeira instância, enquanto as Varas Federais levam, em média, 2 anos e 4 meses para proferir a decisão final da fase de conhecimento dos processos judiciais.

Diante dessa dura realidade, é salutar discutir o implemento de novos meios que funcionem como alternativas viáveis à solução de conflitos sem a necessidade de judicializá-los. A

conciliação, a mediação e a arbitragem são as três formas clássicas de resolução extrajudicial de conflitos e que, desde a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, têm sido amplamente difundidas e adotadas para sanar lides diversas.

Sobre o tema, convém registrar o que dispõe o Código de Processo Civil em seu art.3º. Veja-se (Brasil, 2015):

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Dito isso, é conveniente apontar breves distinções entre tais mecanismos:

a) em suma, na mediação, o terceiro limita-se a buscar a composição dos distintos pontos de vista das partes envolvidas na lide, com o intuito de auxiliá-las, por si sós, a chegarem em uma solução consensual que gere benefícios mútuos;

b) na conciliação, o papel do terceiro resulta não somente na composição dos pontos de vista das partes como também deve propor uma solução concreta para dar fim ao litígio;

c) na arbitragem, por seu turno, o terceiro possui o poder imperativo, atuando como juiz e decidindo a causa.

A mediação, objeto central do presente estudo, como método pacífico de gestão de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e pôr fim àqueles iniciados ou reduzir seu alcance.

Conforme aduzem Ramos, Sena e Madureira (2014) um dos principais aspectos da mediação consiste no fato do mediador não ter poder de decisão sobre a lide, incumbindo-lhe tão somente a função de se valer de técnicas e estratégias de diálogo e cooperação, colaborando tanto para a solução quanto para a melhora das relações interpessoais ou institucionais entre as partes, com enfoque principal na restauração do diálogo.

No ordenamento jurídico pátrio, a mediação possui regulamentação própria – Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 - e é regida pelo Código de Processo Civil de 2015. Alguns princípios norteadores desse mecanismo são elencados no artigo segundo da chamada “Lei da Mediação”, dentre os quais, merecem destaque, a isonomia das partes, a informalidade, a autonomia da vontade e a busca do consenso.

Por seu turno, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 165, § 3º, estabelece que:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Brasil, 2015).

Quando o conflito a ser mediado é relativo ao tema saúde, se está diante do procedimento da mediação sanitária. Aprofundando o conceito, convém registrar as palavras de D’Antônio (2016, p. 18-19) que preleciona que:

A mediação não abarca todo e qualquer tipo de conflito, e a mediação sanitária da mesma forma, responde a dados conflitos como aqueles ocorridos entre médico e pacientes, o SUS e seus usuários e os entes federados (municípios, estados e união) entre si. [...] A Mediação pode ser aplicada em casos onde as partes sejam compostas por entes públicos, ou entre o público e o privado e admite flexibilidade em sua forma, o que torna não só possível, mas indicado como método para a resolução de conflitos no âmbito das questões sanitárias, incluindo aquelas oriundas do Sistema Único de Saúde.

Como visto, a atual legislação processual civil, bem como a “Lei da mediação” fomentam os magistrados e demais operadores do direito a utilizarem os meios alternativos de solução de conflitos com o intuito de prevenir a formação de uma complexa e onerosa relação processual, ou mesmo resolver um processo judicial que já esteja em trâmite, tendo em vista a economia, eficiência e celeridade dos métodos de autocomposição.

No que tange à mediação sanitária, é oportuno destacar o caso da Câmara de Saúde da Bahia. Em dezembro de 2016, a referida Câmara teve 100% de aproveitamento⁴ nas sessões de mediação que efetuou. Todos os casos enviados para as sessões de mediação foram resolvidos por meio de acordo, o que contribuiu para atender rapidamente as demandas dos cidadãos por medicamentos sem a necessidade de ajuizar uma onerosa ação no Judiciário baiano.

No âmbito do município de Imperatriz - MA, tal prática vem sendo aplicada pela CAMEDS (Câmara de Mediação em Direito da Saúde), que prestigia-se como uma ferramenta hábil a resolver conflitos atinentes à matéria da saúde pública, reduzindo-se, assim, a necessidade de judicializá-los. Antes, porém, é necessário tecer algumas considerações sobre o panorama da judicialização da saúde no município de Imperatriz-MA, pois como se verá, assim como em todo âmbito nacional, tal fenômeno tem ganhado proporções alarmantes e se tornado prática comum entre os indivíduos enfermos e necessitados de serviços públicos de saúde indispensáveis à manutenção de sua própria vida. Diante da omissão do Poder Público em prestar tais serviços, é frequente as demandas individuais em que se pleiteiam o bem jurídico da saúde perante o Poder Judiciário local.

3. A EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO SANITÁRIA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ – MA

Neste capítulo, inicialmente, se buscará demonstrar como a mediação sanitária pode ser utilizada como novo meio de acesso à Justiça, de modo a constituir-se como uma medida alternativa de solução de conflitos, ofertando à sociedade e ao próprio Poder Judiciário um caminho alternativo à onerosa judicialização da saúde pública. Na sequência, abordar-se-á o contexto da judicialização da saúde no município de Imperatriz - MA, destacando-se as principais causas que levam ao ajuizamento de diversas demandas judiciais individuais que tenham por objetivo o pleito da prestação do direito à saúde.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Câmara de Saúde entra em funcionamento com 100% de acordos na Bahia**. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84122-camara-de-conciliacao-de-saude-alcanca-100-de-acordos-na-bahia>. Acesso em: 23 maio 2022.

Convém ressaltar que a metodologia aplicada para o desenvolvimento deste estudo foi possível mediante a pesquisa de campo, por meio do uso de entrevistas semiestruturadas com perguntas abertas e fechadas. As informações pertinentes à caracterização do panorama da judicialização da saúde pública no município de Imperatriz – MA foram obtidas junto ao Setor de Judicialização da Saúde da Secretaria Municipal de Saúde de Imperatriz – MA (SEMUS) e junto à Secretaria da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz – MA. Quanto aos dados e informações referentes à Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS), que funciona no fórum da Justiça Federal – Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, estas foram fornecidas através de entrevista ao idealizador do projeto, o Juiz Federal Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo.

As entrevistas aplicadas foram utilizadas como ferramentas de pesquisa para coletar os dados concernentes às principais causas que levam ao crescente fenômeno da judicialização da saúde pública, bem como a efetividade da utilização da Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS), prática que promove a “mediação sanitária” como meio alternativo de resolução de conflitos, oferecendo um caminho alternativo ao oneroso fenômeno da judicialização da saúde pública no município de Imperatriz – MA.

3.1 O PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ – MA

Sabe-se que a efetivação do direito à saúde parece ser, muitas das vezes, inviável, mormente as situações em que muitos indivíduos chegam a um hospital público e se deparam com a insuficiência de medicamentos, a falta de tratamentos médicos adequados, assim como a estarrecedora cena de verem todos os leitos ocupados, restando-lhes como última opção receber o atendimento médico pelos corredores, cena esta que, inclusive, é bastante comum no principal hospital público do município de Imperatriz/MA - “Socorrão” - ressalte-se. Estes e outros casos comprovam que o Poder Público não possui recursos suficientes para atender a todas as demandas, principalmente as de altíssimo custo.

No âmbito do município de Imperatriz – MA, por exemplo, corriqueiramente, pacientes de toda a região tocantina e Estados vizinhos buscam serviços de saúde na cidade, o que gera bastante dificuldade para o referido Ente atender a todas as demandas em tempo adequado. No entanto, não se pode olvidar que o Ente Municipal também padece de uma postura omissa quanto à prestação de tais serviços. O Ente Federado já foi condenado tanto em demandas individuais quanto coletivas a prestar serviços e insumos de saúde à pacientes.

Embora parte considerável das decisões judiciais seja atendida pela Administração, há aquelas em que o Município não consegue cumprir, normalmente em razão da indisponibilidade do serviço na rede, o que leva o Ente Municipal a se socorrer na reserva do possível. Exemplificando, cite-se as cirurgias cardíacas que mesmo quando a Justiça determina que o Município realize o procedimento, este não dispõe de recursos para cumprir a ordem visto que o Hospital Municipal de Imperatriz não está habilitado a realizar esses tipos de procedimentos. Assim, o Ente Municipal sempre acaba incorrendo no descumprimento da obrigação de fazer a que foi condenado, o que gera graves prejuízos para os cofres públicos, demasiadamente onerados em razão da aplicação de multas judiciais, o que configura outra notável desvantagem do crescente fenômeno da judicialização da saúde pública.

De acordo com informações do Setor de Judicialização da Saúde da SEMUS, o volume de processos judiciais envolvendo a saúde e o ente municipal tem se multiplicado. Na maioria das vezes, o Município é inserido no rol de réus e condenado ao pagamento de serviços, procedimentos e medicamentos em virtude da morosidade ou mesmo omissão na prestação de tais serviços. Há que se ressaltar, todavia, que o município de Imperatriz - MA acaba por responder também pelas falhas na prestação de políticas públicas de saúde que são de competência de outros entes, como Estados e União. Nesse contexto, a excessiva e, por vezes, equivocada responsabilização da Administração Municipal acaba por trazer várias consequências, desde a ineficiência da rede de Atenção à Saúde até o esvaziamento dos cofres municipais.

Assim, ao se fazer uma detida análise do panorama da prestação dos serviços públicos de saúde de Imperatriz – MA, constatam-se vários problemas que fomentam os pacientes, que procuram por atendimentos médicos e outros serviços de saúde no Município, a buscarem cada vez mais o Poder Judiciário, a fim de verem satisfeita a promessa constitucional de uma saúde pública acessível, integral e gratuita. Porém, convém esclarecer que há fatores diversos que contribuem para o aumento das demandas judiciais envolvendo a matéria da saúde no Município que são desencadeados tanto por condutas desarrazoadas do Poder Público quanto dos próprios pacientes.

Conforme informado pela SEMUS, uma das causas identificadas que fomentam a judicialização da saúde no município de Imperatriz – MA consiste em uma corriqueira prática de pacientes que utilizam a saúde privada para a realização de consultas e, ao terem prescritos exames e/ou procedimentos de alto custo, demandam judicialmente a Administração Pública, sem serem submetidos a atendimento prévio com médico do SUS.

Outro problema enfrentado pelo Município no que tange à prestação de serviços públicos de saúde refere-se à constante migração de pacientes de toda a região tocantina buscando atendimento médico na cidade. É comum o registro de atendimentos de pacientes oriundos dos Estados do Pará e Tocantins buscando atendimento médico especializado na rede pública de saúde de Imperatriz - MA.

O Hospital Municipal de Imperatriz - MA é um hospital bastante demandado, pois atende não só pacientes do Município, mas também todos os habitantes da macrorregião de Imperatriz - MA e Bico do Papagaio, que buscam, essencialmente, cirurgias, consultas, exames, medicamentos e tratamentos médicos, o que causa um demasiado número de atendimentos de toda natureza. De fato, corriqueiramente, pacientes de toda a região tocantina e Estados vizinhos buscam serviços de saúde na cidade de Imperatriz - MA, o que gera bastante dificuldade para o Município atender todas as demandas em tempo adequado.

No entanto, não se pode olvidar que o Município também padece de uma postura omissa quanto à prestação de tais serviços. O ente federado já foi condenado tanto em demandas individuais quanto coletivas a prestar serviços e insumos de saúde à pacientes, como provam, a título de exemplo, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do Município no ano de 2019⁵, pleiteando, a continuidade de cirurgias e demais serviços de urgência e emergência para os usuários do SUS.

5 G1 MA. MP entra com ação contra o risco de paralização de cirurgias em Imperatriz. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2019/07/03/mp-entra-com-acao-na-justica-federal-contra-o-risco-de-paralizacao-de-cirurgias-em-imperatriz.ghml>. Acesso em: 26 jul. 2019.

Não obstante o ajuizamento da referida demanda judicial, ainda assim perduram morosidades na prestação de serviços públicos de saúde, na maioria das vezes por falhas do Executivo na gestão dos recursos destinados às políticas públicas de saúde, o que consubstancia a postura omissa do Poder Público local. Tal contexto de morosidade na efetivação do direito à saúde gratuita acaba por influenciar muitos pacientes a tentar assegurar tal direito perante o Judiciário.

De acordo com a pesquisa realizada, foram apresentados dados pelo Setor de Judicialização da Saúde da Secretaria Municipal de Saúde de Imperatriz (SEMUS), que indicou que a principal demanda com número acentuado de judicializações diz respeito aos leitos de UTI. Diariamente é registrada uma média de 3 a 5 liminares deferidas pela Justiça determinando a imediata internação de pacientes. Frise-se que o cumprimento dos prazos para internação é praticamente impossível dada a limitação no número de UTIs disponíveis para tratamento dos pacientes.

De acordo com o levantamento feito pela SEMUS, o Hospital Municipal de Imperatriz dispõe de 20 (vinte) leitos de UTI, o Hospital Infantil de Imperatriz dispõe de 10 (dez) leitos de UTI e, em razão da grande demanda, em meados de 2018, a Secretaria Municipal de Saúde firmou convênio com o Hospital Particular Alvorada, contratando mais 10 (dez) leitos de UTI. Note-se, diante disso, que o sistema público de saúde municipal dispõe, ao todo, de 40 (quarenta) leitos de UTI. Os demais leitos de UTI do SUS disponibilizados são regulados pela Regulação Estadual de Leitos, da Secretaria Estadual de Saúde, nos quais o Município não intervém.

De modo oportuno, a SEMUS acrescentou ainda que o Município, através da Secretaria Municipal de Saúde, sempre busca melhor atender os usuários do SUS. Todavia, a liminar não é garantia de que o SUS conseguirá atender aquela demanda e oferecer o procedimento. Parte considerável das decisões judiciais é atendida pela Administração, entretanto, há aquelas em que o Município não consegue cumprir, normalmente em razão da indisponibilidade do serviço na rede, o que leva o ente municipal a se socorrer na reserva do possível.

Exemplificando, cite-se as cirurgias cardíacas que mesmo quando a Justiça determina que o Município realize o procedimento, este não dispõe de recursos para cumprir a ordem visto que o Hospital Municipal de Imperatriz não está habilitado a realizar esses tipos de procedimentos. Assim, o ente municipal sempre acaba incorrendo no descumprimento da obrigação de fazer a que foi condenado, o que gera graves prejuízos para os cofres públicos, demasiadamente onerados em razão da aplicação de multas judiciais.

Outro problema que agrava a situação dos serviços públicos de saúde em Imperatriz - MA refere-se aos medicamentos não disponibilizados pelo SUS. Segundo o informado, rotineiramente, a SEMUS tem se deparado com decisões judiciais determinando a dispensação de medicamentos que não compõe o componente básico da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

O Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF) é constituído por uma relação de medicamentos e uma de insumos farmacêuticos voltados aos principais agravos e programas de saúde da Atenção Básica. A responsabilidade pela aquisição e pelo fornecimento dos itens à população fica a cargo do ente municipal, ressalvadas as variações de organização pactuadas por Estados e regiões de saúde.

Ademais disso, conforme salientado pela SEMUS, quando o ente público descumpre uma determinação judicial ele fica a mercê da constrição do dinheiro em seus cofres para aquele

tratamento e, ainda, à execução da multa habitualmente imposta pelo Poder Judiciário em razão da morosidade e/ou descumprimento da ordem judicial.

Ainda, deve-se atentar ao fato de que a Administração Pública Municipal é condenada ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública que, em razão disso, acaba estimulada a litigar, objetivando serviços e insumos de saúde solicitados por pacientes perante o Poder Judiciário, pleitos estes que, em sua grande maioria, fogem da padronização do SUS. Isso tudo acaba por culminar num custo elevado aos cofres públicos, comprometendo o orçamento anual destinado às políticas públicas de saúde a serem ofertadas pelo Município.

De acordo com dados disponibilizados pela Secretaria da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz – MA, as demandas relacionadas à saúde contra o Município e o Estado do Maranhão envolvem, principalmente, leitos de UTI, medicamentos e tratamento médico-hospitalar, conforme quantitativo ilustrado na tabela abaixo:

Tabela 1 - Demandas relacionadas à saúde contra o município de Imperatriz/MA e o Estado do Maranhão

Ano	Leitos de UTI	Medicamentos	Tratamento Médico-hospitalar	Total
Exercício de 2017	197 ações	29 ações	72 ações	298 ações
Exercício de 2018	222 ações	23 ações	108 ações	353 ações
Exercício de 2019 (até 21/03/2019)*	86 ações	5 ações	39 ações	130 ações

Fonte: Secretaria da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Imperatriz – MA, 2019.

O departamento de Judicialização da Saúde da SEMUS, por sua vez, informou que, embora esteja em fase de implantação, foi possível catalogar, no ano de 2018, 145 decisões, sentenças e liminares em desfavor do Município de Imperatriz – MA. Em 2017, foram registradas uma total de 100 decisões judiciais desfavoráveis ao Município.

Vale registrar ainda que há também demandas judiciais pleiteando insumos e serviços públicos de saúde em desfavor da União, visto que a responsabilidade entre os entes federados é solidária, conforme entendimento já assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶. Isso acaba por inflacionar ainda mais o fenômeno da judicialização da saúde no município de Imperatriz - MA.

Nesse contexto, convém gizar os números apresentados pela CAMEDS, que além de oferecer a mediação sanitária como alternativa para solução de tais conflitos, atua de maneira preventiva ao ajuizamento das demandas judiciais, recebendo todos os pleitos que chegam à Justiça Federal antes da formação da relação processual. Veja-se:

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 855178/SE**. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 5 de março de 2015.

Tabela 2 - Números apresentados pela CAMEDS de ações judiciais na Justiça Federal

Ano	Ações judiciais na Justiça Federal	Acordos	Acordos não obtidos	Óbitos
Exercício de 2017	134	95	34	5
Exercício de 2018	65	50	11	4
Exercício de 2019 (até 13/06/2019)*	15	9	6	0

Fonte: Câmara de Mediação em Direito da Saúde – CAMEDS, 2019.

Frise-se que o decréscimo no número de demandas envolvendo o pleito por serviços públicos de saúde na Justiça Federal explica-se pelas práticas promovidas pela CAMEDS, que se vale da mediação sanitária para negociar acordos entre as partes litigantes, bem como busca restabelecer o diálogo interinstitucional entre as autoridades políticas e administrativas responsáveis pela efetivação do direito fundamental à saúde, o que tem contribuído para a diminuição da judicialização da saúde pública no Município, como será mais bem aduzido páginas à frente.

4. A CÂMARA DE MEDIAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE (CAMEDS)

Como visto, a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos de saúde é repartida entre Municípios, Estados e União. No entanto, no contexto político-administrativo da cidade de Imperatriz – MA, o que se tinha era uma nítida ausência de diálogo entre as três esferas de governo. Isso culminava por comprometer a eficiência da prestação dos serviços de saúde aos usuários locais do SUS.

A partir da necessidade de se formalizar um procedimento que pudesse dar conta de resolver a falta de comunicação que existia entre o município de Imperatriz – MA, entre os demandantes e os demandados e entre estes entre si, surgiu o projeto piloto da Câmara de Mediação em Direito da Saúde (CAMEDS), sediada na Justiça Federal – Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, e vinculada ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Um dos principais objetivos da Câmara, que funciona como um sistema informal, é a prevenção da formação de processos, com foco na solução rápida e desburocratizada de demandas de matérias afetas à saúde, como fornecimento de medicamentos, consultas, internações e procedimentos especializados.

Conforme relatado pelo idealizador do projeto, o Juiz Federal Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo, a CAMEDS foi pensada no final do ano de 2016, diante dos problemas crônicos que acometiam a justa prestação da saúde pública no município de Imperatriz – MA. Estruturada com a colaboração de autoridades jurídicas e acadêmicos dos cursos de Direito da Universi-

dade Federal do Maranhão e da Faculdade de Imperatriz (FACIMP/Wyden), a CAMEDS iniciou seus trabalhos em fevereiro de 2017.

A implementação das práticas da Câmara foi bastante simples, pois o uso do celular, mediante aplicativo de mensagens (Whatsapp), era o único instrumento necessário para permitir as sessões de mediação.

De maneira colaborativa, atuam em parceria com as práticas da CAMEDS o Ministério Público do Estado e, principalmente, a Defensoria Pública do Estado. Houve a necessidade de adesão do Município de Imperatriz - MA, do Estado do Maranhão e dos Hospitais Federais. A União propriamente não participa, mas os Hospitais Federais situados no Estado aderiram e ajudam bastante na concretização dos acordos obtidos pela Câmara.

O Ministério Público Federal, não obstante ter apoiado a causa, não atua tanto, visto que são poucos os processos que o Parquet Federal possui envolvendo a área da saúde, posto que a maior parte das demandas estão sob a responsabilidade do Ministério Público Estadual.

De maneira inovadora e produtiva, a CAMEDS se utiliza da mediação como uma ferramenta eletrônica, via Whatsapp, criando uma verdadeira “mesa de debates virtuais”, em que se reúnem representantes da saúde pública municipal, estadual e de hospitais federais, a fim de restabelecer o diálogo e a negociação entre as partes litigantes para que estas cheguem a uma solução justa e adequada para suas contendas.

Tal ferramenta tem obtido números animadores, visto que tem reduzido a necessidade de judicialização dos conflitos no âmbito da saúde pública do município de Imperatriz - MA, evitando, destarte, maiores ônus para o próprio Judiciário, para o Município e, sobretudo, para os cidadãos, que conseguem chegar a uma solução rápida e menos burocrática, sem necessidade de recorrer ao império de uma sentença judicial.

4.1 MEDIAÇÃO E INOVAÇÃO EM BUSCA DE EFICIÊNCIA: CAMEDS COMO FERRAMENTA ELETRÔNICA

Conforme informado pelo idealizador do projeto, o Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Imperatriz, Dr. Jorge Alberto Araújo de Araújo, inicialmente, a ideia era utilizar a videoconferência para promover sessões de mediação para sanar os problemas da saúde municipal. No entanto, tal lampejo foi descartado, visto que o objetivo era criar um mecanismo mais célere, com o intuito de dar maior agilidade a solução das situações-problema que surgem na área da saúde do Município, e a videoconferência, por seu turno, estaria atrelada ao paradigma da audiência de conciliação, o que requer que as pessoas interrompessem o que estivessem fazendo para participar da sessão de videoconferência.

Diante disso, surgiu a ideia de viabilizar a comunicação e o diálogo entre as partes litigantes por celular, de modo que se rompesse o paradigma da audiência. Por isso, nas mediações realizadas pela CAMEDS não há audiência, mas apenas trocas de mensagens por meio do aplicativo de maior uso no segmento, a saber, o WhatsApp.

Como se sabe, a rotina dos gestores públicos de saúde é bastante intensa, dispendo estes de pouco tempo livre, o que tornou o uso do mencionado aplicativo de mensagens essencial para a promoção das mediações informais realizadas pela CAMEDS. Isso porque as respostas para os diálogos que ocorrem via WhatsApp não precisam ocorrer no mesmo dia. As pessoas respondem na medida em que vão tendo tempo para conseguir responder.

Os casos envolvendo demandas de saúde, normalmente, dependem do acesso a determinadas informações em algum lugar ou sistema específico, ou seja, não há como ter acesso imediato a essas informações imprescindíveis. Assim, é comum que um servidor do Estado demore dois ou mais dias para responder as solicitações que são feitas, oferecer as informações necessárias, além de propor a solução mais razoável possível para as demandas dos pacientes que pleiteiam serviços públicos de saúde.

Nas palavras do idealizador da Câmara de Mediação Sanitária: “os procedimentos mais eficientes são os mais simples, ou seja, são aqueles em que não é necessário explicar as regras a ninguém”. Nessa mesma linha de raciocínio, a CAMEDS busca procedimentos simples. No WhatsApp, invariavelmente, todas as pessoas que usam o aplicativo acessam o mesmo várias vezes durante o dia, o que permite a possibilidade das partes envolvidas nos atendimentos da CAMEDS responderem as solicitações que são feitas no momento em que for possível.

O acesso via WhatsApp é rápido e fácil, o que se adequa aos objetivos da CAMEDS em possibilitar atendimentos mais céleres para as partes envolvidas na mediação. Assim, a principal vantagem de fazer os atendimentos via WhatsApp decorre do fato das partes responderem no momento que lhes for mais oportuno. Além disso, o Whatsapp permite que os representantes do Estado do Maranhão e de hospitais federais, mesmo estando na capital do Estado, participem das sessões de mediação, pois não há necessidade de deslocamentos, já que as interações ocorrem integralmente em ambiente virtual.

No entanto, não se pode olvidar que o uso do aplicativo de mensagens em apreço também apresenta algumas desvantagens. A principal delas é o fato de que as respostas não são imediatas. No entanto, na imensa maioria dos casos que chegam à CAMEDS, não há necessidade de tanta urgência nas respostas, visto que as partes podem aguardar o retorno para o tempo mais oportuno. Assim, nas situações em que há urgência nas respostas, como nos casos que envolvem internações em UTI, os mediadores realizam ligações por celular, a fim de resolver o caso o mais rápido possível.

No que tange aos procedimentos realizados pela Câmara, estes primam pela simplicidade, pois o objetivo central é a eficiência nos atendimentos. Nessa perspectiva, a mediação promovida pela CAMEDS é realizada pelos mediadores e conciliadores treinados que pertencem ao Centro de Conciliação da Justiça Federal (CECON).

A sistemática é bastante simples: os mediadores ficam uma semana com o celular, auxiliando na realização de acordos, e, após isso, revezam o uso do celular, ou seja, passam para outros mediadores para que deem continuidade aos serviços de mediação. É feita uma espécie de escala entre os mediadores da CAMEDS, que vão revezar entre si como plantonistas semanais – trabalham 07 dias por semana, 24 horas por dia, estando de prontidão para a qualquer momento mediar litígios envolvendo o pleito por serviços públicos de saúde no município de Imperatriz/MA.

Quando há a solução para o litígio apresentado, a implementação dessa solução não depende do termo de acordo. Todos os envolvidos na solução dos litígios (partes, autoridades, integrantes da CAMEDS) elaboram um termo próprio de acordo, a fim de que todos tenham alguma prova, para que se evitem questionamentos futuros quantos aos termos do que foi acordado ou para fins de responsabilização, mas a implementação da solução não depende necessariamente do termo de acordo.

De qualquer modo, a fim de se conferir maior segurança aos acordos propostos, o mediador ficará responsável por elaborar um termo de mediação para assinatura oportuna de todos os envolvidos no prazo máximo de 03 (três) dias ou em 24 (vinte e quatro) horas, se o caso for urgente.

Este termo de acordo é oportunamente homologado pelo Juiz supervisor da CAMEDS, de acordo com o rito estabelecido no Código de Processo Civil, a fim de que produzam seus efeitos jurídicos. Frise-se que, em todos os casos, o termo de acordo não é indispensável, pois a implementação da solução se baseia na relação de confiança mútua entre as partes envolvidas na mediação.

As sessões de mediação entre as partes demandantes são encaminhadas para um grupo virtual, criado no WhatsApp, em que o mediador figura como administrador, incluindo-se além deste, obviamente, as partes litigantes. Ao final da sessão de mediação, o demandante é excluído do grupo, para que novas sessões possam ocorrer, preservando-se o sigilo nas negociações entre as partes envolvidas.

Se as partes não chegam a uma solução consensual para o conflito na primeira sessão de mediação, mas havendo possibilidades de resolvê-lo por acordo, o mediador ainda poderá tomar algumas medidas, tais como:

I) Havendo necessidade de maior aprofundamento sobre o caso apresentado à CAMEDS, há um outro grupo criado no aplicativo WhatsApp que conta com a participação de representantes de entes públicos, tais como gestores e servidores das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde e também representantes de hospitais federais situados no Estado, a fim de se ampliar as possibilidades de soluções concretas para o litígio apresentado. Neste grupo, o demandante é pontualmente incluído para que acompanhe as discussões e possíveis propostas de acordo apresentadas para o seu caso, de modo a se criar uma verdadeira “mesa virtual de debates” para que se chegue a melhor solução possível.

II) Há também a possibilidade de se realizar uma sessão presencial de mediação na sede da CAMEDS, ficando a cargo do mediador responsável pelo primeiro contato entre as partes mediar as negociações presenciais. Nesta mesma sessão, o Coordenador responsável pela CAMEDS ou o Juiz supervisor da Câmara podem intervir pessoalmente na lide, visando oferecer maior aporte jurídico para a solução consensual da demanda, com a finalidade de se obter o acordo e, sobretudo, impedir que o caso seja judicializado.

4.2 RESULTADOS DA CAMEDS: EXERCÍCIOS DE 2017, 2018 E PRIMEIRO SEMESTRE DE 2019

A CAMEDS tem se mostrado uma excelente alternativa para reduzir o crescente fenômeno da judicialização da saúde no município de Imperatriz – MA e os dados adiante apresentados não deixam dúvidas quanto a tal assertiva. Como a Câmara iniciou seus trabalhos em janeiro de 2017, o levantamento dos dados a seguir aduzidos albergam os exercícios da CAMEDS desde sua criação até o fechamento desta pesquisa, contemplando, portanto, os exercícios de 2017, 2018 e primeiro semestre de 2019.

Na ano de 2017, foram registradas 134 demandas, que resultaram em 95 acordos, 34 casos em que a autocomposição não foi obtida e 5 casos que não puderam ser resolvidos porque o paciente veio a óbito durante as negociações. Em termos percentuais, em mais de 70% dos casos houve acordo, cerca de 25% dos casos não houveram acordos, e, em cerca de 4% dos casos, o indivíduo veio a óbito.

Já no ano de 2018, o número de demandas que chegaram até a CAMEDS diminuiu significativamente e tal decréscimo deve-se, essencialmente, pelo restabelecimento do diálogo entre os próprios entes públicos e autoridades responsáveis pela prestação dos serviços públicos de saúde, graças às interações que a CAMEDS buscou manter entre estes desde as primeiras sessões de mediação.

Assim, no exercício de 2018, foram registradas 65 demandas que resultaram em 50 acordos, 11 casos em que a solução consensual não foi obtida e 4 casos não resolvidos, em razão do óbito do paciente durante as negociações. Dessa forma, em termos percentuais tem-se: 76,92% de acordos; 16,92% de acordos não obtidos; e, 6,15% de óbitos durante o processo de mediação.

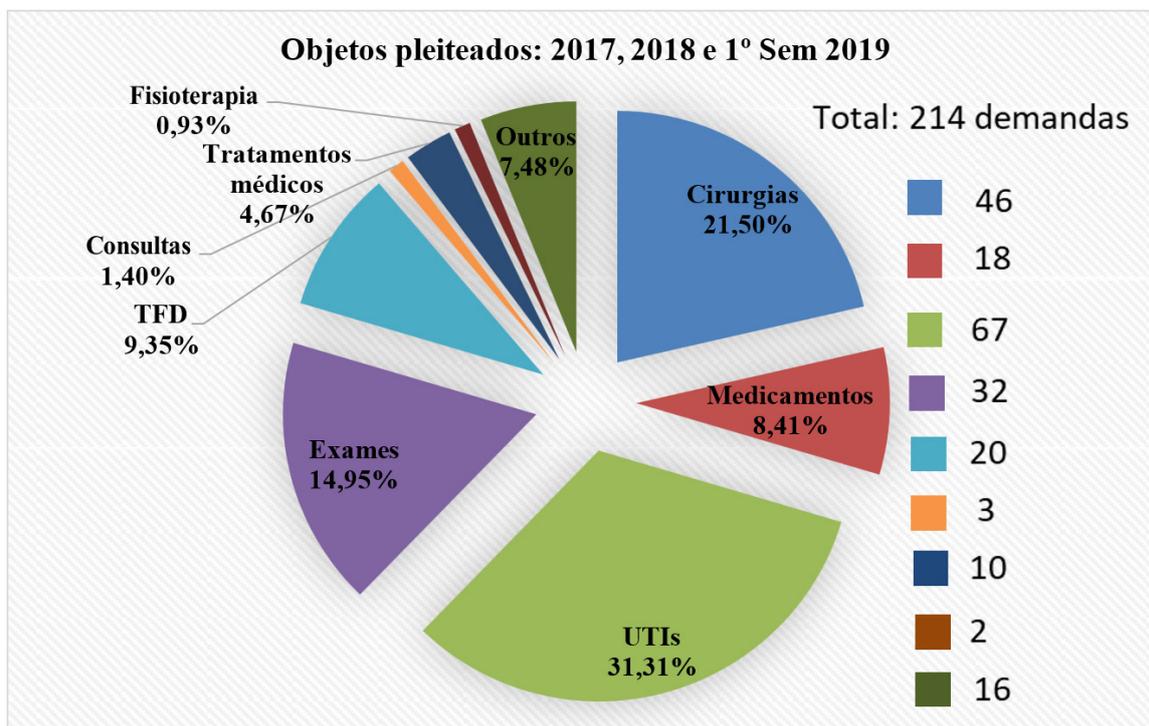
No primeiro semestre de 2019, o número de demandas reduziu bastante, pois, como dito, a falta de diálogo entre os entes demandados diminuiu consideravelmente, acabando por chegar à CAMEDS litígios de maior complexidade, que realmente encontram maiores entraves para serem resolvidos na esfera administrativa. Assim, foram registradas 15 demandas pleiteando insumos e serviços de saúde, havendo 9 acordos concretizados e 6 outros casos que não foram resolvidos consensualmente.

Somando todas as demandas nos períodos supramencionados, tem-se os seguintes resultados alcançados pela CAMEDS em termos percentuais: 71,96% de acordo, 23,83% sem acordo, e, 4,21% de óbitos.

Costumeiramente, Centros de Mediação de Saúde Pública têm índice superior a 70% de resolutividade, exemplo do Centro de Mediação de Saúde Pública da Comarca da Ilha de São Luís, fundado em 2020. Nas demandas pré-processuais esse percentual o índice chega a 75% e, especificamente no que é demandando pela Defensoria Pública, de 88% (Costa, 2021).

Impende esclarecer que o total de objetos pleiteados, nos exercícios de 2017, 2018 e primeiro semestre de 2019, corresponde aos seguintes números, em termos percentuais:

Gráfico 1 – Objetos pleiteados nas demandas da CAMEDS de 2017 ao 1º Sem. de 2019



Fonte: Câmara de Mediação em Direito da Saúde - CAMEDS.

Além das demandas resolvidas, outra grande conquista das mediações realizadas pela CAMEDS refere-se à própria viabilização de um maior diálogo interinstitucional entre os entes e autoridades responsáveis pela prestação dos serviços públicos de saúde no município de Imperatriz – MA. A falta de diálogo entre os entes responsáveis pela prestação de tais serviços era a raiz de grande parte dos problemas. A ausência de comunicação e agilidade entre Município e Estado em efetivar as políticas públicas de saúde, que embora sejam procedimentos previstos na lei, não eram implementados com a devida celeridade necessária, o que levava a família do paciente, que geralmente está numa situação de risco de vida, em razão da enfermidade, a buscar o Poder Judiciário.

No tocante à falta de comunicação entre as partes, os centros de resolução de conflitos podem solucionar tal problema, conforme se explicitará a seguir, conforme dados do Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal.

No Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Justiça Federal de Florianópolis, nas ações de medicamentos é designada uma sessão de tentativa de conciliação. Para essa sessão, são chamados a parte autora, o seu advogado, o médico que prescreveu o tratamento, bem como os representantes dos entes públicos envolvidos, como o Estado e a União. O médico que indicou o medicamento é informado que, caso não possa comparecer pessoalmente, é possível participar por meio de telefone ou videoconferência. Além disso, ele pode enviar as respostas a um questionário padronizado para esses tipos de sessões. O conciliador e todos os demais participantes também podem fazer perguntas adicionais. Por meio das respostas às perguntas e das conversas, é possível chegar a um acordo, como, por exemplo, o fornecimento de medicamento padronizado, ainda que alternativamente ao postulado. Além disso, há ocasiões em que exames e consultas são agendados.

Por sua vez, a Justiça Federal do Amapá celebrou Termo de Cooperação com o Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União, objetivando padronizar procedimentos relacionados ao atendimento e recebimento de demandas que tenham por objeto o fornecimento de medicamentos, procedimentos em geral para exames, tratamento fora de domicílio, entre outros relacionados aos serviços de saúde, utilizando a via pré-processual para a solução dos conflitos. Por meio desse procedimento, recebida a reclamação pré-processual em qualquer um dos órgãos signatários, é feita a triagem de documentos. Em seguida, é acionada a equipe do órgão encarregado de executar as medidas referentes à área da saúde para prestar os subsídios técnicos à instrução da demanda, bem como encaminhar, quando possível, à solução administrativa do caso. Se houver necessidade de sessão de conciliação, a reclamação é encaminhada para o Núcleo de Conciliação da Justiça Federal. Se a conciliação for obtida sem audiência, há o encaminhamento para o Núcleo apenas para fins estatísticos e para arquivamento. Caso não haja conciliação, são tomadas as providências cabíveis, podendo a demanda, desde logo, ser encaminhada para autuação, distribuição e processamento. (Takahashi *et al.*, 2019, p. 108).

Assim, conforme Takahashi *et al.* (2019), esses dois exemplos já mostram como a abertura do canal de comunicação com todos os envolvidos, valendo-se dos meios consensuais, pode trazer bons resultados.

Como as interações promovidas pela CAMEDS envolvem desde pacientes, passando por autoridades políticas e administrativas até autoridades jurídicas, aumentou-se o diálogo entre os demandados, o que permitiu que estes buscassem e efetivamente implementassem soluções para os problemas da saúde municipal na própria seara administrativa, reduzindo-se, assim, a necessidade de uso do Poder Judiciário e da própria CAMEDS.

Para Cruz e Nez (2017), a mediação sanitária traz benefícios amplos no tocante às demandas de prestação de serviços de saúde, pois promove o diálogo entre os diversos atores envolvidos e prioriza a construção de soluções que visam à satisfação do direito do cidadão, não de uma forma isolada, mas conjuntamente com a busca pelo aperfeiçoamento do sistema como um todo. Dessa forma, é estabelecido um contato mais próximo entre as partes ao participarem da mediação, corroborando para que se tenha não só um viés satisfativo quanto ao fornecimento da prestação individualizada, mas também seja proporcionada a redução e prevenção de demandas, graças à relação que se desenvolve entre todos os envolvidos (médicos, usuários, gestores).

Ribeiro (2017) ressalta que os benefícios da mediação não se limitam apenas à questão da rapidez na solução do conflito, uma vez que a morosidade do Judiciário é um dos principais empecilhos apresentados, mas incluem ainda vantagens na redução de custos e, principalmente, na manutenção das relações entre as partes conflitantes.

Outrossim, Takahashi *et al.* (2019) reconhece que o uso dos meios consensuais, a exemplo da mediação, além de reduzir gastos dispersos em inúmeras ações individuais e reduzir o tempo de tramitação dos processos, possibilita que, por meio do diálogo aberto com todos os envolvidos, atinja-se o consenso nas complexas questões envolvendo a saúde.

Frente aos dados apresentados, não restam dúvidas de que o uso da mediação sanitária, por meio das práticas promovidas pela CAMEDS, consubstancia uma alternativa viável à redução dos litígios judiciais atinentes ao bem jurídico da saúde e, por conseguinte, configura um

instrumento hábil a reduzir o crescente fenômeno da judicialização da saúde pública, gerando benefícios mútuos para pacientes, Poder Judiciário e para os próprios entes federados, em suas três esferas, haja vista que a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos de saúde é repartida e solidária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A excessiva judicialização dos conflitos em matéria de saúde acaba por produzir pungentes onerosidades para o SUS, já sucateado por fatores diversos, além de ser uma das principais causas do esvaziamento dos cofres dos entes públicos, que tem seu planejamento orçamentário desestruturado em decorrência do cumprimento de ordens judiciais onerosas e desmedidas.

Como visto, no caso específico do município de Imperatriz – MA, o volume de processos judiciais envolvendo a saúde e o ente municipal tem se multiplicado. Na maioria das vezes, o Município é inserido no rol de réus e condenado ao pagamento de serviços, procedimentos e medicamentos em virtude da morosidade ou mesmo omissão na prestação de tais serviços. O Município, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, sempre busca melhor atender os usuários do SUS. Todavia, as liminares deferidas pela Justiça não representam garantia de que o SUS conseguirá atender aquela demanda e oferecer o procedimento. Parte considerável das decisões judiciais são atendidas pela Administração, entretanto, há aquelas em que o Município não consegue cumprir normalmente em razão da indisponibilidade do serviço na rede, o que leva o ente municipal a se socorrer no fundamento da reserva do possível para negar atendimentos e procedimentos.

Em face de tal problemática, o uso da mediação sanitária aliado à tecnologia da informação, apresenta-se então como uma hábil solução para esta adversidade. Na prática, a mediação está cada vez mais mostrando resultados positivos. Por meio desta prática, busca-se o melhor resultado, tanto para o Estado quanto para o reclamante, uma vez que a mediação põe em relevo o restabelecimento do diálogo e da negociação para sanar o litígio. Especificamente, é possível, com a ajuda da figura do mediador, superar as necessidades técnicas e a morosidade da justiça litigiosa em resolver demandas em que se pleiteiam a efetivação do direito fundamental à saúde, o que autoriza a conclusão de que o uso da mediação nos litígios oriundos do Sistema Único de Saúde (SUS) mostra avanços no acesso à justiça do sistema brasileiro.

Por meio do uso do aplicativo de mensagens WhatsApp, a CAMEDS tem prezado por uma nova forma de exercer a mediação, retirando o máximo de eficiência deste mecanismo alternativo de resolução de conflitos por meio de sessões informais, céleres e desburocratizadas, baseadas na confiança mútua entre as partes litigantes no que tange ao cumprimento dos acordos, tudo com o intuito de resolver da melhor maneira possível conflitos atinentes à matéria da saúde pública, que poderiam se transmutar em complexas e onerosas lides, se submetidas ao crivo do Judiciário. Tal sistemática empregada pela Câmara, aliando o uso da tecnologia com a informalidade das negociações, tem contribuído significativamente para a deflação do fenômeno da judicialização da saúde pública, o que traz inquestionáveis benefícios para os cidadãos, para o Poder Público e para o próprio Poder Judiciário.

Além das demandas resolvidas, outra grande conquista das mediações realizadas pela CAMEDS que merece destaque refere-se à própria viabilização de um maior diálogo interinstitucional entre os entes e autoridades responsáveis pelos serviços de saúde no município de Imperatriz – MA. A falta de diálogo entre os entes responsáveis pela prestação dos serviços públicos de saúde era a raiz de grande parte dos problemas. Como as interações promovidas pela CAMEDS envolvem desde pacientes, passando por autoridades políticas e administrativas até autoridades jurídicas, aumentou-se o diálogo entre os demandados, o que permitiu que estes buscassem e efetivamente implementassem soluções para os problemas da saúde municipal na própria seara administrativa, reduzindo-se, assim, a necessidade de uso do Poder Judiciário e da própria CAMEDS.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (...). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29 de abril de 2004. **Diário da Justiça**, ed. 84, seção I, publicado em 4 maio 2004. RTJ 200-01, p. 191.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 855178/SE**. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 5 de março de 2015.
- CAPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Câmara de Saúde entra em funcionamento com 100% de acordos na Bahia**. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84122-camara-de-conciliacao-de-saude-alcanca-100-de-acordos-na-bahia>. Acesso em: 23 maio 2019.
- COSTA, Priscilla. **Centro de Mediação de Saúde Pública tem índice de resolução de demandas acima de 70%**. 2021. Disponível em <https://www.tjma.jus.br/midia/cgj/noticia/504768>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- CRUZ, M. T. T. Da; NEZ, B. A. de. **A contribuição da mediação sanitária para a desjudicialização do direito à saúde**. 2017. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8658/7846>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- D'ANTONIO, S. S. Mediação Sanitária: diálogo e consenso possível. **Revista Cadernos Ibero- Americanos de Direito Sanitário**, v. 5, n. 2, p. 8-22, abr./jun, 2016.
- G1 MA. **MP entra com ação contra o risco de paralização de cirurgias em Imperatriz**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2019/07/03/mp-entra-com-acao-na-justica-federal-contra-o-risco-de-paralizacao-de-cirurgias-em-imperatriz.ghtml>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- JUSTIÇA em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018.
- RAMOS, E. M. B.; SENA, J. P.; MADUREIRA, A. S. Mediação da saúde no Brasil: desafios e perspectivas. In: CHAI, C. G.; SOUSA, M. S. A. (org.). **Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: trabalho, saúde, educação e meio ambiente**. Global Mediation: Rio de Janeiro, 2014. p. 118-134.
- TAKAHASHI, B. et al. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 10/05/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/06/2023
- Avaliação 1: 09/06/2023
- Avaliação 2: 15/07/2023
- Decisão editorial preliminar: 15/07/2023
- Retorno rodada de correções: 08/09/2023
- Decisão editorial/aprovado: 2/09/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

DA EXPANSÃO DA INTERNET E DO COMÉRCIO ELETRÔNICO À ECONOMIA COMPARTILHADA: COMO EVITAR A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO E GARANTIR A DEFESA DO CONSUMIDOR

FROM THE EXPANSION OF THE INTERNET AND ELECTRONIC COMMERCE TO THE SHARED ECONOMY: HOW TO AVOID THE PRECARICATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIPS AND ENSURE CONSUMER DEFENSE

JOSIVAL LUIS DIAS¹

JEFFERSON APARECIDO DIAS²

MARISA ROSSIGNOLI³

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a expansão da internet e do comércio eletrônico e o surgimento das plataformas de economia compartilhada, bem como os consequentes impactos resultantes nas relações de emprego e de consumo. Um breve histórico da expansão da internet e do comércio eletrônico é apresentado para demonstrar a importância do tema, tendo em vista que a economia compartilhada funciona essencialmente no meio eletrônico. O artigo traz ainda as definições de economia solidária, colaborativa e compartilhada, demonstrando as características fundamentais de cada uma delas. Em seguida, apresenta-se a problemática do consumismo como distorção da maioria das economias capitalistas atuais, a qual serve de ponto de partida para a busca de uma economia mais sustentável e humanizada. Passa-se então a demonstrar alguns dos principais problemas atuais relacionados com a implementação inadequada da economia compartilhada, como a precarização das relações de trabalho e o desrespeito aos direitos dos consumidores. Por fim, o artigo apresenta alguns pontos que já foram equacionados na legislação e na jurisprudência e outros que ainda não foram equacionados. O método dedutivo foi utilizado para elaboração do presente artigo, por meio de revisão bibliográfica de artigos, obras e informações da rede mundial de computadores.

Palavras-chave: economia compartilhada; inovação tecnológica; precarização das relações de emprego; proteção do consumidor.

- 1 Mestrando em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília), Especialista em Gestão Empresarial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4839-4331>.
- 2 Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha). Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3101-1621>
- 3 Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Doutora em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Mestre em Economia pela PUC-SP e graduada em Economia pela UNESP. Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia para a cidade de Marília - SP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-6223-9146>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

DIAS, Josival Luis; DIAS, Jefferson Aparecido; ROSSIGNOLI, Marisa. Da expansão da internet e do comércio eletrônico à economia compartilhada: como evitar a precarização das relações de emprego e garantir a defesa do consumidor. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 247-261, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i2.9016>.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the expansion of the internet and e-commerce and the emergence of shared economy platforms, as well as the resulting impacts on employment and consumption relations. A brief history of the expansion of the internet and e-commerce is presented to demonstrate the importance of the theme, given that the shared economy works essentially in the electronic environment. The article also brings the definitions of solidarity, collaborative and shared economy, demonstrating the fundamental characteristics of each one of them. Next, the problem of consumerism is presented as a distortion of most current capitalist economies, which serves as a starting point for the search for a more sustainable and humanized economy. It then goes on to demonstrate some of the main current problems related to the inadequate implementation of the shared economy, such as the precariousness of labor relations and the disrespect for consumer rights. Finally, the article presents some points that have already been addressed in legislation and jurisprudence and others that have not yet been addressed. The deductive method was used to prepare this article, through a bibliographic review of articles, works and information from the World Wide Web.

Keywords: sharing economy; technologic innovation; precariousness of employment relationships; consumer protection.

1. INTRODUÇÃO

Uma breve análise dos eventos históricos dos últimos séculos nos permite concluir a íntima relação entre os avanços tecnológicos e as mudanças na economia e, ainda, a consequente necessidade da regulação por parte do poder público para proteger os hipossuficientes. Assim ocorreu com os aperfeiçoamentos na agricultura na Idade Média, com a Revolução Industrial e agora com o surgimento da internet.

A diferença fundamental que se pode observar nesta última é a velocidade com que as mudanças estão ocorrendo, se antes elas demoravam décadas e até séculos, agora mudanças muito mais profundas ocorrem em questão de anos e até meses.

O grande problema é que toda essa aceleração nas mudanças não tem necessariamente o objetivo de desenvolver o bem-estar da sociedade e buscar um desenvolvimento mais sustentável e humano da economia, ou seja, acaba por deteriorar a qualidade de vida e os direitos já adquiridos por grande parte da sociedade.

A busca pelo desenvolvimento econômico sustentado, sustentável e inclusivo deveria ser o objetivo principal de todos os países, para que as pessoas pudessem ter um trabalho decente que pudesse lhes proporcionar uma vida digna.

A economia compartilhada nasce nesse contexto, como fruto da evolução tecnológica trazida pela internet e da busca por modelos econômicos que possam melhorar a vida e o bem-estar das pessoas, por meio do compartilhamento de bens e serviços por pessoas e organizações.

Embora tenha um objetivo aparentemente altruísta, a economia compartilhada não se desenvolveu sem trazer consigo uma série de problemas para a sociedade, como por exemplo a precarização das relações de trabalho e a necessidade da adaptação da legislação consumerista para garantir a proteção dos direitos dos consumidores.

No presente trabalho, apresentam-se inicialmente informações referentes à expansão da internet, ao surgimento do comércio eletrônico e ao seu abrupto crescimento durante a pandemia do COVID-19.

Em seguida, demonstra-se como as novas relações de consumo oriundas do comércio eletrônico levaram ao surgimento da economia compartilhada e das plataformas digitais que servem de base para a concretização das transações econômicas nesse novo cenário.

No capítulo 3, tendo como base os objetivos trazidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), passa-se à discussão a respeito da influência da economia compartilhada no controle do consumismo e na consecução dos objetivos de sustentabilidade constantes da Agenda 2030.

No capítulo seguinte, apresentam-se as dificuldades trazidas pela economia compartilhada, como a precarização das relações do trabalho, a ausência de regulamentação e os impactos nos direitos dos consumidores, fatores que vão influenciar diretamente a vida e o bem-estar dos cidadãos e a sustentabilidade das relações econômicas.

Enfim, no capítulo 5, debatem-se aspectos relativos à economia compartilhada e às garantias trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor na proteção das relações de consumo estabelecidas nas plataformas digitais, destacando-se os pontos já equacionados no sistema jurídico e aqueles que ainda carecem de regulamentação como, por exemplo, o que é necessário para proteger o consumidor do uso indevido de estratégias de atração por parte das plataformas que oferecem serviços e produtos na economia compartilhada.

Para a elaboração do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, iniciando-se com a pesquisa bibliográfica de artigos e obras relativas ao tema proposto, passando-se à seleção, leitura e análise de tais documentos, bem como de informações da rede mundial de computadores.

2. A EXPANSÃO DA INTERNET E DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O número de pessoas conectadas na internet atingiu a incrível marca de 4.950.000.000 (quatro bilhões, novecentos e cinquenta milhões) de usuários no início do ano de 2022. Considerando que a população do planeta é de 7,9 bilhões de pessoas, atualmente quase 63% de todas as pessoas do mundo tem acesso à internet (DATAREPORTAL, 2022).

Segundo dados da *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD)⁴, em 1995 o percentual da população mundial com acesso à internet era de apenas 1%, o que demonstra a transformação ocorrida no cenário mundial em menos de trinta anos (UNCTAD, 2018, p. 91).

Ainda assim, existem bilhões de pessoas sem acesso à internet, o que demonstra um potencial de crescimento muito grande para todos os negócios relacionados com o meio digital.

À medida que o acesso à internet cresce, cresce também o comércio eletrônico, por meio do qual muitos produtos que outrora eram inacessíveis para parte da população, ficam agora disponíveis na tela do seu celular, 24 horas por dia. Além disso, a comparação de preços entre

4 A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - UNCTAD foi estabelecida em 1964 e é o principal órgão do sistema das Nações Unidas para o tratamento integrado entre comércio e desenvolvimento, assim como de assuntos correlacionados às áreas de finanças, tecnologia, investimento e desenvolvimento sustentável. É um fórum intergovernamental permanente e subsidiário à Assembleia Geral das Nações Unidas (CADE, 2021).

as diversas opções de produtos e fornecedores, também fica extremamente facilitada (Oliveira, 2018, p. 480).

O conceito de comércio eletrônico (e-commerce), originalmente designava as transações de compra e venda de produtos e serviços por meio da internet utilizando computadores tradicionais. Atualmente, o termo assume um contexto muito mais amplo, incorporando transações feitas por meio de smartphones e outros dispositivos como tablets, seja por meio de sites na internet ou de aplicativos para celular. Incluem-se ainda as transações relativas aos produtos digitais (infoprodutos), que não são facilmente classificáveis como bens ou serviços. Esse comércio eletrônico tem profunda implicação com a proteção do consumidor, pois produtos que não são seguros e até mesmo práticas comerciais criminosas são facilmente encobertas pela distância e pela impessoalidade das relações no mundo digital (UNCTAD, 2018, p. 90).

Segundo definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD),

[...] uma transação de comércio eletrônico é a compra ou venda de bens ou serviços, realizada em redes de computadores por métodos projetados especificamente para o propósito de recebimento ou colocação de pedidos. Os produtos ou serviços são solicitados por esses métodos, mas o pagamento e a entrega final dos produtos ou serviços não precisam ser realizados online. Uma transação de comércio eletrônico pode ser entre empresas, famílias, indivíduos, governos e outras organizações públicas ou privadas. Estão incluídos os pedidos feitos pela web, extranet ou intercâmbio eletrônico de dados. O tipo é definido pelo método de colocação do pedido, excluindo-se pedidos feitos por telefone, fax ou e-mail digitado manualmente (OECD, 2013, tradução nossa).

No Brasil, o comércio eletrônico de produtos surgiu em 1995, sendo a Livraria Cultura a primeira a comercializar seus produtos por meio de um site na internet (Tomé, 2018, p. 3).

Atualmente, esse tipo de comércio é uma realidade em praticamente todos os municípios brasileiros.

Com o advento da pandemia do COVID-19, as atividades do comércio eletrônico observaram um crescimento sem precedentes. As medidas de contenção implementadas para proteger a população contra a pandemia fez com que muitos estados e municípios definissem medidas restritivas do direito de livre circulação das pessoas, chegando até ao “toque de recolher” em alguns lugares e até mesmo a um tipo de “lockdown” em outros.

Tudo isso fez que o comércio eletrônico crescesse abruptamente pois, muito rapidamente, houve uma mudança nos hábitos de consumo de muitas pessoas que passaram a preferir receber os produtos de que precisavam na porta da sua casa.

Conforme o índice MCC-ENET da Câmara Brasileira de Economia Digital, as atividades do varejo eletrônico no Brasil cresceram mais de 73% no ano de 2020. Ainda, segundo a mesma câmara, o resultado acumulado por região do Brasil foi: 68,74% no Sudeste, 72,87% no Centro-oeste, 73,24% no Norte, 79,22% no Sul e 34% no Nordeste (E-COMMERCEBRASIL, 2021).

Por outro lado, embora nos países desenvolvidos mais de 80% dos usuários da internet já tenham adquirido algum produto ou serviço por meio do comércio eletrônico, em alguns países em desenvolvimento esse índice não chega a 10%, o que demonstra o tamanho do potencial ainda a ser explorado (UNCTAD, 2021, p. 13).

Além disto, a evolução da internet e dos meios de transação proporcionado pelo desenvolvimento de novas tecnologias, como os métodos de localização e determinação geográfica, o crescente número de aplicativos para smartphones e o surgimento de inúmeras startups direcionadas ao desenvolvimento de novas soluções para o comércio de produtos e serviços, vem contribuindo para mudar o cenário do consumo na internet, criando modelos antes impensados, como a economia compartilhada.

3. DO COMÉRCIO ELETRÔNICO À ECONOMIA COMPARTILHADA

Analisando a evolução das ideias econômicas dos últimos 50 anos, observa-se a ruína do *welfare state* em meados dos anos 70 do século XX e o fortalecimento do neoliberalismo a partir das ideias introduzidas (muito antes) por Friedrich Hayek em sua obra denominada “O Caminho da Servidão”. Embora o neoliberalismo tenha sido um sucesso do ponto de vista ideológico, ele não cumpriu suas promessas quanto ao crescimento econômico (Sader; Gentili, 1995, p. 23).

A partir da década de 90, com a popularização da internet, muitas novas ideias vêm sendo desenvolvidas e o uso de meios eletrônicos para criar novas oportunidades na economia vem sendo uma constante.

Nos últimos anos, a ampliação do comércio eletrônico vem moldando o desenvolvimento da economia, pois

[...] um dos pilares do capitalismo reside essencialmente na oferta de produtos e serviços no mercado e o estímulo ao consumo mostrou-se um dado relevante desse processo. Por meio de estratégias de marketing e publicidade cada vez mais agressivas, as empresas buscaram impingir necessidades crescentes de consumo à vida cotidiana [...] por vezes alto custo de investimento em publicidade impedia certas empresas de fazer o conhecimento da existência de seus produtos alcançar certos consumidores [...] o desenvolvimento da internet e o surgimento do chamado comércio eletrônico tiveram por efeito derrubar obstáculos dessa ordem. O contato simples, gratuito e direto dos consumidores com empresas de outras localidades, por meio de sites que oferecem produtos e serviços 24 horas por dia, aliado à rápida proliferação de informação que a web propicia, reinventando as formas de expressão do marketing e da publicidade, ampliaram sensivelmente o acesso ao consumo de diversos bens antes inatingíveis (Oliveira, 2018, p. 481).

As transações realizadas por meio do comércio eletrônico são normalmente aquelas realizadas entre empresas e consumidores, as quais também são identificadas pela sigla B2C (*business-to-consumer*). Além disso, os meios eletrônicos também permitem a realização de transações entre empresas, identificadas pela sigla B2B (*business-to-business*). Estas últimas em verdade não caracterizam relações de consumo, estando amparadas pelo ordenamento civil. Todavia é importante observar que a internet facilitou o surgimento da economia compartilhada, a qual é caracterizada pela realização de transações entre dois consumidores, sendo conhecida como C2C (*consumer-to-consumer*) ou P2P (*Peer-to-peer*) (UNCTAD, 2018, p. 90).

A terminologia que designa essa nova modalidade de comércio é tema de debate. Na sua essência, esse tipo de atividade consiste em “por meio de uma plataforma digital, uma pessoa oferece um bem de sua propriedade ou os seus próprios serviços a outra pessoa, disposta a usufruir deles, mediante alguma espécie de contrapartida, quase sempre monetária” (Oliveira, 2018, p. 483).

Expressões do tipo economia compartilhada, economia do compartilhamento, economia de cooperação, economia de relacionamento e nova economia são utilizadas para designar esse tipo de atividade econômica. Todavia, o uso desses termos, para alguns autores, na verdade busca esconder o caráter de exploração econômica realizada pela plataforma digital que oferece o serviço (Oliveira, 2018, p. 483).

Esse novo tipo de arranjo na economia, permite um novo olhar sobre a relação que as pessoas têm com a propriedade de bens e com seu uso, ou seja, são modelos de negócio nos quais não existe mais a aquisição de bens como patrimônio individual, a qual é substituída pelo uso em comum dos bens por várias pessoas, ou seja, o modelo não está mais focado no “ter”, e sim traz a ideia do “usar” apenas quando é necessário (Pasqualotto; Bublitz, 2017, p. 71).

Os exemplos mais conhecidos desse modelo de negócio são o *Uber* e o *Airbnb*. O primeiro oferece a possibilidade de os proprietários compartilharem os seus carros, atuando no transporte de pessoas e até de objetos de um ponto ao outro. Enquanto o segundo oferece o compartilhamento de imóveis, ou parte deles, para curtas temporadas, seja para lazer, estudos ou negócios.

Esse novo tipo de compartilhamento apresenta algumas características específicas, começando pela existência de uma plataforma digital criada para conectar as pessoas, normalmente criada por uma *startup* e sempre com a ideia de atuar em larga escala no mercado. Outra característica importante é o fato de que o proprietário do bem que vai ser compartilhado, na maioria das vezes não é um profissional. Além disso, não existe restrição quanto a um mercado específico, podendo existir em praticamente todos eles. Como exemplo, além das duas plataformas já mencionadas, existem outras que proporcionam a hospedagem de animais de estimação, o compartilhamento de vestuário de festas e uma infinidade de outros bens e serviços. Por fim, observa-se que, nesse novo arranjo econômico, houve impactos em atividades antes amplamente reguladas, como por exemplo os serviços de táxi, dos quais resultaram duros questionamentos judiciais (Oliveira, 2018, p. 484).

Enfim, o aspecto mais relevante desse novo modelo de economia refere-se ao fato de ele atacar frontalmente a ideia do incentivo ao consumismo, que é um dos antigos pilares do capitalismo, pois ao passo que as pessoas têm acesso a utilizar os bens sem adquiri-los, a ideia do incentivo desenfreado ao consumismo acaba por perder seu sentido. Esse confronto entre o incentivo ao consumismo e a necessidade da sustentabilidade serve de ponto de início para o capítulo que se segue.

4. CONSUMISMO, SUSTENTABILIDADE E ECONOMIA COMPARTILHADA

O capitalismo criou a sociedade de consumo que se caracteriza pela massificação dos bens de produção e disponibilização de uma infinidade de produtos e serviços para milhões de pessoas, as quais constituem o “mercado de consumo”. Esse mercado é exaustivamente inundado de campanhas publicitárias que têm o propósito de incentivar o consumo desenfreado. Assim sendo, existe “uma forte publicidade que propaga a ideia do consumo como elemento de inclusão e de pertencimento”, ou seja, os indivíduos são definidos pelo aquilo que consomem e somente farão parte da sociedade se consumirem cada vez mais (Caristina, 2014, p. 240).

Esse tipo de capitalismo tenta impingir a ideia de que as pessoas só podem ser felizes na medida em que adquirem algo, não importando o que o indivíduo “é”, mas unicamente o que ele “tem”, ou seja, ser feliz passa a ser razão direta do consumo.

O padrão de consumo passa inclusive a definir quem pertence a cada classe social, criando uma necessidade crescente de consumo. Essa

[...] “necessidade” de consumir tornou-se uma questão de inclusão e ascensão social, numa cultura que acentua a desigualdade, o egoísmo, a competitividade, a violência, a intolerância, e afasta a sociedade do crescimento saudável e solidário. “Necessitando”, então, consumir para definir o seu papel na sociedade, para alcançar o padrão pregado pela cultura de consumo, os indivíduos se lançam em aquisições impensadas, consequência de uma avaliação deturpada das suas possibilidades e má administração das suas finanças, o que já produz efeitos na economia do país e na questão da sustentabilidade. (Pasqualotto; Bublitz, 2017, p. 68).

Em sua Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a Organização das Nações Unidas (ONU) definiu dezessete objetivos que são um apelo a todas as nações do mundo para promover a prosperidade e ao mesmo tempo proteger o planeta. Dentre esses objetivos, destaca-se, para o propósito do presente artigo, o objetivo 8 – Trabalho Decente e Crescimento Econômico, o qual prevê que o crescimento econômico sustentado, sustentável e inclusivo pode impulsionar o progresso, criar empregos decentes para todos e melhorar os padrões de vida (UN).

Esse objetivo foi detalhado em doze metas para que seja possível aos países implementar políticas e ações mais detalhadas que culminem com o objetivo principal, que é o crescimento econômico e o trabalho decente. Dessas doze metas, a 8.4 trata especificamente do consumo e produção sustentáveis:

8.4 Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com os países desenvolvidos assumindo a liderança (UN, tradução nossa).

Pode-se observar a grande preocupação que existe em nível mundial quanto a busca de um modelo econômico que possa se contrapor ao capitalismo consumista, o qual nitidamente já apresenta sinais de que algo efetivamente precisa ser mudado, seja do ponto de vista do uso de recursos naturais ou dos aspectos sociais e de bem-estar da sociedade.

Como decorrência desse movimento, diversas iniciativas surgiram nos últimos anos, como a economia colaborativa, a economia solidária e a economia compartilhada. Cada uma delas apresenta aspectos particulares, mas tem um ponto em comum: a ideia de que é necessário mudar a forma como as pessoas consomem produtos no mundo capitalista.

O expoente máximo da economia colaborativa são as cooperativas, que são empresas centradas nas pessoas, de propriedade conjunta e controladas democraticamente por e para seus membros, a fim de realizar suas necessidades e aspirações socioeconômicas comuns. Como empresas baseadas em valores e princípios, elas colocam a justiça e a igualdade em primeiro lugar, permitindo que as pessoas criem empresas sustentáveis que geram empregos de longo prazo e prosperidade. Gerenciadas por produtores, usuários ou trabalhadores, as cooperativas são administradas de acordo com a regra “um membro, um voto” (ICA, 2018).

Quanto à economia solidária, é fundamental compreender que a solidariedade é um conceito já recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo trazido pelo inciso I do artigo 3o da Constituição Federal de 1988 que explicitamente traz como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Brasil, 1988).

Do ponto de vista econômico, a economia solidária é

[...] um jeito de fazer a atividade econômica de produção, oferta de serviços, comercialização, finanças ou consumo baseado na democracia e na cooperação, o que chamamos de autogestão: ou seja, na Economia Solidária não existe patrão nem empregados, pois todos os/as integrantes do empreendimento (associação, cooperativa ou grupo) são ao mesmo tempo trabalhadores e donos (Cirandas, 2011).

Por fim, a economia compartilhada, a qual é o objeto do presente trabalho, é considerada como “um sistema socioeconômico construído em torno do compartilhamento de recursos humanos e físicos, o qual inclui a criação, produção, distribuição, o comércio e consumo compartilhado de bens e serviços por pessoas e organizações”, podendo ainda ser entendido como arranjos econômicos de consumo conectado, que prestigiam as conexões entre as pessoas, eliminando a existência de intermediários (Silveira; Petrini; Santos, 2016, p. 300).

A economia compartilhada tem o propósito de efetivamente mudar a forma como o consumo acontece no mercado, alterando o modo como as pessoas se relacionam e criando novos modelos onde os agentes atuam compartilhando bens e serviços, mas isso não ocorre sem dificuldades e problemas a serem enfrentados, como poderá se observar nas dificuldades expostas no capítulo seguinte.

5. DIFICULDADES DA ECONOMIA COMPARTILHADA

Embora a economia compartilhada tenha sido originalmente apresentada como uma forma altruísta de capitalismo, no qual as pessoas poderiam compartilhar o uso dos bens que possuíam, atualmente observam-se inúmeros problemas e dificuldades para a evolução sustentável desse novo modelo econômico.

Aqui, serão apresentados apenas os três principais problemas atualmente enfrentados (ou seriam criados?) pela economia compartilhada: a precarização das relações do trabalho, a ausência de regulamentação e os impactos nos direitos dos consumidores.

No tocante a precarização das relações do trabalho, observa-se que esse efeito danoso à sociedade se iniciou na ideia inicial da flexibilização. As plataformas digitais de trabalho compartilhado, desde o início, buscaram trazer a impressão de que trabalhar dessa nova forma traria flexibilidade de tempo e de ganhos.

O exemplo mais conhecido é o UBER, que promete aos seus motoristas parceiros, oportunidades de poder usar seu próprio carro para poder ganhar dinheiro em qualquer lugar e a qualquer hora. Propagandas do tipo “Ser dono do seu próprio destino é tão simples quanto seguir o GPS” ou “Ganhe dinheiro dirigindo no seu tempo e na sua cidade”, buscam seduzir os motoristas, em sua maioria parte de uma grande massa de desempregados, a começar a trabalhar com o transporte compartilhado. Além disso, oferece acesso a aluguel de carros em parceria com locadoras para aqueles motoristas que não têm seu próprio veículo, naturalmente com todos os custos pagos pelo motorista (Uber, 2021).

Não se pode negar que esse novo tipo de trabalho realmente apresenta uma maior flexibilidade quando comparado ao regime de trabalho formal, porém também extirpa do trabalhador todos os seus direitos trabalhistas, pois ele passa a ser visto como um prestador de serviços, sem qualquer tipo de vínculo ou direitos.

O problema não é o modelo, é a forma como ele é usado e os propósitos que lhe servem de diretriz. Se o trabalho compartilhado fosse remunerado de forma justa e equânime, garantindo o mínimo para uma vida digna ao trabalhador, não existiria problema. Porém o que se observa é que as plataformas de trabalho compartilhado têm seu valor de mercado crescendo ano a ano, enquanto os trabalhadores precisam trabalhar cada vez mais horas para poder ganhar o mínimo para sua sobrevivência.

Assim, observa-se que como efeito reflexo da economia compartilhada, existe a precarização do trabalho, que provoca “instabilidade e insegurança para os trabalhadores por lhe faltarem garantias e direitos trabalhistas [...] podem ser consideradas estratégias do sistema capitalista para que ele consiga aumentar os seus patamares de lucro” (André; Silva; Nascimento, 2019, p. 8).

Um segundo aspecto muito importante é a pouca ou nenhuma regulamentação que existe nas atividades desempenhadas dentro da economia compartilhada. Existem autores que defendem a autorregulamentação das plataformas de economia compartilhada a partir da avaliação dos usuários da própria plataforma, porém sem prescindir do controle estatal em algum nível e de alguma forma. Para esses autores a

[...] autorregulação não implicaria em um mercado livre de regulação, mas na realocação da responsabilidade regulatória do Estado para as partes envolvidas. Na opinião deles, aplicar um regime regulatório tradicional para relações que envolvem sujeitos não profissionais ou semiprofissionais pode ocasionar a instituição de barreiras à entrada indesejáveis. Ademais, se se deseja alguma forma de participação estatal no processo de regulação, as diversas modalidades de autorregulação existentes apresentam diferentes formas de isso ocorrer, destacando-se, entre elas, a modalidade em que as normas propostas sujeitam-se à aprovação governamental. Há, ainda, a possibilidade de

se diferenciar entre a regulamentação propriamente das atividades e a aplicação das normas, uma dessas atividades podendo estar a cargo do próprio mercado e a outra às entidades públicas. Os autores acreditam que, no que se refere à economia colaborativa, uma solução de autorregulação não pode prescindir dos meios de se assegurar transparência e algum monitoramento estatal (Oliveira, 2018, p. 492).

A falta de regulamentação estatal pode trazer inúmeros problemas, como o uso abusivo dos algoritmos que calculam o preço dos serviços e, conseqüentemente, a remuneração dos trabalhadores. O que pode parecer um ótimo mecanismo de mercado à primeira vista, pode impactar negativamente na sustentabilidade do modelo ao priorizar unicamente o lucro da plataforma. Outro ponto importante a ser considerado na regulamentação é o uso indevido de dados pessoais para fins de propagandas personalizadas que ultrapassem o limite da privacidade dos usuários, caracterizando-se uma afronta ao direito dos consumidores (Oliveira, 2018, p. 493).

Passa-se assim, ao terceiro tópico, que é o impacto da economia compartilhada nos direitos dos consumidores.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem a finalidade de proteger o vulnerável, o hipossuficiente que, em uma relação de consumo é caracterizada pelo consumidor, em contraposição ao fornecedor, que é o profissional que possui a experiência e o conhecimento técnico na relação, ou seja, a aplicação do CDC tem a finalidade de equilibrar as forças na relação de consumo. Observa-se aqui que, na economia compartilhada, como ambos os agentes são pessoas físicas, não se caracteriza a relação de consumo entre eles e por consequência não seria possível se aplicar objetivamente as normas consumeristas (Pereira, 2013, p. 3).

Nesse sentido, muito já foi discutido e algumas soluções já foram implementadas no ordenamento jurídico, porém ainda existe muito a se fazer e diversos pontos precisam ser equacionados para garantir, de um lado, os direitos dos consumidores e, de outro, o acesso ao trabalho para aquelas pessoas que optam, ou necessitam, desempenhar atividades remuneradas por meio das plataformas da economia compartilhada. Essa nova dinâmica nas relações econômicas traz diversos desafios a serem enfrentados pelo ordenamento jurídico, especialmente na caracterização das relações de consumo, como será debatido a seguir.

6. ECONOMIA COMPARTILHADA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Embora existam, em muitas plataformas, distorções na implementação atual das ideias da economia compartilhada, os seus princípios fundamentais têm a capacidade de efetivamente ajudar a humanidade a construir um capitalismo mais humanizado, altruísta e sustentável.

Para tanto é fundamental que os interesses dos consumidores sejam entendidos e protegidos pelo ordenamento jurídico para que não existam distorções que venham a prejudicar as relações estabelecidas dentro desse novo arranjo dos entes econômicos.

A proteção dos consumidores nas relações de consumo da economia compartilhada, realizadas pela internet, estão amparadas no inciso XIII do artigo 7o do Marco Civil da Internet, que prevê estarem assegurados aos usuários da internet o direito de “aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet” (Brasil, 2014).

Embora o texto seja claro, existem diversos pontos a serem ponderados: existe relação de consumo nas atividades da economia compartilhada? Em caso positivo, quem deverá ser considerado como fornecedor? A plataforma ou a pessoa física que presta o serviço? Quais seriam as responsabilidades de cada um deles? Qual a natureza dessa responsabilidade?

O grande desafio é garantir que o CDC possa incidir, em diálogo com o Marco Civil da Internet, nas relações econômicas da economia compartilhada, garantindo assim a adequada proteção aos consumidores diante do uso das novas tecnologias, inovando os papéis de consumidor e fornecedor para adequar-se à realidade da economia compartilhada, assegurando-se os direitos básicos já assentados na legislação consumerista (Pasqualotto; Bublitz, 2017, p. 77).

Um ponto fundamental para garantia dos direitos do consumidor é definir o papel de cada uma das partes envolvidas na relação econômica, ou seja, o consumidor, a plataforma digital e o prestador de serviço.

Recentes decisões dos tribunais vêm confirmando a teoria de que a plataforma, em primeira instância, é caracterizada como sendo o fornecedor da relação consumerista. Como por exemplo a decisão, em um processo envolvendo o UBER, do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região (TRT-15) em recurso ordinário na qual constou que:

[...] a proposta de contrato de transporte apresentada ao cliente passageiro é integralmente formulada pela UBER, que, inclusive, estipula qual será o tempo do deslocamento, o percurso, o tempo estimado e o valor da tarifa. Ou seja, a UBER unilateralmente apresenta todos os elementos da proposta de contrato para aceite. Quando o cliente aceita a proposta, o contrato consumerista está formado, apenas entre cliente passageiro e empresa de transportes, em um primeiro momento (Brasil, 2019).

Partindo-se então da premissa do estabelecimento da relação de consumo entre o consumidor e a plataforma, sempre que houver algum problema a ser resolvido, para todos os efeitos, será aplicado o disposto nos artigos 12 e 14 do CDC, os quais preveem a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor.

Obviamente, a responsabilidade supracitada deve decorrer de algum defeito que o produto ou serviço possa apresentar e que seja a causa raiz dos danos ao consumidor. Nesse sentido, ensinam Pasqualotto e Bublitz (2017, p. 78):

Não haverá dúvida sobre o regime de responsabilidade civil claramente desenhado nos artigos 12 e 14: responsabilidade objetiva, desde que o dano tenha sido causado por defeito do produto ou do serviço. Talvez se discuta – como se discute hoje – o conceito aberto de defeito, baseado no conceito indeterminado de “legítima expectativa de segurança”. Só os casos concretos e a jurisprudência o dirão.

Por fim, persiste ainda a questão referente a caracterização da relação jurídica existente entre a plataforma e o prestador de serviço, a qual vem sendo objeto de inúmeros questiona-

mentos no judiciário brasileiro. Todavia, essa questão não está englobada no propósito do presente trabalho, devendo ser objeto de um outro estudo.

Outro ponto relevante na proteção do consumidor nas relações de consumo da economia compartilhada refere-se ao princípio da confiança, especialmente no tocante ao uso de mecanismos e estratégias que visam construir a confiança dos consumidores na plataforma.

Embora não exista nenhum óbice ou ilegalidade nesse tipo de propaganda, a questão que se coloca está relacionada com o limite ético e jurídico do uso desse tipo de recurso por parte das plataformas.

Muitas plataformas empregam mecanismos de construção de confiança para os usuários de seus serviços, como por exemplo sistemas de avaliação e controle da reputação dos prestadores de serviço. Esses mecanismos podem ser entendidos como um tipo de autorregulação que proporcionará proteção aos usuários da plataforma (OECD, 2016, p. 18).

Todavia, o principal objetivo desses mecanismos é atrair mais usuários para a plataforma, utilizando-se da sensação de maior confiança por parte dos usuários quando ingressam na plataforma.

Segundo dados da UNCTAD (2018), quase 70% dos consumidores americanos que utilizam plataformas de economia compartilhada, declaram que somente confiarão na plataforma após ela ser recomendada por alguém em quem acredite. Além disso, quase 90% declaram que avaliações positivas de outros usuários são fatores decisivos para que confiem na plataforma.

Observa-se assim que as plataformas, sabedoras da eficiência atrativa desses mecanismos de geração de confiança, utilizam-nos largamente para atrair os consumidores para torná-los clientes.

Caso o uso de propagandas desse tipo seja caracterizado como propaganda enganosa, o ordenamento jurídico atual já prevê expressamente no artigo 67 do CDC a criminalização e a punição desse tipo de conduta (Brasil, 1990).

A questão que se coloca é se é possível caracterizar o uso abusivo dos mecanismos geradores de confiança como sendo propaganda enganosa, a qual é definida no parágrafo primeiro do artigo 37 do CDC da seguinte forma:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

No caso concreto, imagine-se uma situação na qual uma plataforma apresente aos consumidores apenas as avaliações positivas dos seus clientes, omitindo todas as avaliações negativas, com o propósito de atrair os consumidores de forma fraudulenta, criando uma sensação de confiança. Nesse caso, seria possível caracterizar-se a propaganda enganosa?

Esse é um dos pontos que ainda não foi amplamente discutido e equacionado no ordenamento jurídico e que, quando devidamente solucionado, pode representar uma enorme contribuição do CDC para o futuro e o sucesso da economia compartilhada.

7. CONCLUSÃO

O fenômeno da internet efetivamente mudou o mundo nos últimos anos e, embora o seu crescimento já tenha sido exponencial, ainda existe muito espaço para crescimento quantitativo e qualitativo das relações realizadas por meio da internet, seja do comércio eletrônico ou de novas formas de relacionamento.

A economia compartilhada, nascida do comércio eletrônico, mudou a forma como as pessoas se relacionam, trazendo mudanças estruturais na economia dos países que já a utilizam. Essa nova forma de economia tem o potencial de efetivamente trazer melhorias reais para toda a sociedade e para a preservação do planeta, a depender exclusivamente da forma como os entes econômicos decidam abandonar os velhos modelos baseados na exploração dos consumidores.

Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável deve ser tema prioritário para todos os países que buscam encontrar soluções eficientes para que seu crescimento econômico traga melhorias reais para o bem-estar da sociedade como um todo, com justiça na distribuição de renda e no acesso ao trabalho. A economia compartilhada pode ser um excelente ponto de partida para que novas soluções sejam encontradas para esse objetivo.

Contudo, embora seja uma ótima ideia, a economia compartilhada somente poderá trazer bons resultados se for utilizada com o propósito de gerar transformações positivas na vida das pessoas e na sociedade, pois em muitos casos o que se observa é exatamente o oposto. Os inúmeros casos em que ela é utilizada para precarizar direitos trabalhistas ou explorar indevidamente os consumidores, são um excelente exemplo de velhas práticas capitalistas que visam o lucro acima de tudo. Iniciativas assim jamais trarão melhoria para a sociedade.

Enfim, com relação ao tema central do presente trabalho, observa-se que a relação da economia compartilhada com os direitos dos consumidores já obteve algumas evoluções recentes, porém muito ainda há por fazer.

O Marco Civil da Internet foi um passo importante na consolidação dos direitos dos consumidores, pois trouxe objetividade nas garantias dos direitos dos consumidores nas relações de consumo realizadas por meio da internet. Além disso, as diversas decisões dos tribunais que trazem cada vez mais clareza quanto aos papéis jurídicos dos envolvidos nas relações da economia compartilhada também contribuem muito para a consolidação da proteção do consumidor na internet.

Entretanto, como dito, ainda há muito o que fazer. É necessário criar mecanismos para que as plataformas de economia compartilhada sejam impedidas de utilizar meios de geração de confiança de forma nociva aos consumidores, pois, como elas têm todas as informações em seu poder, podem facilmente utilizar algoritmos que mostrem somente informações e avaliações positivas dos seus serviços, buscando enganar os consumidores por meio da apresentação de apenas parte da verdade.

Conclui-se, enfim, que a proteção ao consumidor deve ser uma preocupação constante do poder público e dos legisladores, pois muitas vezes ideias aparentemente altruístas podem estar sendo utilizadas para esconder as verdadeiras intenções de mero acúmulo de capital.

REFERÊNCIAS

- ANDRÉ, R. G.; SILVA, R. O.; NASCIMENTO, R. P. "Precário não é, mas eu acho que é escravo": Análise do Trabalho dos Motoristas da Uber sob o Enfoque da Precarização. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 7-34, jan. 2019. Disponível em: <http://periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/2544>. Acesso em: 21 mar. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0011710-15.2019.5.15.0032**. Recorrente: Rogério Adriano Venâncio Martins. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Min. João Batista Martins Cesar, 26 de abril de 2019. Disponível em: <https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>. Acesso em: 21 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.
- CADE. **Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/internacional/cooperacao-multilateral/conferencia-das-nacoes-unidas-sobre-comercio-e-desenvolvimento-unctad>. Acesso em: 18 mar. 2022.
- CARISTINA, J. E. A. Superendividamento como resultado do consum(ism)o e a aplicação do princípio constitucional da fraternidade. **Revista Argumentum**, Marília, v. 15, p. 227-247, 2014. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/87>. Acesso em: 19 mar. 2022.
- CIRANDAS. **O que é economia solidária?** 2011. Disponível em: <http://cirandas.net/fbes/o-que-e-economia-solidaria>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- DATAREPORTAL. **Digital 2022: Global Overview Report**. 2022. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- E-COMMERCEBRASIL. **E-commerce brasileiro cresce 73,88% em 2020, revela índice MCC-ENET**. 2021. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-brasileiro-cresce-dezembro/>. Acesso em: 1 mar. 2022.
- ICA. **What is a cooperative?** 2018. Disponível em: <https://www.ica.coop/en>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- OECD. **Glossary of Statistical Terms**. 2013. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>. Acesso em: 18 mar. 2022.
- OECD. Protecting consumers in peer platform markets. **OECD Digital Economy Papers**, n. 253, p. 6, 2016. Disponível em: https://unctad.org/system/files/non-official-document/dtl-eWeek2017c05-oecd_en.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.
- OLIVEIRA, A. F. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, ano 27, p. 479-495, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1071>. Acesso em: 21 mar. 2022.

PASQUALOTTO, A. S.; BUBLITZ, M. D. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante a indústria 4.0 e a economia colaborativa. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 62-81, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/2526>. Acesso em: 19 mar. 2022.

PEREIRA, G. R. **Aplicabilidade do CDC no comércio virtual entre consumidores, com a atuação de intermediadores**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n22013/pdf/Glaucopereira.pdf. Acesso em: 21 mar. 2022.

SADER, E.; GENTILI, P. (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SILVEIRA, L. M.; PETRINI, M.; SANTOS, A. C. M. Z. Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando? **REGE – Revista de Gestão**, Porto Alegre, v. 23, n. 4, p. 298-305, out./dez. 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1809227616306063#bib0035>. Acesso em: 20 mar. 2022.

TOMÉ, Luciana Mota. Comércio Eletrônico. 2018. **Caderno Setorial ETENE**, ano 3, n. 43, 2018. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/documents/80223/4049480/43_Ecommerce_2018.pdf. Acesso em: 5 mar. 2022.

UBER. **Oportunidades onde quer que você esteja**. 2021. Disponível em: https://www.uber.com/br/pt-br/drive/?utm_source=uber&utm_medium=offerings. Acesso em: 21 mar. 2022.

UN. **17 Goals to Transform Our World**. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>. Acesso em: 20 mar. 2022.

UNCTAD. **Digital Economy Report 2021**. 2021. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf. Acesso em: 27 mar. 2022.

UNCTAD. **Manual on Consumer Protection 2017**. 12 jul. 2018. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_en.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 09/06/2023
- Avaliação 2: 15/07/2023
- Decisão editorial preliminar: 15/07/2023
- Retorno rodada de correções: 08/09/2023
- Decisão editorial/aprovado: 2/09/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2