

VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

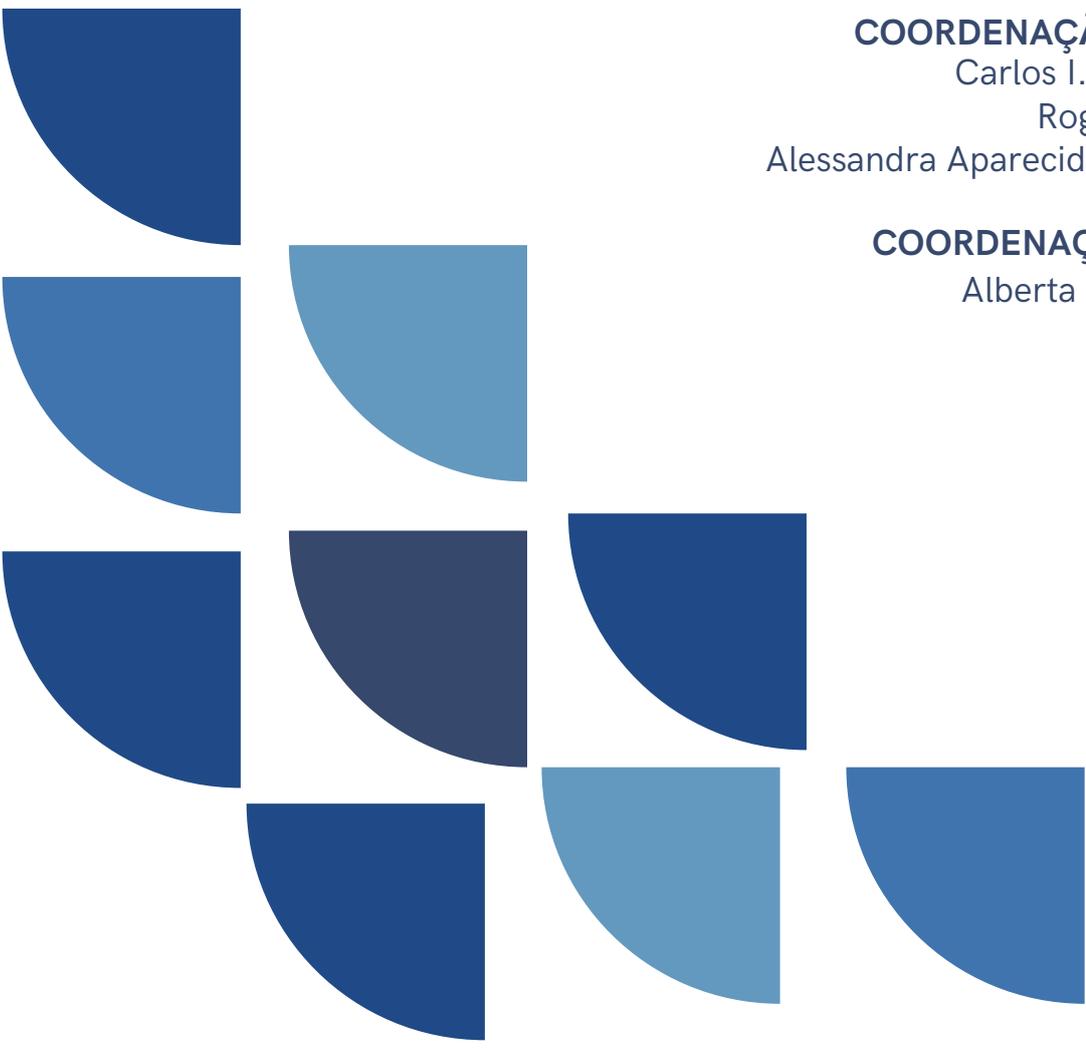
Carlos I. Aymerich Cano

Rogério Gesta Leal

Alessandra Aparecida Souza Silveira

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Alberta Lorenzo Aspres



20

23

VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO- BRASILEIRO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Coordenação Científica

Carlos I. Aymerich Cano

Rogério Gesta Leal

Alessandra Aparecida Souza Silveira

Coordenação Editorial

Alberta Lorenzo Aspres

VIII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Coordenação Científica: Carlos I. AYMERICH CANO; Rogério GESTA LEAL; Alessandra Aparecida SOUZA SILVEIRA.

Coordenação Editorial: Alberta LORENZO ASPRES.

Autores: Alessandra Aparecida Souza Silveira; Ana Maria Gonçalves de Faria; André Viana Custódio; Bárbara A. Goldman; Carlos I. Aymerich Cano; Carolina Marques de Sousa; Caroline Muller Bitencourt; Chaiene Meira de Oliveira; Etyane Goulart Soares; Fabiana Marion Spengler; Fernando Roberto Schnorr Alves; Francisco Javier Sanz Larruga; Helena Schwantes; Inmaculada Valeije Álvarez; Ismael Francisco de Souza; Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz; Janriê Rodrigues Reck; Joana Covelo de Abreu; Jéssica Mello Tahim; José Antonio Blanco Moa; Juliana Toralles dos Santos Braga; Luiz Egon Richter; Luz María Puente Aba; Maria Inês Costa; Marli Marlene Moraes da Costa; Mônia Clarissa Hennig Leal; Ricardo de Macedo Menna Barreto; Rogério Gesta Leal; Victor Saldanha Priebe.

Edição:

Universidade da Coruña. Servizo de Publicacións. <https://www.udc.es/es/publicacions/>

A Coruña, 2023

Nº de páginas: 430

Índice, página: 3

DOI: <https://doi.org/10.17979/spudc.000023>

Deseño e maquetado: Alberta Lorenzo Aspres

© Dos textos, seus autores.

© Das imagens, seus autores.

© 2023 da edición, Universidade da Coruña.



Este trabalho foi publicado sob uma licença Creative Commons, Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0).

ÍNDICE

008 APRESENTAÇÃO

- 009 Apresentação
Os coordenadores

011 CONFERÊNCIA DE ABERTURA

- 012 Derecho público y nuevas tecnologías
Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz

029 PAINÉIS

- 030 Existe direito à intervenção humana no conceito e regime jurídico de ato administrativo? Inteligência artificial, governo eletrônico e possibilidades interpretativas a partir do constitucionalismo contemporâneo
Janriê Rodrigues Reck e Caroline Muller Bitencourt
- 051 Inteligência Artificial Generativa (IAG): desafios e alternativas de regulação
Carlos I. Aymerich Cano
- 073 As cortes constitucionais e seu papel transformador no combate à desigualdade estrutural que se projeta para a discriminação algorítmica
Fernando Roberto Schnorr Alves e Mônia Clarissa Hennig Leal

- 091 Los nuevos retos del Derecho al Medio Ambiente en el ámbito energético e hidrológico
José Antonio Blanco Moa
- 104 A decisão administrativa e a inteligência artificial: um recorte para reflexões
Luiz Egon Richter
- 121 Libertades informativas, sistema democrático y lucha contra la desinformación
Francisco Javier Sanz Larruga
- 139 La inteligencia artificial y el análisis de datos masivos como reto para la Justicia Penal
Luz María Puente Aba
- 152 Democracia vigiada, políticas de segurança pública na era digital e a proteção de dados
Rogério Gesta Leal
- 186 Normativa internacional y comunitaria en materia de cibercriminalidad y su adaptación al Código Penal español
Inmaculada Valeije Álvarez
- 205 Proteção especial contra violação de direitos da criança e do adolescente no Brasil: a integração e sistematização de dados sobre trabalho infantil no contexto da proteção de dados pessoais sensíveis
André Viana Custódio

- 218 Os conselhos de direitos da criança e do adolescente e a gestão de políticas públicas na era digital
Ismael Francisco de Souza
- 235 Constitucionalismo contemporâneo e seus desafios na era digital
Alessandra Aparecida Souza Silveira e Maria Inês Costa
- 253 Dominação social, (des)informação e *media*: manipulação e liberdade de expressão na era digital
Ricardo de Macedo Menna Barreto
- 261 Dados abertos e reutilização de informações do setor público: a economia de dados na União Europeia em prol de um quadro principiológico adequado à década digital?
Joana Covelo de Abreu
- 275 TESES E ANTÍTESES**
- 276 O jovem latino-americano – neoliberalismo e a vulnerabilidade
Juliana Toralles dos Santos Braga
- 308 O princípio de proibição de auxílios públicos: o caso concreto da TAP
Ana Maria Gonçalves de Faria
- 329 A imputação ao produtor em posição dominante de comportamentos abusivos dos distribuidores com os quais mantém uma relação contratual: um aspeto da aplicação da política da concorrência europeia
Bárbara A. Goldman
- 341 A utilização do *compliance* na administração pública brasileiras enquanto instrumento de prevenção e combate às práticas corruptivas
Chaiene Meira de Oliveira e Rogério Gesta Leal

- 354 Perspectivas avaliativas da política pública de acesso à justiça: ações de processualística civil sob análise
Victor Saldanha Priebe e Fabiana Marion Spengler
- 367 Mediação *on-line* como política pública de acesso à justiça na era digital
Helena Schwantes e Fabiana Marion Spengler
- 387 Os estudos de gênero e a sua inserção nos cursos de direito
Etyane Goulart Soares e Marli Marlene Moraes da Costa
- 404 A contribuição dos programas de concessão de residência ou nacionalidade através de investimento para a insuficiência de aproximação penal na União Europeia
Carolina Marques de Sousa
- 417 A utilização das novas tecnologias como contributo para o mercado de certificados de reciclagem
Jéssica Mello Tahim

APRESENTAÇÃO

APRESENTAÇÃO

Os coordenadores

Este livro recolhe os relatórios e comunicações apresentadas ao VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (subordinado ao tema “Políticas e públicas e boa administração na era digital”) co-organizado pela Universidade de Santa Cruz do Sul, a Universidade do Minho e a Universidade da Coruña, e celebrado entre os dias 8 e 12 de maio de 2023 na Corunha e em Braga.

Mais um fruto de uma colaboração que se estende já por mais de dez anos e que constitui um espaço académico único de encontro, de discussão e de construção de novos projetos docentes e de pesquisa entre as nossas instituições facilitado pela língua comum que, em todas as suas variantes, falamos nas duas beiras do Minho e do Atlântico.

Nesta ocasião, os trabalhos prestaram atenção especial ao desafio jurídico e social da Inteligência Artificial, num momento em que tanto a União Europeia quanto o Brasil estão a discutir novas regulações com numerosos pontos em comum: a proposta de Regulamento de Inteligência Artificial, no caso europeu atualmente na fase de diálogo tripartito entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento da UE; o projeto de Lei sobre a Inteligência Artificial no caso do Brasil, em tramitação no Congresso Nacional desse país.

É assim que o livro analisa, desde diferentes perspectivas, o impacto social e económico desta nova tecnologia no mundo do trabalho ou na organização e na gestão públicas, o modo em que os direitos fundamentais resultam afetados e podem ser protegidos e, enfim, os caminhos para assegurar que estes novos sistemas sejam utilizados para resolver os problemas comuns da humanidade e não para os fazer ainda mais graves, seja sob a forma da guerra, da desigualdade ou da mudança climática.

No capítulo de agradecimentos, é de justiça reconhecer que o Seminário foi possível graças ao empenho de muitas professoras e professores das nossas três universidades e, no caso concreto da Corunha, a uma ajuda económica para encontros de pesquisa concedida pela Vicerreitoria de Política Científica. E deve ser destacado também que o livro, publicado pelo Serviço de Publicações da Universidade da Coruña, foi editado magnificamente por Alberta Lorenzo Aspres, colaboradora técnica do Grupo de Pesquisa de Direito Público Global.

CONFERÊNCIA DE ABERTURA

DERECHO PÚBLICO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz¹

Hoy, en un mundo dominado por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, con una creciente presencia de la inteligencia artificial, es fundamental que el Derecho Administrativo, como Derecho del Poder público para la libertad solidaria de los ciudadanos, nos ayude a comprender esta nueva realidad en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos humanos, de las Constituciones y de las Leyes. Para ello, la dimensión instrumental de las nuevas tecnologías debe estar cada vez más clara para que estas herramientas provenientes del desarrollo científico sean dignas de la condición humana y, en el ámbito público, se conviertan en eficaces medios para realizar políticas públicas que cada vez sean más respetuosas con los derechos fundamentales de las personas. Porque las nuevas tecnologías existen y tienen sentido para que los ciudadanos controlemos más y mejor a los Poderes públicos y privados y no que estos Poderes controlen más y mejor a las personas.

Hoy, como consecuencia de los avances científicos, aparece ante todos nosotros, fruto del auge de las nuevas tecnologías, una nueva Administración Pública más transparente, más participativa y cercana a una nueva ciudadanía

¹ Catedrático - Director del Grupo de Investigación de 'Derecho Público Global' de la Universidade da Coruña (UDC). Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA).

digital, con nuevas preocupaciones y exigencias. Una Administración que, además, debe estar más centrada en la dignidad humana y en los derechos fundamentales de ella dimanantes. Por eso, en este tiempo, en el presente, tenemos que pensar en que consiste la denominada buena e-Administración y cuáles son los impactos de los avances tecnológicos sobre un aparato público que sirve, que debe servir objetivamente al interés general, que debe proteger, defender y promover los derechos humanos.

En este sentido, el moderno Derecho Administrativo, siempre orientado a la defensa, protección y promoción de la dignidad humana, debe hacer frente a las nuevas demandas de una sociedad digital que reclama nuevas prestaciones y nuevos servicios brindados a través de nuevas plataformas digitales con mayor participación ciudadana. Plataformas y estructuras digitales que, poco a poco, reemplazarán por completo los trámites, los procedimientos y las gestiones habituales o tradicionales que se realizaban al interior de una Administración Pública que exigía para toda la presencialidad de los ciudadanos. Sin embargo, tal pretensión de plena virtualidad no debe desconocer el derecho de cada ciudadano a relacionarse con la Administración por medios electrónicos o presencialmente.

Las fortalezas y debilidades de los desarrollos informáticos y telemáticos en la construcción de la Administración Electrónica están hoy a la vista de todos y reclaman a los distintos países soluciones para enfrentar los problemas y desafíos de este tiempo de excepcionalidad. Ciertamente, a pesar de las inversiones realizadas en los últimos años para modernizar las Administraciones públicas, la pandemia ha puesto al descubierto un modelo que no ha funcionado como debería pues la suspensión generalizada de los plazos de los procedimientos no es, desde luego, una respuesta satisfactoria para reaccionar administrativamente ante una pandemia como la actual.

Cuanto más fortaleza y mejor construcción tecnológica presente la Administración electrónica en cada país, mejor posicionado estará para enfrentar

las situaciones complejas que la pandemia trae consigo. Pero tales emprendimientos tecnológicos habrán de hacerse sin perder de vista en ningún momento que las tecnologías están al servicio de la dignidad humana, no al revés como desde algunas terminales mediáticas se intenta transmitir a una sociedad inerme, indefensa, sin recursos morales frente a la colosal maquinaria de manipulación que se ha puesto en marcha precisamente en este tiempo. Se ha trabajado mucho la dimensión interna de las nuevas tecnologías, pero todavía no son un instrumento real en manos de la ciudadanía para controlar el ejercicio del poder y participar activamente en la definición y evaluación de tantas políticas públicas que afectan a las condiciones de vida de los ciudadanos. Si no partimos de este aserto, estaremos dando palos de ciego y trabajando para un mundo en que, a través de estas nuevas tecnologías, que se convierten en la principal herramienta de la manipulación y del control social, se secuestre a una sociedad impotente y sin coraje ético para resistir.

El Derecho Administrativo, bien lo sabemos, o camina con paso firme sobre el fundamento seguro del Estado de Derecho, o acaba convirtiéndose, así lo acredita el tiempo, hoy especialmente, en *longa manus* del poder, cualquiera que sea su naturaleza. Por eso, las nuevas tecnologías tienen un potencial relevante en orden a garantizar transparencia, seguridad, trazabilidad, participación. Pero también pueden convertirse, siniestramente manejadas, en instrumentos de arbitrariedad y dominación, sobre todo de los más fuertes sobre los más débiles e indefensos.

En este sentido, la concepción formal o procedimental del Derecho, de gran prestigio y general aceptación en el Derecho Público, especialmente en el Derecho Administrativo, corre, cuando se entiende al margen de la sustancia, de los valores, un grave peligro. Me refiero a la excesiva ritualización, a la obsesión o idealización del procedimiento, que poco a poco va desnaturalizando el fin al que debe servir: la realización de la justicia. Pues bien, tal tendencia puede combatirse a través de las nuevas tecnologías, siempre que se conviertan, no en

fines, sino en medios para la instauración del Estado de Derecho. Para eso, los algoritmos no pueden ser secretos, deben conocerse sus tripas y los efectos de su implementación. Las más variadas expresiones del *blockchain* y de la inteligencia artificial deben ser usadas de acuerdo con la juridicidad, sirviendo objetivamente al interés general en cada caso y situación en que se empleen.

Las nuevas tecnologías, por supuesto, deben entenderse y realizarse en el marco constitucional. Un marco, el de la Constitución española de 1978, que plasma de forma magistral una serie de valores y principios a los que debe ajustarse el conjunto del Ordenamiento jurídico. En efecto, en los valores y principios constitucionales reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución. Ese conjunto de valores o de vectores, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, dan sentido a todo el texto constitucional y deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo.

En el preámbulo constitucional, como es bien sabido, se señalan, en primer lugar, la justicia, la libertad y la seguridad como los tres valores constitucionales más importantes. En la idea de justicia late la convicción de que hay algo debido al hombre, a cada hombre, a cada mujer. Por encima de consideraciones sociológicas o históricas, más allá de valoraciones económicas o de utilidad, el hombre, el ciudadano, cada vecino, se yergue ante el Estado, ante cualquier poder, con un carácter absoluto: esta mujer, este hombre, son lo inviolable; el poder, la ley, el Estado democrático, se derrumbarían si la dignidad de la persona no fuere respetada. No puede ser, de ninguna manera, que una concepción mesiánica y finalista de las nuevas tecnologías acaben por doblegar al ser humano ante el imperio de la tecnología. Algo que podría ocurrir, si permitiéramos que las máquinas sustituyan a la discreción humana, a la voluntad de los hombres, en la toma de decisiones esenciales para la vida y la libertad de las personas.

En la preeminencia de la libertad se está expresando la dignidad del hombre, constructor de su propia existencia personal solidaria. Y finalmente, la seguridad, como condición para un orden de justicia y para el desarrollo de la libertad, y que cuando se encuentra en equilibrio dinámico con ellas, produce el fruto apetecido de la paz. Y la seguridad, emblema de la tecnología, o está al servicio de la dignidad humana, o acaba erigiéndose, especialmente quienes ofician a su través, en el gran hermano, en los grandes hermanos que hoy disponen de un colosal poder para instaurar un régimen de control y manipulación social sin precedentes.

El segundo de los principios señalados en el preámbulo constitucional, siguiendo una vieja tradición del primer constitucionalismo del siglo diecinueve –una tradición cargada de profundo significado-, es el principio de legalidad o juridicidad. Mejor principio de juridicidad porque el poder público se somete a la Ley, y al Derecho.

En virtud del principio de juridicidad, el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del Derecho. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos –así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna- a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por eso, el imperio de la Ley supone la lealtad constitucional e institucional, concepto central del Estado de Derecho que hoy también debemos recordar. El principio de juridicidad tiene una profunda significación porque desde la llegada del Estado de Derecho el poder público, y por ello la Administración pública, han de caminar en el marco de la ley y del Derecho, de forma y manera que la subjetividad reinante en el Antiguo Régimen se sustituye ahora por la objetividad y racionalidad desde las que la ley y el reglamento operan para el mejor servicio a los intereses generales. Sin embargo, hoy sabemos que muchos espacios de las nuevas tecnologías campan a sus anchas sin que el Ordenamiento sea capaz de regularlos. Nos referimos a los algoritmos y a un sinfín de elementos técnicos

que pretenden estar por encima, sobrepasar los límites de la ley y el Derecho con el fin de instaurar una dictadura tecnológica que hoy ya tiene antecedentes verdaderamente preocupantes.

En la lógica del uso alternativo del poder a través del uso alternativo de la tecnología, quien manda, a través de la unilateralidad del funcionalismo tecnológico, sin importar su contenido o su adecuación a los valores del Estado de Derecho, se impone frente a cualquier embate procedente de la dinámica de los valores. Quien tiene el poder en cada momento, salvo que esté convencido del sentido democrático del ejercicio de las potestades, cada vez más olvidado, como vemos en estos días de Estado excepcional en la crisis del coronavirus, puede imponer una determinada estrategia, la realización de determinados intereses, o tal o cual ideología, a través de la fuerza de la tecnología.

En este ambiente de exaltación de la técnica en detrimento de los valores, encontramos algunas prácticas que también en el presente hacen acto de presencia con inusitada intensidad. La sobre regulación o re-regulación en la que se exige una obediencia inquebrantable ante el dios de la tecnología, a quien tantos mediocres se doblegan como si fuera la nueva justicia, la nueva versión de lo justo y equitativo. Y no digamos la constante obsesión de la tecnoestructura administrativa por convertir en esencial lo adjetivo y en accidental lo que es sustancial. Tales prácticas se producen cuando lo tecno estructural prima sobre lo jurídico, cuando la técnica, el funcionalismo, acorrala a la realización de la justicia, que se convierte en algo instrumental, siendo lo fundamental y central.

El poderío de la tecnoestructura en el ámbito político-administrativo es hoy formidable. Los expertos en el manejo del interés general estático y artificial, que se expresa exclusivamente a través de la tecnología, despreciando incluso la presencialidad y el trato personal entre administradores y ciudadanos, han conseguido, gracias a su obsesión por el mando y la conservación del *status quo*, manejar los procedimientos administrativos de tal modo que han hecho imprescindibles, aliándose en cada momento con el poder establecido.

El poder público es, en una acepción clásica, plenamente actual y vigente, el medio que tiene el Estado, los Poderes públicos, para hacer presente el bien de todos. Por tanto, en sí mismo, tiene una clara dimensión relacional y se fundamenta en su función de hacer posibles los presupuestos para el pleno desarrollo. Libre y solidario, del ser humano. Es decir, el poder público se justifica en función de hacer posibles los fines existenciales del hombre, y la tecnología, en este ámbito debe estar inmersa en esta finalidad. Para eso surge y para eso tiene pleno sentido.

En este sentido, la tecnología en el Estado de Derecho debe ser correa de transmisión de los derechos fundamentales de la persona, individuales y sociales. La tecnología está, por ello, así con todas las letras, al servicio de la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales de la persona, sean individuales, sean sociales. Junto a la juridicidad y a la separación de los poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, individuales y sociales, es uno de los fundamentos y principales características del Estado de Derecho y hoy las nuevas tecnologías deben ser medios e instrumentos adecuados para la efectiva realización de los derechos humanos.

La dignidad del hombre, de la persona, es el canon supremo de interpretación jurídica en un Estado de Derecho y la finalidad a que debe sujetarse la tecnología. Ese individuo -cada varón, cada mujer, en cualquier etapa de su desarrollo- es el portador de la dignidad entera de la humanidad. En efecto, en el hombre concreto, en su dignidad, en su ser personal, encontramos la condición de absoluto, o de referente de cuanto hay, acontece y se produce en el universo.

El hombre y los derechos del hombre, que se hacen reales en cada hombre, en cada mujer, son para la clave del arco que queremos construir, pero de verdad, pues la construcción de este tiempo ha sido meramente formal, tecnológico procedimental, sin vida, sin alma, y ahí están las consecuencias, a la vista de todos. La dignidad personal del hombre, el respeto que se le debe y las exigencias de desarrollo que conlleva constituyen la piedra angular de toda

construcción civil y política y el referente seguro e ineludible de todo empeño de progreso humano y social.

El Derecho Administrativo es, ante todo, Derecho y, por ello, entraña límites y contrapesos frente a un poder que tiende, ahí está la historia para constatarlo, a la infinitud y escapar de cualquier control. Entonces, si el Derecho molesta o es un obstáculo para la realización de los objetivos del poder, lo que hay que hacer es desprestigiarlo hasta que no haya más remedio que implantar, a través del dominio de la forma, una suerte de procedimentalismo y procesalismo que no es más que la antesala del totalitarismo. Y de paso, la muerte de los valores y el advenimiento del gran valor, que no es otro que la sublimación de la forma, el primer mandamiento para la instalación en el poder. Y hoy, la tecnología, que no es, que no puede ser neutral, no debería tener más remedio que tomar partido y alistarse en las filas del Estado de Derecho, cosa que por el momento es una quimera, a juzgar por el poderío desplegado en este tiempo, especialmente en este tiempo de pandemia.

Las transformaciones tecnológicas están determinando un nuevo tipo de sociedad, que abandona a marchas forzadas su carácter postindustrial, para configurarse como una sociedad del conocimiento y de la información. Ahora bien, insisto, esa sociedad del conocimiento y de la información tiene que ser también una sociedad humana, profundamente humana, en la cual resplandezcan los derechos fundamentales y la dignidad de las personas. Es más, donde resplandezcan, fundamentalmente, los derechos fundamentales de los que menos tienen menos condiciones tienen de salir adelante. Y esta nueva sociedad que está emergiendo poco a poco, ofrece muchas potencialidades para mejorar la vida de los ciudadanos desde las vertientes pública y privada.

Se habla de la nueva economía, de los nuevos canales comerciales, de la nueva democracia, más directa y más participativa, se habla también de nuevas formas de concebir y ejecutar las políticas públicas. No sé si es demasiado nuevo todo, pero se plantean desafíos y retos relevantes, como la privacidad, la

confidencialidad, la desigualdad social; retos que hay que atender y a los que hay que dar respuestas humanas teniendo presente que el pensamiento bipolar e ideologizado sigue presente, más en tiempo de pandemia, en nuestra sociedad, como, por ejemplo, en materia de libertad y seguridad. Parece que, como consecuencia del terrorismo, ahora de la pandemia, se estén limitando las libertades y potenciándose una necesidad, a veces desproporcionada, de seguridad. En el buen gobierno, en la buena administración del presente hay que pensar que los poderes públicos tienen el gran desafío, protegiendo y mejorando la seguridad de las personas, de mejorar las condiciones para el libre desarrollo solidario de los ciudadanos, no vaya a ser que estemos configurando o construyendo una nueva ideología de la seguridad, una nueva ideología que vaya colocando en un segundo plano los derechos y las libertades y en un primer plano, otra vez, la racionalidad técnica, ahora revestida de las bondades de la seguridad y el control. Aquí se impone una visión más complementaria, abierta y dinámica que, de seguro, ha de ser asumida desde el buen gobierno y la buena administración.

La simplificación que puede representar para la organización la puesta en común de recursos, evitando tramites e informaciones innecesarias y duplicaciones de tareas es clara; es decir, las ventajas de las nuevas tecnologías son evidentes, sobre todo en la perspectiva de recuperar esa vieja idea del pensamiento democrático de que las instituciones son de la propiedad ciudadana. Así, las nuevas tecnologías deben mejorar el acceso de los ciudadanos a la Administración y la comunicación de los ciudadanos con la Administración.

Sin embargo, debemos tener cuidado, porque la condición humana es la que es, y no sería la primera vez que una revolución de esta naturaleza se queda en mitad del camino prendiendo en ella un cierto pensamiento único. En este sentido, hay que tener en cuenta que para que la Administración on-line tenga sentido, el desarrollo debe ir en paralelo al propio desarrollo tecnológico de la sociedad. Por ello no solo hay que hacer esfuerzos por implantar la e-Administración, sino que

también hay que priorizar la extensión del uso de las nuevas tecnologías en la sociedad, minimizando la brecha social que se puede producir según se use o no la información. Esta realidad, y la adopción de determinadas medidas, como mejorar la seguridad electrónica, garantizar la confidencialidad, son claves para que cobre sentido la Administración en línea. De poco sirve que se pueda prestar el uso del servicio público a través de Internet, si este servicio solo es accesible a un 20% de la población. Pues con ello, seguramente, estemos aumentando la desigualdad, la fractura tecnológica de la sociedad.

El camino que hay que recorrer en la Administración Pública consiste en colaborar en la implantación de la cultura de las nuevas tecnologías, haciéndolo de manera progresiva y en compatibilidad con ese temple humanista que siempre tiene que estar presente en la gestión de los problemas en la Administración.

La nueva cultura debe impregnar la propia organización, los métodos de trabajo, las gestiones administrativas, los procedimientos, la prestación de servicios públicos. Para que esta nueva cultura tecnológica y humana, radicalmente tecnológica y radicalmente humana, penetre verdaderamente es muy importante trabajar en el mundo de la educación y de la formación. Por eso, en una institución como el Instituto Nacional de Administración Pública, es esencial insistir y subrayar la formación de los funcionarios, de los empleados públicos en el manejo de los nuevos instrumentos informáticos de gestión, sin perder de vista algo fundamental, que las nuevas tecnologías no son un fin en sí mismas, que son un medio para conseguir una Administración más humana que facilite el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. Pues bien, esta formación debe ser concebida en el sentido más amplio posible, pues hay que tener presente que el conocimiento informático no sólo interesa al gestor de un servicio público, al funcionario de ventanilla, que presta servicios secundarios informáticos.

Hay que pensar en conocer todas las nuevas técnicas. Es esencial para los órganos que toman las decisiones, es decir, para las diferentes autoridades públicas, pues la cantidad de información que proporcionan es esencial para conocer la realidad, las necesidades ciudadanas y, por tanto, para adoptar rápidamente decisiones pertinentes para satisfacerlas.

Precisamente esta reflexión sobre la finalidad, y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es básica para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, auténtica justificación de la propia existencia de la Administración pública.

Todo este conjunto de reflexiones, todo este elenco de consideraciones sobre la sociedad de la información y las nuevas tecnologías nos lleva a una nueva manera de entender el sentido que tiene trabajar en la Administración Pública. Pues bien, para ir terminando este epígrafe, haremos seis consideraciones, seis propuestas, con la ayuda del profesor Alejandro Llano en relación con la sociedad del conocimiento y de la nueva funcionalidad del trabajo en el buen gobierno, en la buena administración.

Primera, trabajar es aprender. Dirigir es enseñar. Trabajar es aprender porque el aprendizaje es permanente y no se puede deslindar el trabajo del aprendizaje. Y, en el puesto de trabajo, en el trabajo cotidiano aprendemos de la convivencia con los demás colaboradores, colegas, por lo que el que dirige no se puede guardar para sí lo que ha aprendido de otros, sino que generosamente tiene que transmitirlo a sus colaboradores en un camino en el que se hace escuela y se descubren buenos directivos para lo público y para lo privado.

En segundo lugar, una organización inteligente es una comunidad de investigación y aprendizaje. Permanentemente tenemos que analizar, buscar las causas de lo que sale bien, de lo que sale mal y tomar decisiones. Y a la hora de los diagnósticos, de los análisis, tenemos que contar con toda la organización, con todas las personas que trabajan, que están involucradas en los objetivos y en los resultados.

En tercer lugar, entender el conocimiento nos lleva a una nueva forma de entender la profesión que tiene mucho que ver con la artesanía, que está vinculada a la elaboración esmerada del producto de trabajo. Tiene que ver con esa minuciosidad, con esa laboriosidad de los artesanos. Y esto lo señalo porque con mucha frecuencia, lo importante es un resultado que hasta se puede manipular o se puede tergiversar. Pues no, lo importante, además del resultado, y sobre el resultado, es el trabajo minucioso, completo y laborioso que se prepara con fines a los resultados.

En cuarto lugar, estas organizaciones poseen una obvia dimensión ética: transparencia, colaboración. La persona en el centro, en el centro de trabajo, tiene que ser la característica que distinga el trabajo de las nuevas organizaciones de la sociedad del conocimiento. Si la persona es una mercancía de usar y tirar, mal asunto.

En quinto lugar, una organización inteligente, también debe cultivar una profunda cultura corporativa, y si es una organización pública su talante y su estilo estará al servicio permanente de los intereses generales. Intereses generales entendidos como la garantía de los derechos de las personas.

Y en sexto lugar, en las organizaciones inteligentes, la investigación y la gestión se identifican. ¿Por qué? Porque el aprendizaje no termina nunca, la formación no termina nunca y gestionar es aprender, y gestionar, como decía antes, es investigar. El buen gobierno, la buena administración, no puede olvidarse de estos criterios tan importantes para intentar conducir con éxito las instituciones en el tiempo que nos ha tocado vivir.

En el contexto de la sociedad del conocimiento, de la información, de las nuevas tecnologías, de la crisis de las ideologías cerradas, nos encontramos con la llamada crisis de la gobernabilidad, sea pública, sea privada, como consecuencia del exceso de organización y también de lo que se denomina sobrerregulación o re-regulación. Es sorprendente que, en los tiempos actuales, a pesar de ser más conscientes de que las instituciones han de promover las libertades y los

derechos, todavía constatemos el enorme peso de la tecnoestructura, de esa burocracia cerrada e insensible que aspira a manejar, a dominar los resortes y el mismo interés general. En este marco se pueden situar muchas de las nuevas teorías de la organización, que lejos de preconizar con claridad la vuelta a los valores humanos, constituyen un expediente, o justificación para un crecimiento incontrolado de las estructuras y de las ambiciones de poder de los nuevos burócratas. Es lo que ha pasado en relación con el Estado de Bienestar, en el cual al final la Administración Pública, el presupuesto, los funcionarios, se han convertido en una justificación para crecer olvidando la necesidad de encontrar fórmulas que faciliten la humanización permanente de la organización.

Por lo tanto, una de las claves hermenéuticas para conducir el desafío presente reside en abrirse más a la gente y menos a los sistemas y procedimientos. Los protagonistas son las personas, los protagonistas son los ciudadanos concretos y la organización tiene que estar mirando continuamente los problemas, las dificultades, los anhelos, los intereses colectivos de esas personas. Sin embargo, la historia de los fracasos de las reformas administrativas tiene mucho que ver con la historia de la permanente mirada de la organización hacia sí misma, que prefiere la autoreferencialidad, que es el espejo del autismo de unos dirigentes más pendientes del control y la dominación que del compromiso con la calidad de vida de las personas. La buena administración, el buen gobierno, han de realizarse mirando permanentemente a las necesidades colectivas de los ciudadanos desde los parámetros del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

El tiempo que nos ha tocado vivir, quien lo podrá negar, se caracteriza especialmente por una transformación radical y vertiginosa de las formas tradicionales de explorar la realidad, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que la tradición esté muerta. En alguna medida, la realidad actual, nos guste o no, es producto de lo que ha pasado, de lo que hemos heredado de nuestros antecesores y sería una soberana irresponsabilidad, por ejemplo, intentar

transformar la realidad desde cero, sin reconocer lo bueno o lo malo que nos han dejado nuestros predecesores. Pero, en cualquier caso, sí que se ha producido una transformación relevante que reclama nuevos enfoques para entender el sentido de la sociedad del conocimiento y la Administración Pública, hoy.

Por otra parte, frente a los vertiginosos cambios que contemplamos, cada vez va cobrando más importancia el pensamiento abierto, el pensamiento dinámico, el pensamiento plural y el pensamiento complementario o compatible a pesar de la concentración del poder, cualquiera que sea su naturaleza, y el afán de control y manipulación es más real y creciente que nunca.

En el ámbito de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la sociedad de la información, tenemos que ser conscientes de que hay que tender puentes sólidos entre nuevas tecnologías y derechos fundamentales de las personas, no vaya a ser que una apuesta importante en relación con las nuevas tecnologías pudiera abrir más la brecha en lo que se refiere a la calidad en el ejercicio de los derechos fundamentales por todos los ciudadanos. El buen gobierno, la buena administración no puede olvidar que la sociedad del conocimiento ha de mejorar la calidad de la cultura cívica de las personas, pues de lo contrario estaremos desaprovechando una magnífica oportunidad para incidir positivamente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Asimismo, se está produciendo, aunque levemente, y casi sin representación mediática consistente, lo que se ha denominado por algunos la quiebra de la tecnoestructura o la quiebra del tecnosistema del que hablaron en su día Galbraith o Bell. En efecto, la tecnoestructura, que a veces ha aparecido como una alianza sutil entre el Estado, el Mercado y los medios de comunicación, intenta a toda costa erigirse en el supremo interprete del interés general acompañada de toda una maraña de lenguajes y procedimientos específicos que impiden el acceso de la gente común y corriente al proceloso mundo del espacio pública, nunca tan cacareado como cerrado. Por eso, uno de los riesgos, de los desafíos que tiene la sociedad del conocimiento es que los intereses generales

dejen de estar dominados por los especialistas y se abran de una manera autentica a los problemas reales que tienen las personas.

Por otra parte, como consecuencia de la emergencia de una nueva manera de entender el poder como la libertad articulada de los ciudadanos (Burke), resulta que es necesario colocar en el centro del nuevo orden político, social y económico, la dignidad de la persona. Hay que volver a reflexionar sobre la persona. Pero no sobre la persona desde una perspectiva doctrinaria liberal, que lleva a las visiones del nuevo individualismo insolidario, sino desde la perspectiva, insisto, del pensamiento complementario y compatible, que hace de la libertad solidaria un concepto central, porque no son dos aspectos distintos de la realidad de las personas, la libertad y la solidaridad, sino que son las dos caras de la misma moneda, y son dos características que deben tender a unirse y a ofrecer, pues, perspectivas de complementariedad.

Por eso, no es baladí que la Comisión Europea haya elaborado una guía de principios éticos para la inteligencia artificial con el fin de estas nuevas tecnologías se gestionen siempre y en todo caso al servicio del ser humano. Regulación ética han de ir de la mano pues, de lo contrario, como ya pasa, estos fenomenales y fantásticos medio como son las nuevas tecnologías podrían ser los grandes azotes de una humanidad presa de esa tecnoestructura insensible a la dignidad humana como no sea para aprovecharse de ella para incrementar como sea la cuenta de resultados. Esperemos que este renacer ético no sea un simple barniz, sino que implique un compromiso radical y coherente.

La permanente y nunca acabada reforma de las Administraciones públicas pasa, en los tiempos actuales, por el uso inteligente de las nuevas tecnologías al servicio de los ciudadanos. Las nuevas tecnologías son un instrumento al servicio del pueblo. No son un fin en sí mismas. Su sentido y función, también en el mundo de los poderes públicos, están directamente vinculados a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

En este contexto, la Unión Europea se ha comprometido en un ambicioso plan de trabajo con las autoridades públicas de los países miembros con el fin de ampliar y mejorar los servicios que las Administraciones públicas ofrecen a los ciudadanos a través de internet. Tarea que debe estar presidida por la simplicidad y la sencillez, características que no siempre, como comprobamos a diario, distinguen, por ejemplo, a las páginas web de numerosos entes públicos.

El plan de acción tiende a fortalecer las medidas de las Administraciones públicas encaminadas a que los ciudadanos y las Administraciones públicas utilicen sus aplicaciones en línea. En especial, se trata de mejorar las aplicaciones dirigidas a registrar un negocio, solicitar y acceder a la seguridad social o a beneficios sanitarios, solicitar el ingreso en una universidad o proporcionar bienes o servicios a los Entes públicos.

Si estas relaciones entre la ciudadanía y las Administraciones se realizaran a través de la red es verdad que las colas y la ordinaria pesadez y rutina con la que generalmente funcionan los poderes públicos podrían situarse en otra dimensión. Incluso se mejoraría la competitividad y se podrían ofrecer mejores servicios a mejores precios, algo que en un momento de crisis económica como la actual sería bien relevante.

Sin embargo, la implementación de estos proyectos debe partir de una más fácil y accesible comunicación entre Administración y ciudadanos. A veces, no pocas, los sistemas de información que se diseñan piensan más en la propia estructura administrativa, o en el beneficio empresarial, que en las necesidades de los ciudadanos. Y así nos va. Cuantas veces en lugar de mejorar esa comunicación, se dificulta y hasta se hace más oscura e incomprensible.

Por eso, para que estos ambiciosos y costosos programas surtan los efectos deseados han de contar desde su diseño y realización con la participación ciudadana, con la presencia de usuarios de servicios públicos y de interés general. Algo que por estos lares no es frecuente por seguir predominado una perspectiva piramidal y tecno estructural del manejo y realización de las reformas

administrativas. Sin embargo, lo razonable y lógico sería que en estos procesos la presencia ciudadana se garantizara desde el primer momento.

Precisamente la UE señala que el impulso de las tecnologías ha de fomentar más transparencia implicando más a los ciudadanos. El pueblo es el dueño de las instituciones públicas y de los procedimientos y por ende debe estar presente en el diseño y evaluación del uso de las nuevas tecnologías en la Administración. De lo contrario, seguiremos instalados en ese despotismo administrativo tan frecuente para el que lo relevante es mantener el poder a través de las estructuras y diseños burocráticos con un olvido sistemático de lo fundamental: la calidad de vida de la gente. Si las nuevas tecnologías lo facilitan, bienvenidas sean, si lo perjudican, que se apliquen siempre de acuerdo con este mandamiento. Las TICS o sirven para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, o, sencillamente, no sirven.

PAINÉIS

EXISTE DIREITO À INTERVENÇÃO HUMANA NO CONCEITO E REGIME JURÍDICO DE ATO ADMINISTRATIVO? INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, GOVERNO ELETRÔNICO E POSSIBILIDADES INTERPRETATIVAS A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Janriê Rodrigues Reck¹

Caroline Muller Bitencourt²

1. Introdução

Este artigo versa sobre a existência do conteúdo de intervenção humana no ato administrativo e seu regime jurídico, tendo em vista a possibilidade de atos serem realizados a partir sistemas de inteligência artificial (ato administrativo automatizado ou decisão cibernética ou decisão automatizada). A resposta a esta indagação deve ser construída a partir de uma interpretação que leve em conta o Estado Democrático de Direito e a Constituição de 1988.

A aplicação da inteligência artificial ao Direito vem sendo tema da ciência do Direito de forma universal. Deste modo, não há uma delimitação espacial precisa

¹ Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal. Email: janriereck@gmail.br.

² Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. Email: carolinemb@unisc.br.

no presente artigo, muito embora sejam utilizados referenciais da Constituição Federal de 1988. Temporalmente, é evidente que o problema só pode ser posto na contemporaneidade. Cientificamente, o tema transpassa o Direito e as Tecnologias de Informação e Computação. O problema que move este trabalho é: dentro do conceito e regime jurídico de ato administrativo subjacente à Constituição Federal de 1988 e ao Estado Democrático de Direito, é possível dizer que existe um direito geral à intervenção humana quando da aplicação da inteligência artificial nos atos administrativos?

A hipótese deste trabalho é a de que não há um direito fundamental a tanto. Não só por questões de tradição do Direito Administrativo, mas sim diante da liberdade de escolha dos formuladores e implementadores de políticas públicas. Ocorre que o ordenamento já garante um ato da Administração Pública conforme determinados parâmetros jurídicos. Dentre estes parâmetros não está precisamente o de *aprioristicamente* o ato não possa ser levado a efeito mediante inteligência artificial. Não se exclui, contudo, que diante da cautela e da importância de determinados bens jurídicos, que pontualmente se possa fundamentar a necessidade de intervenção, seja na forma de revisão do ato administrativo, seja da supervisão de cada decisão tomada por sistemas de inteligência artificial.

O trabalho se justifica evidentemente no aumento exponencial de aplicações de inteligência artificial nas diversas administrações públicas modernas, incluindo a brasileira. O Direito Administrativo não pode deixar de refletir sobre as referidas aplicações, de modo que perfeitamente justificado está o artigo.

O primeiro objetivo reside na exploração do conceito e regime jurídico do ato administrativo, verificando se existe um direito à intervenção humana no regime jurídico, objetivo este realizado no segundo capítulo do trabalho. O segundo objetivo é de abordar diferentes aplicações de inteligência artificial na Administração Pública, separando-a da programação condicional simples, correspondendo ao terceiro capítulo deste trabalho. Finalmente, o terceiro

objetivo é traçar diretrizes interpretativas para a questão do ato administrativo advindo de inteligência artificial, o qual corresponde ao quarto capítulo.

Em termos de metodologia, adotar-se-á uma metodologia hermenêutica, buscando reconstruir os diferentes significados de ato administrativo e seu regime jurídico para fins de elucidação acerca da existência de um direito fundamental à intervenção humana. Anote-se que o presente trabalho se amolda ao projeto de pesquisa “Administração pública digital no Brasil no século XXI: possibilidades inovadoras, desafios de um regime jurídico adequado e contribuições às políticas públicas, junto à Universidade de Santa Cruz do Sul”, financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

2. Conceito e Regime Jurídico do Ato Administrativo

O ato administrativo consiste em uma declaração unilateral de vontade da Administração Pública. Doutrinariamente, coloca-se o ato administrativo como dentro da grande categoria dos fatos administrativos. A doutrina de Di Pietro, assim define “a declaração do Estado ou de quem a represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de Direito público e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário”³. Já para Bacellar e Martins, o conceito de ato administrativo “consiste na declaração, própria do exercício da função administrativa, por meio da qual um agente administrativo ou que lhe faça as vezes, profere uma decisão e, por meio dela, enuncia um veículo introdutor de norma administrativa. Embora algumas variações possam advir da doutrina, pode-se afirmar que em comum encontra-se a ideia de que ato administrativo tem como características essenciais: ser emanado pela Administração ou de quem cumpra uma função administrativa, ser uma declaração unilateral de vontade e ser regido pelo regime jurídico-administrativo.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 209.

Já os Fatos administrativos⁴, pode-se chamar os são fatos que decorrem da Administração, como contratos, atos materiais como o reparo de uma rodovia e atos de Direito Privado. Por ato entenda-se a emanção de uma vontade humana, diferenciando-se dos fatos jurídicos, que decorrem da natureza. Os atos são jurídicos quando recebem a atenção do Direito, isto é, quando é ligada alguma norma à uma vontade. No caso do ato administrativo, assim como nas pessoas jurídicas de privado, há uma dupla relação de imputação jurídica, isto é, de ligação através de uma norma. A norma liga a vontade de alguém à organização (entidade pública) conforme alguma ligação com o Direito. Isto é, o direito atua em dois momentos: 1) atribuindo quem terá sua vontade ligada à Administração quais vontades poderão ser atribuídas à Administração e 2) as consequências jurídicas desta conexão. No caso, um prefeito terá sua vontade ligada à Administração Pública, e não um vendedor de automóveis, por exemplo. Não em todos os momentos, já que um prefeito fazendo compras em um supermercado para si mesmo não terá sua ação conectada à Administração Pública. Está no conceito de ato administrativo, assim, a vontade humana. Se é o caso de se chamar um resultado algorítmico de ato é algo que será debatido no próximo tópico.

O que vai caracterizar o ato administrativo é seu regime jurídico. Este regime jurídico é construído em torno do interesse público. O interesse público fundamenta regras que concedem certos poderes ao ato administrativo, como a imperatividade, a presunção de legitimidade e veracidade e a autoexecutoriedade. Presume-se do ato administrativo que ele seja verdadeiro,

⁴ A doutrina publicista não costuma distinguir os atos-fatos dos fatos, chamando a todos pela última denominação. Parece pertinente, todavia, apartá-los. Os atos-fatos são atos da própria pessoa jurídica administrativa ou, excepcionalmente, de pessoa jurídica fora da Administração Pública, como é o caso de um concessionário de serviço público. Produzem efeitos na esfera jurídica dos mencionados entes. A construção de uma obra pública, o corte das instalações de um usuário de serviço público de energia elétrica, a dissolução de urna manifestação, a interdição de um estabelecimento são exemplos de atos-fatos administrativos. Diversamente deles, os fatos administrativos não são fatos atribuíveis a pessoas. MEDEIROS E ALBUQUERQUE, Ronaldo de. Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (6), 1997. P.225.

isto é, que seus pressupostos de fato correspondem à realidade assertiva, e que ele seja legítimo, isto é, conforme o Direito. Ainda, o ato pode ser executado pela própria Administração, sem recorrer ao Poder Judiciário, incluindo medidas materiais e cautelares, como a apreensão e a destruição de um bem. Finalmente, o ato administrativo é imperativo, isto é, obriga os particulares, independentemente de sua concordância. São atributos que concedem ao ato administrativo prerrogativas não extensíveis aos particulares. Estas prerrogativas são compensadas, por outro lado, com uma série de obrigações impostas à Administração Pública⁵. Estas obrigações ou estão direcionadas a um interesse público geral, ou estão vinculadas às garantias do cidadão, ou cumprem as duas funções simultaneamente.

Estas funções de garantia do Direito do cidadão estão conectadas com as funções sociais da Administração Pública – realização de direitos fundamentais através de políticas públicas – as quais por sua vez decorrem do Estado Democrático de Direito⁶. O Estado Democrático de Direito, é sabido, acumula as conquistas da legalidade com a realização de direitos de todas as gerações.

O ato administrativo será o menor componente das políticas públicas e, neste sentido, quando articulados um com o outro, gerará uma rede de programas voltada à realização de direitos. O próprio ato administrativo, se bem que voltado à realização de direitos fundamentais, é também limitado por direitos fundamentais, nos termos anteriormente expostos. A limitação aos atos administrativos decorre geralmente dos direitos de primeira geração, mas não necessariamente. Um ato administrativo não poderá atingir a liberdade de expressão, a propriedade e as liberdades de reunião e associação. Por outro, o ato administrativo também não poderá implicar em violação dos direitos de

⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 12ª São Paulo, Atlas, 2023.

⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*. Curitiba: Íthala, 2021.

terceira dimensão de natureza transindividual, como a cultura, o meio ambiente, a educação e assim sucessivamente.

Este regime misto de poderes, direitos dos cidadãos e obrigações da Administração Pública conforma o regime jurídico da Administração Pública. Retomando: os atos administrativos possuem atributos de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade e veracidade, e, ao mesmo tempo estão orientados a realizar e estão limitados por direitos fundamentais.

Talvez os demais regramentos ajudem a caracterizar melhor o ato administrativo. O ato administrativo é regido pela legalidade. Neste sentido, sempre será necessário ligar o ato administrativo a alguma norma. A norma pode estabelecer declarações do tipo vinculada, onde há uma só solução, e discricionárias, onde há liberdade de alternativas de solução.

A legalidade estabelece a competência, a finalidade, o objetivo e por vezes a forma do ato administrativo. Certas matérias estão submetidas à reserva de lei, como o processo administrativo, as sanções, os direitos dos servidores e assim sucessivamente. Existe, deste tipo, um direito do cidadão à legalidade. Atentar à legalidade, contudo, não significa supervisão humana direta, já que sistemas de inteligência artificial podem ser programados para seguir a lei. O ato administrativo deverá ser impessoal.

Novamente, sabe-se dos problemas que excepcionalmente podem gerar vieses nos algoritmos (discriminação algorítmica). Entretanto, dado o fato de o algoritmo se constituir em equações matemáticas, a impessoalidade estará garantida. Há ganho de eficiência com o uso de inteligência artificial pela velocidade pela qual as decisões são tomadas, de modo que mais um princípio de Direito Público está contemplado.

De fato, a moralidade administrativa fica prejudicada sem intervenção humana, já que a moralidade depende de experiências de vida em um determinado contexto. A motivação de um ato deverá ser clara e congruente. Isto é possível

através de sistemas de inteligência artificial geradores de texto, os quais irão remeter às árvores algorítmicas de decisão. Claro que há uma complexidade interessante aqui, afinal, um ato administrativo não será uma ação isolada, a ação administrativa envolve múltiplos agentes e seus atos que estão conectados através dessa organização administrativa, o que podemos chamar de “sistemas compostos por vários números de componentes humanos trabalhando juntos com vários graus de eficiência”.⁷

Uma vez editado o ato administrativo, recairá um regime de responsabilidade civil administrativa ao ato administrativo. A Administração Pública passará a ser responsável pelo ato administrativo assim criado, e note-se que tal complexidade desses sistemas de decisões que envolvem múltiplos agentes constituem as organizações complexas contemporâneas, e, justamente essas organizações são a forma contemporânea de manifestação do ser humano.⁸

Contudo, note-se, que na tradição do regime jurídico nunca existiu ou ao menos nunca se necessitou de indagação sobre haver ou não um direito à intervenção humana porque simplesmente a questão nunca se pôs, já que o problema da inteligência artificial é contemporâneo. Não fora aventado que não humanos poderiam emanar declarações de vontade na forma da linguagem natural, como um animal, por exemplo.

Quem, qual o conteúdo, a forma e conteúdo destes atos, contudo, sempre foram parte do regime jurídico administrativo.

Isto não significa que o catálogo de direitos não possa se expandir, se for o caso, para incluir a intervenção humana. Não existe ainda um movimento político neste sentido, de modo que um dos caracteres dos direitos fundamentais, que é o da sua afirmação histórica, não se coloca. A questão, portanto, deve ser lida a partir

⁷ BOSTROM, Nick. *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press, 2016. p. 65. No original: “systems composed of various numbers of human-level components working together with various degrees of efficiency.”

de uma conjunção da conveniência com o direito posto no ordenamento. Ressalte-se existir um exemplo de direito à intervenção humana no art. 20 da Lei 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados, onde o titular terá direito à revisão de dados tomados unicamente por inteligência artificial.

Contudo, é evidente que se reconhece que outras questões irão suscitar preocupação quanto à necessidade de supervisão humano, especialmente no que toca os possíveis vieses⁸, tema cada vez mais presente no debate quando a decisão envolve inteligência artificial.

3. Inteligência Artificial e vontade da Administração Pública

Um sistema de Inteligência Artificial é, na definição do projeto de regulação da Inteligência artificial da União Europeia⁹, um «Sistema de inteligência artificial»

⁸ O problema dos vieses nas bases de dados – que consciente ou inconscientemente tornam ou mantêm invisíveis determinados grupamentos sociais ou situações fáticas – já evidencia que não se possa pretender dos sistemas baseados em IA uma objetividade que os dados a partir dos quais eles operam na sua origem, não se revela real. Desafio mais substancial é aquele relacionado à possibilidade de se admitir, no domínio dos sistemas fundados em IA, um desvio de finalidade – não no sentido de uma vontade pessoal, direcionada para algo que não os reclamos do interesse geral, mas uma concepção equivocada dos parâmetros que direcionam a operação desse mesmo aparato informatizado. É certo que o problema dos vieses e do explorado desvio de finalidade da máquina não determina o descarte definitivo das soluções de IA, mas reclama um padrão de cuidado que supere o simples fascínio pela suposta superioridade do tecnológico. Na verdade, é a própria literatura na área que denuncia que, especialmente nas soluções de deep learning, há um espaço de opacidade relacionado ao pleno disclosure e compreensão de quais tenham sido as inferências e padrões reconhecidos e aproveitados pelo sistema para a construção de seu próprio aprendizado. VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. P. 14-15

⁹ In the document prepared by the study group, AI is conceptualized as software systems (and possibly also hardware) designed by human beings who, given a complex objective, act in the physical or digital dimension, perceiving their environment through data acquisition, interpreting the structured or unstructured data collected, rationalizing the knowledge or processing of information, derived from this data, and deciding the best actions to be taken to achieve the given goal. AI systems can use symbolic rules

(sistema de IA), um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens [...], capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage”.

As aplicações de sistemas de inteligência artificial são múltiplas na Administração Pública. Muitos dos clássicos atos (ou processos) administrativos podem ser realizados por sistemas de inteligência artificial, tais como promoções, avaliações de desempenho, concessões de aposentadorias, aplicação de sanções a servidores, autorizações de construções, licenciamento ambiental, licenças para servidores, atestados, entre outros certidões. Sabe-se o quanto esse debate já estava avançado no caso brasileiro, especialmente nos órgãos controladores, seja Poder Judiciário, seja Tribunais de Contas.

Sabe que a utilização da inteligência artificial se identifica essencialmente em dois campos, o da decisão e da predição, tendo evidentemente uma estreita conexão entre eles:

No campo da decisão, nas atividades administrativas inteiramente estruturadas, é possível a utilização de teóricos aprendizado supervisionado, e a automação integral da decisão em si, que decorreria da simples imputação dos algoritmos mandatórios na máquina, a partir dos quais a deliberação em concreto teria lugar sem qualquer intervenção humana na sua cunhagem. Inevitável aqui a associação com os atos administrativos vinculados, em que seus elementos se têm inteiramente estabelecidos em lei, donde a sua

or learn a numerical model, and they can also adapt their behavior by observing how the environment is affected by their previous actions. GABARDO, Emerson; MENENGOLA, Everton; SANMIGUEL, Nancy Nelly González. A proposta europeia da regulação da inteligência artificial. Santa Catarina: Sequência estudos jurídicos políticos, 01 de março de 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91435>. Acesso em 08/04/2023.

edição depende tão somente da constatação material de sua presença. Também é possível, quando se cogita de escolhas a serem formuladas por parte da Administração, que esta seja simplesmente municada pela IA, com dados de alguma forma tratados, que possam contribuir para a deliberação do agente público. Aqui, se existe um espaço de decisão no qual a máquina não avança, que depende de uma opção estratégica ou valorativa do agente humano, tem-se a associação com os atos administrativos discricionários. As funções de predição, por outro lado, consistem na oferta de distintos cenários ou alternativas de ação pública – que num ambiente de decisões não estruturadas, favoreceria a escolha, a partir de uma análise consequencialista, como recomenda a Lei nº 13.655/18. No campo da predição, destaca-se não só o incremento do potencial de acerto, mas também a velocidade, e ainda a possibilidade de identificação de correlações entre ocorrências distintas, a partir de massivas bases de dados; correlações essas que muitas vezes não seriam percebidas pelas ferramentas de análise habitualmente aplicadas por agentes humanos. É nítida a intercessão possível entre predição e decisão, mas, claro, igualmente o distinto grau de interferência direta que a aplicação de IA tenha sobre o assentamento da resposta administrativa a uma determinada situação ou postulação. Numa escala de intensidade, é possível aludir a IA com papel de apoio, até aquelas com cariz determinativo.¹⁰

Sobre modelos preditivos, é fundamental a instância revisora das decisões algorítmicas, uma vez que os falsos positivos podem marcar presença. No entanto, é preciso lembrar que no unsupervised learning (aprendizado não

¹⁰ VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. P. 10-11.

supervisionado) a máquina aprende a lidar com dados brutos, sem uma figura supervisora. Ou seja, não se pode ignorar a capacidade de aprender por si, sobrepassar o originalmente programado e “evoluir” enquanto há o processamento de informações. Essa característica é a do machine learning, onde esses algoritmos recebem modelos de execução ideal de tarefas, sendo treinado através da repetição. Cada vez que o algoritmo realiza aquela atividade, se torna mais eficaz¹¹.

Como antes debatido, talvez a conexão mais evidente com uma intervenção humana no ato administrativo talvez esteja no próprio conceito de ato e de declaração de vontade. Em um primeiro momento, assim, poder-se-ia conjecturar a necessidade de uma nova categoria para ato administrativo equivalente ao ato administrativo quando se estivesse a tratar de uma declaração unilateral emanada pela Administração pública através de um sistema de inteligência artificial. Ocorre que sempre há um mínimo de intervenção humana que é precisamente a escolha em utilizar a inteligência artificial para determinada situação. Esta escolha é, precisamente, um ato, e, deste modo, um mínimo de intervenção humana há. É necessário diferenciar uma intervenção humana direta sobre o ato administrativo de uma intervenção indireta. A indireta se daria nas tarefas de escolha e programação de uma determinada manifestação de inteligência artificial como ato administrativo, e a intervenção direta dar-se a partir uma supervisão ou confirmação humana dos resultados do algoritmo. Há, assim, a programação do objetivo humano. Muitos são os exemplos que na atualidade podemos citar o uso da AI e que em diferentes medidas ter-se-á de discutir a regulação e a responsabilização desses atos:

a) controle da prestação de serviços públicos à distância, serviços públicos digitais, com implicações na acessibilidade e

¹¹ ALENCAR, Ana Catarina. *Inteligência artificial, ética e direito: guia prático para entender o novo mundo*. 2021.

desburocratização e com redução de distâncias nos serviços de saúde e educação através das funcionalidades da inteligência artificial;

b) concepção de governo como plataforma, com utilização do espaço virtual para ampliação do acesso à participação popular e à cidadania digital;

c) controle do emprego da inteligência artificial e regulação da programação de algoritmos e de sua utilização na tomada da decisão pública;

d) criação de uma nova teoria dos atos e fatos administrativos, relacionada com o ser digital e suas interações com a administração pública digital;

e) regulação da constituição de “smart cities”, em reformulação do planejamento urbanístico;

f) controle do processo de recrutamento de pessoal em concursos públicos a partir de análise algorítmica de perfil, com a necessária explicitação dos parâmetros da escolha algorítmica;

g) controle da utilização de robôs nos processos de contratação pública, com afetação da eficiência, vantajosidade e competição;

h) utilização do “blockchain” como plataforma descentralizada e distribuída em blocos, viabilizadora de desburocratização de gestão administrativa¹².

Claro que a decisão resultante de um sistema de inteligência artificial não é um uma declaração unilateral de vontade, pois não há vontade. Ela pode emular uma

¹² VALLE, Vivian Cristina Lima López; GALLO, William Ivan. Inteligência artificial e capacidades regulatórias do Estado no ambiente da administração pública digital. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 67-86, out./dez. 2020. P.79-80.

manifestação de vontade tal qual, inclusive com a respectiva fundamentação, mas não será, precisamente, “vontade”.

A melhor forma de caracterizar o resultado dos sistemas de inteligência artificial é chamando-a de decisão de inteligência artificial, ou decisão cibernética, ou decisão administrativa automatizada, ao invés do uso da palavra “ato”. Com isto, evitam-se os equívocos. É necessário saber que a inteligência artificial produzirá uma determinada decisão a partir de determinados objetivos postos humanamente, de modo que indiretamente sempre existirá a intervenção humana¹³. A decisão pode ser conceituada como a geração e escolha de alternativas.

A partir do conceito de inteligência artificial, esta decisão é sempre complexa pois inicia com um objetivo humano, uma programação minimamente humana da inteligência artificial, a tradução da linguagem natural para a cibernética via sistema de inteligência artificial, a acumulação de informações e a geração e a escolha da alternativa e a retradução na forma de linguagem natural¹⁴. Neste sentido, a decisão de inteligência artificial é parcialmente humana. Entretanto, após a decisão, descortinam-se opções de monitoramento e revisão, que vão da maior à menor intensidade. Retomando-se os elementos da decisão: 1. estabelecimento dos objetivos: ato humano; 2. escolha da programação ou pelo menos programação inicial em caso de machine learning: ato humano; 3. geração de alternativas: inteligência artificial. 4. Escolha das alternativas: inteligência

¹³ FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019. Essa é uma premissa da qual Juarez Freitas entende que a administração pública não deve prescindir, a presença e a supervisão humana, afinal, a ideia de dignidade humana está no núcleo do direito que deve ser garantido. Contudo, isso, sabe-se que também é um grande desafio, na medida que a evolução das máquinas pode caminhar no sentido de ser cada vez mais difícil a rastreabilidade dessas decisões.

¹⁴ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em Defesa do Humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

artificial; 5. eventual revisão decisão automatizada: ato humano; 6. revisões periódicas no sistema: ato humano; 7. crítica do sistema: ato humano.

Excluem-se aqui a inteligência artificial enquanto apoio para alguma decisão administrativa, já que o ato continuará sendo um ato administrativo convencional: “artificialidade da inteligência consiste basicamente em matéria esquematizada”¹⁵. Poderá existir algum grau de responsabilização dos programadores, mas sob a ótica do cidadão o ato continuará sendo humano. Ainda, porque não há geração de decisões, há de se excluir também sistemas de decisões simples, baseados no modelo se x, então y¹⁶. Por exemplo, se for lavrada uma multa contra alguém, um sistema manda automaticamente um aviso para o sancionado. Isto porque neste caso não há nenhuma geração de alternativas e escolha destas alternativas por parte de um sistema de decisão.

Em termos de intervenção humana, pode-se ocorrer de uma decisão:

- Não ter supervisão humana alguma;
- Ter confirmação humana em todos os casos;
- Existir supervisão humana em forma de amostragem e de revisão dos sistemas;
- Possibilidades de reversão e parada por parte da autoridade administrativa;
- Ter direitos de um recurso à revisão humana.

No regramento europeu, é o risco que define o grau de intervenção humana. Quando o risco da AI é alto, será necessária a adoção de uma série de medidas de registro, transparência e monitoramento. Não existe, contudo, direito a supervisão ato por ato.

¹⁵ HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. Tradução Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020. p. 159.

¹⁶ LEE, K.-F. *Inteligência artificial. Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Tradução de Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

4. Diretrizes de interpretação dos decisão administrativa decorrentes de aplicação de inteligência artificial

A União Europeia definiu um conceito abrangente e neutro para os sistemas de IA, em resposta à constante evolução das tecnologias e às suas mudanças. Como resultado, foi estabelecida a definição de IA como:

“«Sistema de inteligência artificial» (sistema de IA), um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage;¹⁷”
(COMISSÃO UEROPEIA, 2021, p. 43).

Enquanto no Brasil, adotamos uma definição mais contida e específica:

“Art. 4º. Para as finalidades desta Lei, adotam-se as seguintes definições: I – sistema de inteligência artificial: sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. COM (2021) 206. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmônicas no domínio da inteligência artificial (ato relativo à inteligência artificial) e que altera determinados atos legislativos da União. 21 de abril de 2021. Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Acesso em 03 de jun 2023.

*previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real*¹⁸." (Brasil, 2022, p. 18).

O tema da intervenção humana faz parte dos debates dos projetos de lei atualmente em debate na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. No PL 21/2020¹⁹, que corre na Câmara dos Deputados, não há menção à intervenção humana. Entretanto, no PL 2338/2023, atualmente no Senado Federal e que resulta da compilação de outros projetos de lei, existe menção à intervenção humana em forma de revisão do ato. Dispõe o art. 5º do referido projeto de Lei como direito dos atingidos por sistemas de inteligência artificial: III – direito de contestar decisões ou previsões de sistemas de inteligência artificial que produzam efeitos jurídicos ou que impactem de maneira significativa os interesses do afetado.

O artigo 9º do mesmo projeto de lei detalha o referido direito à intervenção²⁰, dispondo que a pessoa afetada por sistema de inteligência artificial terá direito

¹⁸ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 21/2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Autor: Eduardo Bismarck (PDT-CE). Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 05 jun. 2023.

¹⁹ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 21/2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Autor: Eduardo Bismarck (PDT-CE). Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 05 jun. 2023.

²⁰ Interessante também que a transparência é uma das grandes preocupações do projeto, além do Art. 7º Pessoas afetadas por sistemas de inteligência artificial têm o direito de receber, previamente à contratação ou utilização do sistema de inteligência artificial, informações claras e adequadas quanto aos seguintes aspectos: § 2º Pessoas expostas a sistemas de reconhecimento de emoções ou a sistemas de categorização biométrica serão informadas sobre a utilização e o funcionamento do sistema no ambiente em que ocorrer a exposição. § 3º Os sistemas de inteligência artificial que se destinem a grupos vulneráveis, tais como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, serão desenvolvidos de tal modo que essas pessoas consigam entender o seu funcionamento e seus direitos em face dos agentes de inteligência artificial. BRASIL, 2022.

de contestar e solicitar a revisão de decisões, recomendações e previsões que impactem de maneira significativa seus interesses. Como é comum em projetos deste tipo, o projeto de lei é profícuo no uso de termos indeterminados. Assim, vai ficar para os futuros julgadores o sentido de “significativo”. Pode-se extrair um início de interpretação da Lei 9.784, quando exige motivação para os atos administrativos que limitem direitos. Neste sentido, o interesse afetado poderá ser entendido como “significativo”. A interpretação da palavra afetado parece ser mais fácil, já que implicará a pessoa cujo patrimônio jurídico foi diminuído ou restrito. Para fins deste trabalho, interessa que as decisões poderão ser revisadas, mas a lei também será destinada à revisão de recomendações e previsões.

A primeira diretriz de interpretação das decisões de inteligência artificial é a de que se trata de decisões da Administração. De fato, um primeiro ponto é do da ligação da inteligência artificial à Administração Pública. Se a Administração Pública é a utilizadora do sistema, a decisão será considerada administrativa, mesmo que a Administração Pública não tenha sido a programadora direta. Trata-se aqui de analogia com o antigo princípio da imputação do direito administrativo.

Como se trata de decisões da Administração, como tal devem incidir regras atinentes ao ato administrativo. Significa dizer que, em um primeiro momento, a decisão de inteligência artificial terá exatamente o mesmo regime jurídico de um ato administrativo convencional. Esta decisão contará com as presunções de legitimidade e veracidade, será imperativa e também autoexecutável. A decisão da inteligência artificial terá de ser motivada, eficiente, moral, pública e conforme a legalidade, além de passível de revisão judicial. A legalidade, aqui, é relevante, pois deve ser entendida no seu sentido amplo, abrangendo competência, objeto, finalidade forma e motivação.

A despeito de não existir um direito fundamental constitucional a intervenção humana pós programação, a proteção ao direito fundamental, sua relevância e o grau de criatividade podem assim fundamentá-lo. Assim, não existiria

necessidade de supervisão para os resultados de um *chatbot* destinado a esclarecimentos burocráticos, dada a pouca delicadeza do Direito em questão. Do mesmo modo, sistemas altamente vinculados também não precisariam de supervisão humana, como notificações a cidadãos e contribuintes, ou então sistemas que dependem de autodeclarações do usuário. Outras decisões, contudo, como atribuem direitos ao cidadão, poderiam ser objeto de revisão humana em caso de não concessão. Do mesmo modo, um sistema de inteligência artificial poderia ler os documentos e a intervenção humana viria através de recursos administrativos. Finalmente, decisões tais como a ministração de remédios ou relacionados à educação de crianças, pela delicadeza do direito envolvido, envolveriam sempre uma confirmação humana, mas não por conta de um direito abstrato à intervenção humana, sim por conta de uma racionalidade prática que envolve a natureza do direito.

De certo modo, a depender da situação, o direito à revisão já está previsto na maior parte leis gerais administrativas. Assim, a revisibilidade dos atos administrativos automatizados acaba caindo na revisão dos atos administrativos em geral. Por exemplo, o sistema de concessão de aposentadorias no Brasil. Cerca de 10% dos benefícios é concedido por inteligência artificial. O sistema identifica quando é o caso de intervenção manual e, neste sentido, ocorre a negativa. Da negativa caberá recurso administrativo. Há, assim, recorribilidade, pelo menos de forma indireta, das decisões de concessões de benefícios no âmbito do INSS.

Deste modo, tem-se como parâmetros para o estabelecimento o grau de aprendizado e liberdade do sistema de inteligência artificial, a natureza do ato administrativo em questão e o direito envolvido, tudo isto sob um prisma de risco. Tal matéria estaria sob a reserva legal em sentido amplo, a depender de regulamentação do Legislativo e Executivo.

5. Conclusão

O ato administrativo nasce já com um regime jurídico diferente do Direito Civil. As razões são históricas e se ligam às necessidades de um novo Direito pautado pelo interesse público, e não pelo interesse privado. Este regime jurídico se desenvolve a partir da legalidade e vai caracterizando o ato administrativo com certos atributos, como a autoexecutoriedade.

O Estado Democrático de Direito imprime à Constituição Brasileira o seu caráter garantista, o que vem a definir também o regime jurídico do ato administrativo. Dentre estes direitos, o devido processo legal.

À medida que sistemas de inteligência artificial vão sendo incorporados à prática da Administração pública, a necessidade de novas reflexões surge, dentre elas se existiu um direito à revisão humana de atos tomados por inteligência artificial no ordenamento jurídico. Apesar de não existir, por razões temporais, um direito à intervenção humana na Constituição Federal, por outro lado existem direitos ao devido processo legal.

Estes direitos relacionados ao devido processo legal administrativa tem por conteúdo a revisibilidade do ato administrativo, em determinadas circunstâncias, como a negativa de direitos ou a aplicação de sanções. Muito embora não se trate exatamente das mesmas circunstâncias, pelo menos quando o ato administrativo digital atingir direitos será o caso da aplicação da revisão do ato administrativo tomado por inteligência artificial – não por razões de fundamentação intrínseca do ato administrativo digital, mas sim por conta da revisibilidade em geral do ato administrativo decorrente do devido processo legal.

6. Referências

ALENCAR, Ana Catarina. *Inteligência artificial, ética e direito: guia prático para entender o novo mundo*. 2021

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*. Curitiba: Íthala, 2021.

BOSTROM, Nick. *Superintelligence: paths, dangers, strategies*. Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press, 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 21/2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Autor: Eduardo Bismarck (PDT-CE). Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 05 jun. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 209.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em Defesa do Humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GABARDO, Emerson; MENENGOLA, Everton; SANMIGUEL, Nancy Nelly González. *A proposta europeia da regulação da inteligência artificial*. Santa Catarina: Sequência estudos jurídicos políticos, 01 de março de 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/91435>. Acesso em 08/04/2023.

HUI, Yuk. *Tecnodiversidade*. Tradução Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020. p. 159.

LEE, K.-F. *Inteligência artificial. Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Tradução de Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MEDEIROS E ALBUQUERQUE, Ronaldo de. Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ, (6), 1997. P.225.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 12ª São Paulo, Atlas, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. COM (2021) 206. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmônicas no domínio da inteligência artificial (ato relativo à inteligência artificial) e que altera determinados atos legislativos da União. 21 de abril de 2021. Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Acesso em 03 de jun 2023.

VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GALLO, William Ivan. Inteligência artificial e capacidades regulatórias do Estado no ambiente da administração pública digital. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 67-86, out./dez. 2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA (IAG): DESAFIOS E ALTERNATIVAS DE REGULAÇÃO

Carlos I. Aymerich Cano¹

1. Inteligência Artificial Generativa: entre o *hype* e a nova guerra fria

Há quem qualifica a atual onipresença da IA de *hype*, isto é, de fruto de uma campanha de marketing promovida pelas *Big Tech* que exagera os benefícios, as ameaças e as capacidades de uns sistemas que nem seriam assim tão novos nem eficazes² quanto costumam se apresentar. O objetivo seria disciplinar através do medo trabalhadores e trabalhadoras e, sob a escusa do carácter disruptivo dessas novas tecnologias³, converter em admissíveis práticas que vulneram as normas e os valores em vigor.

¹ Professor Titular de Universidade na área de Direito Administrativo da Universidade da Coruña.

² “Meanwhile the benefits can be over-hyped: despite inflated rhetoric, in reality hundreds of AI tools developed to deal with the COVID-19 pandemic had little, if any, effect” (*The Lobbying Ghost in the Machine*, Corporate Europe Observatory, 2023, p. 7, acessível em www.corporateeurope.org).

³ A referência a este carácter “disruptivo” da IA é um lugar comum nos documentos das grandes empresas tecnológicas e de comunicações sempre enfatizando os imensos benefícios sociais e, sobretudo, empresariais que irão produzir (veja-se, como exemplo, um documento da multinacional Telefonica, *¿Qué son las tecnologías disruptivas y qué ventajas tienen?*, acessível em <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/que-son-las-tecnologias-disruptivas-y-que-ventajas-tienen/>). O termo foi utilizado pela primeira vez em 1995 pelo professor da *Harvard Business School*/C.M. Christensen para se referir àquelas inovações tecnológicas que provocam câmbios profundos nos mercados, deslocando produtos e empresas e mudando as suas dinâmicas e valores. Esclarece que “Disruptive Innovations are not breakthrough technologies that make good products better. Rather, they are simple, affordable innovations that replace

A contradição que encerra esta qualificação da IA como tecnologia disruptiva afetando todos os setores da vida económica, social e pessoal ao ponto de provocar mudanças radicais a respeito da situação anterior à sua aparição é que, em contra do que as Big Tech e seus porta-vozes pregam, uma mudança existencial tão transcendental quanto essa iria precisar de uma regulação forte, *ex ante* e precedida de uma intensa deliberação pública⁴. Nem a autorregulação empresarial nem os códigos éticos são suficientes para enfrentar os riscos que essa tal disrupção levanta muito embora, por enquanto, esse segue a ser o modelo existente nos EUA, de onde são originárias as empresas tecnológicas mais importantes a nível mundial. Porém, esse fenómeno dos códigos éticos não é privativo dos EUA. As delongas na aprovação do Regulamento de Inteligência Artificial da EU, em parte provocadas pela dificuldade de encaixar dentro dele a IAG, estão a provocar a promoção de códigos éticos sem carácter jurídico vinculante por parte da União Europeia, quer no âmbito das relações com os EUA⁵, quer como iniciativas desenvolvidas conjuntamente com as grandes empresas tecnológicas⁶.

expensive, complex systems and products, thereby increasing accessibility and affordability for all” (veja-se <https://www.christenseninstitute.org/blog/is-the-innovation-really-disruptive-these-6-questions-can-reveal-the-answer/>). Não por acaso, a qualificação de uma inovação como disruptiva vai de mão dada com a ênfase nos seus efeitos benéficos.

⁴ De acordo com N. Petit e J. De Cooman (“Models of Law and Regulation for AI”, *EUI Working Paper RSCAS 2020/63*, acessível em <https://cadmus.eui.eu>), “when AI-generated externalities are existential, societies should consider ex ante intervention, and bring into a degree of expert deliberation” (p. 21).

⁵ Eis o Código de Conduta em Inteligência Artificial, focado na IAG, anunciado pela Vice-presidenta da Comissão Europeia Margrethe Vestager o passado mês de junho de 2023 no quadro da folha de rota conjunta entre a EU e os EUA em matéria de Comércio e Tecnologia (*EU-US Trade and Technology Council’s roadmap*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ttc-joint-roadmap-trustworthy-ai-and-risk-management>) com o fim de alcançar compromissos voluntários coincidentes com os “princípios” da proposta de Regulamento sobre IA. A ideia é que o código esteja aberto a outros países do G-7 bem como também a outros que compartilhem a mesma visão como a Índia, Indonésia ou Brasil (vid <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/eu-leaders-race-over-outreach-initiatives-to-anticipate-ai-rules/>).

⁶ Tal seria o caso do *AI Pact*, dirigido às empresas tecnológicas e anunciado em junho de 2023 pelo Comisário de Indústria da EU como um jeito de antecipar o compromisso do setor privado com o

É legítimo suspeitar, à vista destas iniciativas, que em vez de antecipar a aplicação dos conteúdos da proposta de Regulamento de IA elas façam parte, em realidade, de um esforço comum da Comissão da UE, os EUA e as *Big Tech* para condicionarem o texto final do Regulamento num sentido favorável às demandas e pressões vindas da outra parte do Atlântico⁷. E isso tudo no contexto de uma crescente competição económica, militar e tecnológica entre os EUA, Rússia e a China com uma UE cada vez mais subordinada aos primeiros⁸.

Seja como for, e sem prejuízo de outras regulações já aprovadas⁹, a proposta de Regulamento de Inteligência Artificial da UE é, por enquanto, a primeira tentativa que pretende estabelecer um padrão global para a regulação da IA assim como, em 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados de 2016 virou modelo para outras regulações¹⁰.

cumprimento das exigências da proposta de Regulamento de IA (“In other words, the French politician presents it as a way for the EU executive to explain the upcoming binding rules to tech companies and see if they might apply them before the AI regulation is formally in place”, <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/eu-leaders-race-over-outreach-initiatives-to-anticipate-ai-rules/>).

⁷ Os sinais, bem explícitos, não faltam. Desde a parte empresarial, o CEO de Open AI, Sam Altman declarou ao fim da sua visita a diversas capitais europeias no passado mês de maio que “The current draft of the EU AI Act would be over-regulating, but we have heard it’s going to get pulled back” (<https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/openai-ceos-backtracks-on-quitting-eu-threat/>). Pela parte do governo dos EUA, as pressões foram também explícitas e numerosas. Sirva como exemplo o documento U.S. Non-Paper regarding the September 2022 Revisions to the Draft EU Artificial Intelligence Act Proposed by the Czech Presidency, revelado pela Corporate Europe Observatory através do estudo, já citado, *The Lobbying Ghost in the Machine*, no qual o governo dos EUA indica com toda clareza as mudanças que devem ser introduzidas na proposta europeia de Regulamento de IA.

⁸ Vid. A. Fuentes, “El pulso doble de la inteligencia artificial”, *El País*, 22 de septiembre de 2023.

⁹ Eis o caso das Medidas Provisórias para a Administração dos Serviços de Inteligência Artificial Generativa aprovados o 23 de maio de 2023 pelo Burô Nacional de Informação sobre a Internet da República Popular da China, e que entraram em vigor o 15 de agosto de 2023.

¹⁰ Não por acaso, iniciativas como o projeto de lei brasileiro sobre o uso da IA estão largamente inspiradas na proposta europeia nos seus princípios e fundamentos, na categorização de riscos e no modelo de governança. Se trata do Projeto de Lei nº 2338, de 2023, sobre o Uso da Inteligência Artificial (acessível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>). Acerca da corrida regulatória entre a EU, os EUA, a China e também, entre outros, o Reino Unido veja-se “The global race to set the rules for

Mas para isso precisa oferecer uma resposta adequada ao desafio levantado pelos sistemas de IAG que, de entrada, têm difícil acomodação numa regulação fundada em classificar os riscos associados a determinados usos ou propósitos dos sistemas de tecnologia artificial. O problema então é como classificar o risco de sistemas que podem ser utilizados para uma multiplicidade de propósitos que nem tão sequer seus designers são capazes de prever.

2. Características dos sistemas de IAG

Os sistemas de IAG têm umas características especiais, que condicionam qual deva ser a resposta regulatória mais adequada:

- São sistemas opacos e de grande tamanho (e, por isso, precisados de grandes investimentos) só ao alcance de grandes empresas: precisam enormes quantidades de dados, capacidade de computação, pesquisadores, engenheiros e, também, revisores, rotuladores e moderadores¹¹.
- Esse seu grande tamanho se corresponde também com a amplitude da sua utilização, que faz com que os riscos associados a um uso malicioso, aos erros ou aos enviesamentos no seu funcionamento adquiram uma escala sistémica.
- São sistemas desenhados para a obtenção de resultados diversos, em contraste com os sistemas de IA desenhados para um propósito determinado. Daí a denominação que por vezes recebem de sistemas de IA multi-propósito (*General Purpose Artificial Intelligence* ou GPAI). Esta generalidade de propósitos surpreende até aos seus designers

AI" (*Financial Times*, 13 de setembro de 2023, acessível em <https://www.ft.com/content/59b9ef36-771f-4f91-89d1-ef89f4a2ec4e>).

¹¹ Veja-se C. GANS COMBE, "« Forçats du numérique » : Comment une décision de justice au Kenya fragilise la sous-traitance des multinationales du web" (em *The Conversation*, acessível em <https://theconversation.com/forcats-du-numerique-comment-une-decision-de-justice-au-kenya-fragilise-la-sous-traitance-des-multinationales-du-web-206896>).

humanos, quando o sistema desenvolve funcionalidades que não foram inicialmente previstas (tais como, por exemplo, a capacidade do ChatGPT de programar).

- É nesse sentido que se fala também em *foundation models*, ou seja, “modelos fundacionais” em tradução livre e direta para o português. Assim,

“A foundation model is any model that is trained on broad data (generally using self-supervision at scale) that can be adapted (e.g., fine-tuned) to a wide range of downstream tasks”¹².

Mais concretamente, a escolha do termo é justificada pelos motivos seguintes:

“We chose the new term foundation models to identify the models and the emerging paradigm that are the subject of this report. In particular, the word “foundation” specifies the role these models play: a foundation model is itself incomplete but serves as the common basis from which many task-specific models are built via adaptation. We also chose the term “foundation” to connote the significance of architectural stability, safety, and security: poorly-constructed foundations are a recipe for disaster and well-executed foundations are a reliable bedrock for future applications. At present, we emphasize that we do not fully understand the nature or quality of the foundation that foundation models provide; we cannot characterize whether the foundation is trustworthy or not. Thus, this is a critical problem for researchers, foundation model providers, application developers who rely on foundation models, policymakers, and society at large to address”¹³.

¹² Bommasani e outros, *On the Opportunities and Risks of Foundation Models*, 2022, acessível em <https://crfm.stanford.edu/report.html>, p. 3. Veja-se também Jones, E., What is a foundation model? (em <https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/foundation-models-explainer/>).

¹³ *Ibidem*, p. 7.

- Junto com a escala, a noção de modelos fundacionais envolve também a ideia de homogeneização: na medida em que cada vez sejam menos os sistemas básicos a partir dos quais se desenvolvam as aplicações específicas de IA, a homogeneidade das decisões se comparada com as decisões adotadas por pessoas humanas – aliás, um problema conatural a todas os sistemas de IA baseados na auto-aprendizagem – se eleva a uma escala superior: os erros que existam nesses sistemas básicos serão amplificados ao afetarem a inúmeras decisões ao ponto de representarem um risco sistémico¹⁴.
- Tecnicamente, os modelos fundacionais utilizam tecnologias conhecidas há décadas: eles se baseiam em redes neuronais profundas e em algoritmos de auto-aprendizagem. Porém, o que é novo e a larga escala em que essas tecnologias são utilizadas e a variedade, praticamente infinita, de resultados e usos que eles podem produzir. Nesse sentido, é interessante salientar como se bem os desenvolvimentos técnicos que subjazem aos modelos fundacionais têm saído fundamentalmente do âmbito académico – isto é, tudo que diz respeito ao *machine learning*, processamento de linguagem natural, redes neuronais, etc. – a pesquisa sobre a utilização de essas tecnologias para a criação de modelos fundacionais se fez fundamentalmente no seio da indústria e, mais concretamente, no seio das grandes companhias tecnológicas.
- É por esse motivo que os modelos fundacionais criados pela indústria devem ser objeto de uma consideração e avaliação *ex ante* de carácter multidisciplinar¹⁵: em vez de confiarmos apenas em avaliações éticas e de impacto social realizadas só depois de que a arquitetura do sistema já foi criada, é preciso que essas considerações sejam incorporadas já desde o início do desenho do modelo e no conjunto do seu “ecossistema”.

¹⁴ Muller, C., “AIA Topics. General Purpose AI”, 2023, p. 2 (acessível em <https://allai.nl/policy-brief-general-purpose-ai-foundation-models/>).

¹⁵ Ibidem, p. 10.

- Por ecossistema se entende o conjunto de fases pelas que um modelo fundacional tem que passar, desde a produção (sempre humana e social) e sistematização dos dados (em bases de dados), passando pelo treino, a adaptação a uma função determinada e, por fim, a sua colocação no mercado.

Esse ecossistema cria uns relacionamentos específicos entre entre os seus produtores ou fornecedores¹⁶ e os utilizadores que, em vez de encarregar um sistema específico para obter um resultado determinado adaptam a infraestrutura geral oferecida por esses grandes sistemas de IAG para as suas necessidades específicas.

- É por isso que a cadeia de valor (isto é, as fórmulas que empregam os seus fornecedores para monetizar esses sistemas de IAG ou modelos fundacionais) e os relacionamentos entre as companhias *upstream* (fornecedores) e *downstream* (desenvolvedoras e utilizadoras) apresentam uns traços peculiares em termos de controle das primeiras sobre as segundas e de distribuição de responsabilidades entre elas. Há, nesse sentido, dois grandes modelos: API e *OpenSource*¹⁷.

a) API (*Application Programming Interface*): em síntese, um programa que permite a dois computadores se comunicarem e trocarem dados. Este é o modelo do ChatGPT da OpenAI (que esqueceu os seus princípios

¹⁶ As Big-Tech também conhecidas com o acrônimo GAFAM (Google, Amazon, Facebook-Meta, Apple e Microsoft) além doutras empresas chinesas ou russas.

¹⁷ "Foundation model developers presently take divergent positions on the topic of release and research access. For example, EleutherAI, Meta, and the BigScience project led by Hugging Face embrace broadly open release (see EleutherAI's statement and Meta's recent release). In contrast, OpenAI advocates for a staged release and currently provides the general public with only API access; Microsoft also provides API access, but to a restricted set of academic researchers. Finally, for their largest foundation models, Google and DeepMind have only released papers (Google's PaLM, DeepMind's Gopher)" (cfr., Liang, P.; Bommasani, R.; Creel, K. e Reich, R., "The Time Is Now to Develop Community Norms for the Release of Foundation Models", 2022, acessível em <https://crfm.stanford.edu/2022/05/17/community-norms.html>).

fundacionais de quando, lá por 2015, declarava que era uma companhia “non-profit”): o API é controlado pelo fornecedor (Microsoft-OpenAI, no caso do ChatGPT) oferecendo ao utilizador a capacidade de adaptar o sistema de forma limitada. No modelo API, o sistema é desenvolvido pelo fornecedor e executado desde os seus servidores.

b) *Open Source*: o modelo ou alguns dos seus elementos são abertos ao público, de modo que qualquer um pode executar, modificar ou mesmo distribuí-lo (neste caso com uma licença específica). Este é o modelo de Stability AI (companhia criadora de Stable Diffusion e StableLM, um programa similar ao ChatGPT em parceria com Amazon Web Services).

A Open Source pode ser um jeito de ganhar reputação (e, com ela, o interesse de investidores, da comunidade de pesquisadores ou da media). Em termos de negócio, a monetização provém, neste caso, do hosting, do acesso premium (open-core) ou outros serviços (ajuda ao utilizador, fine tuning, manutenção, ...). Além do mais, o fornecedor pode incorporar no modelo funcionalidades desenvolvidas *downstream* por outras empresas.

Assim, ainda que nos dois modelos o fornecedor é quem pesquisa, desenvolve e pré-treina o sistema de IAG, é óbvio que no modelo API o fornecedor mantém um controle sobre o funcionamento e detém os direitos de propriedade intelectual enquanto que no modelo *Open Source*, o fornecedor perde o controle sobre o uso que possam fazer os utilizadores *downstream*, isto é, mais embaixo a cadeia de valor.

Mas esta complexidade da rede de valor e utilização dos modelos fundacionais levanta desafios regulatórios bem complexos, em especial se considerados desde a perspectiva da proposta de Regulamento de IA da EU:

- Complexidade da rede de valor: os modelos de IAG dificilmente encaixam com a definição de “sistemas” (isto é, produtos colocados no mercado da UE). Além do mais, o grande número de atores presente nessa cadeia dificultam extraordinariamente a atribuição de deveres e de

responsabilidades, que é um alicerce fundamental da proposta de Regulamento de Inteligência Artificial da UE.

- E ainda deve ser destacado o desacordo existente acerca de questões básicas como as que dizem respeito à segurança dos modelos fundacionais ou, melhor dito, acerca de quando é possível afirmar que um modelo é seguro o suficiente como para poder ser colocado no mercado¹⁸.

Daí que as questões que uma regulação adequada da IAG deve responder para se ajustar aos princípios de uma IA confiável - ou seja, legal, robusta e ética, enquanto que fundada no respeito pela autonomia humana, a prevenção do dano (precaução), a justiça e a explicabilidade - são, entre outras:

- Como definir a IAG? Isto é, ao não ser possível prever o uso que eu o utilizador final vai dar ao sistema, qualquer definição deve partir de quais sejam seus usos razoavelmente previsíveis
- Como assegurar um modelo regulatório para a IAG que não fique obsoleto?
- Como assegurar que os reguladores (e os poderes públicos) dispõem de capacidade de inspeção suficiente para enfrentar os riscos que a IAG levanta?
- Como assegurar a presença de todos os interesses na discussão, incluídos os das pessoas e comunidades afetadas além dos interesses empresariais, levando em conta a capacidade de pressão das *Big Tech*¹⁹?
- No quadro de uma regulamentação fundada na classificação por risco – excessivo, elevado ou mínimo – dos sistemas de IA, dentro de qual delas devem se incluir os modelos fundacionais ou os sistemas de IAG se, como já foi indicado, estes sistemas não têm um propósito único? Ou, mais concretamente, eles devem ser incluídos dentro do risco elevado ou deve

¹⁸ Neste sentido, Bommasani, R., cit., p. 9.

¹⁹ Cfr., *The Lobbying Ghost in the Machine*, Corporate Europe Observatory, 2023 (acessível em www.corporateeurope.eu).

ser criada uma categoria específica para eles? E nesse segundo caso, o regime associado a essa categoria específica deve ser mais ou menos exigente que o já estabelecido para o risco elevado?²⁰.

- E, enfim, como assignar as responsabilidades pelos efeitos daninhos provocados pelo uso de estes sistemas entre os diferentes agentes envolvidos na sua cadeia de valor ou, ainda mais amplamente, dentro do seu “ecossistema”.

3. A regulação da IAG na proposta de regulamento de IA da UE

3.1. Definição de IA na proposta inicial de Regulamento de IA da Comissão da UE

O artigo 3 da proposta inicial do Regulamento de IA, definia os sistemas de IA como:

“[...] um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado grupo de objetivos definidos pelos seres humanos, criar resultados tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões que influenciam os ambientes com os quais interage”.

Pela sua vez, o anexo I ao que esse preceito remete, alude a três técnicas concretas:

²⁰ Muller, C., (cfr., “AIA topics. General Purpose AI”, acessível em www.allai.nl) prega por uma classificação específica para a IAG na proposta de Regulamento de IA da EU mais exigente que a já prevista nesse documento para os sistemas de risco elevado: “For GPAI one could even argue that because of their potential use in a wide variety of high-risk domains (healthcare, critical infrastructure, law enforcement), they should be held to a higher standard in stead of a lower one. In fact, the overall Union objective of safety and liability legal frameworks, is to ensure that all products and services, including those integrating emerging digital technologies, operate safely, reliably and consistently and that damage is remedied efficiently” (p. 3).

“a) Abordagens de aprendizagem automática, incluindo aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço, utilizando uma grande variedade de métodos, designadamente aprendizagem profunda;

b) Abordagens baseadas na lógica e no conhecimento, nomeadamente representação do conhecimento, programação (lógica) indutiva, bases de conhecimento, motores de inferência e de dedução, sistemas de raciocínio (simbólico) e sistemas periciais;

c) Abordagens estatísticas, estimação de Bayes, métodos de pesquisa e otimização”.

Em conclusão, a proposta inicial da Comissão da UE apresenta uma definição clara e flexível, baseada nas características do software empregue, partindo de uma descrição geral completada com uma listagem aberta de técnicas concretas.

Porém, esta definição não inclui a Inteligência Artificial Generativa (IAG) ao se referir expressamente a técnicas ou linguagens determinadas²¹ e aludir de forma expressa a objetivos previamente determinados pelos seres humanos.

Relativamente aos sistemas de IA o artigo 7 da proposta da Comissão define como de risco elevado, para além de aqueles aos que se refere o artigo 6²², também os incluídos no anexo III, relação que a Comissão pode alterar por meio de “atos delegados”. Para tal, o órgão comunitário deve levar em conta se esses sistemas de IA representam “um risco de danos para a saúde e a segurança ou um risco de impacto adverso nos direitos fundamentais” equivalente ou superior ao que representam os sistemas já incluídos no anexo III. E essa avaliação deve

²¹ Basicamente, a proposta se fez pensando em *bots* e nos *LLM* (Large Language Models).

²² Que estabelece duas condições para tal qualificação: “(a) que o sistema de IA se destine a ser utilizado como um componente de segurança de um produto ou é, ele próprio, um produto abrangido pela legislação de harmonização da União enumerada no anexo II” ou que “(b) nos termos da legislação de harmonização da União enumerada no anexo II, o produto cujo componente de segurança é o sistema de IA, ou o próprio sistema de IA enquanto produto deve ser sujeito a uma avaliação da conformidade por terceiros com vista à colocação no mercado ou à colocação em serviço”.

ser realizada atendendo, entre outras considerações, à “finalidade prevista do sistema de IA”.

Porém, esta alusão explícita à finalidade prevista do sistema supõe, tal e como alguma autora tem indicado, que os sistemas de finalidade geral (GPAI) – que por definição não têm uma finalidade prevista – não possam em caso nenhum serem qualificados de sistemas de risco elevado. Assim, só poderiam se considerar como de risco elevado os sistemas específicos desenvolvidos a partir de um modelo fundacional mas não os modelos fundacionais mesmos em que essa aplicação se funda²³.

Seja ou não um efeito procurado, o certo é que com essa definição as obrigações decorrentes do regime aplicável aos sistemas de IA de risco elevado pesariam exclusivamente sobre os ombros dos ajustadores ou desenvolvedores – pelo geral, companhias de escasso tamanho e por tanto, em princípio, mal capacitadas para cumprir esses deveres – em vez de o fazer sobre os das grandes empresas tecnológicas que fornecem os modelos fundacionais.

3.2. Inclusão da IAG na Proposta de Regulamento de IA da UE

3.a) A proposta do Conselho

Em 6 de dezembro de 2022, o Secretariado Geral do Conselho da UE envia às delegações de cada Estado membro a “Orientação Geral”, isto é, o texto aprovado pelo Conselho de Telecomunicações a partir da proposta da Comissão. Este texto é a base para a negociação com o Parlamento Europeu dentro do procedimento de co-decisão.

A emergência da IAG - em especial o impacto público produzido pela aparição de programas como ChatGPT e outros similares em 2022 – fez com que a presidência francesa da UE promovesse a introdução na proposta de uma nova definição de IA.

²³ Cfr. Ruschemeier, H., “AI as a challenge for legal regulation – the scope of application of the artificial intelligence act proposal”, *ERA Forum* (2023), p. 369, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00725-6>.

É assim que, em contraste com o texto final da Comissão, o artigo 3.1) elimina a remissão ao Anexo I, estabelecendo a definição seguinte:

"Sistema de inteligência artificial" (sistema de IA), um sistema concebido para funcionar com elementos de autonomia e que, com base em dados e entradas fornecidos por máquinas e/ou por seres humanos, que infere a forma de alcançar um determinado conjunto de objetivos utilizando abordagens de aprendizagem automática e/ou abordagens baseadas na lógica e no conhecimento e que produz resultados criados por sistemas, tais como conteúdos (sistemas de IA generativa), previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais o sistema de IA interage".

Mais em concreto, o artigo 3.1-B define o "Sistema de IA de finalidade geral" como sendo

"[...] um sistema de IA – independentemente da forma em que tenha sido colocado no mercado ou colocado em serviço, inclusive como software de fonte aberta – cujo fornecedor preveja que desempenha funções de aplicação geral, como o reconhecimento de imagem e de fala, a reprodução de áudio e vídeo, a detecção de padrões, a resposta a perguntas, a tradução, entre outras; um sistema de IA de finalidade geral pode ser utilizado em múltiplos contextos e ser integrado em vários outros sistemas de IA"²⁴.

A seguir, introduz os novos artigos 4-A, 4-B e 4-C que estabelecem, nos termos que a seguir se analisam, uma regulação específica para a IAG à margem, em parte, do sistema geral de classificação por risco:

²⁴ Deve-se notar que se trata de uma definição vaga – tanto pela inclusão da detecção de padrões, que é uma funcionalidade que tem qualquer sistema de IA, quanto pela locução "entre outras" – que, por isso, ameaça com criar lacunas regulatórias (nesse sentido, Muller, C., *AIA topics. General Purpose AI*, acessível em www.allai.nl).

- Segundo o novo artigo 4-A, com caráter geral (tanto se se trata de um modelo pré-treinado quanto se o utilizador deve realizar um ajustamento adicional do modelo), e sem prejuízo do disposto no artigo 5 (práticas de IA proibidas), os sistemas de IAG devem apenas cumprir com os requisitos do artigo 4-B que, polo seu turno, dispõe que

“Os sistemas de IA de finalidade geral que possam ser utilizados como sistemas de IA de risco elevado ou como componentes de sistemas de IA de risco elevado na acepção do artigo 6.º cumprem os requisitos estabelecidos no título III, capítulo 2, do presente regulamento, a partir da data de aplicação dos atos de execução adotados pela Comissão pelo procedimento de exame a que se refere o artigo 74.º, n.º 2, o mais tardar 18 meses após a entrada em vigor do presente regulamento”.

Ou seja, que remete para uns futuros atos de execução adotados pela Comissão da UE²⁵ o jeito em que os requisitos que o Regulamento estabelece para os sistemas de IA de risco elevado serão aplicados aos sistemas de IAG,

“[...] à luz das suas características, viabilidade técnica, especificidades da cadeia de valor da IA e da evolução tecnológica e do mercado. Ao cumprir esses requisitos, é tido em conta o estado da técnica geralmente reconhecido”.

Por fim, o artigo 4-C exime da aplicação desse regime os sistemas de IAG para os quais:

“[...] o fornecedor tiver excluído explicitamente todas as utilizações de risco elevado nas instruções de utilização ou nas informações que acompanham o sistema de IA de finalidade geral”.

²⁵ Conforme com o procedimento denominado de “comitologia”, a aprovação de um ato de execução pela Comissão exige uma maioria qualificada de votos no comitê (representando 55% de Estados membros e 65% da população).

Assim as coisas, ainda que deva se avaliar positivamente o abandono de uma definição baseada no uso de umas tecnologias determinadas, esta proposta do Conselho encerra diversos problemas:

Em primeiro lugar, a remissão da regulação da IAG a futuros atos de execução da Comissão não condiz com a urgência em regular a IAG, máxime quando o prazo para a aprovação de estas normas (18 meses) é maior que o estabelecido para a aplicação das regras relativas aos sistemas de IA de risco elevado (12 meses).

Junto com isso, o texto do Conselho coloca em mãos dos fornecedores – ou seja, as *BigTechs* – a decisão de quando um sistema de IAG deve ser qualificado como de risco elevado, ou seja, na prática contém uma sorte de isenção geral de responsabilidade para os fornecedores de sistemas de IAG ou, no melhor dos casos, permite que o cumprimento das exigências do Regulamento possa se realizar de modo rotineiro e superficial (tipo “checkbox”).

E, por fim, relaxar as exigências dirigidas aos fornecedores (em relação com as estabelecidas para os sistemas de risco elevado) faz com que a responsabilidade se concentre nos desenvolvedores e utilizadores de aplicações específicas criadas a partir dos modelos fundacionais na medida em que serão eles e não os fornecedores quem terão que cumprir com as obrigações decorrentes da qualificação de um uso determinado como de alto risco. Isso supõe que, na prática, o cumprimento da normativa fica em mãos de empresas pequenas que não dispõem da estrutura e da capacidade precisa para isso.

3.b) O texto do Parlamento Europeu

Em junho de 2023, o Parlamento Europeu aprovou sua versão do Regulamento de IA que será objeto de discussão com o Conselho da UE dentro do procedimento de co-decisão.

No que diz respeito à IAG, o debate parlamentar girou ao redor da definição de “sistema de IA”, de em qual dos níveis de risco estabelecidos na proposta de Regulamento devem ser incluídos os sistemas de IAG (ou se é preciso criar um

nível específico para eles, como sugerido por alguns estudos²⁶) e, em relação com isso, da distribuição de obrigações e responsabilidades ao longo da cadeia de valor.

E isso tudo com o pano de fundo da convergência entre os sistemas de IAG e as plataformas digitais que faz com que a fronteira regulatória entre o futuro Regulamento de Inteligência Artificial da UE e Regulamento de Serviços Digitais²⁷ seja de cada vez menos nítida, ao ponto de que há também quem proponha a aplicação aos sistemas de IAG da noção de risco sistêmico estabelecida no artigo 34 da DSA para as plataformas em linha de muito grande dimensão²⁸.

E também com as preocupações crescentes a respeito da compatibilidade destes sistemas de IAG com a legislação europeia de proteção de dados pessoais e os direitos de propriedade intelectual que conduziu, no passado mês de março, a que a GPDP da Itália²⁹ ordenasse a suspensão do acesso a ChatGPT nesse país e o cessamento do processo de dados de cidadãos da Itália por infração do RGPD da EU enquanto OpenAI não cumprisse determinadas

²⁶ Por exemplo Helberger, N. e Diakopoulos, N., “ChatGPT and the AI Act”, *Internet Policy Review*, 12(1). <https://doi.org/10.14763/2023.1.1682>.

²⁷ O nome completo é Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais, conhecido pelo acrônimo inglês DSA (*Digital Services Act*).

²⁸ Dispõe o inciso primeiro deste preceito que “Os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão identificam, analisam e avaliam diligentemente todos os riscos sistêmicos na União decorrentes da conceção ou do funcionamento do seu serviço e dos seus sistemas relacionados, incluindo os sistemas algorítmicos, ou decorrentes da utilização dos seus serviços”. Por riscos sistêmicos se entende a difusão de conteúdos ilegais; afetação negativa real ou previsível aos direitos fundamentais; efeitos negativos reais ou previsíveis no discurso cívico, os processos eleitorais, a segurança pública, a violência de género, a saúde pública, a proteção dos menores e o bem-estar físico ou mental das pessoas. Para tal, os fornecedores de estas plataformas devem ter em conta, entre outros elementos, a conceção dos seus sistemas de recomendação e de moderação de conteúdos, as práticas relacionadas com os dados e a seleção de anúncios publicitários.

²⁹ *Garante per la Protezione dei Dati Personali*, Autoridade Italiana de Proteção de Dados.

exigências ao que o fornecedor desse sistema de IAG, OpenAI (subsidiária da Microsoft) respondeu bloqueando de forma imediata o acesso aos seus serviços desde a Itália³⁰. O veto foi levantado o 28 de abril depois de que a companhia fornecedora adotasse algumas medidas exigidas pelo regulador transalpino.

Indo ao conteúdo do texto aprovado pelo Parlamento Europeu, seu artigo 3 oferece uma definição novidosa tanto da noção de “modelo fundacional” quanto também da de “Sistema de IA de Finalidade Geral”. Assim:

“(1c) “Modelo fundacional” significa um modelo de IA treinado com dados recolhido numa escala muito ampla, desenhado para produzir diversos resultados e que pode ser adaptado para uma variedade muito grande de funções diferentes”³¹.

(1d) “Sistema de IA de finalidade geral” significa um sistema de IA que pode ser utilizado e adaptado para uma gama muito ampla de aplicações para as quais não foi específica nem propositadamente desenhado”.

³⁰ Em síntese, o regulador italiano exige a OpenAI facer público, de forma transparente e clara, informações relativas ao processamento de dados: (a) Condicionar o acesso aos menores de idade (*Age Gating*) com medidas robustas de verificação. (b) Esclarecer a base legal do tratamento de dados (que deve ser o consentimento ou a existência de um interesse legítimo e não a execução de um contrato, como defende OpenAI). (c) Fornecer aos titulares dos dados de vias para o exercício dos seus direitos ARCO, incluindo o direito a verem corrigidas as desinformações produzidas através do ChatGPT e o de proibir a OpenAI o uso dos seus dados para o treino do algoritmos. (d) Desenvolver uma campanha na Itália informando ao público de que os seus dados estão sendo processados para treinar ChatGPT.

³¹ O considerando 60e da proposta explica a definição dizendo que “Foundation models are a recent development, in which AI models are developed from algorithms designed to optimize for generality and versatility of output. Those models are often trained on a broad range of data sources and large amounts of data to accomplish a wide range of downstream tasks, including some for which they were not specifically developed and trained. Those systems can be unimodal or multimodal, trained through various methods such as supervised learning or reinforced learning. AI systems with specific intended purpose or general purpose AI systems can be an implementation of a foundation model, which means that each foundation model can be reused in countless downstream AI or general purpose AI systems. These models hold growing importance to many downstream applications and systems”.

A partir de estas definições, a proposta desenha um regime jurídico ad hoc para estes sistemas de IAG, com requisitos específicos (artigo 28.b) e uma regulação também específica da responsabilidade ao longo da cadeia de valor, dependendo de se o modelo é acessível publicamente ou não e em qual medida. Assim, os fornecedores de modelos fundacionais estão obrigados, antes de colocá-los no mercado ou em serviço, a assegurar que o tal sistema:

- a) Foi desenhado, testado e analisado de modo a reduzir e mitigar os riscos “razoavelmente previsíveis” para a saúde, a segurança, os direitos fundamentais, o ambiente, a democracia e o estado de direito.
- b) Processa e incorpora unicamente bases de dados submetidas a medidas de governança adequadas, em especial no que diz respeito à mitigação de possíveis enviesamentos.
- c) Foi desenhado de jeito que assegure, ao longo de todo o seu ciclo vital, níveis apropriados de desempenho, predizibilidade, interpretabilidade, corrigibilidade e cibersegurança.
- d) Foi desenhado de acordo com padrões de eficiência energética e redução da produção de resíduos.
- e) É fornecida documentação técnica extensa e instruções compreensíveis.
- f) Foi estabelecido um sistema de gestão de qualidade que assegure e documente o cumprimento de todas essas obrigações.
- g) E, por fim, o modelo fundacional é registrado na base de dados gerenciada pela EU e regulada no artigo 60 e no anexo VIII da proposta.

Além de todo o anterior, os modelos fundacionais desenhados para gerar conteúdos de texto complexo, imagens, áudio o vídeo (isto é, os modelos fundacionais de IA generativa) devem cumprir com obrigações de transparência

específicas³² e disponibilizar publicamente o jeito em que dados protegidos por direito de autor foram utilizados para treinar o modelo.

De resto, a responsabilidade dos fornecedores de modelos fundacionais só é deslocada a outros agentes da cadeia de valor destes sistemas quando, segundo prevê o artigo 28 da proposta, introduziram nele uma modificação substancial posterior à sua colocação no mercado ou em serviço.

Contudo, trabalhos recentes demonstram que os modelos fundacionais já comercializado distam muito ainda de cumprir com as exigências da proposta de Regulamento de IA, em especial pelo que afeta à transparência dos sistemas e ao seu respeito pelos direitos de propriedade intelectual, mitigação de riscos sistêmicos e eficiência energética³³.

4. Conclusão

Iniciado já o opaco diálogo tripartito entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu do que resultará o texto definitivo do Regulamento de IA, a regulação da IAG e, em especial dos modelos fundacionais, levanta ainda grandes incógnitas.

³² As dispostas no artigo 52.3 da proposta aprovada pelo Parlamento, de acordo com a qual “3. Users of an AI system that generates or manipulates text, audio or visual content that would falsely appear to be authentic or truthful and which features depictions of people appearing to say or do things they did not say or do, without their consent (‘deep fake’), shall disclose in an appropriate, timely, clear and visible manner that the content has been artificially generated or manipulated, as well as, whenever possible, the name of the natural or legal person that generated or manipulated it. Disclosure shall mean labelling the content in a way that informs that the content is inauthentic and that is clearly visible for the recipient of that content. To label the content, users shall take into account the generally”.

³³ Cfr., Bommasani, R.; Klyman, K.; Zhang, D.; e Liang, P., *Do Foundation Model Providers Comply with the Draft EU AI Act?* (acessível em <https://crfm.stanford.edu/2023/06/15/eu-ai-act.html>). Avaliação já referida à proposta aprovada pelo Parlamento Europeu.

Em apertada síntese, ficam ainda pendentes de decidir assuntos relevantes como, entre outros, os seguintes³⁴:

- Se o regime proposto pelo Parlamento Europeu para os modelos fundacionais vai ser implementado permitindo às autoridades públicas um acesso a informação relevante sobre o desenho, o treino e o desenvolvimento dos modelos fundacionais já desde as fases iniciais, anteriores à sua posta em serviço ou à sua colocação no mercado.
- Se antes da colocação do mercado destes sistemas vão ser introduzidos sistemas de avaliação externa além da auto-avaliação desenvolvida pelos próprios fornecedores ou da realizada por companhias de auditoria contratadas por eles.
- Se vai ser regulada uma disponibilização estruturada destes sistemas que, em vez das versões “beta”, permita uma colocação em serviço gradual e progressiva que permita suspender ou bloquear a colocação no mercado dos modelos fundacionais quando se advir a possibilidade de riscos graves.
- Se em paralelo com a noção de plataformas em linha de muito grande dimensão empregue pela DSA, vai ser introduzida no Regulamento de IA da UE uma categoria similar para os modelos fundacionais de elevado impacto social ou económico a fim de estabelecer para eles uma regulação específica mais exigente.
- E, por fim, se no texto final vai ser eliminada a cláusula constante do artigo 4.c) que coloca nas mãos dos fornecedores de sistemas de IAG excluir a aplicação do regime disposto para os sistemas de IA de risco elevado.

³⁴ Seguimos, neste ponto, muitas das recomendações formuladas no documento elaborado pelo Ada Lovelace Institute (acessível em <https://www.adalovelaceinstitute.org/policy-briefing/eu-ai-act-trilogues/>) em 6 de setembro de 2023 acerca do diálogo trilateral, elaborado por Connor Dunlop, intitulado “An EU AI Act that Works for people and society”.

5. Bibliografia

BOMMASANI, Rishi e outros. *On the Opportunities and Risks of Foundation Models*, 2022 (acessível em <https://crfm.stanford.edu/report.html>).

BOMMASANI, Rishi; KLYMAN, Kevin; ZHANG, Daniel; e LIANG, Percy. *Do Foundation Model Providers Comply with the Draft EU AI Act?* (acessível em <https://crfm.stanford.edu/2023/06/15/eu-ai-act.html>).

CORPORATE EUROPE OBSERVATORY. *The Lobbying Ghost in the Machine*, 2023 (acessível em www.corporateeurope.org).

DUNLOP, Connor. "An EU AI Act that Works for people and society", *Ada Lovelace Intitute*, 2023 (acessível em <https://www.adalovelaceinstitute.org/policy-briefing/eu-ai-act-trilogues/>).

FUENTES, Ana. "El pulso doble de la inteligencia artificial", *El País*, 22 de septiembre de 2023.

GANS COMBE, Caroline. "«Forçats du numérique» : Comment une décision de justice au Kenya fragilise la sous-traitance des multinationales du web" (em *The Conversation*, acessível em <https://theconversation.com/forcats-du-numerique-comment-une-decision-de-justice-au-kenya-fragilise-la-sous-traitance-des-multinationales-du-web-206896>).

HELBERGER, Natali e DIAKOPOULOS, Nick. "ChatGPT and the AI Act", *Internet Policy Review*, 12(1), 2023, <https://doi.org/10.14763/2023.1.1682>.

JONES, Eliot. *What is a foundation model?* (acessível em <https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/foundation-models-explainer/>).

LIANG, Percy; BOMMASANI, Rishi; CREEL, Kathleen; e REICH, Rob. *The Time Is Now to Develop Community Norms for the Release of Foundation Models*, 2022 (acessível em <https://crfm.stanford.edu/2022/05/17/community-norms.html>).

MULLER, Catelijne. *AIA Topics. General Purpose AI*, 2023, p. 2 (acessível em <https://allai.nl/policy-brief-general-purpose-ai-foundation-models/>).

PETIT, Nicolas e DE COOMAN, Jérôme. "Models of Law and Regulation for AI", *EUI Working Paper RSCAS 2020/63*, (acessível em <https://cadmus.eui.eu>).

RUSCHEMEIER, Hannah. "AI as a challenge for legal regulation – the scope of application of the artificial intelligence act proposal", *ERA Forum* (2023), p. 369, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00725-6>.

TELEFONICA. *¿Qué son las tecnologías disruptivas y qué ventajas tienen?* (acessível em <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/que-son-las-tecnologias-disruptivas-y-que-ventajas-tienen/>).

AS CORTES CONSTITUCIONAIS E SEU PAPEL TRANSFORMADOR NO COMBATE À DESIGUALDADE ESTRUTURAL QUE SE PROJETA PARA A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA¹

Fernando Roberto Schnorr Alves²

Mônia Clarissa Hennig Leal³

¹ Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001*, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Advogado. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduado em Direito Público na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE. Graduado em Direito pela UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4714-7697>. E-mail: fernandorsalves@hotmail.com.

³ Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa

1. Introdução

A atuação de uma Corte Constitucional não só tem como função ser a última intérprete da Constituição como também preservar a força normativa da mesma. Em situações em que se constata violações sistemáticas a direitos em desacordo com os direitos fundamentais e, especialmente, quando identificadas desigualdades estruturais (que se projetam também no cenário digital), verificam-se desafios de grande proporção que demandam da tutela judicial uma atuação também voltada para a promoção de uma transformação social. Essas situações requerem uma atuação conjunta com os demais Poderes para superar os problemas constatados, bem como uma atuação estrutural por parte da tutela jurisdicional, demandando a adoção de medidas voltadas para o enfrentamento das suas causas. As sentenças estruturantes, nesse contexto, se revelam como instrumento útil para combater a discriminação estrutural e o “estado de coisas inconstitucional”.

Nesse cenário, a presente pesquisa busca uma reflexão, numa perspectiva teórica, sobre o possível papel transformador das Cortes Constitucionais a partir de um constitucionalismo dialógico, especialmente no combate à desigualdade estrutural, sob um olhar do constitucionalismo transformador que se desenvolve no âmbito latino-americano. O trabalho será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica. O trabalho parte de uma análise do papel transformador da jurisdição constitucional para então compreender como as medidas de caráter estrutural podem servir como importante instrumento para os Tribunais Constitucionais.

A relevância da pesquisa decorre do avanço da discussão do papel das Cortes Constitucionais por meio da tutela jurisdicional no combate às desigualdades estruturais que assolam os grupos vulneráveis no aspecto social, político e

do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>. E-mail: moniah@unisc.br.

econômico. Papel esse que promove o diálogo entre os agentes governamentais para sanar bloqueios institucionais e atuar na defesa dos direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional. Impende referir que as sentenças que adotam medidas de natureza estrutural buscam uma ação coordenada entre os agentes estatais, cuja tutela judicial promove uma mobilização de todos os envolvidos na formulação e implementação de políticas públicas que se mostram deficitárias que, por razões complexas, apresentam deficiências que impedem a concretização de direitos fundamentais.

2. O papel transformador dos Tribunais Constitucionais por meio de sentenças estruturantes

Observa-se que os juízes possuem importante papel no diálogo constitucional, em razão da sua peculiar posição institucional, pois têm a possibilidade de integrar os pontos de vista das minorias muitas vezes não ouvidas no processo de tomada de decisões e de sopesar devidamente os interesses daqueles que são excluídos⁴ da arena política. Gargarella (2019, p. 155-156) propõe, por esse motivo, um diálogo democrático para as exigências contemporâneas, com um constitucionalismo dialógico⁵ no contexto de Constituições defeituosas⁶. As

⁴ Vale destacar aqui a noção de minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) mencionada por Ely (2016, p. 100-101), ao tratar de restrições que afetam o funcionamento dos processos políticos, a ponto de exigir um exame judicial mais minucioso no controle de leis direcionadas a certas minorias.

⁵ Para Gargarella (2013, p. 5-6), o constitucionalismo dialógico parte de uma noção de sistema de *checks and balances* que difere da tradicional. Enquanto a visão tradicional orienta a evitar e canalizar os conflitos sociais, o sistema dialógico direciona aos fins, organizando e facilitando um diálogo estendido e entre os Poderes como iguais. Trata-se de uma postura que demonstra preocupação com a legitimidade democrática do processo de tomada de decisões.

⁶ O autor identifica, na América Latina, organizações políticas que conceitua como democracias defeituosas. Essas são caracterizadas por: (I) uma forte desigualdade, gerando problemas de opressão econômica, subordinação social e exclusão política; (II) altas expectativas e demandas democráticas e limitadas oportunidades (dissonância democrática) em um sistema representativo limitado que adotou controles internos e endógenos, o que levou à hipertrofia de práticas e acordos contra-majoritários; (III) uma forte concentração de poderes (econômicos e políticos) e hiper-presidencialismo, gerando uma histórica

sentenças estruturantes são, nesse contexto, um instrumento útil neste esforço para combater os problemas estruturais, na medida em que buscam ativar os órgãos do Estado que têm se omitido de suas obrigações constitucionais, promovendo transformações sociais. Esta noção de transformação social também – e não só – a partir da atuação dos Tribunais é que caracteriza a noção de “constitucionalismo transformador”.

Embora sejam recorrentes as críticas⁷ às decisões judiciais que possuem a pretensão de reforma social, com a alegação de usurpação de funções pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo, essas críticas certamente negligenciam a natureza multidimensional da autoridade do juiz, bem como o seu dever. Isso porque não cabe ao julgador apenas declarar os direitos para a solução de conflitos, mas também fazer deste direito uma realidade prática (Fiss, 2022, p. 46-47), ainda mais em se tratando de direitos fundamentais.

A atuação da jurisdição constitucional na proteção dos direitos fundamentais é função inerente à instituição, em virtude de seu caráter contramajoritário e de último intérprete da Constituição, podendo ser consequência dessa proteção as transformações sociais decorrentes das decisões. Seu papel como agente de transformação social é de suma relevância na defesa dos direitos assegurados pela Constituição, impondo ao Judiciário a incumbência de atuar mesmo contra a decisão das majorias momentâneas que assumam o poder, preservando um

instabilidade política e golpes de estado; (IV) uma má gestão dos direitos sociais, econômicos e culturais, diante de direitos muito progressistas com organizações de poder muito antiquadas (denominado pelo autor como o problema da sala de máquinas das novas Constituições), dependentes da vontade discricionária do Presidente; (V) perfeccionismo moral com a defesa de valores morais objetivos ou corretos, incumbindo às autoridades estatais sua defesa, o que inclui atuação em condutas puramente privadas; e (VI) altos níveis de violência política e social, com a falta de canais políticos e judiciais capazes de remediar as insatisfações sociais existentes ou dar resposta aos problemas, considerando o contexto de pobreza massiva e desigualdades injustificadas.

⁷ A título exemplificativo, cita-se Vieira (2008) que denomina como “Supremocracia” o fenômeno que identifica na autoridade judicial uma capacidade de governar jurisdicionalmente.

núcleo de direitos que a própria democracia decidiu por resguardar em face das maiorias eventuais.

Nesse sentido, o Poder Judiciário desempenha um papel que ajuda a implementar, gradativamente, o projeto constitucional como um “motor de inovações transformadoras” dentro de uma democracia constitucional (Bogdandy, 2015, p. 35). Esse diálogo proposto por um constitucionalismo transformador advém tanto das Cortes internacionais e regionais de direitos humanos, impulsionado pelo *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, como por um diálogo interno entre os Poderes constituídos e com a sociedade civil. Conforme destaca Bogdandy (2015, p. 37):

“[...] o sistema jurídico pode oferecer uma contribuição importante e específica ao processo de transformação, ainda que claramente não possa substituir o processo político em sentido amplo”.

Cabe destacar que uma das ideias centrais que dá suporte ao constitucionalismo transformador é:

“[...] el diseño de instituciones y procedimientos para aplicar efectivamente las promesas sociales de las Constituciones y desarrollar las transformaciones necesarias para construir un Estado de bienestar” (Roa Roa, 2020, p. 6-7).

Para fazer cumprir as aspirações constitucionais, é importante que os tribunais encontrem amparo em aliados institucionais e sociais, para avançar com essas transformações.

Conforme Olsen e Kozicki (2021, p. 96), a centralidade judicial do constitucionalismo transformador requer o diálogo, na medida em que decisões estruturais demandam múltiplos atores na sociedade, políticas públicas e produção legislativa, bem como um modelo dialógico que favoreça a cooperação entre esses atores. Para Klare (1998, p. 150), o constitucionalismo transformador significa um projeto de longo prazo de promulgação, interpretação e aplicação constitucional, dentro de um contexto histórico de desenvolvimento político

favorável, comprometido em transformar as instituições políticas e sociais de um país e as relações de poder em uma direção democrática, participativa e igualitária. Isso implica em indução de mudanças sociais em larga escala, por meio de um processo político não violento baseado na lei.

O conceito desenvolvido pelo autor supracitado parte da premissa do papel construtivo do direito, com seus múltiplos atores e instituições, que pode desempenhar transformações sociais. O constitucionalismo transformador realça, assim, o potencial transformador do Direito, considerando o papel da jurisdição constitucional comprometido com os ideais constitucionais, enfrentando as causas estruturais geradoras de desigualdade e violência. A Constituição, por esse viés, assume fins estabelecidos em seu texto que servem de legítimos comandos constitucionais a serem seguidos para a promoção de igualdade, respeito aos direitos fundamentais e humanos e buscando uma democracia participativa. É nesse cenário que as sentenças estruturantes se apresentam como instrumento para materializar esse processo transformador.

O termo “sentenças estruturantes” tem origem na jurisprudência norte-americana, que trabalha com a noção de *structural injunctions*, e reporta aos casos em que juízes adotam medidas para evitar situações graves e generalizadas que eram incompatíveis com a Constituição (Osuna, 2015, p. 92). O caso mais emblemático é *Brown vs. Board of Education* (1954)⁸, onde a Suprema Corte estadunidense considerou que a segregação racial nas escolas contrariava o princípio da igualdade perante a lei previsto na 14ª Emenda. É justamente essa desigualdade incorporada à lógica de funcionamento da sociedade que levou à necessidade da intervenção judicial para que fossem adotados remédios estruturais, ou seja, reformas que buscassem a alteração da

⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (Brown I de 1954) decidiu que a segregação racial em escolas públicas é inconstitucional e 349 U.S. 294 (Brown II de 1955) determinou que escolas distritais locais abolissem com a segregação “*with all deliberate speed*”. Para mais detalhes do caso, ver o trabalho de Mariela Puga (2022, p. 87-134).

situação constituída, harmonizando as instituições do próprio Estado com os ditames constitucionais.

Sendo assim, uma *structural injunction* tem como propósito reorganizar uma situação para prevenir que o erro persista, sendo que o erro (inconstitucionalidade) está na própria estrutura da situação constatada. A reorganização é projetada para trazer essa estrutura para dentro dos limites constitucionais (Fiss, 1978, p. 11).

Segundo sintetizou Gutiérrez (2016, p. 09-10),

"[...] las sentencias estructurales son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos, ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas".

Os tribunais que delas se utilizam o fazem em tutela de grupos socialmente marginalizados, que não encontram representação política adequada e enfrentam graves problemas sociais que são ignorados pela agenda política, o que evidencia uma causa geradora de violação de direitos pela ocorrência de um bloqueio institucional. O pesquisador ainda aponta que as decisões possuem a pretensão de modelar a ação pública, com adoção de programas para ambiciosas transformações sociais profundas e duradoras, não concluindo o processo judicial com a publicação da decisão, mas sim iniciando a partir dessa um processo judicial de avaliação do cumprimento das ordens proferidas.

Pode-se identificar também como característica dessas decisões judiciais o fato de afetarem significativo número de pessoas que possuem seus direitos violados e buscam – diretamente ou por meio de organizações que litigam em sua causa – a tutela judicial para sanar a violação (Garavito e Franco, 2010, p. 87-88), bem como acabam por envolver vários entes estatais sobre os quais recaem as ações judiciais, por serem responsáveis por falhas sistemáticas em suas políticas públicas, que acabam por contribuir para tais violações de direitos. Além disso, implicam em medidas de tutela estrutural (Garavito, 2011, p. 1671), ou

seja, ordens de execução complexas, onde o julgador instrui os entes públicos para que empreendam ações coordenadas em proteção à população que possui seus direitos violados, não se limitando ao olhar restrito para os demandantes ou partes do caso concreto.

Como resultado dessas decisões judiciais, observa-se a preocupação com dispositivos sentenciais que busquem medidas de não repetição, que ataquem as causas do problema, que combatam a desigualdade e violações que se incorporaram à lógica de funcionamento da sociedade. O propósito da decisão não é apenas acabar com o incidente que perturba o *status quo*, mas mudar o estado de coisas atual e criar um novo *status quo* (Fiss, 2022, p. 41).

Portanto, a decisão acaba determinando não apenas uma reparação para o caso concreto ou a proibição da prática que se visa combater, mas também se preocupa com alterações estruturais que se direcionam para o enfrentamento das causas que foram responsáveis pela violação dos direitos fundamentais em questão. Isso envolve medidas de tutela em que os tribunais instruem vários órgãos governamentais a tomar ações coordenadas, o que pode afetar as políticas públicas já existentes ou provocá-los a suprir a ausência delas.

Esse controle jurisdicional sobre as políticas públicas requer, por sua vez, um acompanhamento judicial também quando da fase de cumprimento de sentença, momento em que pode haver necessidade de correções, sendo importante a participação do julgador dentro de um contexto dialógico com os demais órgãos governamentais para a concretização dos direitos outrora violados.

Com relação a tais decisões, Osuna (2015, p. 93) refere que o que as define como estruturantes é a habilitação do juiz como intérprete máximo e defensor dos direitos fundamentais, assumindo um papel de coordenador das ações estatais e definindo como devem atuar as autoridades (mas sem retirar delas, *a priori*, a competência do planejamento e execução das medidas a serem adotadas), com a finalidade de garantir o exercício efetivo desses direitos em questões que foram gravemente descuidados pelas mesmas. Em consequência, o julgador expede ordens que excedem a relação *inter partes* do caso que

originou a sentença, apontando para medidas que resolvam o problema generalizado identificado.

Essas sentenças não se limitam à mera declaração da violação do direito (Fiss, 2022, p. 46-47), procurando enfrentar aspectos estruturais relacionados à sociedade, onde se identificam violações massivas e generalizadas dos direitos fundamentais. Busca enfrentar o problema por meio de uma atuação voltada às políticas públicas, criar condições para que, institucionalmente, possa haver uma evolução com reformas sociais, a fim de que essas violações deixem de acontecer⁹. Sob a ótica do constitucionalismo transformador, é possível superar profundas deficiências estruturais, frequentemente atribuídas a instituições fracas, que lidam com insegurança, impunidade e corrupção, bem como enfrentar as inaceitáveis condições de vida de grande parte da população que compõe grupos vulneráveis (Bogdandy, Mac-Gregor, Antoniazzi, Piovesan, Soley, 2017, p. 6).

Para alcançar efeitos relevantes, incluindo efeitos indiretos e simbólicos¹⁰ igualmente importantes, além do cumprimento da ação governamental ordenada pelo Tribunal, é necessária a reformulação de questões socioeconômicas como problema de direitos humanos (e, portanto, fundamentais), bem como fortalecer

⁹ Quando analisado o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, essa lógica aparece nas medidas de não-repetição adotadas por algumas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰ Garavito destaca que há duas formas de analisar os efeitos das decisões estruturantes sobre os direitos socioeconômicos como mecanismo de mudança social. A primeira delas é por meio do positivismo epistemológico dos neorealistas, que aplica uma técnica de pesquisa quantitativa que permite mensurar os efeitos materiais diretos da decisão, que aponta para a pouca efetividade dos julgados como mecanismo de mudança social (citando a noção de "*hollow hope*" de Rosenberg). Por outro lado, a concepção construtivista aplica técnicas qualitativas em sua estratégia de pesquisa, ampliando a busca por efeitos indiretos e simbólicos da decisão (GARAVITO, 2011, p. 1.678-1.679). Como efeito material direto tem-se o desenho de políticas públicas conforme o comando judicial; e indireto a formação de coalisões de ativistas para influenciar as questões objeto de consideração, introduzindo novos atores no debate. Já os efeitos simbólicos diretos é definir e perceber os problemas como violação de direitos, reformulando a cobertura da mídia sobre o assunto; enquanto o efeito indireto é a transformação da opinião pública sobre a urgência e a gravidade do problema.

a capacidade institucional do Estado para lidar com esse tipo de problema, formar coalizões com a advocacia para sua participação no processo de implementação e promoção de deliberação pública e busca coletiva de soluções para as complexas questões distributivas subjacentes (Garavito, 2011, p. 1676).

Além disso, deve-se atentar para o tipo de ordens que são dadas pela decisão¹¹ que apresenta medidas de não repetição, bem como a existência e a natureza do monitoramento realizado pela Corte¹², considerando que o impacto é maior com a adoção de um “ativismo dialógico” (Garavito, 2011, p. 1688/1689). Esta perspectiva dialógica se relaciona, justamente, com o aspecto de necessária articulação entre Poderes e instituições para dar cumprimento às medidas almejadas pela sentença.

Ou seja, decisões dialógicas estabelecem metas amplas e caminhos de implementação claros por meio de prazos e relatórios de progresso, recaindo para os órgãos governamentais as decisões substantivas e os resultados detalhados (Garavito, 2011, p. 1676). A abordagem dialógica incentiva mecanismos participativos de acompanhamento que aprofundam a deliberação democrática com a participação de diversos atores, incluindo a sociedade civil, aumentando o impacto das intervenções judiciais.

Sob o olhar do constitucionalismo transformador, já há diversas teorias que reconhecem a legitimidade das Cortes Constitucionais ao abordar sobre os déficits do processo democrático, reconhecendo sua função contramajoritária. Evidente que o Judiciário não pode substituir as instituições políticas na formulação das políticas públicas, no entanto deve-se considerar seu

¹¹ Sagüés (2022, p. 27) elenca como medidas de não repetição: programas de conscientização, formação e capacitação, modificação legislativa ou constitucional, implementação de políticas públicas, propiciar debates entre autoridades públicas e organizações da sociedade civil, adoção de ações positivas e preservação da memória coletiva.

¹² Nesse sentido, citam-se as salas de monitoramento, informes periódicos e audiências públicas periódicas para o acompanhamento do cumprimento da decisão, a exemplo do caso colombiano, conforme se verá a seguir.

envolvimento como um canal disponível para grupos vulneráveis (via de regra vítimas de discriminação estrutural), que enfrentam bloqueios das instituições políticas, para que tenham seus direitos garantidos (Bogdandy, Mac-Gregor, Antoniazzi, Piovesan, Soley, 2017, p. 12). Portanto, é importante auferir a efetividade dessas intervenções na proteção dos direitos fundamentais.

Importante destacar que as medidas de tutela estruturais exigem um constante monitoramento de seu cumprimento. Nota-se, nesse sentido, do exemplo da Corte Constitucional Colombiana (Sentencia T-025, de 2004¹³), que não esgotou sua atuação com a sentença, pois criou, a partir dela, três instrumentos para verificar o cumprimento das ordens emitidas: (I) informes periódicos (confeccionados pelas autoridades administrativas encarregadas de sua implementação); (II) sala especial de monitoramento (integrada pela própria Corte, que emite decisões sobre o grau de cumprimento); e (III) celebração de audiências públicas periódicas (que revisam os avanços e as dificuldades do cumprimento) (Osuna, 2015, p. 100-101).

Percebe-se, pois, com a experiência colombiana, a necessidade de criação de mecanismos para fiscalizar o cumprimento efetivo das ordens emanadas nas sentenças estruturantes: as salas e os autos de monitoramento (Osuna, 2015, p. 113). Essas “salas de monitoramento” são constituídas por agentes da sociedade civil, *experts*, interessados na situação objeto da demanda e membros do governo, sendo responsáveis por analisar os informes prestados pelas autoridades competentes, a fim de verificar os avanços alcançados no cumprimento da sentença, bem como discutir temas relacionados ao mesmo. Já os “autos de monitoramento” são decisões proferidas pela própria Corte, a partir das informações recebidas das Salas, possibilitando a execução da

¹³ Na qual a Corte Constitucional Colombiana reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” da população de deslocados em razão do conflito armado interno no país, onde se constatou uma “especial condição de vulnerabilidade, exclusão e marginalidade” desses indivíduos, incapazes de alcançar efetivamente a realização de seus direitos econômicos, sociais e culturais.

sentença ou apontando observações ao Executivo, quando da implementação parcial ou defeituosa das medidas determinadas pelo julgamento do caso.

Para o enfrentamento do “estado de coisas inconstitucional”¹⁴, a Corte Constitucional Colombiana desenvolveu mecanismos para vigiar o cumprimento efetivo de suas decisões, abrindo, assim, espaço para a necessidade de reflexão acerca do pós-decisão, projeção para o futuro com necessidade de acompanhamento e monitoramento da sua execução, adotando uma postura dialógica em relação aos demais Poderes (interlocação entre os Poderes).

Owen Fiss (2022, p. 45-46) chama a atenção, nessa linha, para a formulação dos remédios para o enfrentamento do problema estrutural. Se, por um lado, as restrições da razão pública privilegiam o julgador como encarregado de interpretar a Constituição, na fase de elaboração dos remédios, os julgamentos estratégicos (ou seja, as decisões substanciais de como fazer) não podem ser justificados com base em princípios, devendo prevalecer julgamentos instrumentais com base no conhecimento especializado ou no pensamento estratégico para concretizar a decisão.

Em outras palavras, ao reconhecer uma determinada situação de discriminação estrutural ou um dado “estado de coisas inconstitucional”, para um melhor enfrentamento da situação, o julgador pode coordenar as demais instituições públicas e da sociedade civil para que essas, com o seu aparato técnico especializado, construam as soluções e tomem as decisões substanciais

¹⁴ O estado de coisas inconstitucional, termo desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, consiste em violações de direitos que provocam bloqueios institucionais que configurem violações sistemáticas, caracterizados pela vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas, com uma prolongada omissão das autoridades quanto ao seu dever de resguardar esses direitos. Também é caracterizado pela adoção de práticas inconstitucionais, a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou judiciais necessárias para evitar a vulneração de direitos, diante de um problema social complexo que, para alcançar alguma solução, demanda medidas multissetoriais e um nível de recursos que demanda um esforço importante. Além disso, se todas as pessoas afetadas dessa situação fossem buscar a tutela judicial de seus direitos, acarretaria o congestionamento judicial (OSUNA, 2015, p. 112-113).

necessárias. Contudo, impende destacar, o autor não retira das mãos do juiz essas decisões (sob pena de viciar ou prejudicar os direitos declarados pela Corte), pois é importante preservar a unidade do direito e do remédio, motivo pelo qual o magistrado mantém sua função de coordenação durante a execução, podendo compartilhar o desafio de remediar a situação (diante da complexidade do litígio estrutural) e criar instituições auxiliares, coordenando o cumprimento da decisão. Daí o fato, por exemplo, de muitas sentenças estruturantes preverem a apresentação de relatórios e a necessidade de homologação pelo juízo¹⁵.

Buscando mensurar a eficácia de uma sentença estruturante, Garavito (2011, p. 1683-1688) analisou os efeitos do emblemático caso colombiano (Julgamento T-025¹⁶, sobre a população deslocada pelos conflitos armados), após sete anos da decisão, por meio de entrevistas com os atores-chave, conteúdo da cobertura de imprensa, observação participativa em audiências e reuniões promovidas pelo Tribunal, além da extensa análise de documentação do caso, concluindo pela existência de seis principais efeitos:

- a) *efeito de desbloqueio* (motivando alterações burocráticas para atender as vítimas, quebrando a inércia estatal e promovendo ações governamentais, com imediato impacto material direto);
- b) *efeito de coordenação* (a Corte atuou na promoção de uma melhor coordenação entre os órgãos estatais, impactando de forma material direta e indiretamente);

¹⁵ Nesse sentido, tem-se o exemplo da emblemática decisão cautelar proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709/DF (ADPF 709), proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre o vácuo normativo-protetivo dos direitos da população indígena em razão da pandemia da Covid-19. Observa-se a adoção de premissa que envolve um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo em matéria de políticas públicas e uma expressa menção no julgado de que o feito apresenta índole estrutural.

¹⁶ Ver nota de rodapé n.º 13.

- c) *efeito nas políticas públicas* (impactou no desenho de uma política pública nacional de longo prazo para as vítimas, gerando enfoque sobre os seus direitos, e impactou diretamente na alocação de recursos governamentais);
- d) *efeito participativo* (além dos órgãos governamentais, estimulou a participação de organizações da sociedade civil, o que originou uma comissão de monitoramento que contribuiu com dados e recomendações importantes nos procedimentos de acompanhamento do cumprimento da decisão);
- e) *efeito setorial* (embora seja difícil avaliar uma melhora nos direitos desse grupo, há um efeito simbólico, pois seus membros e organizações passaram a adotar a linguagem da lei para enquadrar suas reivindicações);
- f) *efeito de reformulação* (o problema do deslocamento forçado deixou de ser visto como efeito colateral do conflito armado e passou a ser encarado como um problema de direitos humanos, o que demanda uma atuação diferenciada do Estado).

Sendo assim, pode-se notar possíveis efeitos que decorrem de uma sentença estruturante e demonstram a sua eficácia, sendo um instrumento útil para combater a desigualdade estrutural, contribuindo a jurisdição constitucional para sanar problemas estruturais em defesa dos direitos fundamentais. Com isso, percebe-se um potencial papel transformador da realidade social por parte da jurisdição constitucional.

3. Considerações Finais

Diante do exposto, percebe-se que a jurisdição constitucional assume relevante papel, com grande potencial de impacto em transformações sociais, tendo nas sentenças estruturantes um instrumento privilegiado para promover essas mudanças. Nessa perspectiva, uma abordagem dialógica, de articulação dos Poderes e instituições envolvidos, mobilizados pela sentença, ganha relevo, pois possui a capacidade de incentivar mecanismos participativos de

acompanhamento que aprofundam a deliberação democrática, o que contribui para um aumento do impacto das decisões judiciais. As medidas de tutela da Corte Constitucional envolvem a instrução de vários órgãos governamentais a tomar ações coordenadas, o que pode afetar as políticas públicas já existentes ou provocá-los a suprir a ausência delas, buscando a efetiva concretização dos direitos fundamentais conforme almejado pelo texto constitucional.

A atuação da jurisdição constitucional é função inerente à instituição das Cortes, sendo as transformações sociais decorrentes das suas decisões uma consequência (e não o propósito) de seu dever constitucional. A atuação jurisdicional no constitucionalismo transformador, por meio de medidas estruturantes, necessita de uma postura dialógica entre Poderes e instituições, na medida em que decisões estruturais demandam articulação de múltiplos atores na sociedade, políticas públicas e produção legislativa, estando sua efetividade atrelada à cooperação entre esses atores. Por meio dessas medidas estruturantes é possível atacar as causas que geram essas violações de direitos e desigualdades, sendo um mecanismo potencialmente eficiente para resguardar os direitos dos grupos socialmente marginalizados, que não encontram representação política adequada e enfrentam graves problemas sociais que são ignorados pela agenda política.

Conseqüentemente, a presente pesquisa buscou refletir sobre a efetividade das medidas estruturantes que podem ser adotadas no controle jurisdicional de políticas públicas voltadas para o combate à desigualdade estrutural e ao estado de coisas inconstitucional. Intentou-se, desse modo, demonstrar a potencial eficácia e os principais efeitos, diretos e indiretos sobre a realidade social de grupos vulneráveis e de minorias, que podem decorrer das medidas estruturantes adotadas por meio da tutela jurisdicional do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas, sob um olhar do constitucionalismo transformador na jurisdição constitucional.

Este potencial transformador pode, por sua vez, contribuir também para o enfrentamento da “discriminação algorítmica”, uma vez que a discriminação

estrutural sofrida por estes grupos tende a se projetar e a se intensificar no ambiente virtual, especialmente no uso de algoritmos que reproduzem padrões discriminatórios existentes na sociedade, trazendo novos desafios para a garantia do direito de igualdade e de não-discriminação dos integrantes desses grupos.

4. Referências Bibliográficas

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador.* *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015.

BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. *Ius Constitutionale Commune em América Latina. A Regional Approach to Transformative Constitutionalism.* In: BOGDANDY, A. V.; MAC-GREGOR, E. F.; ANTONIAZZI, M. M.; PIOVESAN, F. *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune.* Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 03-26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709 Distrito Federal.* Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, julgado em 05 ago. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/04.* Rel. Mag. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, julgado em 22 jan. 2004.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction.* Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. (Org.). *Processos Estruturais.* 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 35-56.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*. vol. 89 (7). Austin, 2011, p. 1.669-1.698.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 83-154.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, dez. 2013.

GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 9, n. 2, ago. 2019, pp. 152-167.

GUTIÉRREZ, Beltrán Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. Tese de doutorado na Universidad Autónoma de Madrid. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2016.

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n.1, 1998, p. 146-188.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2021, p. 82-118.

OSUNA, Nestor. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor (Org.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. La

protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Colección Konrad Adenauer. Bogotá: Unión Gráfica, 2015, p. 91-116.

PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. (Org.). *Processos Estruturais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 87-134.

ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional em el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series*, n. 11, 2020.

ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope*. Chicago: University of Chicago, 2008.

SAGÜÉS, María Sofía. *La dimensión estructural de la violación de derechos: el conflict estructural*. *Arquivo audiovisual*. Palestra concedida na aula de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas do Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, 13 jun. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL ÁMBITO ENERGÉTICO E HIDROLÓGICO

José Antonio Blanco Moa¹

1. Introducción

La Constitución (CE) en su artículo 45.1 prevé el derecho “a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”. Como corolario al mismo, su apartado segundo expresa que:

“(...) los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

A su vez, los daños ambientales son susceptibles de afectar a otros derechos constitucionales, como es el derecho a la vida (artículo 15 CE) o el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE).

La protección constitucional del medio ambiente, en la actualidad, centra buena parte de las preocupaciones políticas y sociales y contiene una importante vertiente en el ámbito climático y energético. Esta resulta especialmente relevante debido a la emergencia climática a la que nos enfrentamos y a la crisis energética desatada en Europa tras el conflicto de Ucrania. La norma principal

¹ Profesor asociado del Área de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña, experto en Derecho energético e hidrológico. Miembro del Grupo de Investigación de ‘Derecho Público Global’ de la UDC.

que conjuga los aspectos climáticos y energéticos en España es la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE).

Esta norma, dando cumplimiento a las exigencias del Reglamento 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, prevé la creación de los Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima (PNIEC). En la actualidad, en España se encuentra vigente el primer PNIEC, que comprende el período 2021-2030.

En este artículo se estudiarán las nuevas preocupaciones ambientales que surgen a la luz de esta nueva normativa y planificación climática y ambiental. En particular, nos centraremos en una de las medidas más importantes que se recogen en el artículo 7 de la LCCTE y en el PNIEC, que es el novedoso tratamiento de la energía hidroeléctrica. Respecto a esta fuente de energía resulta relevante el elevado incremento de potencia instalada que se prevé en el PNIEC con respecto a uno de los tipos de centrales hidroeléctricas existentes, como es el de bombeo o reversible.

Sin embargo, estas medidas tendentes a favorecer la descarbonización del sector eléctrico y de la economía en general, en aras de lograr el cumplimiento de los objetivos fijados en el artículo 3 de la LCCTE, introducen otros problemas. Particularmente, el importante crecimiento de las centrales hidroeléctricas reversibles se contrapone con los objetivos ambientales de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (Directiva Marco de Aguas o DMA), así como de los Planes Hidrológicos. Al respecto resulta especialmente relevante el logro del objetivo general del buen estado ecológico de todas las masas de agua, lo que se traduce en la necesidad de garantizar que no se alterará la morfología de los cauces naturales ni se comprometerán los caudales ecológicos establecidos por los Organismos de cuenca y que se ha de evitar afectar a la calidad de las aguas, tanto superficiales como subterráneas.

En este artículo se observará cómo se conjugan dichos objetivos en relación con las necesidades energéticas que se desprenden del PNIEC. Particularmente, será analizado el tratamiento otorgado a la energía hidroeléctrica (en especial a las centrales reversibles) en los nuevos Planes Hidrológicos de tercer ciclo ya aprobados. En ellos nos centraremos especialmente en los de competencia estatal introducidos a través del reciente Real Decreto 35/2023, de 24 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro, así como en el de competencia autonómica de Galicia, que es el Plan Hidrológico de Galicia-Costa que ha sido aprobado por el Real Decreto 48/2023, de 24 de enero y su normativa ha sido publicada por la Orden de 10 de febrero de 2023.

2. Objetivos energéticos y climáticos

2.1. Previsiones climáticas

El cambio climático está influenciando de forma evidente el modelo energético existente. Dentro del ámbito hidráulico se prevé una importante reducción de los caudales que conllevará una menor producción de electricidad, especialmente de las centrales hidroeléctricas, pero también aquellas que utilizan los recursos hídricos como refrigeración (térmicas y nuclear).

Tal y como se señala en el PERTE (Proyecto estratégico para la recuperación y transformación económica) de Digitalización del ciclo del Agua, presentado en marzo de 2022, en España se producen, de forma cada vez más frecuente, fenómenos climáticos extremos, alternándose periodos de sequías intensas (la producida el año 2022 y que semeja que se volverá a producir en el 2023 es muestra de ello), con grandes episodios de inundaciones y un aumento de las temperaturas que agravan la incertidumbre en la disponibilidad de los recursos hídricos y pone en riesgo la sostenibilidad de los ecosistemas.

Por su parte, del sexto informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), que trata de los impactos, adaptación y vulnerabilidad del cambio climático, se extraen diversos datos de interés. El calentamiento global observado alcanza 1,1°C sobre la época preindustrial. En este contexto, en el sur de Europa, más de un tercio de la población sufrirá escasez de agua con 2°C de calentamiento; el doble, si se llega a 3°C, lo que, según el informe, conllevará un aumento de las pérdidas económicas en los sectores dependientes del agua y la energía².

Por otro lado, en materia de disponibilidad de recursos hídricos, las previsiones actuales de acuerdo con el estudio de Evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos y sequías en España realizado por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) en 2017, se estiman mayoritariamente descensos de precipitación, siendo mayores estos descensos en el cuadrante sur oeste de la Península y en los archipiélagos. Para el conjunto de España se estima que, de forma general, a partir del año 2040 tendremos de media alrededor de un 12% menos de aportaciones y para el período 2070-2100 puede llegar hasta el 24% de reducción de recursos hídricos³. Por su parte, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030 (PNACC) advierte que:

“En el peor de los escenarios se prevé una reducción de caudales medios de los ríos para finales de siglo, del orden del 24% respecto a

² IPCC, “Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change”, PÖRTNER, H. -O., ROBERTS, D. C., TIGNOR, M., POLOCZANSKA, E. S., MINTENBECK, K., ALEGRÍA, A., CRAIG, M., LANGSDORF, S., LÖSCHKE, S., MÖLLER, V., OKEM, A. & RAMA, B., (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Estados Unidos, (en línea) https://report.ipcc.ch/ar6/wg2/IPCC_AR6_WGII_FullReport.pdf, [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].

³ CENTRO DE ESTUDIOS Y EXPERIMENTACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, “Evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos y sequías en España”, informe técnico para Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, 2017, (en línea) https://ceh.cedex.es/web_ceh_2018/documentos/CAMREC/2017_07_424150001_Evaluaci%C3%B3n_cambio_clim%C3%A1tico_recu.pdf, [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].

la serie de tomada como referencia 1961-2000, pudiendo situarse entre el 30 y el 40% en las zonas más sensibles”.

Tal y como se señalaba, la menor disponibilidad de recursos hídricos por el cambio climático también impacta en otras energías. En concreto, debe indicarse que las centrales térmicas y nucleares utilizan importantes cantidades de agua como refrigeración. Al respecto, en el PNIEC aparecen identificadas como amenazas para la generación de energía eléctrica la “menor eficiencia en las plantas termoeléctricas por disminución de los caudales y aumento de la temperatura del agua de refrigeración”, así como los “cortes de agua para refrigeración de centrales térmicas”.

Esta situación se ha visto ejemplificada de forma clara en el verano de 2022 en el caso francés, donde, debido a la ola de calor, diversas centrales nucleares tuvieron que detener su producción ante el riesgo de alcanzar los límites de temperatura a los que están sujetos sus vertidos de aguas para preservar la biodiversidad, o, en el caso de las centrales de Bugey, Blayales, Saint-Alban-Saint-Maurice, Golfech y Tricastin, se les concedió una exención en materia de vertidos térmicos debido a la crisis energética⁴.

2.2. Previsiones y objetivos en materia energética

En el ámbito energético las previsiones existentes en España parten de un aumento del consumo y, por tanto, de la necesidad de mayor generación. Sin embargo, la LCCTE, en su artículo 2, prevé que antes de 2050 España alcance la neutralidad climática y, por tanto, la descarbonización de su economía. Para ello, su mix energético debe cambiar en favor de las energías renovables. En un plazo más corto (horizonte 2030) el PNIEC en sus escenarios tendencial y objetivo de generación eléctrica bruta prevé:

⁴ Esta información se puede encontrar en la prensa del momento. Al respecto: <https://energynews.pro/es/excepciones-medioambientales-para-5-plantas/>, [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].

Generación eléctrica bruta del Escenario Objetivo* (GWh)				
Años	2015	2020	2025	2030
Eólica (terrestre y marina)	49.325	60.670	92.926	119.520
Solar fotovoltaica	8.302	16.304	39.055	70.491
Solar termoeléctrica	5.557	5.608	14.322	23.170
Hidráulica	28.140	28.288	28.323	28.351
Almacenamiento	3.228	4.594	5.888	11.960
Biogás		813	1.009	1.204
Geotermia	743	0	94	188
Energías del mar		0	57	113
Carbón	52.281	33.160	7.777	0
Ciclo combinado	28.187	29.291	23.284	32.725
Cogeneración carbón	395	78	0	0
Cogeneración gas	24.311	22.382	17.408	14.197
Cogeneración productos petrolíferos	3.458	2.463	1.767	982
Otros	216	2.563	1.872	1.769
Fuel/Gas	13.783	10.141	7.606	5.071
Cogeneración renovable	1.127	988	1.058	1.126
Biomasa	3.126	4.757	6.165	10.031
Cogeneración con residuos	192	160	122	84
Residuos sólidos urbanos	1.344	918	799	355
Nuclear	57.196	58.039	58.039	24.952
Total	280.911	281.219	307.570	346.290

Por su parte, los escenarios de potencia instalada tendencial y objetivo son:

Parque de generación del Escenario Tendencial (MW)				
Años	2015	2020	2025	2030
Eólica (terrestre y marina)	22.925	28.033	33.033	38.033
Solar fotovoltaica	4.854	8.921	13.921	18.921
Solar termoeléctrica	2.300	2.303	2.303	2.303
Hidráulica	14.104	14.109	14.109	14.109
Bombeo Mixto	2.687	2.687	2.687	2.687
Bombeo Puro	3.337	3.337	3.337	3.337
Biogás	223	211	211	211
Biomasa	677	613	613	613
Carbón	11.311	7.897	2.165	2.165
Ciclo combinado	26.612	26.612	26.612	26.612
Cogeneración	6.143	5.239	4.373	2.470
Fuel y Fuel/Gas (Territorios No Peninsulares)	3.708	3.708	3.708	3.708
Residuos y otros	893	610	470	341
Nuclear	7.399	7.399	7.399	7.399
Total	107.173	111.679	114.940	122.909

Parque de generación del Escenario Objetivo (MW)				
Años	2015	2020	2025	2030
Eólica (terrestre y marina)	22.925	28.033	40.633	50.333
Solar fotovoltaica	4.854	9.071	21.713	39.181
Solar termoeléctrica	2.300	2.303	4.803	7.303
Hidráulica	14.104	14.109	14.359	14.609
Bombeo Mixto	2.687	2.687	2.687	2.687
Bombeo Puro	3.337	3.337	4.212	6.837
Biogás	223	211	241	241
Otras renovables	0	0	40	80
Biomasa	677	613	815	1.408
Carbón	11.311	7.897	2.165	0
Ciclo combinado	26.612	26.612	26.612	26.612
Cogeneración	6.143	5.239	4.373	3.670
Fuel y Fuel/Gas (Territorios No Peninsulares)	3.708	3.708	2.781	1.854
Residuos y otros	893	610	470	341
Nuclear	7.399	7.399	7.399	3.181
Almacenamiento	0	0	500	2.500
Total	107.173	111.829	133.802	160.837

Fuente: PNIEC

De estas tablas del PNIEC, si se atiende la fila de hidráulica (de donde se excluye el bombeo, que cuenta con sus propias filas), se aprecia como el PNIEC no considera que la potencia instalada de energía hidroeléctrica ordinaria vaya a sufrir ningún cambio significativo y que, si acaso, aumente ligeramente la potencia instalada.

Por su parte, en cuanto a la generación, en el escenario tendencial, que es el que muestra una variación, con respecto a datos de 2020 se prevé una bajada en la producción de un 2,5%. Bien es cierto que existe una elevada complicación técnica con respecto a estas previsiones, pero la importancia de acertar con ellas resulta crucial, dado que la energía hidroeléctrica no solo agrega una mayor producción al sistema, sino que, por su flexibilidad en la producción, permite la integración de otras energías renovables. Por tanto, la bajada de su capacidad productiva podría tener mayores consecuencias al dificultar tal integración, y tales consecuencias convendría que fuesen tenidas en cuenta a la hora de realizar la planificación de la transición energética.

En cambio, en las centrales de bombeo o reversibles los objetivos del PNIEC resultan muy ambiciosos, dado que en el bombeo puro se prevé doblar la potencia instalada actual en el horizonte temporal de 2030. Desde el punto de vista técnico sí resulta posible el crecimiento, puesto que existen ubicaciones en donde se pueden instalar tales centrales, especialmente al reconvertir centrales de embalse en centrales de bombeo. Sin embargo, la lenta tramitación y construcción de estas infraestructuras hacen dudar de la consecución del objetivo. Al respecto, y desde el punto de vista jurídico, resulta necesaria la creación de un marco legal específico para este tipo de centrales, que hoy en día es inexistente y del que el PNIEC prevé su creación. Concretamente, este desarrollo normativo del bombeo se ha establecido como un objetivo del PNIEC (en la medida 1.2. "Gestión de la demanda, almacenamiento y flexibilidad") y, en cierta manera, se prevé que se realice en el artículo 7.2 de la LCCTE (aunque ese artículo se refiere tan solo a las condiciones para realizar el bombeo maximizando la integración de energías renovables).

En dicho marco jurídico existen diversas cuestiones que necesariamente deben tratadas. Especialmente, destaca en primer lugar la forma de retribución de estas centrales, puesto que su importancia en el sistema radica en su función como batería y no en la producción eléctrica en sí. Por tal razón, incluso podría resultar debatible la posibilidad de la creación de un nuevo uso distinto del de producción de energía eléctrica previstos en el artículo 60 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, así como en los distintos Planes Hidrológicos y que pudiese contar con una forma de retribución específica. No obstante, esta cuestión no se encuentra todavía demasiado perfilada ni entre la doctrina ni mucho menos en la normativa, en donde nada se ha dispuesto al efecto.

Por su parte, otra cuestión que debe solucionar la posible normativa relativa a las centrales hidroeléctricas reversibles es lo referente a la forma de adjudicación de la concesión. Esto resulta especialmente relevante en aquellas centrales de embalse ya existentes, que cuenten con su correspondiente concesión y que se deseen reconvertir en centrales reversibles. En estas se puede pensar que el

actual concesionario resulta el operador lógico para realizar y operar la nueva central. En cambio, esto supondría una modificación de la concesión de tal talla que haría necesario un nuevo procedimiento de licitación, puesto que lo contrario supondría la vulneración de la Directiva de Servicios 2006/123/CE (aunque su aplicación al sector resulta cuestionable).

Por tanto, puede darse la situación de que exista un concesionario de la primera central hidroeléctrica que no coincida con el que haya realizado la central reversible o de bombeo. En ese caso, sería complicado remunerar al segundo operador con los rendimientos obtenidos de la explotación de la presa, puesto que seguirá existiendo una sola central hidroeléctrica, que simplemente ha pasado a ser reversible. Además, esa construcción afectaría directamente a las condiciones de explotación del concesionario originario, lo que podría hacer necesario ajustar sus condiciones económicas, algo que debería estar previsto en los pliegos iniciales.

Sin embargo, a los efectos de este estudio nos debemos centrar en las previsiones que se incluyen en los Planes Hidrológicos de competencia nacional y en el de Galicia-Costa respecto a estas instalaciones, que presentan una importante afectación ambiental.

3. Previsiones contenidas en los planes hidrológicos respecto a las centrales reversibles

En los distintos Planes Hidrográficos que regirán el tercer ciclo de planificación hidrológica se establecen diferentes objetivos medioambientales y condiciones para las alteraciones de las masas de agua. Sin embargo, analizando uno por uno los diferentes planes ya aprobados (tanto los de carácter estatal cuya normativa se ha aprobado a través del Real Decreto 35/2023, de 24 de enero, como el de Galicia-Costa, cuya normativa ha sido aprobada a través de la Orden de 10 de febrero de 2023) no se observa que se contemple ni el aumento de la potencia hidroeléctrica ni la creación de centrales de bombeo.

Al respecto, los nuevos Planes Hidrográficos no prevén nuevas modificaciones de masas de agua superficiales vinculadas a la construcción de las nuevas centrales de bombeo recogidas en el PNIEC. De hecho, como se verá, apenas se encuentran referencias a estas infraestructuras. Así, la normativa que contienen estos instrumentos de planificación hídrica, en lo referente a las nuevas modificaciones de masas de agua superficiales, con carácter general, se remiten a las condiciones recogidas en el artículo 39 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH). En este se dispone que se pueden admitir nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial, aunque impidan lograr un buen estado ecológico o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial. Asimismo, también se pueden realizar nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial. Para todo ello es necesario cumplir las siguientes condiciones:

- a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua.
- b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones que todavía se encuentren pendientes de autorización o que, cuando proceda, hayan sido autorizadas conforme al procedimiento regulado la disposición adicional única del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico.
- c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior o que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean superados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible.
- d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de

costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor.

Este artículo 39 RDH traspone lo recogido en el artículo 4.7 de la DMA. Esta normativa ha sido objeto de interpretación jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo 1427/2022, de 3 de noviembre (Recurso de Casación núm. 3805/2021). En ella, entre otros aspectos, el recurso de la Abogacía del Estado (que ha sido estimado) sostenía que, aunque el artículo 4.7.b de la DMA indica que los motivos de las modificaciones o alteraciones se deban consignar y explicar específicamente en el plan hidrológico de cuenca, esto se trata de una obligación de información y no significa que se deba esperar hasta la publicación del Plan Hidrológico de Cuenca antes de permitir que se lleve a cabo una nueva modificación física o una nueva actividad de desarrollo sostenible. Este argumento, como se expresa en el fundamento de derecho sexto de la citada sentencia, es compartido por el Tribunal Supremo. Esto resulta relevante puesto que en la normativa de los nuevos Planes Hidrográficos del ciclo 2022-2027 no se prevén las alteraciones de masas de agua que se producirían en caso de cumplirse los objetivos previstos en el PNIEC respecto a las centrales hidroeléctricas reversibles.

No obstante, a pesar de ello, los condicionantes del artículo 39 RPH deben cumplirse igualmente, a excepción de los casos de hidroeléctrica marina, ya que en esos supuestos las aguas superficiales continentales no son afectadas. Además, también resulta debatible su exigencia en aquellas centrales hidroeléctricas de embalse que se reconviertan en bombeo en las que la nueva presa para ello se realice fuera del cauce fluvial. Sin embargo, en esos casos, en mi opinión, sí son exigibles los condicionantes del artículo 39, ya que, aunque no se cree un nuevo obstáculo en el cauce fluvial, las condiciones de los recursos hídricos que se devuelven al cauce fluvial desde el embalse superior de bombeo sí estarán modificadas, dado que probablemente sus condiciones químicas e incluso su temperatura (a la que cierta fauna y flora resulta muy sensible) sufran variaciones en relación con el resto del curso fluvial.

Esto, además, se debe valorar teniendo en cuenta que la DMA establece como uno de sus objetivos principales el alcanzar el buen estado ecológico de las aguas superficiales. Este objetivo, tal y como indica alguna doctrina⁵, parte de cuatro características importantes de los recursos hídricos. En primer lugar, se debe asumir que este es un recurso clave para la vida, por lo que debe tener prioridad incluso dentro de los objetivos ambientales. En segundo lugar, es ubicuo, por lo que su protección requiere una planificación y gestión integradas y cooperación tanto a nivel estatal interno como internacional. En tercer lugar, es un bien finito y frágil, por lo que debe ser usado de manera eficiente y prevenir su deterioro. Finalmente, en cuarto y último lugar, se trata de un bien de interés general, por el que debe asegurarse una participación pública en la toma de decisiones y la recuperación de los costes asociados a la utilización del recurso. Ello se fijó también en el apartado segundo del artículo 1 TRLA, donde se dispuso que:

“Es también objeto de esta ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación”.

Sin embargo, los distintos Planes Hidrológicos de tercer ciclo no parecen considerar que el posible impacto que el incremento de la potencia instalada de bombeo pueda generar en el buen estado ecológico de las aguas continentales. Las referencias a esta tecnología resultan escasas. Una de las pocas referencias se encuentra en el Plan Hidrológico del Miño-Sil, que en su artículo 10.2 establece que las tasas de cambio, los caudales generadores y los caudales máximos podrán no fijarse en solicitudes de centrales reversibles entre embalses existentes, siempre y cuando no impidan los usos preexistentes. Es decir, la norma flexibiliza la aplicación de los caudales ecológicos de los que parámetros

⁵ HERNÁNDEZ MORA, N., FERRER MATVIEYCHUC, G., LA CALLE MARCOS, A., LA ROCA CERVIGÓN, F., MORAL ITUARTE, L. D. & PRAT, N., “La planificación hidrológica y la Directiva Marco del Agua en España: Estado de la cuestión” en *Papeles Seguridad Hídrica, Agricultura y Naturaleza. Los Nuevos Planes de Demarcación Hidrográfica Según la Directiva Marco del Agua*, Vol. 2, 2011, pp. 20-21.

como las tasas de cambio forman parte. En este mismo Plan Hidrológico -artículo 12.2.d)- entre los aprovechamientos para usos industriales para producción de energía eléctrica, se les da prioridad a aquellos de centrales reversibles en infraestructuras ya existentes (junto con proyectos de repotenciación y mejora de las instalaciones en funcionamiento). Esto último también se prevé en el artículo 8.2.c) del Plan Hidrológico de Galicia-Costa.

Ello significa que la planificación energética contenida en el PNIEC no está avanzando de forma paralela a la planificación hidrográfica, dado que esta última no contempla los hitos de aumento de potencia instalada en el ámbito de centrales reversibles. Así pues, esta ausencia de previsión en los Planes Hidrográficos puede dificultar la tramitación de determinados proyectos de centrales reversibles, puesto que este tipo de proyectos puede afectar a los objetivos ambientales de los Planes Hidrográficos de buen estado ecológico de las aguas. Por tanto, nos encontramos ante dos objetivos (el buen estado de las aguas y el despliegue de un potente parque de centrales hidroeléctricas reversibles) que se pueden oponer hasta cierto punto, sin que la normativa de los Planes Hidrográficos establezca criterios al respecto. Tal circunstancia de inconcreción normativa puede afectar a la decisión de inversión de diversos promotores en estas centrales reversibles.

A DECISÃO ADMINISTRATIVA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UM RECORTE PARA REFLEXÕES

Luiz Egon Ritcher¹

0. Resumo

O artigo possui como tema a inteligência artificial nas decisões administrativas e tem como objetivo geral esclarecer quais os limites e as possibilidades de a Administração Pública brasileira se valerem da Inteligência Artificial para a tomada de decisões. O problema de pesquisa é o seguinte: o Direito Administrativo brasileiro possui um arcabouço jurídico adequado para legitimar decisões administrativas robóticas?

Quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa; quanto à natureza será básica; quanto aos objetivos, será descritiva e quanto ao procedimento será documental. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo que procura uma solução, por meio de tentativas, conjecturas, hipóteses, teorias e eliminação de erros, consoante lições de Karl Popper. O método de procedimento será o monográfico e a pesquisa bibliográfica. Como resultado, não se encontrou nas decisões uma perspectiva de ação compartilhada na produção dos atos e decisões, pois inexistente uma troca de ideias com vistas à construção de um sistema de controle cooperativo baseado no diálogo.

¹ Doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor adjunto de Direito Administrativo da UNISC e advogado administrativista em Lajeado (RS).

1. Introdução

O estudo que ora se propõe tem como tema as decisões administrativas e a inteligência artificial. O homem na sua trajetória histórica, promoveu a primeira revolução que a 10 mil anos a.C., que foi a agrícola no período neolítico. Posteriormente, ocorreu a primeira Revolução Industrial, entre o século XVIII e meados do século XIX, cuja característica principal é a substituição da manufatura pela indústria têxtil com a inserção das máquinas movidas a vapor. A segunda Revolução Industrial, entre a metade do século XIX, e início do século XX, baseada em novas energéticas, energia elétrica e petróleo, aumentaram da capacidade produtiva, a velocidade de produção e a consequente lucratividade para os detentores dos meios de produção.

A terceira Revolução Industrial, também conhecida como Revolução Técnico-científica, iniciou-se em meados do século XX, no período Pós-Segunda Guerra Mundial, tem como principal característica a automatização das indústrias e dos serviços via sistemas ciberfísicos, a introdução da nano e da neurotecnologia, inteligência artificial, robôs, impressão 3D, biotecnologia e outras tecnologias até então nunca vistas. Nesse contexto evolutivo, o século XXI traz a reboque a Quarta Revolução Industrial, também conhecida como Indústria 4.0, que se caracteriza pelo avanço de novos sistemas relacionados à revolução digital, no âmbito da qual os sistemas ciberfísicos são capazes de cooperar entre si e tomar decisões, com a utilização da internet das coisas.²

A Inteligência Artificial pode ser observada como a:

² PERASSO, Valéria. *O que é a 4ª Revolução Industrial e como ela deve afetar nossas vidas*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 25. mar. 2023.

“[...] reprodução artificial da capacidade de adquirir e aplicar diferentes habilidades e conhecimentos para solucionar dado problema, resolvendo-o, raciocinando e aprendendo com as situações”³

Vem impactando, tanto a esfera privada como a pública, seja para o bem, seja para o mal, levando os Governos e às Administrações Públicas a redefinições de suas rotinas e métodos, forjando transformações na gestão pública, via implantação de Administrações Públicas digitais, com forte repercussão no Direito Administrativo e seus institutos tradicionais, com destaque para as decisões administrativas, porque a máquina pode realizar determinadas tarefas e atingir resultados pois envolve a criação de algoritmos que permitem a *machine learning*, portanto, aprende automaticamente a partir de dados.

Nesse contexto, o problema de investigação é: o Direito Administrativo brasileiro possui um arcabouço jurídico adequado para legitimar decisões administrativas robóticas? O objetivo geral é esclarecer quais os limites e as possibilidades de a Administração Pública brasileira se valer da Inteligência Artificial para a tomada de decisões. E, para alcançar o objetivo geral, elege-se como objetivos específicos: estabelecer pacto semântico acerca da noção conceitual de Inteligência Artificial; apontar os principais elementos da Teoria da Decisão que podem contribuir para o esclarecimento da decisão administrativa robótica e, por fim, a (im)possibilidade de decisões jurídico-administrativas via utilização da Inteligência Artificial na Administração Pública brasileira.

Quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa; quando à natureza será básica; quanto aos objetivos, será descritiva e quanto ao procedimento será documental. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo que procura uma solução, por meio de tentativas, conjecturas, hipóteses, teorias e eliminação de erros, consoante lições de Karl Popper.⁴ O método de procedimento será o

³ HARTMANN, Fabiano Peixoto; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 20

⁴ “Mas meu ponto de vista é muito diferente. Não digo que a ciência parte de intuições, mas sim de problemas; que de modo geral chegamos a uma nova teoria, tentando resolver problemas; que esses

monográfico e a pesquisa bibliográfica. Hipótese: o ordenamento jurídico brasileiro não ampara a decisão robótica por ausência de regulação e a necessidade de motivação da decisão.

2. Pacto semântico acerca da noção conceitual de inteligência artificial

Para efeitos de adoção de uma noção conceitual de Inteligência Artificial adequada com vistas à investigação sobre a possibilidade ou não de decisões administrativas de natureza robótica, é necessário estabelecer um pacto semântico para tornar claro o sentido atribuído à noção de inteligência artificial. Isso porque não há uniformização conceitual, seja na área computacional, seja na jurídica, seja porque se faz presente de forma múltipla no âmbito da sociedade, seja porque está em permanente evolução.

Para Margaret Boden: “A Inteligência Artificial busca fazer com que computadores façam as coisas que as mentes podem fazer”⁵ e escreve que a melhor forma de a definir é pelo seu uso a partir de uma noção de máquina virtual que compreende um:

*“[...] sistema de processamento de informações que o programador tem em mente quando cria um programa, e que as pessoas têm em mente quanto o utilizam”.*⁶

problemas aparecem nas tentativas que fazemos para compreender o mundo da nossa “experiência” (“experiência” que consiste em grande parte de expectativas ou teorias, e também em parte em conhecimento derivado da observação – embora ache que não existe conhecimento derivado da observação pura, sem mescla de teorias e de expectativas). POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*. Tradução de Sérgio Barth, 5ª ed. Brasília: Editora UNB, 2008, p. 181.

⁵ BODEN, Margaret A. *Inteligência artificial: uma brevíssima introdução*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 1.

⁶ BODEN, Margaret A. *Inteligência artificial: uma brevíssima introdução*. São Paulo: Unesp, 2020, p. 16.

De acordo com Russel e Norvig⁷ são duas as principais características da inteligência artificial: uma, o processo de raciocínio associado à motivação, e a outra ligada ao comportamento. Assim, a principal diferença entre um algoritmo convencional e a Inteligência Artificial está na habilidade que esta tem de acumular experiências próprias via aprendizado, como um autodidata.⁸

Para os mesmos autores, na perspectiva do processo cognitivo ou comportamental a Inteligência Artificial envolve processos de pensamento e raciocínio e pode ser classificada em quatro grupos: pensando como humano, pensando racionalmente, agindo como seres humanos e agindo racionalmente.⁹

Para a OCDE a Inteligência Artificial é um:

*“[...] sistema basado en la máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, sobre ciertos objetivos definidos por los humanos”.*¹⁰

Uma máquina que pode fazer predições, portanto, antecipar eventos e contribuir com dados para a tomada de decisão na Administração Pública.

Para o Parlamento Europeu, a Inteligência Artificial:

“[...] é a capacidade que uma máquina para reproduzir competências semelhantes às humanas como é o caso do raciocínio, a aprendizagem, o planejamento e a criatividade”, a qual permite “que

⁷ RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. *Inteligência artificial*; tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 24.

⁸ A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 239-254, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/4951/3643>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁹ RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. *Inteligência artificial*. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 p. 25.

¹⁰ OCDE. *La inteligencia artificial en la sociedad*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/603ce8a2-es.pdf?expires=1680119571&id=id&accname=guest&checksum=DDB9B48DC102FDD23463547CCBA38071>. Acessado em: 28. Mar.2023.

*os sistemas técnicos percebam o ambiente que os rodeia, lidem com o que percebem e resolvam problemas, agindo no sentido de alcançar um objetivo específico”.*¹¹

No Brasil o Projeto de Lei nº 21/2020 aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando apreciação do Senado Federal, define o sistema de inteligência artificial¹², estabelece os objetivos de sua aplicação, os fundamentos, os princípios, as diretrizes acerca da disciplina de sua aplicação e as diretrizes para atuação dos entes político-administrativos¹³, contudo não dispõe sobre decisões no âmbito da Administração Pública baseada em inteligência artificial.

O Projeto de Lei 2338/2023 apresentado pelo Presidente do Senado Federal, elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado nº 4, de 2022, estabelece normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial (IA) no Brasil, dispõe acerca dos fundamentos, dos princípios, definições,¹⁴ os direitos das pessoas afetadas por sistemas de inteligência

¹¹ PARLAMENTO EUROPEU. *O que é a inteligência artificial e como funciona?* In: Atualidade Parlamento Europeu. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/priorities/inteligencia-artificial-na-ue/20200827STO85804/o-que-e-a-inteligencia-artificial-e-como-funciona>. Acesso em 29. Mar. 2023.

¹² BRASIL. *Projeto de Lei 21/2020*. Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se sistema de inteligência artificial o sistema baseado em processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, pode, por meio do processamento de dados e de informações, aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, fazendo predições, recomendações, classificações ou decisões, e que utiliza, sem a elas se limitar, técnicas como: I – sistemas de aprendizagem de máquina (*machine learning*), incluída aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço; II – sistemas baseados em conhecimento ou em lógica; III – abordagens estatísticas, inferência bayesiana, métodos de pesquisa e de otimização. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acessado em 28. Mar. 2023.

¹³ BRASIL. *Projeto de Lei 21/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acessado em 28. Mar. 2023.

¹⁴BRASIL. Projeto de Lei 2338/2023. Art. 4º. Para as finalidades desta Lei, adotam-se as seguintes definições: I – sistema de inteligência artificial: sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados

artificial, inclusive decisões baseadas em inteligência artificial¹⁵ categorização de riscos, governança e sistemas de inteligência artificial, da responsabilidade civil, código de boas práticas e de governança, da comunicação de incidentes graves, supervisão e fiscalização e sanções administrativas.¹⁶

Por fim, para efeitos semânticos a ideia nuclear de Inteligência Artificial é que se trata de sistemas baseados em processos computacionais programados a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, que buscam imitar o pensamento humano dotados de capacidade de aprendizagem e de execução de tarefas complexas, incluído o processo generativo de produção de novos conteúdos, predição de tomada de decisão.

3. Apontamentos sobre a teoria da decisão que podem contribuir para o esclarecimento da decisão administrativa robótica

A decisão administrativa representada pelo ato administrativo é proferida no âmbito do exercício da função administrativa que por sua vez resulta do

de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acessado em 28. Mar. 2023.

¹⁵ BRASIL. Projeto de Lei 2338/2023. Art. 5º Pessoas afetadas por sistemas de inteligência artificial têm os seguintes direitos, a serem exercidos na forma e nas condições descritas neste Capítulo: I – direito à informação prévia quanto às suas interações com sistemas de inteligência artificial; II – direito a explicação sobre a decisão, recomendação ou previsão tomada por sistemas de inteligência artificial; III – direito de contestar decisões ou previsões de sistemas de inteligência artificial que produzam efeitos jurídicos ou que impactem de maneira significativa os interesses do afetado; IV – direito à determinação e à participação humana em decisões de sistemas de inteligência artificial, levando-se em conta o contexto e o estado da arte do desenvolvimento tecnológico; V – direito à não-discriminação e à correção de vieses discriminatórios diretos, indiretos, ilegais ou abusivos; e VI – o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, nos termos da legislação pertinente. Parágrafo único. Os agentes de inteligência artificial informarão, de forma clara e facilmente acessível, os procedimentos necessários para o exercício desses direitos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acessado em 28. Mar. 2023.

¹⁶ BRASIL. Projeto de Lei 2338/2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acessado em 28. Mar. 2023.

acoplamento entre o subsistema da administração pública e o sistema do Direito, diferenciando-se de outros sistemas e subsistemas, sem que isto represente a extinção dos sistemas acoplados, pois cada um deles continua com suas ações. O ato administrativo é a unidade simbólica presente no acoplamento estrutural entre o sistema administrativo e o sistema do direito, dado que o primeiro emite comunicações qualificadas como administrativas, mas ao se acoplar estruturalmente com o sistema do direito, as comunicações – ato administrativo – assumem a forma jurídica, de onde advém a comunicação Administração Pública.

O exercício e a concretização das funções de cada sistema social, pela tomada de decisões, necessitam de organizações¹⁷ que integram simultaneamente vários sistemas sociais parciais e, quando os agentes públicos tomam decisões, essas não são imputadas a eles na condição de pessoas naturais, mas às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, com a qual mantêm vínculo funcional.

Todavia, a decisão não se resume na eleição de alternativas, porque a ela se agregam outras características relacionadas com a função decisória, como a que as decisões devem manter a unidade no sentido de que a decisão antecedente se torna o ponto de referência para a decisão futura; a ficção de que a decisão é tomada por um decisor, quando a rigor a decisão é produzida por uma rede de decisões no âmbito da organização.¹⁸

Sob a ótica procedimental cada decisão tomada no âmbito do processo decisório é uma comunicação, porém, diferentemente da teoria habermasiana, para a qual a legitimidade reside na sua aceitação, mesmo que não tenha havido

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. 1ª Reimpresión. Rubí Barcelona: Antrhopos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p. 45.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. 1ª Reimpresión. Rubí Barcelona: Antrhopos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

concordância. Portanto, é necessário que haja correspondência entre o comportamento prescrito e o comportamento observado, porque todo aspecto normativo de uma decisão jurídica deve ter como premissa que os “[...] casos iguais serão decididos da mesma forma.”¹⁹ Assim, as premissas decisórias, estão ancoradas em regras procedimentais que geram expectativas – aceitação ou não aceitação –, o que alivia o Estado de ter que legitimar individualmente cada decisão, operando-se assim, a legitimação pelo procedimento.

As decisões da Administração Pública se caracterizam por uma processualidade própria no âmbito da qual a tomada de decisão representa uma escolha dentre as alternativas jurídicas possíveis, com vistas à resolução de um problema, por isso, pode ser considerada uma tarefa importante desempenhada pelo agente público. Dessa forma, o agente público competente para tomar a decisão está sujeito às leis e às regulações administrativas, em razão da indisponibilidade do interesse público.

Todavia, isso é impossível em contexto social porque:

“[...] todos os seres humanos estão condenados a uma racionalidade limitada, por possuírem uma capacidade cognitiva que não lhes permite abarcar toda a informação necessária à tomada de decisões ótimas.”²⁰

Por fim, cabe diferenciar as tomadas de decisões automatizadas das robóticas, via definição dos respectivos termos. Automação possui um sentido amplo e inclui agentes de *software* sem *hardware*, PLCs (programadores lógicos programáveis - *hardware*) e compreende subcategorias, como a robótica. Por outro lado, a robótica, *robotic process automation* - RPA, é um *software* robótico que imita ações humanas, portanto, se refere a robôs de *software* dotados de

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 35

²⁰ CARVALHO, Elisabete de. Decisão na administração pública: diálogo de racionalidades. *Sociologia, Problemas e Práticas [online]*, 73, ago. 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/spp/1369>. Acesso em 31 mar 2023.

Inteligência Artificial, que simula inteligência humana usando *softwares* de computador e habilidades de *machine learning*. Portanto, de forma sintética e superficial, as decisões automatizadas são tarefas repetitivas executadas através de *software*, via plataforma de gestão de processos e a decisão robótica é tomada via *software* robótico que imita ações humanas, dotado de Inteligência Artificial e habilidades de *machine learning*.

4. Da (im)possibilidade de decisões jurídico-administrativas via utilização da inteligência artificial na administração pública brasileira

O ato administrativo por ser uma declaração do Estado ou de quem faz as suas vezes²¹, sujeita-se aos princípios da legalidade formal e substancial sintetizado na ideia de juridicidade²², dado que deve abranger a totalidade do ordenamento, notadamente dos princípios e valores constitucionais²³.

Essa submissão à Lei e ao Direito cria dificuldades para a declaração de vontade do Estado, através da tomada de decisão robótica dotado de Inteligência Artificial e habilidades de *machine learning*. Isso, porque o princípio da juridicidade:

“[...] não aceita a concepção da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição”.²⁴

Ainda que a lei atribuísse competência a um robô ou assemelhado para a tomada de decisão jurídico-administrativa, em substituição ao agente público investido na função pública, tem a regulação antecedente que estabelece o padrão a ser

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 315.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 149.

²³ MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 89-90.

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 74-76.

utilizado para a programação do código fonte, da geração dos códigos objeto e executável²⁵. Dessa forma, é possível afastar a autoregulação do programador através de leis e normatização administrativa? É possível o programador desenvolver a programação com utilização de Inteligência Artificial e os algoritmos baseado somente nos instrumentos de regulação? Havendo espaço para a autoregulação do programador, existe a possibilidade de inoculação de vieses que podem ferir direitos e garantias? Na ausência de regulação é possível a tomada de decisões jurídico-administrativas através de robôs? A legitimação de sistemas de inteligência artificial para a tomada de decisão necessita de lei ou pode ser atribuída por ato administrativo? Basta uma lei atribuir legitimação a um sistema ou é necessário que a lei disponha sobre os pressupostos de existência, validade, eficácia e proteção dos direitos do cidadão?

Estes são alguns dos desafios que se apresentam,

Ainda, os atos administrativos podem ser classificados em predominantemente vinculados e predominantemente discricionários. Maria Sylvia Di Pietro, no mesmo sentido de Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que:

*"[...] o ato administrativo como uma declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime de direito público e sujeita controle pelo Poder Judiciário".*²⁶

²⁵ Código fonte compreende o conjunto de instruções e declarações escritas por um programador usando uma linguagem de programação de computador, o qual é traduzido para a linguagem de máquina por um compilador quando este estiver ativo. O código fonte é encarregado de armazenar o agrupamento de instruções necessárias para o funcionamento do software. Contudo, como o código fonte faz apenas o armazenamento, ele precisa passar pelo chamado processo de compilação, cujo processo traduz o código fonte para a linguagem que a máquina entende e gera o código objeto, que é o programa propriamente dito. Igualmente, o código objeto é insuficiente para a tomada de decisão, por isso, a necessidade do código executável, que compreende o conjunto de arquivos que permitem de fato a execução de determinada tarefa.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 35.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 236.

Para José Carvalho Filho:

"[...] três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público. Ou seja, deve emanar de agente da Administração Pública investido para o exercício da prerrogativa e o ato ser regido pelo direito público".²⁷

Dessa forma, tradicionalmente nos termos do ordenamento jurídico brasileiro somente pessoas físicas, desde que investidas na forma da lei, por agir e tomar decisões em nome da Administração, cujos atos são imputados ao Estado (§ 6, art. 37 da Constituição federal) e não sistemas computacionais dotados de Inteligência Artificial. Acrescenta-se que a motivação das decisões administrativas é requisito formalístico de validade dos atos administrativos decisórios²⁸, dado que a Constituição Federal exige da Administração Pública atuação responsiva e transparente.

Nesse cenário os processos administrativos eletrônicos²⁹ e os sistemas computacionais dotados de inteligência artificial e habilidades de *machine learning* podem contribuir para o seu fortalecimento e materialização. Contudo, a descrição dos motivos de fato e de direito são imprescindíveis, não apenas para efeitos de validade, mas também para o necessário controle de legalidade e juridicidade dos atos administrativos. A I Jornada de Direito Administrativo do

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 35.^a ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, p. 105

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 408.

²⁹ SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Processo administrativo eletrônico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 43.

Conselho da Justiça Federal³⁰ aprovou o Enunciado 12, o qual preconiza: A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação.

Todavia, para Marçal Justen Filho existem duas possibilidades jurídicas que podem ser adotadas em relação à prática de um ato administrativo por um modelo inteligente:

“[...] ou se reputa ausente qualquer manifestação volitiva humana na atividade automação ou se entende que a vontade humana opera indiretamente”.

A primeira se caracteriza como um fato administrativo e a segunda por um ato administrativo resultante de vontade exteriorizada de modo indireto, afirmando que a “manifestação de vontade pode traduzir-se de modo direto ou indireto, por meio de movimentação física do corpo humano ou por instrumentos”³¹

Nesse contexto, indaga-se: o sistema computacional dotado de inteligência artificial e habilidades de *machine learning* é capaz de motivar o ato administrativo? Igualmente é capaz de revogar o ato administrativo discricionário válido e eficaz diante de eventual inconveniência e inoportunidade?

Por fim, no Brasil não existe nenhum estatuto jurídico regulatório específico dispondo sobre a utilização da Inteligência Artificial nas tomadas de decisões no âmbito da Administração Pública. Existem leis que tratam de temas transversais à aplicação da Inteligência Artificial, com destaque para as Leis de n.º 12.414/2011, que dispõe sobre o Cadastro Positivo; a Lei 13.709/2018, que dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD; a Lei n.º 13.874/2019,

³⁰ BRASIL. I Jornada de Direito Administrativo. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a. Acessado em 30. mar. 2023.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5.ª ed. e-book. Thomson Reuters Brasil. Cap. 8.

que dispõe sobre a Liberdade Econômica e, e por fim, a Lei n.º 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública.

5. Conclusão

Considerando o problema de pesquisa: “o Direito Administrativo brasileiro possui um arcabouço jurídico adequado para legitimar decisões administrativas robóticas?” A hipótese: “o ordenamento jurídico brasileiro não ampara a decisão robótica por ausência de regulação e a necessidade de motivação da decisão”. A decisão robótica como aquela tomada via *software* robótico que imita ações humanas, dotado de Inteligência Artificial e habilidades de *machine learning* conclui-se que efetivamente não existe no Brasil um arcabouço jurídico seguro acerca da tomada de decisões robóticas no âmbito da Administração Pública.

O que existe são leis que tratam de temas transversais relacionados à tomada de decisões baseadas em sistemas de inteligência artificial. Todavia além da legitimação do sistema de inteligência artificial por lei é necessário a regulação detalhada da tomada de decisão robótica baseada em inteligência artificial.

Por se tratar de um tema complexo e relevante é necessário conjugar os elementos teóricos relacionados à tomada de decisão com a noção de regulação da aplicação da inteligência artificial na tomada de decisão no âmbito da Administração Pública.

6. Referências

BODEN, Margaret A. *Inteligência artificial: uma brevíssima introdução*. São Paulo: Unesp, 2020.

BRASIL. I *Jornada de Direito Administrativo*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos->

judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a. Acessado em 30. mar. 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei 21/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acessado em 28. Mar. 2023.

BRASIL, Senado Federal. *Relatório final. Comissão de juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil*. Brasília: SF, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relato%CC%81rio%20final%20CJSUBIA.pdf><https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relato%CC%81rio%20final%20CJSUBIA.pdf> Acesso em 20 mai 2023.

CARVALHO, Elisabete de. Decisão na administração pública: diálogo de racionalidades: *Sociologia, Problemas e Práticas* [online], 73 | ago. 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/spp/1369>. Acesso em 31 mar. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 35.^a ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 35.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HARTMANN, Fabiano Peixoto; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5.^a ed. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla.1^a Reimpresión. Rubí, Barcelona: Antrhropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Introdução de Darío Rodríguez Mansilla.1ª Reimpresión. Rubí, Barcelona: Antrhropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OCDE. *La inteligencia artificial en la sociedad*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/603ce8a2-es.pdf?expires=1680119571&id=id&accname=guest&checksum=DDB9B48DC102FDD23463547CCBA38071>. Acesso em: 28. Mar.2023.

PARLAMENTO EUROPEU. *O que é a inteligência artificial e como funciona?* In: Atualidade Parlamento Europeu. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/priorities/inteligencia-artificial-na-ue/20200827STO85804/o-que-e-a-inteligencia-artificial-e-como-funciona>. Acesso em 29. Mar. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

PERASSO, Valéria. *O que é a 4ª Revolução Industrial –e como ela deve afetar nossas vidas*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 25. mar. 20223.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*. Tradução de Sérgio Barth, 5ª ed. Brasília: Editora UNB, 2008

RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. *Inteligência artificial*; tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Processo administrativo eletrônico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LIBERTADES INFORMATIVAS, SISTEMA DEMOCRÁTICO Y LUCHA CONTRA LA DESINFORMACIÓN

Francisco Javier Sanz Larruga¹

1. Introducción

“Posverdad”, “fake news”, bulos, manipulación informativa, desórdenes informativos... y, últimamente, desinformación, constituyen términos y expresiones que han adquirido gran protagonismo en los últimos años, todos ellos relacionados con acontecimientos políticos recientes (referéndum del “Brexit”, elecciones a la presidencia de los Estados Unidos, referéndum de paz en Colombia, COVID-19, elecciones presidenciales en Brasil, etc.). En realidad, la cuestión de fondo no es nueva, ya que, como bien estudió la filósofa alemana de origen judío, Anna Arendt², la política siempre ha estado trufada de mentira, aunque, en estos momentos, la mentira -o mejor, la “posverdad”- es más sofisticada al estar viralizada con la revolución digital, por los nuevos medios de comunicación social como son las redes sociales.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidade da Coruña. Miembro del Grupo de Investigación de ‘Derecho Público Global’ de la UDC.

² Su obra que ya es un clásico: *Verdad y mentira en la política*. Puede consultarse la edición española de 2017 en la editorial Página Indómita. En las trágicas circunstancias que la filósofa tuvo que sufrir por parte de régimen nazi, se hizo famosa la máxima de uno de los colaboradores más cercanos de HITLER, Joseph GOEBBELS (ministro de propaganda del Tercer Reich): “una mentira a base de repetirla mil veces acaba convirtiéndose en realidad”.

En todo caso, parece indiscutible que este fenómeno socio-comunicativo reinventado constituye un enorme desafío para el Estado de Derecho y sus libertades públicas informativas que tiene como base una verdadera opinión pública libre, clave para la buena salud de la Democracia. De hecho, la desinformación está generando una creciente preocupación en los medios políticos y jurídicos, en particular por lo que se refiere a su potencial afectación a los procesos electorales. Incluso ha llegado a constituir un tema de atención en la política de defensa y de seguridad (“ciberseguridad”).

Y, justamente, en esta contribución, pretendo realizar una aproximación general al tratamiento jurídico de la “desinformación” -término que he preferido utilizar para abordar esta cuestión- desde una perspectiva panorámica, desde su tratamiento en los organismos internacionales y en la Unión Europea, así como las iniciativas desarrolladas por algunos países para abordar el tema. Concluimos con algunas reflexiones finales que, a nuestro juicio, debería orientar el tratamiento jurídico de la cuestión objeto de estudio.

2. Presupuestos conceptuales

Íntimamente unido al citado fenómeno de la “posverdad” es la proliferación, a través de los nuevos medios de comunicación social, las redes sociales, de las “noticias falsas” (o, “fake news”). Pero, como aclara McIntyre, no es que los bulos, rumores, mentiras, o noticias falsas sean algo nuevo -éstas “despegaron al mismo tiempo que las noticias en general comenzaron a circular ampliamente, después de la J. Gutenberg inventara la imprenta en 1439”³-, sino que ahora en estas noticias hay una “falsificación deliberada de su contenido”, son “intencionadamente falsas”, con una finalidad de control político, y en el que, en

³ *Posverdad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2018, p. 114.

su difusión (muchas veces viral), las redes sociales han desempeñado un papel muy importante⁴.

Para referirse a los efectos de las noticias falsas cada vez está más extendida la utilización del concepto de “desinformación” pero, como recoge Magallón Rosa en su ensayo *Unfaking news. Cómo combatir la desinformación*⁵ -citando un Informe sobre *El desorden la información* de Wardle y Derakshan de 2017-, distinguen de acuerdo con sus respectivas expresiones inglesas, entre:

- “misinformation” o “información errónea que se produce cuando se comparte información falsa, pero no con la intención de hacer daño”⁶
- “disinformación” o “propaganda (que) se produce cuando se comparte información que es falsa y creada deliberadamente para dañar a una persona, grupo social, organización o país”⁷
- “malinformation”, “entendida como una de las variantes de la desinformación, tiene lugar cuando se comparte información que se basa parcialmente en la realidad, utilizada para infligir daño a una persona, organización o país”⁸

De dichos tipos de “información desordenada” nos interesa, en este trabajo, el segundo supuesto (“disinformation”) que es, además, el concepto que utiliza la Unión Europea en su “estrategia contra la desinformación”⁹.

⁴ *Ibidem*, pp. 127-135. Según AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, escribiendo sobre las “fake news”, “la auténtica noticia es, en realidad, la facilidad y profundidad con que ahora penetran en la sociedad de la mano de las tecnologías de la información, las TIC, y el carácter masivo de ello” (“El mundo de la posverdad”, en *Cuadernos de Estrategia*, nº 197 (2018), p. 56).

⁵ Publicado en ediciones Pirámide, Madrid, 2019.

⁶ *Unfaking news*, cit. p. 26.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ “las noticias falsas consisten en una difusión intencional de la desinformación a través de plataformas sociales en línea, medios de difusión o impresión tradicional” (MAGALLÓN ROSA, *Unfaking News*, cit. p. 28).

3. Reacción de la organización de naciones unidas ante la desinformación

Desde finales del siglo XX, Naciones Unidas viene poniendo de manifiesto la importancia de la libertad de expresión, promoviendo, a través del Relator Especial de Naciones Unidas para la libertad de Opinión y Expresión -que es nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹⁰-, en colaboración con representantes de otros organismos internacionales y algunas ONGs, “Declaraciones Conjuntas”¹¹.

El 3 de marzo de 2017 se aprobó la “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y noticias falsas. Desinformación y propaganda” -suscrita por el citado relator especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europea (OSCE) para la libertad de los medios de comunicación, el relator especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la libertad de expresión y el relator especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) para la libertad de expresión y el acceso a la información¹².

De otra parte, en la “Declaración Conjunta” -adoptada en 2019 por los mismos actores, con motivo del 20^a aniversario¹³- donde se determinan los “Desafíos para la libertad de expresión en la próxima década”, se expresa en su Preámbulo la:

¹⁰ Cfr. su web: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>.

¹¹ La relación de “Declaraciones conjuntas” puede consultarse en español en la web de la Organización de Estados Americanos (OEA): http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp.

¹² Su texto íntegro puede consultarse en el apartado sobre “libertad de expresión” de la página web de la OEA: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>.

¹³ Su texto íntegro se puede consultar en la página web: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1146&IID=2>.

“[...] necesidad de abordar, dentro del marco del derecho internacional, los problemas graves que surgen en el contexto de las tecnologías digitales, entre los cuales se encuentran la desinformación...”

Y, en su apartado dispositivo sobre el “Control privado como amenaza a la libertad de expresión”, se urge al desarrollo de medidas con relación a las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios sobre comunicaciones.

Por último, con relación a Naciones Unidas, la Asamblea General aprobó el 24 de diciembre de 2021 la Resolución (A/RES/76/227) para “contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades públicas”. En el mismo se pone de relieve que la desinformación “puede afectar negativamente al disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, que para contrarrestarla es preciso potenciar las libertades informativas (libertades de expresión y de información), exhorta a los Estados a luchar contra la desinformación “mediante políticas como la educación, la creación de capacidades para la prevención y resiliencia” frente a la misma, y alienta a las “plataformas en línea” para que orienten sus negocios con respeto a los derechos humanos y para evitar la amplificación de la desinformación.

4. La estrategia de la unión europea contra la desinformación. La ley de servicios digitales

La Unión Europea viene combatiendo activamente la desinformación desde el año 2015¹⁴. Por la Decisión del Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo de 2015

¹⁴ Cfr. sobre este tema los trabajos de: CIREFICE, R.: “Regulación jurídica de las «fake news» en la UE: ¿un atentado en contra de la democracia?”, *Derecho y economía de la integración*, 5 (2018), pp. 119-141, y de DE CASTRO RUANO, J. L.: “La desinformación como instrumento político de la Sociedad Internacional actual: las respuestas desde la Unión Europea”; *Revista Aranzadi Unión Europea*, 7/2018, Parte Doctrina, pp. 1-10.

sobre la “necesidad de la necesidad de contrarrestar las actuales campañas de desinformación de Rusia y ha invitado a la alta representante a que, en cooperación con los Estados miembros y las instituciones de la UE, prepare antes de junio un plan de acción sobre comunicación estratégica” además de la “creación de un equipo de comunicación constituye una primera medida en ese sentido”¹⁵. Se trata del Grupo de Trabajo “EastStratCom” que dentro del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) viene funcionando desde septiembre de 2015¹⁶.

Con vistas a las elecciones europeas de 2019 al Parlamento Europeo, la Comisión adoptó en febrero de 2018 una lista de recomendaciones, una de las cuáles hacía el siguiente llamamiento:

“Se anima [...] a las autoridades nacionales competentes a determinar, basándose en las experiencias de los Estados miembros, las mejores prácticas para detectar, mitigar y gestionar los riesgos que suponen para los procesos electorales los ciberataques y la desinformación”¹⁷.

Un hito importante en el proceso de la lucha de la Unión Europea contra desinformación ha sido el informe independiente -del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre las noticias falsas y la desinformación en línea- promovido por la Comisión Europea (la dirección de “Economía Digital y Sociedad”) y dirigido por la Profesora holandesa, De Cock Buninig, hecho público el 12 de marzo de 2018

¹⁵ Epigrafe III, 13 de las conclusiones del Consejo europeo en materia de relaciones exteriores.

¹⁶ Este Grupo de trabajo se constituye con los objetivos de comunicar con eficacia las políticas de la UE a sus vecinos orientales; reforzar el entorno mediático global en la vecindad oriental, en particular respaldando la libertad de los medios de comunicación y proporcionando apoyo a los medios de comunicación independientes; y mejorando la capacidad de la UE para prever, abordar y dar a conocer las actividades de desinformación pro-Kremlin.

¹⁷ Cfr. la Recomendación de la Comisión C (2018) 900 final, de 14 de febrero de 2018, sobre el reforzamiento de la conducta natural y eficiente de las elecciones de 2019 al Parlamento Europeo.

con el título: *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High-level Group on fake news and online disinformation*¹⁸.

Sobre la base del anterior informe la Comisión Europea promovió la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social europeo y el Comité de las Regiones, titulada: *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*¹⁹. Este documento, hecho público en marzo de 2018, propone una serie de medidas para combatir la desinformación en internet²⁰:

- 1º. La elaboración de un *Código de Buenas Prácticas sobre Desinformación*: de aquí al mes de julio, como primer paso, las plataformas en línea deben desarrollar y aplicar un código común de buenas prácticas
- 2º. La *creación de una red europea independiente de verificadores de información* que establecerá métodos de trabajo comunes, intercambiará las mejores prácticas y trabajará para lograr la mayor cobertura posible de rectificaciones de datos en toda la UE. Los verificadores serán seleccionados entre los miembros de la *Red Internacional de Verificación de Información*, que sigue un estricto Código Internacional de Principios.
- 3º. El lanzamiento de *una plataforma europea en línea segura sobre desinformación* en apoyo de la red de verificadores de información y de los investigadores universitarios pertinentes gracias a la recogida y análisis de datos transfronterizos y el acceso a datos a nivel de la UE.
- 4º. *Reforzar la alfabetización mediática*: un grado más alto de alfabetización mediática permitirá a los europeos detectar la desinformación en línea y

¹⁸ Luxembourg, march 2018. Su texto está disponible en la página web: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

¹⁹ Cfr. el documento COM (2018) 236 final, fechado en Bruselas, el 26 de marzo de 2018.

²⁰ El siguiente resumen de las medidas propuestas por la Comisión está extraído de la información oficial de prensa del documento presentado en su web por la misma Comisión: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_3370.

adoptar un enfoque crítico ante los contenidos de internet. A tal fin, la Comisión animará a los verificadores de información y a las organizaciones de la sociedad civil a que proporcionen material educativo a escuelas y educadores y a que organicen una Semana Europea de Alfabetización Mediática.

- 5°. *Apoyar a los Estados miembros para asegurar la resiliencia de las elecciones* frente a ciberamenazas cada vez más complejas, en particular la desinformación en línea y los ciberataques.
- 6°. *Promoción de sistemas voluntarios de identificación electrónica* para reforzar la rastreabilidad y la identificación de los proveedores de información e intensificar la confianza y fiabilidad en las interacciones en línea y en la información y sus fuentes.
- 7°. *Apoyar una información plural y de calidad*: La Comisión invita a los Estados miembros a que intensifiquen su apoyo a favor de un periodismo de calidad para garantizar un entorno mediático pluralista, diverso y sostenible.
- 8°. *Una política de comunicación estratégica coordinada*, formulada por los servicios de la Comisión, que combinará iniciativas actuales y futuras de la UE sobre desinformación en línea con las de los Estados miembros y que incluirá actividades de divulgación dirigidas a contrarrestar los discursos falsos sobre Europa y a combatir la desinformación dentro y fuera de la UE.

En septiembre de 2018 se hace público el “Código de buenas prácticas de la Unión Europea sobre desinformación”²¹ y la Comisión anuncia la convocatoria de un foro multilateral con vistas a obtener un marco para una cooperación eficiente entre las partes interesadas pertinentes, incluidas las plataformas en línea, el sector de la publicidad y los principales anunciantes, y asegurar el compromiso de coordinar e intensificar los esfuerzos por combatir la desinformación. También en dichas fechas, la Comisión europea, de cara a las elecciones al Parlamento

²¹ Su texto puede consultarse en la página web de la Comisión Europea: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

Europeo de 2019, propone medidas para garantizar unas elecciones libres y justas y “para proteger mejor nuestros procesos democráticos de la manipulación por terceros países o intereses privados”²².

Tras el llamamiento realizado por los líderes europeos en junio de 2018 para proteger los sistemas democráticos de la Unión, la Comisión Europea estableció medidas concretas para enfrentar/confrontar la llamada desinformación. El “Plan de Acción contra la desinformación”, publicado el 5 de diciembre de 2018²³, propone un conjunto de sólidas acciones que permiten un enfoque conjunto y coordinado de la Unión Europea al afrontar la desinformación. Orientado a las elecciones europeas de mediados de 2019 y a las elecciones nacionales y locales a celebrar en los Estados miembros en 2020, este Plan se sustenta en cuatro importantes pilares, bien definidos, para desarrollar las necesarias capacidades de la UE, así como para fortalecer su cooperación con los estados miembros²⁴.

²² Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_5681.

²³ Cfr. la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social europeo y el Comité de las Regiones: *Plan de Acción contra la desinformación* (Bruselas, 5.12.2018, JOIN (2018) 36 final).

²⁴ Estos cuatro pilares clave son los siguientes:

1°.- *Aumento de recursos para frenar la avalancha de desinformación* que trata de disipar la información real, y así mejorar la detección precoz de noticias falsas. El grupo especial de Comunicación Estratégica y la célula de Fusión Híbrida de la Unión Europea en el Servicio Europeo de Acción Exterior, junto con las delegaciones de la UE en los países vecinos, serán reforzadas con personal especializado y potentes herramientas de análisis de datos.

2°.- *Respuesta coordinada a los ataques*, implementando para ello un sistema de alerta rápida entre las Instituciones de la UE y los Estados miembros, de modo que se facilite el intercambio de datos y evaluaciones de las campañas para hacer frente a la desinformación en tiempo real. Cumplir este objetivo requiere que los Estados miembros se conciencien del impacto negativo y de la desestabilización social que puede provocar la desinformación.

3°.- Se exige el *cumplimiento del código de buenas prácticas* a las plataformas que ofrecen información en línea, lo que posibilita la identificación de cuentas falsas e interacciones no humanas (Bots). De esta forma, se busca garantizar la transparencia de la publicidad política, pues se conseguirá cerrar cuentas falsas activas, etiquetar las Bots y cooperar con los investigadores para detectar campañas de

El “Código de buenas prácticas en materia de desinformación” de 2018 fue revisado y reforzado de acuerdo con las propuestas formuladas por la Comisión Europea en mayo de 2021²⁵, dando lugar a una nueva versión del Código de Buenas Prácticas de 2022. El nuevo Código incorpora nuevas medidas para luchar más eficazmente contra la desinformación como las previstas en la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea -aprobada por el Reglamento (UE) 2022/2065 de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales²⁶- que promueve una mayor protección para los ciudadanos europeos frente a los contenidos ilícitos y una atenuación de los riesgos sistémicos de la desinformación. La nueva normativa se proyecta sobre los servicios de intermediación en línea (por ejemplo, las redes sociales) y prevén especiales exigencias para las plataformas en línea de muy gran tamaño (en particular, en cuanto a la difusión de contenidos nocivos e ilícitos para la sociedad).

5. Las reacciones jurídicas de algunos países contra la desinformación

Cada vez son más abundantes los países del mundo que han aprobado medidas restrictivas e intervencionistas para luchar contra la desinformación, llegando, en algunos casos a poner en peligro la libertad de expresión²⁷.

desinformación. En suma, que su contenido sea visible. La Comisión garantizará un seguimiento cercano y continuo de los compromisos adquiridos.

4º.- *Creación de grupos de verificación y contraste de datos*, además de sensibilizar a la ciudadanía de las posibles campañas de desinformación a través de programas específicos, y de un apoyo firme a estos equipos de verificadores e investigadores que trabajen en la detección temprana de campañas de desinformación en las redes sociales (RRSS).

²⁵ Su texto íntegro puede consultarse en la siguiente página web de la Comisión Europea: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>.

²⁶ Su texto íntegro puede consultarse en la dirección de internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&qid=1692174055472>.

²⁷ Cfr. el trabajo de COTINO HUESO; L.: “Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 49(2022), pp. 199-238. En él se recogen, entre otros, los casos de leyes o proyectos legislativos que criminalizan la desinformación: Bangaldesh, Camboya,

En el caso de Europa, una de las primeras normas fue la aprobada en Alemania: la “Ley de Mejora de la aplicación de las Ley en las redes sociales” -también conocida como “Ley sobre Facebook” o con las siglas NetzDG- y que entró en vigor en enero de 2018²⁸. Es una Ley contra la publicación en redes sociales de discursos de odio, pornografía infantil, artículos relacionados con el terrorismo e información falsa. No afecta, por lo tanto, a los procedimientos electorales; sólo se aplica sobre proveedores de servicios de teledifusión que cuentan con plataformas en internet con fines de lucro para que los usuarios puedan compartir o poner a disposición cualquier contenido (redes sociales) siempre que tengan más de dos millones de usuarios registrados. La obliga a la red social a eliminar los “contenidos claramente ilícitos” e impedir el acceso a los mismos, en un plazo de 24 horas desde la recepción de la queja de un usuario, mediante un procedimiento eficaz y transparente. Pero, si la ilegalidad del contenido no es evidente, la red social cuenta con un plazo de siete días para investigar su licitud/ilicitud y, en su caso, eliminarlo, aunque, para tal fin, se puede contratar una agencia externa para realizar el proceso de investigación²⁹.

Poco tiempo después, en 2018, fue aprobada en Francia la “Ley de lucha contra la manipulación de la información” y promulgada como “Ley Orgánica n° 2018-1201 de 22 de diciembre de 2018”³⁰. El principal objeto de la Ley es la de combatir la manipulación de la información en el mundo digital y frenar la difusión de noticias falsas durante los procesos electorales (no se refiere, por lo tanto, a

Kazajistán, Kenia, Egipto, etc.; también el supuesto de la Ley federal de Rusia de 18 de marzo de 2019 sobre “protección de la información”.

²⁸ Cfr. el trabajo de WEIDENSLAUFER, Ch.: “La regulación de las “fake news” en el derecho comparado”, Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, enero, 2019. pp. 7-10.

²⁹ Se trata de un órgano de autorregulación, financiado por los gestores de las redes sociales y acreditados por la correspondiente autoridad administrativa (la Oficina Federal de Justicia). Este organismo de autorregulación es el que decide, en dichos casos, si el contenido es ilícito y lo que, por lo tanto, debe hacer la red social. Y, en todo caso, es la autoridad administrativa la que tiene que comprobar que dicho organismo ha actuado con independencia y capacidad técnica.

³⁰ La aprobación de la nueva Ley supuso la modificación parcial del Código Electoral. En realidad, se trata de dos leyes, una orgánica y otra ordinaria.

noticias ilícitas)³¹. Mediante una nueva vía judicial civil de emergencia se puede detener por quien la ejercita la difusión de información falsa por un plazo de tres meses anteriores a la campaña electoral³². Una vez recibida la solicitud, el juez que resuelve provisionalmente debe evaluar, en el plazo de 48 horas, si esta información se está difundiendo “de forma artificial o automatizada” y “masivamente”³³. Las plataformas digitales están obligadas a cumplir unas exigencias de transparencia cuando distribuyen contenidos (contenidos o anuncios electorales) a cambio de una tarifa; además, si exceden de un determinado volumen de conexiones diarias, deben tener un representante legal en Francia e incluso hacer públicos sus algoritmos³⁴.

En el caso de Reino Unido, tras el Informe promovido por la Cámara de los Comunes por el escándalo de la empresa “Cambridge Analytica” -publicado en 2019 bajo el título “Desinformation and “fake news”- donde se concluía que las leyes vigentes en Reino Unido, en particular las regulaciones electorales, “están obsoletas para la era de internet” y que necesitan “una reforma urgente para los mismos principios de transparencia de comunicación pública que operan en el mundo real se apliquen a la web”, existe en el Parlamento británico una propuesta legislativa de 12 de mayo de 2021 (*Online Safety Bill*) -todavía en fase de debate parlamentario- en la que se incluye la desinformación entre los

³¹ Las “noticias falsas” son definidas como descripciones inexactas o engañosas de un hecho que tiene la característica de alterar la exactitud del escrutinio, y que son difundidas de manera deliberada, artificial o automatizada y masiva por un servicio de comunicación al público “on line”.

³² El art. 6 de la Ley prevé que si en los tres meses anteriores a las elecciones, el “Conseil Superieur de l’audiovisuel” encuentra que un servicio de comunicación controlado -o bajo la influencia de un gobierno extranjero- ha difundido noticias falsas de manera deliberada con la finalidad de alterar el escrutinio, puede ordenar su suspensión.

³³ Cfr. WEIDENSLAUFER, Ch.: “La regulación de las “fake news” en el derecho comparado”, cit. p. 11. El Consejo Constitucional francés, en su decisión de 20 de diciembre de 2018 sobre la nueva Ley, aclaró que el juez podría detener la difusión de una información siempre que, tanto la inexactitud o la naturaleza engañosa de la información, así como el riesgo de afectar la veracidad de la información, fueran manifiestas.

³⁴ *Ibidem*. p. 12.

posibles daños frente a los que las grandes plataformas obligatoriamente deben de tomar medidas³⁵.

En España, la lucha contra la desinformación se prevé en la vigente “Estrategia de Seguridad Nacional” de 2021³⁶, como uno de sus principales riesgos y amenazas. Desde la perspectiva parlamentaria hubo dos iniciativas: una del Partido Popular sobre adopción de medidas contra la desinformación de diciembre de 2017 y otra del Grupo Socialista sobre derechos digitales y veracidad de las informaciones de marzo de 2017. En 2019, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 14/2019 -conocido como “decretazo digital”- en el que se preveía la intervención y control gubernamental de “redes y servicios de comunicaciones electrónicas” cuya corrección jurídica ha sido discutida y lo mismo su pretendida eficacia³⁷. Por último, cabe destacar la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, sobre procedimiento de actuación contra la desinformación, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional que, también ha merecido alguna crítica, si bien su contenido es meramente organizativo³⁸. Y, de otra parte, España carece de una regulación específica en el ámbito electoral y político³⁹.

Por último, por lo que se refiere a Brasil, desde mayo de 2020 existe un proyecto de Ley -el nº 2623 de 2020- en el que se trataba de regular la desinformación en redes sociales y mensajería privada y como alternativa al “marco civil de internet” (que dispone la excusión de responsabilidad de los intermediarios de internet por el contenido generado por terceros salvo que exista una orden judicial). En 2021, el presidente BOLSONARO emitió la medida provisoria nº

³⁵ Cfr. COTINO HUESO, L.: “Quién, cómo y qué regular...”, cit. y loc. cit. p. 202.

³⁶ Su texto está disponible en la página web: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/12/31/pdfs/BOE-A-2021-21884.pdf>.

³⁷ Cfr. COTINO HUESO, L.: “Quién, cómo y qué regular...”, cit. y loc. cit. p. 224.

³⁸ *Ibidem*. P. 224-226.

³⁹ Cfr. las propuestas de regulación del Prof. COTINO HUESO al respecto, sobre la base de algunos modelos comparados y desde la perspectiva de la protección de datos en su trabajo ya citado (pp. 226-235).

1068/2021 que modificaba el citado Marco y prohibía a los “proveedores de redes sociales” la adopción de medidas de moderación que implicaran censura política o ideológica, pero tal medida fue rechazada por el Congreso Nacional. En febrero de 2023, el Ministro de Justicia del nuevo Gobierno -tras las elecciones generales de 2022- propuso al Poder Ejecutivo la presentación de un proyecto de Ley que hiciera responsables a las grandes plataformas por los contenidos “antidemocráticos” que fueran publicados en ellas y no fueran removidos tras ser denunciada su existencia. En el momento presente, el repetido proyecto de Ley -si bien con diversas modificaciones- sigue discutiendo en el Congreso y ha generado un importante debate en la sociedad civil. Por último, el Ministerio de Justicia del Brasil emitió la Resolución 251/2023, de 12 de abril en la que se establece que:

“(...) no es posible eximir a las plataformas de redes sociales de la responsabilidad y obligación de impedir la difusión de contenidos manifiestamente ilícitos, dañosos o nocivos, con respecto a los cuales se espera que se tomen medidas de cuidado razonables y proporcionadas”.

Y obliga a las plataformas a adoptar medidas proactivas frente a los riesgos de la desinformación.

6. Reflexiones finales

No hay duda de que la desinformación y las “noticias falsas” constituyen un desafío jurídico mundial para la Democracia, en el nuevo contexto de la sociedad de la información y de las redes sociales, un ecosistema informativo en el que quién de verdad quiere hacer daño a los intereses generales -los que sean- cuenta con la ayuda de las más sofisticadas herramientas de la inteligencia artificial y del “big data”.

Pero, a nuestro juicio, cualquier intervención jurídica en la materia debe de tener en cuenta, al mismo tiempo, el valiosísimo patrimonio de las libertades

informativas -la libertad de expresión y la de información- para el sustento de la Democracia. Como siempre el equilibrio entre la seguridad pública (u orden público) y las libertades se torna problemático. No valen fórmulas mágicas para resolver el dilema. Es malo regular “en caliente” y debe de prevalecer la “*prudentia iuris*”, siempre acompañada del principio de proporcionalidad.

Estoy de acuerdo con el Profesor Pisaneschi que, dada la extraordinaria importancia que han adquirido las “redes sociales” en el mundo actual, debe de extenderse a los efectos jurídicos la noción de medios de comunicación a las mismas e incluso mediante el respeto de las normas electorales. También me parecen adecuadas las soluciones que se desprenden de las propuestas de las organizaciones internacionales y del Plan de Acción de la Unión Europea contra la desinformación -que hemos analizado-: una decidida apuesta por la “autorregulación” o, al menos, una “co-regulación” moderada.

Los supuestos de intervención pública “fuerte” que se reflejan en los casos de las leyes de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, aún presentando diferentes versiones de intervención, resultan problemáticas, a mi juicio, para equilibrar la balanza entre la seguridad y la libertad. De otra parte, es claro que ante las amenazas de perturbación del orden democrático por manipulaciones masivas y virales de la opinión pública los Gobiernos y sus Parlamentos está legitimados democráticamente ante las nuevas “amenazas híbridas”.

Me parecen muy luminosas las reflexiones que el Profesor de la Universidad de Valencia, Andrés Boix Palop vuelca en un conocido blog⁴⁰, en particular, sobre su crítica a la “acción a escala nacional” de varios Estados en el control informativo y sobre la “viabilidad de los remedios liberales clásicos” (cita a Stuart Mill: ¿no

⁴⁰ Se trata del blog “No se trata de hacer leer” y la entrada se titula “El control de las fake news y la calidad del debate público en las sociedades democráticas”, publicado el 21 de marzo de 2019. Según el autor, se trata de unas ideas y conclusiones suscitadas tras la celebración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia del VI Congreso Internacional sobre “Elecciones, Gobierno abierto, información y fake news”, celebrado los días 11 y 12 de marzo de 2019.

sería posible combatir la desinformación con, sencillamente, mejor información?). También comparto sus propuestas de la “transparencia” (“desinfectante imprescindible”) y la “autorregulación del mercado”⁴¹.

Asimismo, son oportunas las propuestas de Pauner Chulvi que se orientan a los “sujetos”: “la implicación del Estado, los medios de comunicación, las empresas tecnológicas y la sociedad civil” mediante fórmulas que:

“[...] llaman a todos los actores de la cadena informativa a combatir y no fomentar la difusión de noticias falsas para lo que debe de alcanzarse una definición consensuada de los que debe considerarse bulo o noticia falsa y qué no”⁴².

Al final, como dice Cotino Hueso:

“[...] que la desinformación es una enfermedad para la democracia, sin duda; que los remedios pueden ser aún pero que la enfermedad, también” y, por ello, comparto con el autor si se quiere lograr algo positivo, hay que ser humildes y posibilistas. Se ha de partir de que, en la lucha constitucional contra la desinformación, hay que hacerla con el freno echado, amén de que es una lucha posiblemente perdida”⁴³.

Tengo para mí, que en la “lucha por el derecho” que tenemos por delante y, en particular, para combatir este nuevo reto de la desinformación, no bastan las normas y códigos de buenas prácticas sino el mayor desafío es promover una

⁴¹ Aunque defiendiendo unos medios de comunicación democráticos y plurales, no comparto su confianza en la “acción pública” para resolver los fallos del mercado. Tampoco me parece oportuna su propuesta de retirar cualesquiera normas especiales en las campañas electorales, si bien, estoy de acuerdo que las actuales son manifiestamente mejorables (el rígido encorsetamiento de los debates electorales, por ejemplo).

⁴² “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en red”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41(2018), pp. 297-318.

⁴³ “Quién, cómo y qué regular...”, cit y loc. cit. p. 235.

educación de calidad en nuestros ciudadanos. En la última página de su ensayo sobre la Posverdad, Lee McIntyre concluye:

“Cómo reaccionar ante un mundo en el que alguien trata de taparnos los ojos es algo que depende de nuestra decisión. La verdad aún importa, como siempre lo ha hecho, Reparar a tiempo en ello está en nuestras manos”⁴⁴.

7. Bibliografía citada

ARENDRT, Ana: *Verdad y mentira en la política*. Página Indómita, Madrid, 2017.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, Federico: “Algunas reflexiones sobre la posverdad desde la perspectiva de la seguridad”, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento de análisis 22/2018*, de 13 de junio de 2018

CIREFICE, Ronan: “Regulación jurídica de las «fake news» en la UE: ¿un atentado en contra de la democracia?”, *Derecho y economía de la integración*, 5 (2018), pp. 119-141

COTINO HUESO, Lorenzo: “Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 49(2022), pp. 199-238

DE CASTRO RUANO, José Luis: “La desinformación como instrumento político de la Sociedad Internacional actual: las respuestas desde la Unión Europea”; *Revista Aranzadi Unión Europea*, 7/2018, Parte Doctrina, pp. 1-10.

MAGALLÓN ROSA, Raúl: *Unfaking News. Cómo combatir la desinformación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2019.

McINTYRE, Lee: *Posverdad*, Cátedra, Madrid, 2018.

⁴⁴ *Posverdad*, cit. p. 177.

PAUNER CHULVI, Cristina: "Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la Red", *Teoría y Realidad Constitucional*, 41 (2018), pp. 297-318

WEIDENSLAUFER, Christine: *La regulación de las "fake news" en el derecho comparado*, Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, enero, 2019.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ANÁLISIS DE DATOS MASIVOS COMO RETO PARA LA JUSTICIA PENAL

Luz María Puente Aba¹

1.

A estas alturas no constituye ninguna novedad el análisis de los retos y problemas que plantea, para el Derecho penal, la irrupción del fenómeno de la inteligencia artificial. Dentro de ellos, quizás uno de los más analizados está constituido por los criterios de atribución de responsabilidad penal en los casos de daños causados por máquinas autónomas². No obstante, más allá de este supuesto “estrella”, hay otros sectores de gran importancia, con sus inevitables interrogantes, en los ámbitos policial, procesal penal y penitenciario; particularmente, el desarrollo de herramientas de inteligencia artificial destinadas a analizar datos masivos (“big data”) con el objetivo de valoración y predicción de comportamientos. El empleo de tales mecanismos ha suscitado una gran preocupación y atención, por su evidente incidencia en la situación jurídica y los derechos de la persona condenada: comenzando en las investigaciones policiales, pasando por distintas fases del proceso judicial como la obtención y valoración de la prueba, y terminando en la adopción de decisiones relevantes en

¹ Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidade da Coruña (UDC).

² Vid. por ejemplo MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2018, nº 20, pp. 94 ss., y bibliografía citada.

el ámbito de individualización de la pena y de la ejecución de la pena privativa de libertad. Por avanzar ya un ejemplo, cabe citar aquí el empleo de la herramienta COMPAS en Estados Unidos (que también tiene sus equivalentes a nivel europeo), con la cual está relacionado el conocido caso *Wisconsin vs. Loomis*, que muestra una de las principales críticas que han recibido este tipo de mecanismos: la gestión de los sesgos en las valoraciones llevadas a cabo con ayuda de la inteligencia artificial.

Como más adelante se verá, todo ello determina la necesidad de prestar atención a estas cuestiones desde una perspectiva reguladora: en este ámbito cabe adelantar, destacadamente, la apuesta pionera de la Unión Europea por un Reglamento que establezca normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

2.

Sin duda alguna, el empleo de herramientas de inteligencia artificial con fines predictivos en el ámbito penal supone un reto y un riesgo de gran calado, de compleja valoración y difícil control. Esta actividad implica confiar la valoración de riesgos a una herramienta tecnológica, con el objetivo final de tomar una decisión con efectos jurídicos sobre una persona. El ejemplo paradigmático está constituido por la adopción de decisiones en el momento de ejecución penal y también en el ámbito penitenciario. Sin duda alguna, el supuesto más mediático en el que se planteó la problemática asociada al empleo de estas herramientas es el caso “*Wisconsin vs. Loomis*”, en Estados Unidos. Aquí los tribunales se enfrentaron al análisis del software de evaluación de riesgos COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), que predice el riesgo de reincidencia de una persona condenada y, con base en la valoración efectuada, puede determinar decisiones tan importantes como la concesión o denegación de la suspensión de la pena de prisión o de la libertad condicional.

Este sistema fue llevado a los tribunales por Eric Loomis, a quien se le había denegado la suspensión de su condena (“probation”) tomando como base, entre otros extremos, una valoración negativa producida por la herramienta COMPAS³. Loomis alegaba que se había llevado a cabo un análisis de sus circunstancias personales con un sesgo discriminatorio, considerando negativamente, de forma automática, algunas características personales, como por ejemplo el hecho de ser varón. Asimismo, alegó que el desconocimiento sobre los “razonamientos” del algoritmo, esto es, la opacidad en torno a las valoraciones que habían desembocado en la negativa final, habían vulnerado su derecho a un juicio justo. Northpointe Inc., la empresa propietaria de COMPAS, se oponía a tal requerimiento aduciendo que, al revelar la forma de operar del algoritmo, se estaría vulnerando un secreto empresarial.

En 2016, el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin rechazó las alegaciones de Loomis. Consideró, por una parte, que las valoraciones de riesgo derivadas de COMPAS no vulneraban su derecho a un juicio justo, y que no era necesario conocer el funcionamiento de la propia herramienta, al que catalogaba como un secreto de empresa: según el tribunal, el hecho de que la herramienta haga un cálculo con base en el historial real del condenado, y la posibilidad de que el juzgador posteriormente pueda aportar sus consideraciones discrecionales sobre el resultado generado por COMPAS, constituyen elementos que permiten una determinación específica de la condena individual, ajustada al caso concreto. Asimismo, el Tribunal consideró que Loomis no había llegado a demostrar que la denegación de la suspensión de la condena se había basado exactamente en el sesgo atribuido a la herramienta de inteligencia artificial. Se alineó con las consideraciones de la empresa, generando un precedente que ha sido criticado por erosionar la transparencia en la adopción de decisiones relevantes en el ámbito del proceso penal, vulnerando el derecho a tener un proceso justo y

³ Vid. sobre este caso, por ejemplo, MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State v. Loomis”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2018, nº 20; MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, cit., pp. 22 ss.; VALLS PRIETO, J., *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

generando riesgos de discriminación difíciles de controlar y valorar. Además, si bien la sentencia trató de establecer una serie de limitaciones y advertencias en relación con el uso de estas especiales valoraciones de riesgo en el proceso penal, no dejó claro de forma determinante ni los supuestos específicos en los que podían ser tenidas en cuenta ni hasta qué punto cabría ponderar los informes generados por la herramienta de inteligencia artificial⁴.

Si bien el caso *Wisconsin vs. Loomis* es el más conocido en este ámbito, posteriormente los tribunales de Estados Unidos trataron otros supuestos similares relacionados con la herramienta COMPAS, y llegaron a soluciones un tanto diversas, que realmente suponen una consideración más rigurosa del empleo de este tipo de técnicas.

Un año después, en 2017, el Tribunal de apelación del Estado de Kansas resolvió el caso *Kansas vs. Walls*. Este supuesto, si bien no se refería a la herramienta de valoración COMPAS, sino a la herramienta LSI-R (Level of Service Inventory-Revised)⁵, resulta de gran interés, porque afirmó el derecho del apelante (*Walls*) a tener acceso a todos los elementos manejados por la herramienta de valoración del riesgo, necesarios para la individualización de su sentencia condenatoria; ello se cataloga como fundamental para asegurar el respeto del derecho de defensa de la persona afectada.

⁴ Vid. sobre las críticas al caso *Wisconsin vs. Loomis* ÁVILA, F., HANNAH - MOFFAT, K., MAURUTTO, P., *The algorithmic society. Technology, power and knowledge*, Routledge, London 2020, pp. 95-96; MARTÍNEZ GARAY, L., "Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis*", cit., nº 20, pp. 494 ss.

⁵ Si bien COMPAS es una herramienta algorítmica de valoración del riesgo, LSI-R constituye una amplia encuesta que otorga diferentes puntuaciones en función de las respuestas facilitadas por la persona objeto de evaluación. Según la Base de datos de herramientas de valoración de riesgos del Berkman Klein Center (Risk Assessment Tool Database at Berkman Klein Center), que recopila información pública sobre el diseño y la implementación de instrumentos de evaluación de riesgos utilizados en el sistema de justicia penal de Estados Unidos, las técnicas empleadas por COMPAS son métodos estadísticos y de aprendizaje automático ("machine learning") (<https://criminaljustice.tooltrack.org/tool/16627>), mientras que la utilizada por LSI-R es la puntuación manual ("manual scoring") (<https://criminaljustice.tooltrack.org/tool/16629>).

Finalmente, hay que destacar también el caso Flores et al. vs. Stanford, en 2021. En este supuesto, un grupo de personas a las que se les había denegado la libertad condicional, demandaron al New York State Board of Parole⁶. Precisamente en la línea del caso Kansas vs. Walls, los demandantes solicitaban el conocimiento de todas las valoraciones y razonamientos que habían motivado tal denegación. En este proceso de nuevo alegó Northpointe Inc., la empresa creadora del algoritmo COMPAS, que la admisión de la solicitud de los demandantes supondría una revelación de secretos empresariales. Sin embargo, el tribunal (United States Court of Appeals for the Second Circuit) rechazó las alegaciones de la empresa y afirmó que esa información era relevante para el caso, y existía escaso riesgo de constituir una infracción de Derecho de la competencia; en consecuencia, admitió que se facilitara a los demandantes toda esa información bajo ciertas condiciones.

La problemática analizada no es sólo privativa de la justicia penal estadounidense. Existen herramientas similares en otros sistemas judiciales, como por ejemplo en el Reino Unido, donde el algoritmo HART (Harm Assessment Risk Tool) también ha sido objeto de denuncias por la realización de valoraciones con sesgos discriminatorios⁷. Asimismo, estas situaciones conflictivas no sólo se presentan en el momento de adoptar decisiones como la suspensión de la condena o la concesión de la libertad condicional. Los sesgos discriminatorios del algoritmo en la elaboración de valoraciones predictivas pueden presentar otras manifestaciones diferentes: así, cabe citar el ejemplo del sistema “Verus”, empleado para monitorizar las conversaciones telefónicas de los internos en centros penitenciarios en Estados Unidos. Esta herramienta algorítmica tiene como función detectar palabras clave en las conversaciones mantenidas por

⁶ “Comité de libertad condicional del Estado de Nueva York”: se trata de una comisión formada por varias personas, encargada de decidir si una persona condenada en prisión puede acceder a la libertad condicional. La demanda se personalizaba contra Tina M. Stanford, como presidenta del Board of Parole.

⁷ Vid. sobre esta herramienta, por ejemplo, OSWALD, M., GRACE, J., URWIN, S., BARNES, G.C., “Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and ‘experimental’ proportionality”, *Information & Communication Technology Law*, 2018, nº 27.

personas que cumplen condena en las prisiones, como estrategia de prevención de posibles actividades delictivas. Más allá de los posibles problemas relacionados con la legitimidad de esta estrategia, y particularmente con su incidencia en la privacidad personal, se ha denunciado la existencia de disparidades raciales en el reconocimiento de voz y detección de palabras clave. Diversos estudios han constatado que el algoritmo es menos exacto en la transcripción de conversaciones de voces de raza negra; a ello se une el hecho de que este colectivo de personas constituye una parte desproporcionada de la población penitenciaria en Estados Unidos (en comparación con la proporción de personas de raza negra en la población general)⁸.

En suma, de la exposición de los casos reales anteriores cabe extraer al menos unas breves conclusiones. Como ya se ha indicado, una crítica fundamental que se aduce contra el empleo de estas herramientas algorítmicas para valorar riesgos y predecir comportamientos, es la existencia de sesgos (raciales, de género, etc.) en la valoración y, por consiguiente, en la adopción de una decisión con efectos jurídicos sobre una persona⁹.

El punto inicial de la cuestión de los sesgos se sitúa no en el funcionamiento de la herramienta, sino en cómo la mano humana configura los elementos que tendrá en cuenta el algoritmo para efectuar sus valoraciones y predicciones. Podemos encontrarnos con varios problemas en la calidad de los datos que se aportan a la herramienta algorítmica y que servirán para que desarrolle su propio aprendizaje: alimentación con datos erróneamente calificados; utilización de datos que constituyen una muestra no representativa; empleo de datos referidos

⁸ STANFORD UNIVERSITY, *Artificial Intelligence Index Report 2023*, p. 135.

⁹ ÁVILA, F., HANNAH - MOFFAT, K., MAURUTTO, P., *The algorithmic society. Technology, power and knowledge*, cit., pp. 91 ss.; DRESSEL, J., FARID, H., "The accuracy, fairness and limits of predicting recidivism", *Science advances*, 2020, Vol. 4, Issue 1. Vid. también CATERINI, M., "El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la inteligencia artificial", *Revista de Internet, Derecho y política*, 2022, nº 35, p. 6, y bibliografía citada.

a intervalos temporales acotados, etc¹⁰. Todo ello determina que, por muy grande que sea el conjunto de datos masivos (“big data”) manejado por la herramienta de inteligencia artificial, nunca llegarán a ser un conjunto total y absoluto de datos referidos a un ámbito concreto (“all data”). Asimismo, y en línea con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la herramienta va a valorar un caso “nuevo” con base en el aprendizaje obtenido del análisis de casos “anteriores”¹¹.

A mayores, el propio funcionamiento de la herramienta de inteligencia artificial resulta difícil de coherencia con uno de los requisitos que, según manifestaban los tribunales en los casos anteriormente citados, y tal y como indican las propuestas de regulación que se indicarán con posterioridad, son esenciales para admitir las valoraciones algorítmicas que fundamentarán decisiones con efectos jurídicos: la transparencia y el derecho de acceso a los protocolos de toma de decisiones. En efecto, una vez que empieza a funcionar la herramienta de valoración y predicción de riesgos, el propio proceso automático comienza a generar una serie de combinaciones y “razonamientos” que ni siquiera son reconocibles y comprensibles para sus propios diseñadores. Tiene en cuenta una cantidad ingente de datos y variables, y sólo resultan visibles los resultados de tal operación, pero no la forma en que se ha combinado ese conjunto inconmensurable de datos, ni el peso que se ha otorgado a los diferentes factores concurrentes. De ahí el nombre de “black box” otorgado a estas herramientas, que ciertamente constituye el polo contrario a la transparencia exigida en la adopción de decisiones que producen efectos jurídicos; aún más, en el momento actual resultan dudosa la posibilidad de transformar tal “black

¹⁰ Vid. MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, cit., pp. 123 ss., y bibliografía citada.

¹¹ BARONA VILAR, S., “Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?”, *Revista boliviana de Derecho*, 2019, n° 28, pp. 43-44; VON ESCHENBACH, W.J., “Transparency and the black box problem: why we do not trust AI”, *Philosophy & Technology*, 2021, n° 34; MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, cit., p. 124.

box” en una “white box”, que permita entender globalmente los parámetros y los ulteriores resultados generados por la herramienta de valoración de riesgos¹².

Por último, hay que tener en cuenta que estos mecanismos no efectúan “razonamientos” en el sentido de causa – efecto, esto es, buscando una causa individualizada para un supuesto concreto, analizando la veracidad de una hipótesis. En otras palabras, estas herramientas de inteligencia artificial se basan en la correlación, no en la causalidad¹³. Por consiguiente, el resultado arrojado por la herramienta algorítmica no responde a un análisis causal de la situación individualizada, sino que aplica al caso concreto las correlaciones que ha encontrado en su combinación y análisis de los datos masivos que ha manejado. Así, cobra sentido una de las alegaciones efectuadas por Eric Loomis en su recurso: que, al utilizar la herramienta algorítmica COMPAS, se había vulnerado su derecho a obtener una sentencia individualizada.

3.

En suma, todos estos problemas han dado lugar a intentos de regulación o al menos a la creación de códigos éticos o recomendaciones en el empleo de herramientas de inteligencia artificial. Cabe destacar a continuación algunas de las más relevantes, incluyendo la primera propuesta de regulación de la inteligencia artificial, presentada por las instituciones de la Unión Europea:

¹² BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *Ius et Scientia*, 2020, 6(2), pp. 58-59; COTINO HUESO, L., “Riesgos e impactos del *big data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho”, *Revista general de Derecho administrativo*, 2019, nº 50, p. 4; DE MIGUEL BERIAIN, I., PÉREZ ESTRADA, M.I., “La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2019, nº 25, pp. 536 ss.

¹³ ÁVILA, F., HANNAH - MOFFAT, K., MAURUTTO, P., *The algorithmic society. Technology, power and knowledge*, cit., p. 96; BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, cit., pp. 58-59.

- Declaración europea sobre derechos y principios digitales para la década digital (2023)¹⁴. En este documento, las instituciones de la Unión Europea se comprometen a “velar por un nivel adecuado de transparencia en el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial”, y a:

“[...] velar por que los sistemas algorítmicos se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación y permitir la supervisión humana de todos los resultados que afecten a la seguridad y los derechos fundamentales de las personas”.

- Resolución del Parlamento europeo sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales¹⁵.

En esta Resolución, el Parlamento:

“[...] reitera que todas las soluciones de IA para las autoridades policiales y judiciales también deben respetar plenamente los principios de dignidad humana, no discriminación, libertad de circulación, presunción de inocencia y derecho de defensa”;

Y:

“[...] considera, a este respecto, que toda herramienta de IA desarrollada o utilizada por las autoridades policiales o judiciales debe, como mínimo, ser segura, robusta, fiable y apta para su finalidad, así como respetar los principios de minimización de datos, rendición de cuentas, transparencia, no discriminación y explicabilidad, y que su desarrollo, despliegue y uso deben estar sujetos a una evaluación de riesgos y a una estricta comprobación de los criterios de necesidad y proporcionalidad, debiendo guardar proporción las salvaguardas con los riesgos identificados”.

¹⁴ Del Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión europea (2023/C 23/01).

¹⁵ 2020/2016(INI) (2022/C 132/02).

Asimismo, el Parlamento se declara consciente de muchos de los riesgos que se han puesto de manifiesto aquí, inherentes a las herramientas de inteligencia artificial:

- El peligro de sesgo y discriminación.
- La importancia de la calidad de los datos introducidos en la herramienta algorítmica.
- La relevancia de una regulación clara del uso de estos sistemas en los ámbitos policial y judicial, con el objetivo de no interferir en el derecho de defensa y de garantizar la transparencia en la toma de decisiones, haciendo referencia expresa al:

"[...] derecho de las partes en un procedimiento penal a tener acceso al proceso de recopilación de datos y a las evaluaciones conexas realizadas u obtenidas mediante el uso de aplicaciones de inteligencia artificial".

- Las consecuencias negativas que pueden derivarse de una excesiva confianza en las valoraciones generadas por los algoritmos, sobre todo si no se tiene presente la posibilidad de que se generen resultados inexactos, incompletos o discriminatorios. Precisamente para evitar estas situaciones, se subraya que:

"[...] en el contexto de las actividades judiciales y policiales, todas las decisiones con efectos legales deben ser tomadas siempre por un ser humano al que puedan pedirse cuentas de las decisiones adoptadas";

Y en esta línea:

"[...] pide que los algoritmos sean explicables, transparentes, trazables y comprobables como parte necesaria de la supervisión, a fin de garantizar que el desarrollo, el despliegue y el uso de los sistemas de IA por las autoridades judiciales y policiales respeten los

derechos fundamentales y sean dignos de la confianza de los ciudadanos”.

- Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial (2021).

En relación específica con el empleo de herramientas de inteligencia artificial dentro del sistema judicial, se hace hincapié en el respeto del denominado “principio de la supervisión humana”. La recomendación se orienta, por lo tanto, a la adopción de las salvaguardas necesarias para el respeto de los derechos humanos, la garantía de fiabilidad de las decisiones centradas en sistemas de inteligencia artificial, y en el establecimiento de requisitos claros de transparencia y explicabilidad de estas herramientas.

- Propuesta de inclusión de cinco “neuroderechos” en la Declaración universal de derechos humanos (elaborada por Neurorights Foundation)¹⁶ (2023).

Esta propuesta parte de la “Fundación Neuroderechos”, que surge desde la Universidad de Columbia con el objetivo principal de proteger los derechos humanos frente al potencial mal uso de la neurotecnología; por este motivo, se propone incluir, en la Declaración universal de derechos humanos, cinco “neuroderechos” específicos para lograr ese fin: privacidad mental, identidad personal, libertad de voluntad, acceso justo al aumento mental y protección contra sesgos. En relación con el tema aquí tratado, resulta de especial interés este último “neuroderecho”, puesto que supone la exigencia de que el diseño de algoritmos no incorpore ningún sesgo discriminatorio.

- Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (2021)¹⁷.

¹⁶ <https://neurorightsfoundation.org/>

¹⁷ COM/2021/206 final.

Finalmente, al margen de las declaraciones y recomendaciones indicadas, hay que referirse a esta ambiciosa y pionera propuesta de regular normativamente el desarrollo de la inteligencia artificial, que está presidida por varios objetivos destacados. La finalidad de las instituciones europeas es garantizar que los sistemas de inteligencia artificial sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente. Asimismo, pretende consagrar el ya citado “principio de supervisión humana”, es decir, establecer que tales sistemas han de ser supervisados por personas, en lugar de por la automatización, para evitar resultados perjudiciales.

Esta propuesta de regulación configura normas diferentes para los distintos niveles de riesgo propios de los diversos sistemas de inteligencia artificial. Así, en relación con el tema aquí tratado, es interesante destacar que se consideran de alto riesgo los sistemas que afecten negativamente a la seguridad o a los derechos fundamentales, y entre ellos se incluyen aquellos que se utilicen como herramienta para la aplicación de la ley.

4. Bibliografía

ÁVILA, Fernando, HANNAH - MOFFAT, Kelly y MAURUTTO, Paula. *The algorithmic society. Technology, power and knowledge*, Routledge, London 2020.

BARONA VILAR, Silvia. “Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?”, *Revista boliviana de Derecho*, 2019, n° 28.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel. “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *Ius et Scientia*, 2020, 6(2).

CATERINI, Mario. “El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la inteligencia artificial”, *Revista de Internet, Derecho y política*, 2022, n° 35.

COTINO HUESO, Lorenzo. "Riesgos e impactos del *big data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho", *Revista general de Derecho administrativo*, 2019, nº 50.

DRESSEL, Julia y FARID, Hany. "The accuracy, fairness and limits of predicting recidivism", *Science advances*, 2020, Vol. 4, Issue 1.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. "Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis*", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2018, nº 20.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo y PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. "La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2019, nº 25.

MIRÓ LLINARES, Fernando. "Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2018, nº 20.

OSWALD, Marion, GRACE, Jaime, URWIN, Sheena y BARNES, Geoffrey C. "Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'experimental' proportionality", *Information & Communication Technology Law*, 2018, nº 27.

STANFORD UNIVERSITY. *Artificial Intelligence Index Report 2023*.

VALLS PRIETO, Javier. *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

VON ESCHENBACH, Wolfram J. "Transparency and the black box problem: why we do not trust AI", *Philosophy & Technology*, 2021, nº 34.

DEMOCRACIA VIGIADA, POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NA ERA DIGITAL E A PROTEÇÃO DE DADOS¹

Rogério Gesta Leal²

EM CONSTRUÇÃO

1. Notas Introdutórias

Os objetivos deste trabalho são avaliar em que medida a adoção de políticas de segurança pública adotadas por Estados contemporâneos, valendo-se de novas tecnologias da inteligência artificial, podem colocar em risco regimes democráticos e dados de pessoas (físicas e jurídicas) em face de exagerados monitoramentos e coletas de dados, e que medidas podem ser tomadas para evitar isto.

Destacamos como problema a ser enfrentado, no particular, saber se políticas de segurança pública estatais baseados em coleta de informações privadas, pela via de ferramentas as mais diversas, podem ser compatíveis com regimes

¹ Trabalho apresentado no VIII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, realizado nos dias 08 a 12 de maio, nas Universidade de Coruña (Espanha) e Universidade do Minho (Portugal), financiado pela FAPERGS/RS.

² Professor Titular da UNISC e da FMP, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do RS.

democráticos protetivos de direitos fundamentais individuais e coletivos, nomeadamente o da proteção de dados de pessoas físicas e jurídicas.

A hipótese que defendemos neste trabalho é no sentido daquela compatibilidade ser possível, desde que adotadas medidas protetivas de excessos eventualmente provocados por políticas de segurança pública no acesso, coleta e gestão de dados de pessoas físicas e jurídicas.

Para tanto, elegemos desenvolver esta reflexão a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) demarcar as tensas relações entre violência, medo e (in)segurança; (ii) verificar em que medida políticas de segurança pública estatais podem configurar mutações constitutivas para uma democracia vigiada, colocando em risco a segurança de dados de pessoas físicas e jurídicas.

Pretendemos utilizar na pesquisa o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

2. Violência, medo e (in)segurança: sinergias convulsivas

Os problemas constitutivos da violência lato senso (e em decorrência dela) sempre foram, e são, demasiadamente obscuros – e alguns insondáveis -, havendo consenso de que historicamente ela tem se apresentado, também, como flagrante manifestação de poder.³

Neste ponto Tzvetan Todorov tem razão ao afirmar que:

Tanto na vida comum como nos campos, podemos observar a oposição de dois tipos de comportamento e de dois tipos de valores, a saber, os valores vitais e os valores morais. No primeiro caso, o que mais conta é, em primeiro lugar, a preservação de minha vida; em seguida, a melhoria de meu bem-estar. No segundo, considero que há

³ Como quer SOREL, Georges. *Reflections on violence*. New York: Dover Publications, 2004, p.38 e seguintes; e MILLS, Wright. *The power elite*. New York: Oxford University Press, 2000, p.22 e seguintes.

*algo de mais precioso que a própria vida: permanecer humano é mais importante que permanecer vivo.*⁴

Poder e violência, todavia, são coisas distintas: o primeiro reclama legitimidade política regulada pela lei (nos Estados de Direito, representando o resultado da vontade política democraticamente instituída); a segunda é divorciada da lei, configurando puro arbítrio. Dai porque autores como D'Entréves insistir com o argumento de que o poder é uma força qualificada e institucionalizada, e por isto controlada em termos de exercício.⁵

As instituições políticas são manifestações e materializações – formais ou informais – de poder, razão pela qual Arendt sustenta haver distinções importantes que precisam ser sublinhadas entre poder e violência, no sentido de que o primeiro sempre precisa de certa quantidade de aderências (legitimidade), enquanto a violência – até certo ponto – pode prescindir destas, pois se funda em instrumentos e técnicas operacionais de imposição de vontades.⁶

Sob esta perspectiva podemos dizer que jamais existiram governos exclusivamente baseados na violência, pois até os totalitários, cujo principal instrumento de domínio é a tortura, necessitavam de um poder com certa legitimação institucional e, ou, social (como as polícias autorizadas normativamente para desenvolver ações de repressão à *desordem social*, e mesmo as conivências de determinados segmentos/grupos sociais com os detentores do poder autoritário em face de interesses corporativos de múltiplas espécies).⁷

⁴ TODOROV, Tzvetan. *Diante do Extremo*. São Paulo: Unesp Digital, 2017, p.177.

⁵ D'ENTRÉVES, Alexandre Passerin. *The notion of State: an introduction to political theory*. New York: Oxford University Press, 2001, p.71.

⁶ ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p.57.

⁷ Na quadra histórica em que a autora desenvolveu estas reflexões (1969) – na qual os recursos tecnológicos de comunicação e ação política ou de guerra eram restritos (não se falava ainda em inteligência artificial a plena potência) –, teve a sensibilidade de asseverar que somente o desenvolvimento de soldados robôs

Assim, o oposto da violência é o poder legítimo e democrático, ou seja, que não se resume a mera dimensão do mandato eleitoral e da obediência, mas se constitui a partir da cooperação, acordo e coordenação entre iguais. Este poder democrático tem a ver com a formatação de espaços públicos nos quais as todas as pessoas possam ser capazes de se organizar e atuar em comum acordo para lograr atingir vida digna e inclusiva, e isto jamais ocorreria desde a perspectiva da individualidade isolada de cada um, mas somente em um mundo compartilhado por ações humanas que nos inserem em ambientes onde já vivem outros semelhantes. Portanto, o que converte o ser humano em ser político é a capacidade de ação que lhe permite unir-se a seus iguais; atuar de acordo com eles e realizar coisas que nunca havia imaginado enquanto ser coletivo, para o bem de todos.⁸

O poder político democrático, então, faz possível a governabilidade graças aos acordos formatados entre a ação e o discurso dos cidadãos. Se tais acordos se perdem, é possível que floresça a violência. Mas atenção, embora a violência possa destruir o poder, é totalmente incapaz de criá-lo, pois a violência não aumenta ou integra um maior número de indivíduos em seus projetos por convicção, mas os dirige pela força e coação. Isso não só cria tensões e provoca resistências -que por sua vez podem agir/reagir violentamente-, mas também pode fazer com que essa mesma prática violenta seja redirecionada internamente contra seus próprios apoiadores.⁹

poderia eliminar o fator humano em destacados níveis, permitindo que alguém pudesse apertar um botão para destruir o que quisesse, e isto alteraria a influência da violência e sua equação com o poder exercido.

⁸ Por isto: *el poder corresponde a la habilidad no sólo de actuar sino también de actuar en concierto. El poder nunca es propiedad de un solo individuo, pertenece a un grupo y existe solamente mientras ese grupo permanece unido. Cuando decimos de alguien que "tiene el poder" en realidad nos referimos a que cierto número de personas se lo ha otorgado para que actúe en su nombre. En el momento en que el grupo que lo otorga desaparece, también desaparece "su poder".* ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Op.cit., p.58.

⁹ Nas palavras de Arendt: *En ningún caso es más evidente el elemento autodestructivo inherente a la victoria de la violencia sobre el poder que en la utilización del terror para mantener la dominación. (...) El climax del*

De qualquer sorte, associada a violência de que estamos falando está o medo, o qual ganha contornos assustadores quando se apresenta – como a violência – de forma dispersa, sem endereço certo nem motivos claros; quando assombra sem que haja explicação visível e plenamente racional.¹⁰ Ao mesmo tempo, medo também configura a designação que damos as nossas incertezas, ignorância diante, principalmente, de suas múltiplas e complexas causas, daí porque este medo costuma gerar sensações de vulnerabilidade fundadas justamente no não conhecimento – ou em seus déficits profundos.

Segmentos sociais mais abastados, com recursos econômicos e políticos em maior escala, lançam mão, por vezes, de expedientes tecnológicos, hiperconectados, fundados na programação, na automação e na simulação de processos e dinâmicas de proteção imaginando que com isto se protegem da violência e do medo; porém, mais do que certezas, isto vai gerando, paradoxalmente, ilusões arriscadas: a de uma racionalidade plena, capaz de eliminar o erro, os riscos e perigos anunciados; a do controle total da realidade; o da segurança absoluta baseada em espécie de delegação em branco à tecnologia.¹¹

Justamente aquela tecnologia que parecia ter nos assegurado a prevenção de problemas das mais diversas ordens é impotente diante de contínuas situações de emergências, riscos e perigos que vão se criando hodiernamente em todo o globo, provocadas por fatores ambientais, de consumo, energéticos, raciais, étnicos, biológicos, de criminalidades, dentre outros, atestando ser ilusória a

terror se alcanza cuando el estado policial comienza a devorar a sus propias criaturas, cuando el ejecutor de ayer se convierte en la víctima de hoy. Op.cit., p.73.

¹⁰ BAUMANN, Zygmunt. *Medo Líquido*. São Paulo: Zahar, 2018, p.09.

¹¹ Lembremos que, através da tecnologia, cada cidadão também é controlado nos seus movimentos, nas conversas, nos seus interesses e orientações sociais, apesar do direito à privacidade, basta vermos a Declaração sobre o tratamento de dados pessoais no contexto da epidemia de COVID-19, adotada em 19 de março de 2020, pelo Conselho Europeu de Proteção de Dados – acesso pelo site: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other-guidance/statement-processing-personal-data-context-covid-19_en, em 18/03/2023.

crença de que, por meio do conhecimento e das inovações tecnológicas, nos libertamos de quaisquer medos, deixamos de ser criaturas e passamos a ser criadores da sociedade em que vivemos, e isto tem nos levado a assistir, progressivamente, a perigosa marginalização do espaço reservado à responsabilidade humana.¹²

Medos e incertezas, como nos indica Mongardini, continuam a ser traços cada vez mais característicos das sociedades em que vivemos¹³, e bastou um vírus microscópico, gerador da COVID-19, para voltarmos a nos encontrar sozinhos e desesperados!¹⁴ De repente regressamos ao tempo da terrível gripe espanhola¹⁵, com as mesmas máscaras, com os mesmos medos, mas sobretudo com os mesmos erros, como, por exemplo, o de não revelar à sociedade a propagação da doença em tempo certo; ou, pior ainda, o de comunicar notícias manipuladas e muitas vezes até falsas.

¹² Ver o excelente texto de HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Ver igualmente o texto de DOMINICI, Piero. *La società dell'irresponsabilità*. Milano: Franco Angeli, 2015.

¹³ MONGARDINI, Carlo. *Le dimensioni sociali della paura*. Milano: Franco Angeli, 2010, p.46. Na mesma linha o excelente texto de ZOLO, Danilo. *Sula paura – fragilità, aggressività, potere*. Milano: Feltrinelli Editore, 2011. Neste texto o autor se pergunta: *perché così spesso la paura mi rendeva aggressivo e perché l'aggressività mia e la prepotenza degli altri erano strettamente intrecciate. Mi domandavo, in sostanza, qual era il rapporto fra la paura, l'aggressività e la violenza scatenata dai miei simili nel corso dei millenni*. (p.11). Estes temas são importantes debater, pois muitas vezes, como cita o autor lembrando de Arnold Gehlen: *Con grande abilità abbiamo sospinto la morte al di fuori del nostro campo visivo. La morte gioca dietro porte laccate di bianco*.

¹⁴ E este vírus alcançou também a maravilhosa nova meca do consumo capitalista – a última utopia -, local seguro do capitalismo internacional hegemônico: Dubai. Ver o texto de FELICE, Emanuele. *Dubai – L'ultima utopia*. Roma: Il Mulino, 2020.

¹⁵ A *gripe espanhola* foi causada por um vírus influenza que se espalhou pelo mundo entre 1918 e 1919, não se sabendo ao certo de onde partiu, tendo causado a morte de cerca de 50 milhões de pessoas, sendo que algumas estatísticas falem em até 100 milhões de mortos, conforme dados coletados no site: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/gripe-espanhola.htm>, acesso em 22/03/2023.

O Estado, sem recursos econômicos e científicos, por vezes, se utiliza instrumentalmente do medo, arriscando a se transformar em manipulador de ansiedades. Como nos diz Barber:

Se si considerano complessivamente le implicazioni della manovra delle paure e della loro comunicazione, relativamente al rapporto tra governati e governanti, si può osservare che l'evocazione dei rischi da parte di questi ultimi, tende a restringere l'arco delle possibili valutazioni da parte dei cittadini. Queste vengono ulteriormente ristrette dalla comunicazione delle paure da parte degli strumenti di informazione, che a loro volta finiscono per restringere il ventaglio delle opzioni di governo.¹⁶

Forma-se, assim, um círculo vicioso: as emergências, os riscos e os perigos consentem ao político de plantão utilizar o medo para transformar-se em providência, mostrando formalmente – em um sistema irresponsável e desorganizado – capacidade decisional associada à possibilidade de derrogar unilateral e legitimamente também a regra fundamental do ordenamento democrático. Isto, entretanto, tem levado ao aumento da desconfiança do cidadão, nomeadamente em face de administrações públicas que parecem sempre mais incapazes de dar respostas minimamente satisfativas diante de demandas as mais diversas, dentre as quais as de segurança pública.

O medo em âmbito social gera reações emotivas e de massa, que acionam ressentimentos, raivas e ódios. Para controlar tais reações é necessário individualizar bodes espiatórios e realizar diagnósticos e prognósticos sérios e aprofundados sobre as causas mais profundas destes fenômenos. Eis porque se tem falado daquela que tem sido denominada monarquia do medo, ou, evidenciando sobretudo o uso instrumental dela (fobocracia), retroalimentada

¹⁶ BARBER, Benjamin. *L'impero della paura*. Torino: Einaudi, 2004, p.51.

pela desinformação, amplificada por redes sociais descontroladas e notícias falsas.¹⁷

E quanto mais aumenta a complexidade destas situações, mais se reforça a tentação da simplificação; todavia, o que é complexo não é simplificável, basta vermos os casos de terrorismo internacional, tráfico de drogas e armas, mesmo as micro-organizações criminosas organizadas (facções delinquentes, milícia locais), dentre outros, evidenciando que soberanias estatais e a construção de sistemas de defesas comuns não tem servido eficazmente para combatê-los. Ou seja, a existência de condições locais para a gestão de crises de segurança, operadas a partir da lógica da soberania nacional, não revelam eficácia significativa diante dos fenômenos referidos. Estes constituem verdadeiros perigos perenes, sorrateiros, com baixos níveis de visibilidade, mutantes, capazes de golpear a qualquer momento, razões pelas quais reclamam abordagens e tratamentos multidisciplinares, por parte de Governos, Mercados e da própria Sociedade.

Estes fatos têm nos demonstrado como a construção social dos riscos e perigos que nos cercam (entendidos como atributos socialmente construídos) tem fornecido bases teóricas sólidas para o desenho de políticas muitas vezes autoritárias. Daí porque autores como Ferrajoli insistem na tese de que o neoconstitucionalismo, para estar a altura destes novos desafios, deve construir garantias capazes de criar alternativas racionais e credíveis às previsões de um futuro caracterizado pela incerteza, violência, desigualdade e devastação ambiental.¹⁸

Muitos governos populistas e nacionalistas parecem se alimentar da ilusão da força de uma autonomia local como instâncias suficientes para garantir expectativas de segurança pública diante dos problemas aqui demarcados, o que

¹⁷ NUSSBAUM, Martha C. *La monarchia della paura – considerazioni sulla crisi politica attuale*. Bologna: Il Mulino, 2020.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Roma: Laterza, 2013, p.27.

tem sido simplesmente impactado pelos fenômenos referidos, nomeadamente no que tange à gestão de tantas crises de letalidade altíssima, fazendo com que políticas públicas de segurança tenham sido implantadas com acentuada distância dos instrumentos normativos tradicionais – constitucionais e infraconstitucionais – vigentes.¹⁹

É como se estivéssemos vivendo sob o império ordinário de Estados de Exceção, nos quais direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais, mantêm-se incólumes em nível de sistemas normativos instalados, mas suspensos episodicamente para fins de gerir crises, riscos e perigos decorrentes de relações e fatos os mais diversos.²⁰ O problema é o controle social, político e jurídico destes cenários, pois facilmente podem se transformar em despóticos permanentes, por conta da banalização do excesso de exercício do poder. Em outras palavras, como já sustentamos alhures, nestes estados de excepcionalidades decisórias, por mais que existam parâmetros informativos e vinculantes dos limites das ações/decisões (como no caso das Medidas Provisórias brasileiras), sempre restarão demandas e urgências não alcançadas pelo controle das escolhas efetivadas, residindo aí os riscos autoritários de exercício do Poder.²¹

¹⁹ Basta vermos o uso excessivo de medidas de exceção nestes tempos, no mundo e em especial no Brasil, como Medidas Provisórias, Decretos-Leis, Emendas Constitucionais, leis e regulamentos de exceção, restringindo liberdades. Ver o texto de LUCARELLI, Alberto. *Populismi e rappresentanza politica*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020. No mesmo sentido ver o texto de STAMMATI, Sergio. *Il costituzionalismo nell'età dell'incertezza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2022.

²⁰ Como nos lembra AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003. Ver também o texto AGAMBEN, Giorgio. *Signatura Rerum*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

²¹ Tratamos de forma mais aprofundada destes aspectos no livro LEAL, Rogério Gesta. *Déficits democráticos na sociedade de risos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p.28 e seguintes. Ver também o texto de BUDELLI, Simone. *La società del rischio e il governo dell'emergenza*. In Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, Fascicolo 2/2019, acesso pelo site: <https://www.ambientediritto.it/dottrina/la-societa-del-rischio-e-il-governo-dellemergenza-le-ordinanze-extra-ordinem/>, em 08/02/2023.

Mesmo que as Constituições contemporâneas tenham se ocupado de criar instrumentos de gestão de crises, é preciso permanentemente refletir sobre possível paradoxo de regimes democráticos que conseguem se autodestruir usando processos e procedimentos (por eles criados) de forma antidemocrática. Como nos dizem D'Agostini e Ferrera, em tempos de crise é fácil superestimar a necessidade de segurança e subestimar o valor da liberdade; e isto porque, sem segurança, não há liberdade.²² Mas também é verdade que a história constitucional hodierna nos mostra claramente como a ruptura da proteção dos direitos e liberdades em nome da defesa da segurança está presente desde há muito.²³

Por isto podemos dizer que a segurança, enquanto bem constitucional multifacetado e polissêmico, pode se dar em sentido material e ideal; objetivo e subjetivo; individual e coletivo; interno e externo, submetendo-se cada vez mais, e de forma ordinária, a juízos de ponderação com outros interesses de importância constitucional, mesmo além de ambientes de emergência tradicionais. Como nos diz Walzer, sem segurança nenhuma forma de representação política baseada no consenso é possível; e a liberdade, aqui, figura como aquela tranquilidade de espírito decorrente da convicção de se estar seguro.²⁴

Por todas estas razões, a prevenção e a precaução tornaram-se, nos dias atuais, as *règles de droit*²⁵ por excelência, o mantra de todas as políticas públicas

²² D'AGOSTINI, Franca e FERRERA, Maurizio. *Le verità del potere – Sei diritto aleatici*. Roma: Einaudi, 2019, p.81. Em verdade, a história já nos ensinou que por trás do aparente império da lei há sempre homens que governam e legizam, razão pela qual toda a norma jurídica está destinada a formalizar vontades/desejos e escolhas de poder.

²³ No ponto ver o excelente texto de COLE, David. *Enemy Aliens – double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*. New York: The new press, 2003, p.77. No mesmo sentido o livro de CERI, Paolo. *La Società Vulnerabile – Quale sicurezza, quale libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2003.

²⁴ WALZER, Michael. *La libertà e i suoi nemici nell'età della guerra al terrorismo*. Roma/Bari: Laterza, 2010, p.43.

²⁵ Como quer VERHOEVEN, Charles Leben. *Le principe de précaution – aspects de droit international et communautaire*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2022, p. 41. Nos lembra o autor que o princípio da

preocupadas em minimizar riscos, perigos e medos capazes de prevalecer sobre outros direitos, e conformar a ação da administração pública como um todo. Sob perspectiva mais filosófica, Sterpa nos alerta que:

Il successo della sicurezza è tale quando permette all'uomo di poter scegliere, rischiare ed evolversi senza rinchiuderlo in una "prigione di sicurezza". In questo senso il principio di sicurezza tocca e abbraccia il "diritto alla felicità" intesa non come assenza di dubbi, di scelte e di rischi, ma come consapevole volontà di gestirli responsabilmente da parte dell'individuo. Per questo non esiste tanto un diritto alla sicurezza, quanto piuttosto una libertà dalla paura che deve essere bilanciata con un diritto di scelta responsabile quale conseguenza dell'esercizio della insopprimibile libertà individuale - su cui si fonda tanto la realizzazione soggettiva quanto l'evoluzione umana.²⁶

Não podemos abrir mão da Democracia e, sendo assim, temos de questionar como corrigir o pensamento, a linguagem e as ações da política quando ela atinge diretamente a sociedade civil com riscos e perigos autoritários em situações ditas de emergência e exceção, especialmente no âmbito da segurança pública.²⁷

3. Democracia Viglada, Segurança Pública e Segurança de Dados

As novas tecnologias de comunicação e de inteligência artificial, desde há muito, já prometiam avanços nas relações sociais, institucionais, de mercado e governamentais, todavia, tais promessas não tem se concretizado conforme as

precaução intervém quando convém adotar as medidas adequadas, mesmo face a riscos não totalmente apurados cientificamente, diferindo-se, pois, do princípio da *prevenção*, que, no entanto, opera quando a informação científica sobre o perigo e a nocividade são certos, concordantes e conclusivos.

²⁶ STERPA, Alessandro. *La libertà dalla paura – una lettura costituzionale della sicurezza*. Roma: Editoriale Scientifica, 2019, p.19. Grifos nossos.

²⁷ Ver o texto de BENIGNO, Francesco e SCUCCIMARRA, Luca. *Il governo dell'emergenza – poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*. Roma: Viella, 2011.

expectativas de universalização dos seus benefícios, pois excluindo segmentos imensos da população mundial por múltiplos fatores (econômicos, culturais, de acesso a serviços e equipamentos necessários, etc.). Neste sentido, um dos autores mais influentes destes temas, Jaron Lanier, já teve oportunidade de dizer que as novas tecnologias não têm produzido igualdade, mas novas oligarquias, em especial dos que podem ter os melhores equipamentos informáticos e serviços de acesso a realidade virtual²⁸, gerando com isto agudas disparidades sociais e percepções dissociativas entre Democracia representativa e política, pois a grande massa de cidadãos excluídos da participação política vivenciam sentimentos quotidianos de que temas relacionados a governo não lhe dizem respeito.²⁹

E isto se torna ainda mais grave quando o fenômeno explosivo da realidade virtual e da internet se impõe na vida das pessoas e no funcionamento do mundo, a ponto de se tornar indispensável para grande parte das demandas quotidianas que temos, de modo que nos referimos a tais ferramentas como tratamos a eletricidade, a água e os bens e serviços essenciais ao mínimo vital.

Ao mesmo tempo, o mundo virtual tem já há tempo mostrado faces sombrias, revelando ser usado, por vezes, como espaço selvagem, anárquico, praticamente ingovernável, que fomenta a desinformação, a solidão, a morte da privacidade, a disseminação do ódio, das notícias falsas e do cyberbullying. Atormentada por ameaças de vírus e roubo de informações, a Web também é um campo minado de ciberterrorismo e cibercrime, manipulação de eleições, dentre outros ilícitos.³⁰

²⁸ LANIER, Jaron. *Sell your data to save the economy and your future*. In BBC News, 27/05/2013.

²⁹ Conforme nos demonstra McCHESNEY, Robert W. *Digital Disconnect: how capitalism is turning the internet against Democracy*. New York: New York, 2013.

³⁰ Como quer o texto de DYER, Joel. *The Perpetual Prisoner Machine: how America profits from crime*. Boulder, CO: Westview, 2000, p.39. Sob a perspectiva eleitoral, lembremos do escândalo de vazamento de dados envolvendo o Facebook, que teria repassado a empresa Cambridge Analytica (especializada em mineração e análise de dados com o desenvolvimento de comunicação estratégica para processos eleitorais) informações de aproximadamente 87 milhões de usuários seus, sem nenhum consentimento,

Ao lado disto, nossas experiências cotidianas, resumidas em dados, tornaram-se ativos comerciais privados usados para prever e moldar nosso comportamento, seja fazendo compras ou socializando, trabalhando ou votando. Isto é, a história da Internet é basicamente a história de controle na qual o escopo central é pela atenção/submissão dos usuários/consumidores.

A dimensão igualitária que inicialmente reinava neste novo continente como promessa foi logo sufocada pela ascensão de poderosos interesses econômicos e políticos perversos, o que é reconhecido por um dos principais ícones dos tempos virtuais, Tim Berners-Lee (fundador da *World Wide Web*, em 2018), nomeadamente quando assevera que, apesar de todo o bem produzido pela internet, ela se tornou um motor de desigualdade e divisão, sob a influência de forças poderosas que a usam para seus próprios propósitos.³¹

Também Mariano Zukerfeld critica os males à sociedade que a realidade virtual descontrolada provoca em termos de valores e cultura, principalmente quando fomenta o que chama de cognitivismo materialista (físico e imaterial) voltado ao mercado e ao consumo, desprovidos de padrões éticos minimamente civilizatórios.³²

A falta de regulamentação adequada da realidade virtual tem permitido a instalação de grandes monopólios econômicos caracterizadores do que se tem

sendo que há denúncias de que estes dados teriam sido utilizados de modo fraudulento na campanha eleitoral dos Estados Unidos da América-EUA em 2016. Ver a notícia no site: [https://www.cnnbrasil.com.br/economia/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/#:~:text=O%20vazamento%20da%20Cambridge%20Analytica,influenciar%20os%20eleitores%20durante%20uma](https://www.cnnbrasil.com.br/economia/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/#:~:text=O%20vazamento%20da%20Cambridge%20Analytica,influenciar%20os%20eleitores%20durante%20uma,), acesso em 02/05/2023.

³¹ BERNERS-LEE, Tim. *Tejiendo la Red*. Madrid: Siglo Veinteuno, 2000, p.49. Ver também o já clássico BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web: the original design and ultimate destiny of the world wide web*. New York: Harper Business, 2000, em que o autor revela as origens da Web e a criação dos agora onipresentes acrônimos *http* e *www*, compartilhando suas opiniões sobre questões críticas como censura, privacidade, o crescente poder das empresas de software, bem como a necessidade de encontrar o equilíbrio ideal entre as forças comerciais e sociais que operam na internet.

³² ZUKERFELD, Mariano. *Knowledge in the age of digital capitalism – an introduction to cognitive materialism*. London: Westminster University Press, 2017, p.125 e seguintes.

chamado de feudalismo tecnológico³³, o que se percebe em corporações como Facebook, Google, Amazon, Apple, Microsoft, Netflix, governantes autocráticos e sem controle de cidadãos que ocuparam um espaço que se pensava ser coletivo, conforme emblemática expressão de Natalia Zuazo:

*En este mismo momento, una de cada dos personas en el mundo están conectadas a los servicios de alguna de estas cinco empresas: Google, Microsoft, Facebook, Apple y Amazon. A través de los mails que llegan a su teléfono, de la notificación a la foto que subió hace un rato, de los archivos que guardó en un servidor lejano, de los datos que está procesando con un software creado por ellas o por el paquete que espera desde el otro lado del mundo. La vida de medio planeta está en manos del Club de los Cinco, un manojo de corporaciones que concentra tanto poder que gran parte de la economía, la sociedad y las decisiones del futuro pasan por ellas.*³⁴

A China, por exemplo, tem sua própria estrutura de poder digital, através das empresas estatais Baidu, Alibaba e Tencent (BATs), que foram instituídas e cresceram sob a proteção do programa imposto em 1998 pelo Estado, denominado Projeto Escudo Dourado (Grande Firewall). Claro que, além da censura política de determinados conteúdos, o governo chinês mantém posição

³³ MOROZOV, Evgeny. *The net delusion: the dark side of internet freedom*. New York: Public Affairs, 2019, p.38. No texto o autor chama a atenção para o fato da internet ser, ao mesmo tempo, espaço democratizador, mas também pode ser autoritário, basta ver os regimes no Irã e da China usando-a para suprimir a liberdade de expressão, aprimorar suas técnicas de vigilância, disseminar propaganda de ponta e pacificar suas populações com entretenimento digital alienante.

³⁴ ZUAZO, Natalia. *Los Dueños de Internet*. Buenos Aires: EpubLibre, 2018, p.18. Lembra a autora que houve um tempo em que o *clube dos cinco* (das empresas referidas) teve competição de mercado, pois, em 2007, metade do tráfego da Internet foi distribuído entre centenas de milhares de sites espalhados pelo mundo. Sete anos depois, em 2014, esse mesmo número já estava concentrado em 35 empresas, tendo a Microsoft compartilhado poder com a IBM e com Cisco ou Hewlett-Packard; o Google convivia com o Yahoo, com o mecanismo de busca Altavista e com a AOL. O Facebook chegou a dividir espaço com o MySpace, assim como a Amazon conviveu por um tempo com o eBay no mercado do comércio eletrônico.

de soberania sobre o Big Data de seus cidadãos, já que nenhuma empresa operante em seu território pode armazenar dados de usuários em servidores fora do país.³⁵ Desta forma os BATs possuem mercado cativo de proporções colossais, profundamente fechados em face dos demais protagonistas internacionais, a ponto de alguns autores sustentarem que:

[...] las cadenas globales de valor en tecnología se están desglobalizando y las diferencias en cuestiones técnicas (estándares, frecuencias) junto a la presión geopolítica pueden llevarnos hacia la fragmentación (¿bifurcación?) de la Red". Prueba de ello es la mutación de la política internacional de las GAFAs. Google inició sus actividades en China en 2006 y colaboró con el régimen para adaptar el buscador a los requerimientos de la censura, hasta que en 2010 salió de ese mercado. En diciembre de 2017 Google volvió a Beijing para establecer su Centro para la Inteligencia Artificial, pero en 2019 tuvo que cesar su cooperación con los equipos de Huawei a partir del bloqueo que Trump impuso temporalmente a empresas chinas. Similar fue el caso de Facebook, que intentó entrar al mercado chino por todas las vías, hasta que a fines de 2019, su CEO Mark Zuckerberg se sumó a la campaña contra China denunciando la falta de "libertad de expresión".³⁶

Ocorre que estes protagonistas do tecno-imperialismo exercem seus poderes de forma mais eficiente e silenciosa, sem métodos e técnicas de violência física tradicional, acumulando adesões as suas plataformas (e o que tudo isto implica em termos de exposição de dados e informações), seja pela via de cookies, seja

³⁵ ALLEN, Gregory C. *Understanding China's AI Strategy: Clues to Chinese Strategic Thinking on Artificial Intelligence and National Security*. In Center for a New American Security. Washington, fev. 2019. Disponível em: <https://www.cnas.org/publications/reports/understanding-chinas-ai-strategy>, acesso em 04/04/2023.

³⁶ MALASPINA, Lucas. *El regreso de los Estados-Nación*. Op. cit., p.21.

por ondas do que Byung-Chul chama do capitalismo de likes, fomentando espaço para o surgimento de um novo colonialismo digital, razão pela qual não provocam os mesmos tipos de medos de que falamos anteriormente.³⁷ Vai no mesmo sentido Lyon ao asseverar que:

*Il nuovo imperativo è la performance. Si tratta di una corrente individualista che tra le altre cose alimenta la paura dell'inadeguatezza. Accumula quei like su Facebook! Scopri quanti follower hai! L'orientamento alla performance è precario, frammentato e in tempo reale: una situazione sfruttata, come vedremo, sia dai governi sia dalle corporation. Le aspettative si trasformano rapidamente; i tempi di consegna si riducono. Le relazioni sono fugaci. In simili circostanze, l'idea stessa di regolamentare la sorveglianza, per esempio, è messa in discussione.*³⁸

Também outros governos têm desenvolvido programas de vigilância de seus cidadãos ao redor do mundo, como nos informa Federico Kukso, ao referir que na China, bancos, aeroportos, hotéis e até banheiros públicos verificam a identidade das pessoas inspecionando seus rostos, através do software chamado *Xue Liang* (olhos agudos), que analisa milhões de imagens para rastrear pessoas, detectar comportamentos suspeitos e até prever crimes. Demonstra o autor iniciativas governamentais – isoladas ou em colaboração global – para acessar dados e informações privados e públicos, de pessoas físicas e jurídicas,

³⁷ Isto nos mostra bem o filósofo HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*. Barcelona: Herder, 2014, p.21. E também o clássico BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano e VECA, Salvatore. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Riuniti, 1984, p.11: *la politica è la sfera dove si svolgono i rapporti di dominio, inteso il dominio nella sua espressione più intesa, come il potere che è in grado di ricorrere, per raggiungere i propri fini, se pure in ultima istanza, o extrema ratio, alla forza fisica*. Ou seja, o uso da força em face do exercício do poder político ou econômico – seja simbólica, virtual ou física -, mesmo que como última ratio, é particularidade recorrente ainda hoje.

³⁸ LYON, David. *La cultura della sorveglianza*. Roma: Luiss University Press, 2020, p.61.

em nome da segurança preventiva e curativa, sem qualquer informação e prestação de contas àqueles que são atingidos por suas políticas.³⁹

Lembremos ainda da ferramenta de espionagem digital chamada Pegasus, criada pela empresa israelense NSO Group, usada para grampear smartphones, computadores e redes de comunicação e gestão de dados de forma global, tudo isto em nome da promoção da segurança da Democracia e dos povos democráticos.⁴⁰

Soma-se a isto o fenômeno que se acelera no início do século XXI, a chamada terceira fase das tecnologias de inteligência artificial, posteriores ao mainframe e ao computador pessoal, na qual as máquinas são integradas, de forma mais ou menos invisível, aos ambientes da vida cotidiana, o que se tem chamado de internet das coisas, na qual o emblemático smartphone, a par de outros dispositivos e objetos, se comunica com os utilizadores e com outros dispositivos do quotidiano, e em que a palavra de ordem é o Big Data, tudo isto impactando a cultura da vigilância.⁴¹

Por conta destes elementos, tem se tornado cada vez mais comum falarmos na emergência de uma sociedade da vigilância e de uma Democracia vigiada, chegando ao ponto de alguns jornalistas afirmarem que privacidade e intimidade configuram já direitos e garantias em certa medida ultrapassados,

³⁹ KUKSO, Federico. *Una historia de control*. In El Atlas de la revolución digital – del sueño libertario al capitalismo de vigilancia. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2019, p.12. Lembra o autor que estes sistemas também podem ser usados para rastrear objetivos políticos escusos envolvendo ofensivas contra dissidentes ou opositores e críticos e governos de ocasião.

⁴⁰ Ver a excelente matéria publicada no site das empresas Globo: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/19/entenda-o-que-e-o-pegasus-software-de-espionagem-que-teria-sido-usado-para-invadir-smartphones-de-milhares-de-pessoas.ghtml>, acesso em 25/04/2023, dando conta de que, uma vez instalado, o Pegasus permite que os invasores tenham acesso a qualquer tipo de dado disponível no aparelho invadido, inclusive o uso do microfone e câmera, razão pela qual é vendido a várias agências governamentais para coletar dados de agentes suspeitos de crimes e terrorismo.

⁴¹ Ver o texto de ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. *The internet of things: a survey*. Computer Networks, 2010, acesso pelo site: https://www.researchgate.net/publication/222571757_The_Internet_of_Things_A_Survey, em 19/04/2023.

nomeadamente em tempos de níveis de insegurança global crescente.⁴² Daí porque haver muita preocupação disseminada no tecido social em face das dinâmicas de quotidiana expansão incontrolláveis da vigilância comunitária, que conta com arquitetura e logística sem precedentes na história da civilização, basta atentarmos para o contingente de câmeras de monitoramento em espaços públicos e privados os mais diversos (lojas, bancos, praças públicas, ruas, etc.).⁴³

Neste sentido, o site da Época-Negócios informa que Londres é a terceira cidade mais vigiada do mundo; dentre as Top 10, 9 são chinesas, sendo que Pequim ocupa a 5ª posição. A capital da China, país do sistema de Crédito Social, tem menos câmeras de vigilância, em proporção à população, do que a cidade europeia: são 1,15 milhão de câmeras para uma população de 20 milhões em Pequim (56,20 câmeras/1.000 habitantes), contra 627.727 câmeras para uma população de 9,3 milhões em Londres (67,47 câmeras/1.000 habitantes).⁴⁴

Mesmo no que tange a mobilidade individual, os sinais de vigilância são expressivos, desde os sistemas de escaneamentos de passaportes em fronteiras internacionais; monitoramento visual/mecânico de rodovias federais, estaduais e locais; inspeções de órgãos de segurança pública com

⁴² Como quer Scott McNealy, CEO da Sun Microsystems, no texto *Private Lives? Not ours!* In https://www.pcworld.com/article/16331/private_lives_not_ours.html, acesso em 23/05/2022. Há também ótima crítica a estes tempos de VATTIMO, Gianni. *La società trasparente*. Roma: Garzanti, 2000.

⁴³ Veja-se como alguns jornais divulgam estes temas, sublinhando somente aspectos positivos: *Com essas soluções é possível que sejam criados eventos de alerta e realizadas análises forenses no vídeo, reduzindo o tempo necessário para a realização de uma investigação, permitindo a notificação automática ou a realização de buscas com filtros para identificação de indivíduos e veículos, como filtros de cor de vestuário, acessórios como bolsas e mochilas, tamanho do objeto, sentido do deslocamento, placa de veículo, marca, modelo entre outras informações. Entre as principais tecnologias utilizadas no monitoramento urbano podemos citar o reconhecimento facial (FR), as tecnologias de leitura de placas de veículos (LPR) e as soluções de detecção e classificação de áudio.* In Jornal Diário do Comércio, edição de 05/10/2022, acesso pelo site: <https://diariodocomercio.com.br/opiniao/videomonitoramento-para-cidades-seguras/>, em 02/05/2023.

⁴⁴ Conforme informações do site <https://epocanegocios.globo.com/colunas/IAgora/noticia/2021/02/surpreendentemente-londres-tem-mais-cameras-de-vigilancia-do-que-pequim.html>, acesso em 14/03/2023.

procedimentos eletrônicos de gravação de imagens e sons, de pessoas e fatos, inclusive com mecanismos de mapeamento e reconhecimento facial.

Talvez a mais significativa expansão da vigilância nestes tempos tem sido na área de *dados*, pois tanto Estado como Mercado rotineiramente requerem, com base em leis e novos costumes, inúmeras informações de pessoas físicas e jurídicas na constância de atos, fatos e negócios.⁴⁵ Estes dados, para completar a complexidade da matéria, são armazenados em nuvem e em *bits*, ou seja, em espaço virtual, sem necessária referência física correspondente, trazendo maiores dificuldades de controle e responsabilização direta. Daí porque é possível afirmarmos o seguinte: na era dos Impérios modernos, Europa e Estados Unidos controlavam territórios e acumulavam ouro. Hoje, a superclasse (o clube dos cinco) que domina a tecnologia controla o ouro de nossa era: *os dados*. Quanto mais eles têm, mais poder eles concentram.⁴⁶

Pensemos rapidamente nos dados que circulam nas nuvens e em redes virtuais – públicas e privadas – envolvendo interesses de extrema importância para múltiplos atores, como departamentos governamentais, órgãos de segurança e polícia, fazenda pública, proteção de crédito, engenharia de tráfico urbano, dentre tantos outros.

O mercado já se empoderou destes campos igualmente, pois empresas do setor de tecnologia estão há muito tempo desenvolvendo ferramentas para cartões

⁴⁵ Ver o texto de CLARKE, Roger. *Information Technology and Dataveillance*. In Communications of the ACM, Volume 31, 5 May 1988, pp 498–512, <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/42411.42413>, acesso em 23/03/2023. Lembra o autor que no Reino Unido, para fins de solicitação de determinadas isenções tributárias, os interessados precisam registrar no site do governo várias informações de caráter personalíssimo, incluindo os de sua família, suas relações, empregos, e mesmo recentes viagens nacionais e internacionais (para estrangeiros), e tais informações podem ser compartilhadas entre as agências de governo. A despeito de tais dados serem regulados por normas específicas, em várias circunstâncias elas podem ser intercambiadas pelos agentes governamentais sem expresso consentimento ou conhecimento daquelas pessoas.

⁴⁶ Conforme o argumento de ZUAZO, Natalia. *Los Dueños de Internet*. Op. cit., p.16. Ver também o texto de MEYROWITZ, Joshua. *Oltre il senso del luogo: come i media elettronici influenzano il comportamento sociale*. Bologna: Baskerville, 2012, p.41 e seguintes.

eletrônicos de identificação de pessoas físicas e jurídicas, portando inúmeros dados privados, vendendo produtos e serviços a governos os mais distintos. Tanto que, nas décadas de 1980 e 1990, a empresa *Modex Corporation*, do Reino Unido, fez várias experiências para uso comercial com cartões de dados pessoais que serviam para múltiplas funções, mas nenhuma foi bem sucedida, sendo mais tarde vendida a Hong-Kong.⁴⁷ Podemos também citar a *Control Data Systems*, que obteve o contrato para criar e gerir o cartão de identificação THAI⁴⁸, assim como a *Unisys* contribuiu para o desenvolvimento do cartão MYKAD MALAIO⁴⁹, enquanto que a *Oracle Corporation* ofereceu-se, após o 11/9, para fornecer software a custo zero para o sistema nacional de identificação de pessoas dos EUA.⁵⁰ Todas estas iniciativas implicam o acesso e gestão a bilhões de dados e informações de pessoas físicas e jurídicas, pouca transparência e prestação de contas em termos dos usos a que se destinaram.

No Brasil, instituições privadas, como o serviço de proteção ao crédito – SPC, que faz parte do sistema da Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas, assim como o SERASA, empresa privada que se ocupa de realizar análises para tomada de decisões sobre crédito no mercado, e o cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – CADIN, em nome da segurança do mercado, possuem bancos de dados de milhões de pessoas físicas e jurídicas, muito pouco controladas em termos históricos.

Com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (nº13.709/2018) - LGPD, os serviços de proteção a crédito somente poderão usar informações fornecidas pelas empresas que efetuarem registro do inadimplemento do consumidor,

⁴⁷ Ver maiores informações no site: <https://www.modex.tech>, acesso em 04/01/2023.

⁴⁸ Ver o site: <https://www.cdg.co.th/website/en/about-cdg/affiliates-of-cdg/control-data-thailand-ltd/>, acesso em 04/01/2023.

⁴⁹ Ver a matéria no site: <https://www.secureidnews.com/news-item/mykad-malaysia-leverages-unisys-expertise-to-roll-out-smart-cards-to-24-million-citizens/>, acesso em 04/01/2023.

⁵⁰ Algumas informações estão no site corporativo da empresa: <https://www.oracle.com/br/corporate/>, acesso em 04/01/2023.

podendo dispor tão somente dados relacionadas ao contrato ou transação não cumpridos. E mais, encontra-se tramitando no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº4374/2020, demarcando regras para o uso e compartilhamento daqueles dados, observando em grande monta os dispositivos da LGPD.⁵¹

Os trabalhos de David Lyon, dentre outros, tem nos mostrado os delicados problemas decorrentes do que estamos assistindo, em especial os que dizem com os temas da privacidade e intimidade de pessoas físicas e jurídicas, nos fazendo perguntar a todo o tempo quais são as consequências políticas, econômicas e socioculturais da crescente vigilância sobre a sociedade contemporânea, mesmo em nome da segurança pública.⁵² Em verdade, temos que esta vigilância tem ajudado poderes políticos a conservarem as próprias posições de privilégio, ao mesmo tempo em que impulsionam convulsivamente interesses de grandes mercados físicos e digitais que, observando os hábitos de consumidores no mundo todo, criam demandas induzidas e por vezes artificiais que passam a comandar – direta e indiretamente – segmentos importantes das vidas das pessoas.

Ou seja, as culturas de vigilância se apresentam como formas cruciais de ver e estar no ambiente digital, inseparáveis dos chamados dados que fluem de milhões de máquinas a cada momento, e do esforço global ganancioso para transformá-los em valor. Entretanto, o que as pessoas percebem, modo geral, são aspectos positivos do poder extraordinário que a internet tem de mantê-las

⁵¹ Este Projeto de Lei provoca alterações em outra legislação nacional complicada que é a Lei do Cadastro Positivo -LCP (nº12.414/2011), pois permite que serviços de proteção de crédito forneçam livremente dados que possuem de consumidores, determinando que elas passem a manter sigilo sobre informações atinentes ao cadastrado (endereços residenciais e comerciais, telefones, correio eletrônico, e outros que possam ser utilizados por políticas de telemarketing). Ver este Projeto de Lei no site do Congresso Nacional: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261130>, acesso em 29/03/2023. O projeto segue tramitando nesta data.

⁵² Vale a pena a leitura dos textos de David Lyon sobre: (i) *Surveillance as social sorting – privacy, risk, and digital discrimination*. New York: Routledge, 2003; (ii) *Theorizing surveillance – the panopticon and beyond*. Portland: Willan Publishing, 2006.

conectadas, de proporcionar entretenimento e bens, de atualizá-las, tranquilizá-las e informá-las continuamente. Nas palavras de David Lyon:

[...] la sorveglianza è una realtà quotidiana che non proviene solo dall'esterno, ma alla quale partecipiamo dall'interno in molti contesti. Talvolta la adottiamo in quanto strumento per ottenere maggiore sicurezza o convenienza, altre volte la mettiamo in discussione o le opponiamo resistenza ritenendola inappropriata o eccessiva, altre ancora la trattiamo come una possibilità gradevole o rassicurante, offerta dai sistemi o dai dispositivi, per osservare o monitorare gli altri e noi stessi come mai prima.⁵³

Para além disto, tais fenômenos não podem mais ser tomados como patológicos ou passíveis de serem extirpados da experiência humana – o mal passível de extinção -, devendo nossa perspectiva cambiar de direção para os fins de passar da condição panóptica de reféns do irremediável para performances e papeis de protagonismos inovadores que interagem de forma mais autônoma e emancipada com sistemas de vigilância incorporados em estruturas e relações de poder e intersubjetivas as mais diversas.

Desde as revelações de Snowden, evidenciando as espionagens de vários governos na vida de cidadãos por meios eletrônicos e secretos, em nome da segurança pública, há registros de que muitas pessoas tem revisto suas conectividades com redes sociais, e neste sentido nos informa Lyon que, nos Estados Unidos, trinta e quatro por cento das pessoas cientes dos programas de vigilância do governo (mais ou menos trinta por cento de todos os adultos) tomaram medidas para ocultar ou proteger suas informações, tais como: alterando as configurações de privacidade, usando ferramentas de comunicação

⁵³ LYON, David. *La cultura della sorveglianza*. Op. cit., p.43. Questiona ainda o autor até que ponto consumidores e cidadãos analisam adequadamente seus papeis nestes sistemas de vigilância na Democracia (p.52).

exceto mídias sociais, ou evitando certos aplicativos. Porcentagem um pouco menor (25%) mudou o uso do telefone, e-mail ou mecanismos de busca.⁵⁴

4. Considerações Finais

Concordamos plenamente com Lyon sobre a tese de que a vigilância não é mais apenas algo externo que afeta nossas vidas e a própria Democracia. É também algo a que os cidadãos comuns exercitam – voluntária e conscientemente (ou não) -; que negociam, que também resistem, mas dela participam e desejam. Seja conformando-se como aspecto institucionalizado da modernidade, ou de um modo tecnológico de disciplina social, a vigilância se internaliza em nosso cotidiano de múltiplas maneiras, permeando reflexões cotidianas sobre a realidade e o repertório de hábitos e costumes corriqueiros.⁵⁵

A partir do foco deste trabalho poderíamos perguntar com Robert Castel: o que é estar protegido/seguro?⁵⁶ Para o autor estar seguro não diz com a possibilidade de poder dominar perfeitamente todos os riscos existentes em nosso cotidiano – o que é impossível -, mas viver rodeado de sistemas que oferecem segurança, e que são ao mesmo tempo mecanismos complexos e frágeis, que levam consigo possibilidades de falhar em seus objetivos, frustrando ainda mais expectativas que geraram; estar protegido/seguro, pois, implica, ao mesmo tempo, estar ameaçado.

A sensação de insegurança não é sempre e exatamente proporcional aos perigos reais que ameaçam a sociedade; por vezes é o efeito da falta de correspondência

⁵⁴ LYON, David. *La cultura della sorveglianza*. Op. cit., p.71. Estamos fazendo referência ao escândalo do *Datagate*, em que Edward Snowden revela detalhes de programas de vigilância global da NSA norte americana, notadamente através do programa PRISM, expondo políticas de invasão de privacidade do governo sem controle político ou social, tudo em nome da segurança contra o terrorismo. Ver a interessante matéria publicada no *The Guardian*, no site <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>, acesso em 12/04/2023.

⁵⁵ LYON, David. *La cultura della sorveglianza*. Op.cit., p.56.

⁵⁶ CASTEL, Robert. *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial, 2013, p.12.

entre uma expectativa socialmente construída de proteções e as capacidades efetivas desta mesma sociedade para pô-las em funcionamento. Por isto os programas de segurança pública, modo geral, tem dificuldades de se fazerem cumprir de forma absoluta, necessitando lidar constantemente com o fato da produção de decepções em face da quebra de expectativas, e isto deve estar presente nas estratégias e políticas de ação/reação das instituições responsáveis, nomeadamente porque, quando se consegue solver determinados riscos e perigos desta natureza, outros surgem, numa espiral infinita movida pelas próprias relações humanas.⁵⁷

Ganha relevo aqui o argumento de Ulrich Beck, ao defender que a história moderna da civilização global está definitivamente marcada pela incerteza e insegurança enquanto horizonte insuperável da existência humana, constituindo vasto campo de riscos e transformando a terra num acento ejetável.⁵⁸

Decorrência direta destes cenários é o aumento da vigilância como forma de aprimorar a evitação e a responsabilização de direitos e garantias fundamentais das pessoas, inclusive atinentes à segurança pública, o que evoca de igual sorte aspectos relativos à privacidade, anonimato, confidencialidade e intimidade de cada qual, e isto porque os recursos tecnológicos e cibernéticos disponíveis para tanto – como vimos -, são imensos, propiciando ações de monitoramento e investigação através de câmeras de vídeos dispersas em todos os locais, interceptações ambientais e localizadas de comunicações telefônicas e telemáticas, uso de drones altamente sofisticados, alguns sequer operados por humanos, mas programados para agirem sozinhos, coletando significativo

⁵⁷ Castel destaca que, na mesma medida em que o homem moderno deseja a liberdade, e que o Estado ou outrem não interfira na sua vida, de igual sorte reclama políticas de segurança para fruir desta liberdade, gerando o que chama de paradoxos de coexistência de direitos, deveres e expectativas. Idem, p.32.

⁵⁸ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 2008, p.27.

volume de dados e informações que ficam a mercê de instituições públicas e privadas ligadas a segurança pública.⁵⁹

Em Portugal, desde 1918, o bilhete de identidade (documento de identificação civil dos cidadãos portugueses), depois substituído pelo documento de cidadania, contém inúmeras informações pessoais e sensíveis que são coletadas pelo governo, e cuja utilização pelos poderes instituídos é pouco conhecida. Como este documento cria e agiliza várias facilidades burocráticas às pessoas (dispensas de autorizações, de instâncias deliberativas excessivas, demoras para o atendimento de demandas), elas não apresentam, modo geral, reivindicações informativas sobre eventuais outras destinações que são dadas (delimitações de perfis de segurança, consumo, econômicos, culturais, dentre outros).⁶⁰

De outro lado, várias infraestruturas de vigilância geram consequências que agravam desigualdades sociais até por sua seletividade a partir de premissa equivocada que é o medo do outro.⁶¹ E pelo fato deste outro ser um vizinho, transeunte, vadio, negro, sem teto, *qualquer estranho*, todos passam a ser suspeitos de portar o perigo, ameaças flutuantes vivas, difusas e incontroladas,

⁵⁹ Catarina Freis nos informa que cada vez mais há preocupações por parte de órgãos públicos e privados em implementar instrumentos que possibilitem antecipar e detectar comportamentos considerados perigosos com vista a permitir ações mais rápidas e eficazes no seu combate e eliminação, utilizando acesso a dados de cartões de identificação biométrica, recolhimento de dados genéticos, dentre outros. FREIS, Catarina (org.). *A Sociedade Vigilante*. Lisboa: ICS, 2008, p.29.

⁶⁰ Idem, p.117. Nos EUA há também a identidade eletrônica (*real id*, provado pelo Congresso dos Estados Unidos em 2005, determinando novos parâmetros de emissão para documentos de identidade), acesso pelo site: <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/418>, em 04/01/2023. Hong-Kong, desde junho de 2003, conta com programas de identificação de cidadãos pela via eletrônica, com cartões com chips que guardam duas impressões digitais do polegar para todos os residentes a partir dos 11 anos de idade. No Japão foi criado o sistema *juki-net*, em 2002, constituindo registro eletrônico nacional do cidadão, coletando vários dados pessoais, e em todos estes casos informações sobre os usos e gestão destes dados são pouco transparentes.

⁶¹ MONAHAN, Torin. *Surveillance in the time of insecurity*. London: Rutgers University Press, 2019, p.49. Diz o autor que, construídas com a ideia de instalar ilhas de ordem num mar de caos, as cidades tem se transformado nas fontes mais profundas de desordem, exigindo muralhas, torres de vigilância, visíveis ou invisíveis.

condensadas e acumuladas num conjunto de suspeitos habituais.⁶² Daí porque as cidadelas de segurança urbana transformarem-se em estufas ou incubadoras de perigos reais e artificiais, endêmicos ou planejados.

Enfim, temos de ter consciência que o avanço das tecnologias de segurança pública, nomeadamente as baseadas na vigilância ativa (captação de dados, informações e imagens por demanda) e passiva (captação de dados, informações e imagens quotidianas), não vão resolver o que anos de formação moral e elaboração de códigos de ética não conseguiram fazer em termos de moldar comportamentos e consciências.

Mesmo assim os Estados e Governos atuais, fomentados pela lógica do medo e da evitação de riscos e perigos que ameaçam constantemente certa ordem/segurança estabelecida, têm investido muito em programas e políticas de controle invasivo de pessoas físicas e jurídicas, basta vermos a recente experiência francesa com o projeto de banco digital de dados da policia chamado EDVIGE, que coleta registros sistemáticos e generalizados de pessoas a partir de 13 anos, alargando o campo *a todo o individuo suscetível de causar perturbação a ordem pública (militantes sindicais, políticos, religiosos)*.⁶³

⁶² Ou seja, para nos protegermos do perigo - e de sermos classificados como perigo - temos investido numa densa rede de medidas de vigilância, seleção, segregação e exclusão, e por isto, como quer Baumann: *temos de identificar os inimigos da segurança para não sermos incluídos entre eles; precisamos acusar para sermos absolvidos, excluir para evitarmos nossa exclusão. Eis o mundo distópico que extrapola as tendências mais capazes de gerar ansiedades e mais socialmente destrutivas para demonstrar como logo seremos enclausurados num cenário patético e punitivo.* BAUMANN, Zigmunt. *Vigilância Líquida*. Op.cit.,101.

⁶³ O jornal Métro, edição de 29/09/2008, já advertia que: *En France, un nouveau projet de loi qui vise à créer une base de données centrale pour la police sème la controverse. Plusieurs organisations françaises de défense des libertés civiles s'inquiètent que la base de données appelée Edvige contiennent trop de renseignements confidentiels sur les personnes suspectées par la police.* Acesso pelo site: <https://journalmetro.com/societe/techno/44699/la-base-de-donnees-edvige-seme-la-controverse-en-france/>, em 04/01/2023. Ver também o excelente artigo de SALLE, Grégory. *Du fichier Edvige aux sociétés de contrôle*. In *Savoir/Agir*, n°6, 2008/4, pp.127/133, acesso pelo site <https://www.cairn.info/revue-savoir-agir-2008-4-page-127.htm>, em 04/01/2023.

Nos EUA desde há muito o Pentágono desenvolve projetos e ferramentas de vigilância eletrônica envolvendo inúmeras atividades quotidianas da vida dos cidadãos, passando por e-mails, compras e reservas de passagens on-line, sistemas de caixa eletrônico, redes de telefonia celular, sistemas de pagamento eletrônico de pedágio, dentre outros, até a constituição do programa chamado *Total Information Awareness*, ou TIA (Consciência de Informação Total), através de sua Agência de Projetos Avançados de Pesquisa em Defesa – DARPA, conectando distintos computadores de diferentes proprietários, propiciando a conexão entre fontes eletrônicas diferentes, como as imagens de vídeo registradas por câmeras de vigilância instaladas em aeroportos, transações realizadas com cartões de crédito, reservas de passagens aéreas e registros de telefonemas, sob o argumento de que este software ficaria constantemente a procura de padrões de comportamentos suspeitos potencialmente ameaçadores da segurança pública em geral.⁶⁴

Mesmo no Brasil, a Comissão de Segurança Pública, da Câmara dos Deputados, aprovou recentemente (maio de 2022) o Projeto de Lei nº1392/21⁶⁵, que facilita o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, criado para ajudar a identificar pessoas que tenham cometido crimes, dispensando a autorização do juiz para tanto, o que representa retrocesso em termos de segurança destes dados já que a Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado (nº12.037/2009, §11, do art.7º), determinava que tal procedimento devesse ser requerido ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados.

A proteção da privacidade tem sido uma das respostas adotadas por muitos países e entidades internacionais para lidar com as ameaças provenientes das

⁶⁴ O TIA é administrado pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa (*Defense Advanced Research Projects Agency-DARPA*), um ramo do Departamento de Defesa que trabalha com pesquisa militar. Ver maiores informações no site: <https://www.aclu.org/other/qa-pentagons-total-information-awareness-program>, acesso em 14/03/2023.

⁶⁵ Este Projeto está na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, conforme informação do site: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2278009>, acesso em 04/01/2023.

atividades dos setores público e privado que processam dados de pessoas físicas e jurídicas. Neste sentido a Diretiva de proteção de dados da União Europeia de nº95/46/EC tratou de indicar a necessidade de adoção de princípios gerais para a proteção destes dados, dentre os quais: identificar os objetivos para os quais a informação é processada antes ou no momento da recolha; recolher a informação pessoal com o conhecimento e consentimento do indivíduo; limitar a recolha aquilo que é necessário para alcançar os objetivos demarcados; não divulgar ou utilizar as informações para outros fins; reter a informação apenas enquanto for necessária; proteger a informação com as garantias de segurança apropriadas; não manter sistema de informação secreta; permitir acesso dos indivíduos as suas informações coletadas.⁶⁶

Na mesma direção tem sido criadas soluções tecnológicas de reforço à privacidade, conhecidas como *Privacy Enhancing Technologies – PETs*, que visam limitar a coleta de dados proporcionando o anonimato e reduzindo o potencial de vigilância da própria tecnologia.⁶⁷

Paralelo a tais medidas, revela-se curial a realização permanente de pesquisas científicas empíricas para subsidiar a formulação e avaliação de políticas públicas de segurança, aliás, como sugeria antigo projeto do governo federal de desmembrar o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, para criar o Instituto Nacional de Estudos sobre Segurança Pública-INESP, restando

⁶⁶ Ver o documento no site: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>, acesso em 04/01/2023.

⁶⁷ Neste ponto Dilmegani lembra que: *Embora a legislação de privacidade de dados, como GDPR na EU, e CCPA na Califórnia, seja destinada a evitar violações de privacidade, a privacidade do consumidor é frequentemente invadida por hackers, empresas e governos. Os vazamentos de dados aumentam à medida que as empresas compartilham os dados dos consumidores com empresas terceirizadas para obter insights, melhorar seus serviços ou monetizar seus ativos de dados. As tecnologias de aprimoramento da privacidade (PETs) permitem que as empresas aproveitem a crescente quantidade de dados, garantindo que as informações pessoais ou confidenciais permaneçam privadas.* DILMEGANI, Cem. *Top 10 Privacy Enhancing Technologies & Use Cases in 2023*, in <https://research.aimultiple.com/privacy-enhancing-technologies/>, acesso em 04/01/2023.

arquivado, todavia.⁶⁸ Mas temos o Instituto de Segurança Pública-ISP, do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei Estadual nº3.329/1999, como autarquia, como exemplo, tendo como escopo produzir informações e disseminar pesquisas e análises com vistas a subsidiar a implementação de políticas públicas de segurança e assegurar a participação social na construção dessas políticas.⁶⁹

Enfim, o equilíbrio entre políticas de segurança pública e proteção de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, é desafio constante à Sociedade, Estado e Mercado.

5. Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Signatura Rerum*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

ALLEN, Gregory C. *Understanding China's AI Strategy: Clues to Chinese Strategic Thinking on Artificial Intelligence and National Security*. In Center for a New American Security. Washington, fev. 2019. Disponível em: <https://www.cnas.org/publications/reports/understanding-chinas-ai-strategy>, acesso em 04/04/2023.

ARENDDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. *The internet of things: a survey*. Computer Networks, 2010, acesso pelo site: https://www.researchgate.net/publication/222571757_The_Internet_of_Things_A_Survey, em 19/04/2023.

BARBER, Benjamin. *L'impero della paura*. Torino: Einaudi, 2004.

BAUMANN, Zygmunt. *Medo Líquido*. São Paulo: Zahar, 2018.

⁶⁸ Veja a notícia no site: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/02/politica/1527891885_831828.html, acesso em 02/05/2023.

⁶⁹ Ver o site do ISP: <https://www.isp.rj.gov.br>, acesso em 05/04/2023.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 2008.

BENIGNO, Francesco e SCUCCIMARRA, Luca. *Il governo dell'emergenza – poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*. Roma: Viella, 2011.

BERNERS-LEE, Tim. *Tejiendo la Red*. Madrid: Siglo Veinteuno, 2000.

BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web: the original design and ultimate destiny of the world wide web*. New York: Harper Business, 2000.

BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano e VECA, Salvatore. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Riuniti, 1984.

BUDELLI, Simone. *La società del rischio e il governo dell'emergenza*. In Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, Fascicolo 2/2019, acceso pelo site: <https://www.ambientediritto.it/dottrina/la-societa-del-rischio-e-il-governo-dellemergenza-le-ordinanze-extra-ordinem/>, em 08/02/2023.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial, 2013.

CERI, Paolo. *La Società Vulnerabile – Quale sicurezza, quale libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2003.

CLARKE, Roger. *Information Technology and Dataveillance*. In Communications of the ACM, Volume 31, 5 May 1988, pp 498–512, <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/42411.42413>, acceso em 23/03/2023.

COLE, David. *Enemy Aliens – double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*. New York: The new press, 2003.

D'AGOSTINI, Franca e FERRERA, Maurizio. *Le verità del potere – Sei diritto aleatici*. Roma: Einaudi, 2019.

D'ENTRÉVES, Alexandre Passerin. *The notion of State: an introduction to political theory*. New York: Oxford University Press, 2001.

DOMINICI, Piero. *La società dell'irresponsabilità*. Milano: Franco Angeli, 2015.

DYER, Joel. *The Perpetual Prisoner Machine: how America profits from crime*. Boulder, CO: Westview, 2000.

FELICE, Emanuele. *Dubai – L'ultima utopia*. Roma: Il Mulino, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Roma: Laterza, 2013.

FREIS, Catarina (org.). *A Sociedade Vigilante*. Lisboa: ICS, 2008.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*. Barcelona: Herder, 2014.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/02/politica/1527891885_831828.html, acesso em 02/05/2023.

<https://diariodocomercio.com.br/opiniaovideomonitoramento-para-cidades-seguras/>, em 02/05/2023.

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other-guidance/statement-processing-personal-data-context-covid-19_en, acesso 18/01/2023.

<https://epocanegocios.globo.com/colunas/IAgora/noticia/2021/02/surpreendente-mente-londres-tem-mais-cameras-de-vigilancia-do-que-pequim.html>, acesso em 14/03/2023.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>, acesso em 04/01/2023.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/19/entenda-o-que-e-o-pegasus-software-de-espionagem-que-teria-sido-usado-para-invadir-smartphones-de-milhares-de-pessoas.ghtml>, acesso em 25/04/2023.

<https://journalmetro.com/societe/techno/44699/la-base-de-donnees-edvige-seme-la-controverse-en-france/>, em 04/01/2023.

<https://research.aimultiple.com/privacy-enhancing-technologies/>, acesso em 04/01/2023.

<https://www.aclu.org/other/qa-pentagons-total-information-awareness-program>, acesso em 14/03/2023.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=261130>, acesso em 29/03/2023.

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2278009>, acesso 04/01/2023.

<https://www.cdg.co.th/website/en/about-cdg/affiliates-of-cdg/control-data-thailand-ltd/>, acesso em 04/01/2023.

<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/#:~:text=O%20vazamento%20da%20Cambridge%20Analytica,influenciar%20os%20eleitores%20durante%20uma>, acesso em 02/05/2023.

<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/gripe-espanhola.htm>, acesso em 22/02/2023.

<https://www.isp.rj.gov.br>, acesso em 05/04/2023.

<https://www.modex.tech>, acesso em 04/01/2023.

<https://www.oracle.com/br/corporate/>, acesso em 04/01/2023.

<https://www.secureidnews.com/news-item/mykad-malaysia-leverages-unisys-expertise-to-roll-out-smart-cards-to-24-million-citizens/>, acesso em 04/01/2023.

<https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/4>, acesso em 12/04/2023.

KUKSO, Federico. *Una historia de control*. In El Atlas de la revolución digital – del sueño libertario al capitalismo de vigilancia. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2019.

LANIER, Jaron. *Sell your data to save the economy and your future*. In BBC News, 27/05/2013.

LEAL, Rogério Gesta. *Déficits democráticos na sociedade de risos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

LUCARELLI, Alberto. *Populismi e rappresentanza politica*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020.

LYON, David. *La cultura della sorveglianza*. Roma: Luiss University Press, 2020.

LYON, David. *Surveillance as social sorting - privacy, risk, and digital discrimination*. New York: Routledge, 2003.

LYON, David. *Theorizing surveillance - the panopticon and beyond*. Portland: Willan Publishing, 2006.

McCHESNEY, Robert W. *Digital Disconnect: how capitalism is turning the internet against Democracy*. New York: New York, 2013.

McNEALY, Scott. *Private Lives? Not ours!* Em https://www.pcworld.com/article/16331/private_lives_not_ours.html, acesso em 23/05/2022.

MEYROWITZ, Joshua. *Oltre il senso del luogo: come i media elettronici influenzano il comportamento sociale*. Bologna: Baskerville, 2012.

MILLS, Wright. *The power elite*. New York: Oxford University Press, 2000.

MONAHAN, Torin. *Surveillance in the time of insecurity*. London: Rutgers University Press, 2019.

MONGARDINI, Carlo. *Le dimensioni sociali della paura*. Milano: Franco Angeli, 2010.

MOROZOV, Evgeny. *The net delusion: the dark side of internet freedom*. New York: Public Affairs, 2019.

NUSSBAUM, Martha C. *La monarchia della paura – considerazioni sulla crisi politica attuale*. Bologna: Il Mulino, 2020.

SALLE, Grégory. *Du fichier Edvige aux sociétés de contrôle*. In *Savoir/Agir*, n°6, 2008/4, pp.127/133, acesso pelo site <https://www.cairn.info/revue-savoir-agir-2008-4-page-127.htm>, em 04/01/2023.

SOREL, Georges. *Reflections on violence*. New York: Dover Publications, 2004.

STAMMATI, Sergio. *Il costituzionalismo nell'età dell'incertezza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2022.

STERPA, Alessandro. *La libertà dalla paura – una lettura costituzionale della sicurezza*. Roma: Editoriale Scientifica, 2019.

TODOROV, Tzvetan. *Diante do Extremo*. São Paulo: Unesp Digital, 2017.

VATTIMO, Gianni. *La società trasparente*. Roma: Garzanti, 2000.

VERHOEVEN, Charles Leben. *Le principe de précaution – aspects de droit international et communautaire*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2022.

WALZER, Michael. *La libertà e i suoi nemici nell'età della guerra al terrorismo*. Roma/Bari: Laterza, 2010.

ZOLO, Danilo. *Sula paura – fragilità, aggressività, potere*. Milano: Feltrinelli Editore, 2011.

ZUAZO, Natalia. *Los Dueños de Internet*. Buenos Aires: EpubLibre, 2018.

ZUKERFELD, Mariano. *Knowledge in the age of digital capitalism – an introduction to cognitive materialism*. London: Westminster University Press, 2017.

NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA EN MATERIA DE CIBERCRIMINALIDAD Y SU ADAPTACIÓN AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Inmaculada Valeije Álvarez¹

0. Introducción

En mi ponencia, muy brevemente u esquemáticamente, serán abordadas algunas cuestiones que son apuntadas en las páginas que siguen.

1. Factores explicativos de la cifra negra en materia de cibercriminalidad

En el último informe SOCTA (Organised Crime Threat Assessment) elaborado por EUROPOL puede leerse que la amenaza de los *ciberataques* ha aumentado en los últimos años, no sólo en cuanto al número de ataques denunciados, sino también en cuanto a la sofisticación de los mismos. El rápido avance de la digitalización de la sociedad y la economía crea constantemente nuevas oportunidades para los delincuentes implicados en los ciberataques². Y la aparición y disponibilidad de servicios de ciberdelincuencia en línea, como parte de un modelo de negocio de delincuencia organizada como servicio, hace que la

¹ Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela (USC). Email: inma.valeije@usc.es.

² Vid. Prioridades para la lucha de la delincuencia grave: <https://www.europol.europa.eu/crime-areasand-statistics/empact>.

ciberdelincuencia sea más accesible al disminuir los conocimientos tecnológicos necesarios para llevar a cabo estos delitos.

Sin embargo, el Informe SOCTA también apunta a que es probable que la delincuencia del ciberespacio no se denuncie lo suficiente

Los Factores explicativos de la cifra negra en materia de cibercriminalidad, son esbozados por el autor Miro Llinares, porque, en su opinión, presenta unas características que dificultan los procesos judiciales aun cuando haya existido denuncia³:

- a) *Anonimato en la red.* Aunque el ciberdelito es cometido por alguien en concreto, en Internet solo se muestra una representación virtual del autor (la dirección IP) que puede ser concretada, pero a la que después hay que atribuir la concreta persona física que está detrás de la acción; y esto exige, primero, la colaboración de las empresas proveedoras de servicios y, después, la investigación del titular del sistema informático desde el que se ha realizado el ataque y la concreción, de entre todos los usuarios del mismo, del que en particular lo ha ejecutado.
- b) *Transnacionalidad del delito* debido a la inexistencia de fronteras o distancias, ni aparentes ni reales, en un ámbito digital de interacción social que no pertenece a ningún Estado nacional concreto, pero que, a la vez, permite el acceso a sus servicios desde cualquiera de ellos. En este contexto, los procesos para la identificación del autor del delito (o autores ya que proliferan las organizaciones criminales en red) requieren de la colaboración de otros Estados.

³ MIRÓ LLINARES, F.: Delincuencia asociada al ámbito de las Tic. http://cv.uoc.edu/annotation/49e137c73e26ddcd8cd71e5e8e4b66cd/803643/PID_00195946/PID_001_95946.html. Del mismo autor: MIRÓ LLINARES, F.: *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Marcial Pons. Madrid 2012.

c) *Falta de denuncia de la víctima del cibercrimen.* Las razones son diversas y, la ausencia de denuncias no es idéntica para todas y cada una de las tipologías de delitos:

c.1. *Conducta criminal inadvertida:* en muchas ocasiones la conducta criminal pasa directamente inadvertida, de modo que no es denunciada, aunque haya sido consumada e incluso se hayan logrado los efectos criminales con la misma. Esto puede ocurrir con otros delitos cometidos en el espacio físico, pero de forma muy excepcional, dado que en él la visualidad de los efectos y consecuencias de las acciones es mayor.

Así puede ocurrir, por ejemplo, con las infecciones de virus maliciosos que produzcan daños en los sistemas informáticos, también con injurias y calumnias colgadas en sitios web y que sean percibidas por otros sujetos pero no por la víctima de las mismas, pero especialmente sucederá en el caso del hacking o acceso informático ilícito, conducta consistente en la mera intromisión en el sistema informático ajeno, y que en muchos casos, prácticamente en la mayoría, no será percibida por el titular del sistema. En ocasiones, el intento de descubrir la comisión de fraudes informáticos puede implicar enormes costes debido a las comprobaciones minuciosas, etc., que pueden suponer mayores pérdidas que el propio perjuicio causado.

c.2. *Percepción tardía del ataque.* En otros casos lo que sucede es que la víctima sí se percibe del ataque pero lo hace tarde, cuando el delito ha prescrito o cuando ya valora como absurdo el presentar demanda judicial dado que habrá pocas posibilidades de que la policía vaya a identificar, detener y procesar a los delincuentes (o recuperar las cantidades defraudadas como acontece en el caso de las estafas informáticas, dado que puede suceder que la víctima se aperciba de que le falta dinero en su cuenta o de que le han imputado un gasto que no es propio después de que suceda. También sucede con el hacking en aquellos casos en los que la víctima lo perciba, pues es prácticamente imposible que esta

conducta delictiva sea visualizada por la víctima en el mismo momento en que acontece, con las infecciones de virus con resultado de daños, que a veces son percibidas por el sujeto, pero no en otros casos, teniendo en cuenta, además, que el efecto del virus puede tener lugar en un determinado momento, pero la infección puede haberse producido en otro muy anterior.

c.3. *Falta de percepción como conducta delictiva.* Otro factor a tener en cuenta como motivo de la cifra negra de la cibercriminalidad es que la propia víctima, que sí se percibe del ciberataque, ni siquiera valora el mismo como una conducta delictiva, por lo que no procede a denunciarlo. Esto ocurre especialmente en el caso de las infecciones de virus, de las que muchos desconocen que generalmente podría ser constitutiva de delito conforme a nuestro Código penal; pero también ocurre con gran parte del envío de spam que contiene mensajes de scam o phishing, que puede ser considerado como tentativa de estafa en algunos casos si no es utilización ilícita fraudulenta de la imagen de una empresa o estafa punible en el caso de que se cree una web para el pharming y aunque no haya pérdida patrimonial; desde luego sucede con el hacking o acceso informático ilícito que todavía no tiene la valoración social de comportamiento delictivo; e incluso puede ocurrir con los pequeños fraudes, con aquellos que producen una pérdida patrimonial tan ínfima para la víctima que puede pensar que ni siquiera resultan delictivos.

c.4. *Dudas sobre la colaboración entre los Estados en materia de cibercrimen:* No es lo mismo solicitar la extradición de una persona concreta por la comisión de un determinado delito, que solicitar a un Estado extranjero que investigue quién puede ser el sujeto que se halla detrás de una concreta IP, que presuntamente puede haber perpetrado una infracción penal.

c.5. *Falta de confianza en la justicia.* En otras ocasiones la razón de la denuncia es precisamente la falta de confianza en las autoridades judiciales para la averiguación de los hechos, generalmente por la convicción de la dificultad que conllevará la identificación de los responsables. Esto ocurriría especialmente en los cibercrímenes económicos, particularmente en aquellos en los que las pérdidas no sean dramáticas, y en los que la víctima preferirá la pérdida al propio gasto judicial debido a las dudas que le plantea el éxito del mismo.

d) Cifra negra en las empresas.

Es conveniente hacer mención a la cifra negra que generan algunas empresas, especialmente en el caso de los bancos, que prefieren asumir las pérdidas provocadas por ciberataques e indemnizar a sus clientes que hacer pública la vulnerabilidad de sus sistemas mediante la denuncia, dado que el coste provocado por la pérdida de clientes por su desconfianza puede ser superior al generado por la conducta criminal.⁴

2. Problemas jurídico-penales de la ciberdelincuencia

Sin embargo, también hay un conjunto de factores jurídicos que dificultan la identificación y persecución del delito. Fundamentalmente, la determinación de autoría y el lugar de comisión del delito y la competencia de jueces y tribunales para juzgar los hechos. Así mismo estos delitos exigen disponer de cierto nivel de conocimientos técnicos lo que determina que sus autores presentes rasgos específicos.

⁴ Hay que observar que paralelamente esta nueva realidad de las amenazas y riesgos en el ciberespacio ha generado un mercado nuevo al que se han sumado las grandes compañías tecnológicas y es el de los servicios en el ciberespacio alimentando un mercado estratégico que mueve una economía de élite, mucho dinero y muchas perspectivas de futuro.

- a) *Problemas de persecución*: como ya hemos adelantado por el anonimato potencial del autor del delito y la ejecución a distancia propios de este medio.
- b) Anonimato: A través de Internet, detectar el terminal electrónico IP del ordenador a veces no resulta complejo, pero después hay que identificar al titular de la línea para lo que se precisa autorización del juzgado para que libre o autorice un mandamiento dirigido a los proveedores de acceso a Internet (ISPs) con el fin de que estos informen de cuantos datos poseen en orden a identificar a los usuarios de las direcciones IP, así como desde las líneas desde las que se efectúan las conexiones y sus titulares. La Ley 25/2007 de 18 de octubre de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, pretende solucionar el problema de contribuir a despejar el anonimato de los autores de delitos por medios informáticos, armonizando las obligaciones de los proveedores de conservar determinados datos y de asegurar que estén disponibles la investigación, la detección y el enjuiciamiento de delitos graves. La referida Ley obliga a los operadores de telecomunicaciones retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por estos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa.

En resumen, la Ley 25 /2007 de 18 de octubre obliga a los proveedores de servicios la información a la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes publicas de comunicaciones, pretendiendo hacer frente a las dificultades de persecución de las formas de criminalidad que se sirven de Internet ya que la tarea de delimitar quien es el presunto autor en el medio digital depende tanto de la localización del

dispositivo desde donde se ejecuta la acción como del contenido de las comunicaciones.⁵

Otros instrumentos de investigación importante en esta modalidad de delincuencia son la batería de medidas de investigación tecnológica previstas en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Ley especialmente creada para investigar delitos informáticos y descubrir la identificación del autor del delito.

c) *Delitos a distancia y competencia territorial*: el ecosistema de Internet está intrínsecamente unido a la idea de globalización y su utilización dificulta extraordinariamente determinar el lugar de comisión del delito y, en consecuencia, la competencia judicial para juzgar unos determinados hechos, así como esclarecer la autoría. La conducta delictiva puede tener su origen en uno o varios países y los resultados producirse, sin embargo, en otro u otros. Incluso, puede resultar difícil precisar dónde tiene lugar dicha acción, ya que la conducta delictiva «navega por la Red». Esto plantea muy serios problemas para determinar la competencia jurisdiccional para su enjuiciamiento, ya que la regla general tradicional del lugar de comisión del delito (principio de territorialidad, art. 23.1 LOPJ) como habilitante de la competencia jurisdiccional sobre él que resulta difícilmente compatible con el mundo de Internet.

A la postre, para la cibercriminalidad la legislación penal y procesal concebida tradicionalmente para un determinado territorio no es válida. No obstante, es cierto que el problema no es exclusivo de la cibercriminalidad, sino que es una de las consecuencias de la criminalidad transnacional. Al respecto hay dos soluciones, que pueden ser concurrentes:

⁵ Sobre la utilización de un software intrusivo (troyano) SAP Islas Baleares, núm. 45/2017 de 28 de junio.

- a) la armonización de las legislaciones nacionales y el reforzamiento de los mecanismos de cooperación internacional;
- b) el establecimiento de nuevas cláusulas de extraterritorialidad de la ley penal, tal y como ya existen en materia de terrorismo, genocidio o tráfico de personas, por citar algunos ejemplos.⁶

Además, la solución puede buscarse también a través de esclarecer en qué lugar se entiende cometido el delito. Respecto del locus comissi delicti existen tres construcciones jurídicas que posibilitan la solución de este problema:

- a) La teoría de la actividad, según la cual el delito se entiende cometido donde el sujeto lleva a cabo externamente la conducta delictiva;
- b) La teoría del resultado: según ésta el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo; y
- c) La teoría de la ubicuidad: de acuerdo con ella, el delito se entiende cometido donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado.

La cuestión no resulta pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, aunque parece que esta última teoría (ubicuidad) tiene más predicamento, tanto en derecho comparado como en nuestra doctrina y jurisprudencia. De acuerdo con dicha teoría, no se excluye la cuestión de la competencia porque, según ésta, todos los Estados en los que se ha realizado la conducta o se ha producido los resultados tendrían competencia. La solución a esta cuestión de competencia debería solventarse a través del principio de personalidad. Es decir, de entre todos los Estados en principio competentes, sería competente aquel del que sea nacional el autor. En el ámbito de la ciberdelincuencia puede adquirir una especial

⁶ En el supuesto de la cibercriminalidad, en el Código Penal se ha previsto la extraterritorialidad en la corrupción de menores (art. 189.1.b) del CP), donde se castiga la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o facilitación de «la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

relevancia este principio, conforme al cual el Estado de origen del sujeto también tiene competencia para juzgar los hechos cometidos en otro Estado, aunque en él no se haya realizado la conducta ni producido los resultados. Sin embargo, esta solución resulta conflictiva en los supuestos de coautoría de personas nacionales de diversos Estados y, asimismo, cuando la conducta no es ilícita o tiene una naturaleza diferente en uno y otro. A ello se suman los problemas derivados de la existencia o no de Tratados de extradición, del contenido de esos Tratados y de la reticencia generalizada, por parte de todos los Estados, de entregar a sus nacionales para que sean juzgados en otro Estado.

Por último, subsiste la cuestión de si también tiene competencia jurisdiccional el Estado donde se han producido conductas de cooperación, como son las de los proveedores de servicios de Internet intermediarios. El problema surge desde el momento en que la teoría de la ubicuidad supone una extensión del principio de territorialidad de la ley penal que, para algunos autores, plantea problemas político-criminales e incluso jurídico-constitucionales. En todo caso, es evidente que de la intervención de diversos Estados en relación con un mismo hecho delictivo pueden surgir conflictos jurisdiccionales de carácter internacional, por lo que cada vez son más necesarios los Tratados de Cooperación jurisdiccional tanto en el ámbito de la Unión Europea como a nivel mundial. No hay que olvidar que, junto al principio de territorialidad, rigen los principios de universalidad, de protección de intereses del Estado y de personalidad.

Otros problemas: El mundo virtual ofrece mayores facilidades para la comisión de delitos: así las pruebas son endebles y fácilmente alterables (la evidencia digital), la lentitud en la tramitación de los procedimientos de investigación y enjuiciamiento favorece la destrucción o inutilización de las pruebas o, en fin, el enmascaramiento del autor y el empleo de «personalidades virtuales» arroja incertidumbre e impunidad en la identificación del delincuente. Igualmente, debemos apuntar que muchos de estos delitos no son descubiertos, son descubiertos tarde o por puro azar. En este sentido, existe una «macro-victimización» muy difícil de determinar y cuantificar.

El Derecho Penal tiene la misión de responder estas nuevas amenazas y desafíos haciendo uso de sus técnicas e instrumentos, pero sin olvidar sus principios estructurales y en especial el principio de *última ratio*. Hoy en día se enfatiza la necesidad de un sistema penal eficaz frente a las nuevas formas de criminalidad propias de un mundo globalizado. Pero el Derecho Penal no puede convertirse en un sistema que deseche la Justicia. Además, el garantismo penal cobra aquí máxima importancia.

3. Marco normativo internacional de la ciberdelincuencia

La dimensión transnacional de la ciberdelincuencia ha obligado a adoptar soluciones a nivel internacional. En el ámbito de las Naciones Unidas, debemos citar el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos, de 1977. En el ámbito del Consejo de Europa, destaca el Convenio sobre el Cibercrimen, aprobado en Budapest en 2001 y vigente desde julio de 2004. Y, por último, a nivel comunitario, el objetivo de armonización del Derecho Penal en la Unión Europea ha tomado un giro más decidido a partir de la firma del Tratado de Lisboa en 2007, que opta por la Directiva en vez de por la Decisión Marco para conseguir una mayor armonización de disposiciones relativas a las infracciones con dimensión transfronteriza de especial gravedad, entre las que se encuentra la delincuencia informática. De todos estos instrumentos el más importante es el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, adoptado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, con sus correspondientes Protocolos.

4. Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa

Con el objetivo de establecer una política común y armonizar la cooperación internacional, motivado por las amenazas que supone la evolución de las TIC, la globalidad, la posible desvinculación de los lugares de origen y resultado, la posibilidad de provocar daños supranacionales el Comité de Ministros del

Consejo de Europa sancionó el Convenio sobre cibercriminalidad firmado en Budapest en 2001.

Este Convenio pretende armonizar la legislación de los diversos Estados que lo ratifiquen, no sólo en materia de derecho penal sustantivo, sino también de derecho procesal para hacer frente a ese tipo de delincuencia (55 Estados lo han ratificado).

El Convenio es el marco de referencia para la lucha contra la ciberdelincuencia, y es la base de la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto. Se establecían unas directrices para criminalizar los ciberataques, se configuraban medidas para atribuir competencias para investigar el cibercrimen y asegurar de forma eficiente la prueba electrónica que por su volatilidad puede desaparecer, medidas de cooperación eficiente entre países.⁷

En definitiva, el Convenio persigue tres objetivos:

- a) Armonizar el derecho penal material;
- b) Establecer medidas procesales o cautelares adaptadas al medio digital; y
- c) Poner en funcionamiento un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional⁸. El Convenio tiene cuatro capítulos, en los que, además de definirse una serie de terminologías en común, se establecen tres ejes esenciales para hacer frente a los delitos informáticos:

El primer eje define los delitos informáticos y los clasifica en cuatro categorías:

- a) *Delitos que tienen a la tecnología como fin*: son aquellos que atentan contra la confidencialidad, integridad o disponibilidad de la información. Por ejemplo, el daño informático, el acceso ilícito a un sistema, etc.

⁷ Fue ratificado por España el 1 de octubre de 2010 (BOE núm. 226 de 17 de octubre de 2010 (si bien algunos aspectos del Convenio ya fueron introducidos con reforma penal por LO 5/2010 de 22 de junio).

⁸ *Ciberseguridad: cómo combate la UE las amenazas cibernéticas*. <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/cybersecurity/>

- b) *Delitos que tienen a la tecnología como medio:* son delitos ya conocidos que se cometen a través de un sistema informático. Son delitos comunes que ya se encuentran tipificados en la mayoría de las legislaciones, ampliados a los medios digitales. Ejemplo, el fraude monetario o la falsificación de datos digitales.
- c) *Delitos relacionados con el contenido:* se establecen como delitos diversos aspectos de la producción, posesión y distribución electrónica de pornografía infantil.
- d) *Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual:* se refiere a la reproducción y difusión en Internet de contenidos protegidos por derechos de autor, sin la debida autorización.

En el segundo eje se tratan las normas procesales: se establecen los procedimientos para salvaguardar la evidencia digital, así como las herramientas relacionadas con la manipulación de esta evidencia. Esta sección alcanza a cualquier delito cometido por un medio informático o cualquier tipo de evidencia en formato electrónico. El Convenio establece procedimientos buscando una armonización normativa común procesal y de investigación, sobre los siguientes conceptos:

- a) Conservación rápida de datos informáticos almacenados.
- b) Conservación y revelación parcial rápida de datos conservados.
- c) Órdenes emitidas a personas o proveedores de comunicación de datos. Registro, confiscación e interceptación de datos.
- d) Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico.
- e) Asistencia mutua en relación con el acceso a datos almacenados.
- f) Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando sean accesibles al público.
- g) Asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico.

- h) Asistencia mutua en relación con la interceptación de datos relativos al contenido.

El tercer eje contiene las normas de cooperación internacional.

Se trata de reglas de cooperación para investigar cualquier delito que involucre evidencia digital, ya sean tradicionales o informáticos. Incluye disposiciones relativas a la localización de sospechosos, recolección o envío de evidencia digital, e incluso lo referente a la extradición.

A tal efecto, el Convenio refuerza la Cooperación Internacional, estableciendo unas que se habilitan los siguientes procedimientos:

- a) Extradición.
- b) Asistencia mutua (policía, aduanas, tribunales), en investigaciones o al objeto de obtención de prueba electrónica, respecto de conservación y acceso a datos informáticos.
- c) Traslado de información espontánea, es decir, que, sin necesidad de solicitud previa, una Parte podrá comunicar a otra la información que resulte de sus propias investigaciones si considera que ésta puede iniciar investigaciones o procedimientos en relación con delitos que se abordan en el Convenio, o cuando esta información provocare la petición de cooperación.
- d) Comunicación directa entre autoridades judiciales para la solicitud de asistencia, en casos de urgencia.
- e) Creación de la Red 24/7, designando cada Parte un punto de contacto permanente, garantizando la inmediatez de la asistencia (Comisaria Superior de Policía/Ministerio del Interior).⁹

⁹ Vídeo explicativo del Segundo Protocolo 2022 del Convenio de Budapest: <https://vimeo.com/646021796>.

5. Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los Sistemas de información y su trasposición al CP por LO 1/2015, de 30 de marzo

El objetivo de la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los Sistemas de información, es endurecer las penas contra el *hacking ilegal* y aproximar las normas de Derecho penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los Sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables, de manera que las mismas conductas sean tipificadas de forma unitaria en todos los Estados miembros de la Unión.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, llevó a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE al ordenamiento penal interno. Las modificaciones más destacadas son:

Se introduce el delito de facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos.

Se regulan separadamente los supuestos de delitos daños informáticos a los datos o a los equipos informáticos (delitos contra la propiedad) de las interferencias en los sistemas de información (delitos contra la intimidad).¹⁰

En los delitos contra la intimidad da nueva redacción al art. 197 bis que castiga el *hacking (intrusismo e interceptación de comunicaciones)*.¹¹ El intrusismo

¹⁰ Art. 197 ter: Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

¹¹ Art. 197 bis. 1) El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto

informático o *hacking* es el conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados de forma subrepticia a un sistema informático o a una red de comunicaciones y la utilización de los mismos sin autorización o más allá de la misma. Las prácticas más habituales de *hacking* son el descifrado de contraseñas (*password guessing*), la creación de puertas traseras (*backdoors*), la instalación de caballos de Troya, trampas bombas lógicas, la interceptación de paquetes de datos (*sniffers*) el acceso o control remoto (*remote Access tools*, RAT) o el apoderamiento de información entre otros.

Dentro de los delitos contra la intimidad también se castiga de forma específica el *stalking*, como aquellos supuestos en los que se divulgan sin consentimiento las imágenes o grabaciones de tipo íntimo de otra persona, aunque en su día se *obtuvieran con el consentimiento* de la víctima, con un tipo agravado cuando esta conducta se realice entre cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad.

Dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se amplía la regulación de *grooming*, en el art. 183 del C que supone el ciberacoso de adultos a través de las TIC hacia menores de 16 años para obtener fotografías o vídeos de contenido íntimo y con el fin de conseguir un encuentro físico real para abusar del menor. Con la reforma de la LO 1 /2015 se aumenta la protección de los menores frente a este tipo de abusos cometidos a través de internet y las TIC, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan estas modalidades, creando un nuevo apartado en el art. 183 del CP destinado a sancionar al que, a través de medios tecnológicos, contacte con un menor de 16

o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. 2) El que, mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

Art. 197 quater: Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

En los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (comerciar ilícitamente con software), entre otros aspectos se tipifican expresamente la *neutralización de las medidas tecnológicas* utilizadas para evitar el plagio y demás conductas asociadas a estos delitos, la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de *facilitar a terceros el acceso no autorizado* a las mismas, cuando esta conducta se ejecuta con intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto. Se tipifica la facilitación del acceso o localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas en internet en forma no autorizada. En estos casos, la orden de retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción dispuesta por la autoridad judicial estará referida tanto a los archivos que contengan las obras o prestaciones protegidas como a los enlaces u otros medios de localización de las mismas¹².

Se tipifican los *delitos de incitación al odio y a la violencia*, y se prevé una *agravación* de la pena para los supuestos de *comisión de estos delitos a través de internet* u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados.

La LO 8/2021 de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia contra la violencia vigente desde el 25 de junio de 2021, ha incluido 4 nuevos delitos, todos cometidos a través de medios tecnológicos y de la comunicación, castigando a quienes, a través de estos medios promuevan, entre personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección:

¹² Muy importante art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la investigación de fraudes a la propiedad intelectual e industrial en el ámbito civil. Solicitud de identificación a los prestadores de servicios

- *Art. 143 bis CP*: La distribución o difusión pública a través de internet, teléfono u otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar el *suicidio de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*¹³
- *Art. 156 ter*: La distribución o difusión pública a través de internet, teléfono u otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar *la autolesión de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*.
- *Art. 189 bis*: La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual del menor.¹⁴
- *Art. 361 bis*: la distribución o difusión pública a través de internet, teléfono u otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, o facilitar entre de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección el

¹³ *Art. 143 bis*: La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

¹⁴ *Art. 189 bis*: La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas.¹⁵

6. Tratamiento en el CP de los Delitos Informáticos o Cibercrimitos

En España la cibercriminalidad se regula en el propio CP desechando la opción de una ley penal especial. No hay un título específico dedicado a los delitos informáticos ni a delitos cibernéticos o una norma común que facilite su tratamiento y sanción. Existe una importante dispersión normativa pues las distintas figuras están diseminadas a lo largo del articulado del CP ubicándose en distintos capítulos en función del bien jurídico protegido.

Estos delitos son el resultado de la adaptación del CP español a la normativa comunitaria y al Convenio de Cibercriminalidad de Budapest.

7. Otra normativa importante en materia de Ciberseguridad

Directiva (UE) 2016/1148 del parlamento europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad en redes y sistemas de información de la Unión (Directiva sobre ciberseguridad).

¹⁵ *Art. 361 bis:* La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas será castigado con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años. Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

La Ley de Seguridad Nacional: la Estrategia Nacional de Ciberseguridad y el Esquema de Seguridad Nacional. Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, Reglamento General de Protección de Datos (La Ley Orgánica de Protección de Datos y el Reglamento de Desarrollo).

PROTEÇÃO ESPECIAL CONTRA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL: A INTEGRAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DE DADOS SOBRE TRABALHO INFANTIL NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

André Viana Custódio¹

1. Introdução

Este estudo tem como tema a proteção especial contra violação dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, considerando os processos de integração e sistematização de dados sobre trabalho infantil, no contexto da proteção de dados sensíveis, em especial, nos processos de construção de diagnóstico participativo.

A compreensão do contexto do trabalho infantil é elemento fundamental para subsidiar, de forma consistente, as ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. O estudo tem como objetivo descrever o

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto de pesquisa "Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos", financiado pelo CNPQ, Edital Universal 18/2021 – Processo 406037/2021-3. Consultor em políticas públicas. Email: andrecustodio@unisc.br.

contexto das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil e propor mecanismos para o aprimoramento nos processos de construção de diagnóstico.

O método de abordagem foi dedutivo e o método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de campo.

Este estudo integra o projeto de pesquisa "Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos", financiado pelo CNPQ, Edital Universal 18/2021 e está vinculado ao Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – PPGD/UNISC.

O trabalho infantil consiste em grave violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes e decorre da desigualdade econômica, da persistência cultural em torno da cultura do trabalho durante a infância e da fragilidade e insuficiência de políticas públicas, em especial àquelas voltadas ao atendimento básico de crianças e adolescentes e que têm por atribuição assegurar o seu desenvolvimento integral, considerando a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

2. A garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no Brasil

O reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente foi instituído no direito brasileiro a partir do art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988). A partir daí, o contexto da criança e do adolescente no Brasil é percebido sob uma ótica que reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado, com base no princípio jurídico da tríplice responsabilidade compartilhada, o dever de assegurá-los com absoluta prioridade em articulação com o princípio do melhor interesse da criança. (Custódio, 2008)

A regulamentação dos direitos fundamentais teve como principal marco normativo a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Brasil, 1990), que disciplinou cada um dos direitos assegurados e instituiu um Sistema de Garantias de Direitos, responsável pela articulação das políticas públicas de atendimento, proteção e justiça com base no compartilhamento de responsabilidades entre diversos órgãos da administração pública e entidades da sociedade civil.

Neste sistema, institui-se os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, nos três níveis da federação: União, Estados e Municípios, que de forma descentralizada tem a atribuição do planejamento, controle e avaliação das políticas públicas. Os conselhos são constituídos de forma paritária, com metade dos representantes governamentais e metade dos representantes escolhidos por organizações não governamentais. (Brasil, 1990)

“As linhas de ação da política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, previstas no artigo 87, envolvem: políticas sociais básicas; políticas e programas de assistência social; serviços especiais de prevenção, atendimento, identificação e localização dos pais ou responsáveis, bem como proteção jurídico-social prestada por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente”
(Custódio; Veronese, 2009).

A partir da construção de dados e indicadores de diagnósticos, os conselhos estabelecem o processo de planejamento e controle das políticas públicas que são estruturados em torno dos Planos Decenais de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, com metas de curto, médio e longo prazo. Além disso, cabe aos conselhos de direitos registrar as entidades de atendimento, capacitar os profissionais da rede, pactuar fluxos e protocolos de atendimento, fiscalização a oferta de serviços na rede pública e particular e deliberar sobre a aplicação dos recursos dos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também instituiu nos municípios brasileiros os Conselhos Tutelares, órgãos permanentes, autônomos e não-

jurisdicionais, encarregados pela sociedade de zelar pelos direitos de crianças e adolescentes. Os Conselhos Tutelares atuam sempre que houver ameaça ou violação de direitos: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão da conduta da criança e do adolescente. (Brasil, 1990) Diante da ameaça ou violação de direitos, o Conselho Tutelar tem a legitimidade para aplicação medidas administrativas de proteção às crianças e adolescentes, aos pais ou responsáveis e à administração pública como forma de fazer cessar ou restituir direitos ameaçados ou violados.

No contexto do Sistema de Garantias de Direitos instituiu-se um terceiro nível de proteção aos direitos fundamentais mediante a atuação dos órgãos do sistema de justiça, que envolvem a atuação do Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário, com competências e atribuições próprias, mas em dinâmica de integração operacional do sistema, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990).

3. A proteção especial contra a exploração do trabalho infantil

O trabalho infantil apresenta causas complexas como a herança da escravidão, a condição de pobreza das famílias, os discursos de moralização pelo trabalho, a invisibilidade das diversas formas de exploração, a integração precária dos adultos no mercado de trabalho, a informalidade e o frágil acesso as necessidades básicas de consumo. (Lira, 2016) A exploração do trabalho infantil também é influenciada por aspectos culturais tais como a exploração mascarada pela caridade, os benefícios imediatos para a família, o modo de educação e desenvolvimento das crianças, a maior valorização pela família da criança que trabalha e a transmissão intergeracional das ocupações. (Custódio; Veronese, 2009).

Embora, o período compreendido entre 1990 e 2020 houve significativa redução de casos de trabalho infantil no Brasil, os dados ainda são muito preocupantes. “Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PnadC), em

2019, havia 1,8 milhão de crianças e adolescentes de cinco a 17 anos em situação de trabalho infantil, o que representa 4,6% da população (38,3 milhões) nesta faixa etária.” (FNPETI, 2023)

Destaca-se que a proteção jurídica à criança e ao adolescente contra a exploração do trabalho infantil foi ampliada gradativamente a partir do estabelecimento dos limites de idade mínima para o trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), mas também com a elevação dos limites, pela Emenda Constitucional nº 20, em 15 de dezembro de 1998 (Brasil, 1998). Atualmente, considera-se como trabalho infantil, todo trabalho realizado abaixo dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos de idade. Além desses limites, estão proibidos antes dos dezoito anos de idade os trabalhos considerados como perigosos, insalubres, penosos, noturnos, prejudiciais à moralidade e realizados em horários e locais que prejudiquem a frequência escolar. (Brasil, 1988; Brasil, 1990).

A ratificação da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho, sobre limites de idade mínima, estabeleceu a garantia de elevação progressiva do limite de idade inicial para o exercício laboral e determinou a obrigatoriedade de uma política nacional de combate ao trabalho infantil e, deste modo, comprometeu o Estado brasileiro com a efetivação de políticas de atendimento integral para crianças e adolescentes (Brasil, 2002).

Neste contexto, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil visando maior efetividade das suas ações foi reordenado como política intersetorial a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Assistência Social. Por outro lado, a ratificação da Convenção nº 182, sobre piores formas de trabalho infantil, da Organização Internacional do Trabalho, trouxe contribuição significativa ao determinar a edição de uma lista com as atividades consideradas como piores formas de trabalho infantil, regulamentada pelo Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008 (Brasil, 2008), nesta lista destaca-se a proibição antes dos dezoito anos de idade do trabalho infantil doméstico, a exploração sexual comercial, o trabalho em

atividades ilícitas e as, já mencionadas, modalidades consideradas como perigosas, insalubres e penosas. (Brasil, 2008).

4. O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil foi criado como a estratégia de assegurar o afastamento de crianças e adolescentes do trabalho. Atualmente é um programa intersetorial do Estado brasileiro com ações nos diversos campos de políticas públicas que tem por finalidade prevenir e erradicar o trabalho infantil, segundo a Resolução nº 8, de 18 de abril de 2013, do Conselho Nacional de Assistência Social, estruturados segundo cinco eixos: I – informação e mobilização nos territórios de incidência do trabalho infantil para propiciar o desenvolvimento de ações de prevenção e erradicação do trabalho infantil; II – identificação de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil; III – proteção social para crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil e suas famílias; IV – apoio e acompanhamento das ações de defesa e responsabilização; e V – monitoramento das ações do PETI (CNAS, 2013).

O trabalho infantil como um fenômeno complexo requer respostas compartilhadas entre as diversas políticas públicas mediante a articulação intersetorial de responsabilidades e estruturadas segundo as ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Souza, 2016).

A complexidade da estruturação das políticas públicas de erradicação do trabalho infantil requer que os municípios na operacionalização das ações desenvolvam estratégias locais de aprimoramento das ações, pois a dificuldade de compreensão na estruturação das políticas públicas tem se constituído num dos principais obstáculos para o atendimento de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil.

A partir das pesquisas realizadas observa-se a necessidade de estruturação das ações em torno de dez indicadores estruturantes da política municipal para que

sirva de instrumento de planejamento, controle e avaliação das políticas municipais de prevenção e erradicação do trabalho infantil que envolvem:

- 1) instituição da Coordenação Municipal do PETI;
- 2) instituição da Comissão Municipal de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil;
- 3) formulação do Plano Municipal de Ações Estratégicas do PETI;
- 4) formulação do Diagnóstico Municipal do Trabalho Infantil;
- 5) pactuação dos Fluxos de Notificação e Encaminhamento do Trabalho Infantil;
- 6) Capacitação dos Profissionais da Rede de Atendimento e do Sistema de Garantias de Direitos;
- 7) definição das ações de sensibilização da comunidade;
- 8) estruturação do atendimento técnico especializado;
- 9) garantia de acesso aos serviços de atendimento para crianças, adolescentes e famílias;
- 10) registro nos cadastros oficiais, monitoramento e avaliação periódica; pois a qualificação dos instrumentos de gestão é a principal estratégia para se garantir a efetividade das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil.

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil que vigorou no período 2019-2022, foi construído com base em diagnóstico que considerou três dimensões: “1) “marco legal”, na qual se faz um resgate histórico da legislação brasileira sobre o trabalho infantil; 2) “marco simbólico-cultural”, em que se busca refletir sobre a forma como a concepção de trabalho infantil tem sido construída culturalmente na sociedade brasileira; e 3) “marco estatístico” (Brasil, Plano, 2019).

Para sua operacionalização o plano nacional fixou sete eixos estratégicos considerando:

“a. Priorização da prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador nas agendas políticas e sociais; b. Promoção de ações de comunicação e mobilização social; c. Criação, aperfeiçoamento e implementação de mecanismos de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador, com destaque para as piores formas; d. Promoção e fortalecimento da família na perspectiva de sua emancipação e inclusão social; e. Garantia de educação pública de qualidade para todas as crianças e os adolescentes; f. Proteção da saúde de crianças e adolescentes contra a exposição aos riscos do trabalho; g. Fomento à geração de conhecimento sobre a realidade do trabalho infantil no Brasil, com destaque para as suas piores formas” (Brasil, Plano, 2019).

Neste contexto, a integração e sistematização de dados sobre trabalho infantil constitui-se como pressuposto para o planejamento das ações. Atualmente, não há uma base integrada, atualizada e segura de dados e informações oficiais sobre trabalho infantil, sendo que os dados disponíveis estão fragmentados entre as informações registradas no Sistema de Informação para Proteção da Infância e Adolescência (SIPIA) alimentado pelos Conselhos Tutelares; as informações do Sistema de Notificação de Agravos da Saúde (SINAN), os dados do Cadastro Único dos Programas Sociais da Assistência Social (SINAN) e os sistemas estaduais de notificação sobre infrequência escolar. Assim, há desarticulação as informações e incompatibilidade dos conceitos utilizados decorrente dos níveis diferenciados de envolvimento das instituições e atores da rede de atendimento, proteção e justiça.

A alternativa encontrada pelos municípios para a compreensão do contexto do trabalho infantil tem se constituído na elaboração de diagnósticos locais, que se utilizadas a metodologia de diagnóstico rápido participativo apresenta resultados consistente.

Essa metodologia envolve a análise e sistematização de dados oficiais disponíveis, o levantamento de dados qualitativos por entrevistas semiestruturadas e grupos focais com profissionais da rede de atendimento, famílias, crianças e adolescentes, além das experiências de notificação experimental pela rede de atendimento e discussão pública dos resultados com a comunidade. O diagnóstico rápido participativo:

"[...] é um instrumento de participação social que não se limita à aplicação de enquetes, recolhimento e catalogação de dados, mas possibilita a elaboração em conjunto da situação social e a construção de soluções, com a contribuição direta do cidadão e de instituições sociais locais. É uma metodologia que favorece a coleta de informações e dados, o conhecimento do contexto social, seus desafios, limitações, soluções e encaminhamentos, com a participação social do cidadão, também reconhecido como agente da pesquisa" (Zaro, 2019).

Contudo, a realização de entrevistas semiestruturadas e grupos focais devem levar em consideração a proteção de dados pessoais sensíveis de crianças, adolescentes e famílias de modo a não violar os princípios éticos fundamentais de pesquisa, bem como, a proteção assegurada pela Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, alterada pela Lei n. 13.853, de 08 de julho de 2019, que fixa os parâmetros da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, pois a proteção de dados pessoais tem como fundamentos: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (Brasil, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) estabeleceu especial cuidado na proteção de dados pessoais sensíveis de crianças e adolescentes na gestão

das políticas públicas, com a alteração dos níveis de acesso ao compartilhamento de informações pessoais nos processos de notificação e encaminhamento do trabalho infantil, a necessidade de novas metodologias e critérios de regulação ética para coleta de dados pessoais sensíveis em atividades de caráter participativo e colaborativo; a definição de novos marcadores na agregação de dados como subsídios para a análise e articulação das ações e, o mais importante, a reconstrução da concepção de participação de crianças e adolescentes nos processos de participação social e na deliberação e controle das políticas públicas.

5. Conclusões

A exploração do trabalho infantil no Brasil contemporâneo enseja a institucionalização de estratégias intersetoriais de políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pois suas causas não estão dissociadas das questões mais gerais decorrentes do processo de exclusão econômica, social e política de crianças, adolescentes e suas famílias.

Diante desse contexto, a proposta do Direito da Criança e do Adolescente é constituir garantias de proteção à criança e ao adolescente contra a violação e ameaça aos direitos fundamentais e, inclusive, contra a exploração do trabalho infantil. O sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente tem como estratégia a universalização dos direitos mediante políticas públicas de atendimento, proteção, justiça e promoção dos direitos fundamentais.

O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil proporcionou a formulação de eixos estratégicos estruturantes para a erradicação das diversas modalidades de trabalho infantil. No entanto, para que seja possível o alcance das diversas violações de direitos decorrentes do trabalho infantil torna-se necessário o aprimoramento dos instrumentos de gestão e o compartilhamento intersetorial de responsabilidades entre as diversas políticas públicas, em especial em âmbito local.

O planejamento e a articulação das ações envolvem processos complexos de construção de diagnósticos locais, que ensejam a participação de crianças, adolescentes e famílias como forma de qualificar o levantamento de dados e informações. Considerando, a proteção estabelecida pela legislação de proteção de dados pessoais, o processo de construção de diagnóstico e suas estratégias metodológicas devem levar em consideração técnicas de assegurem a proteção de grupos vulneráveis, em especial no tratamento de dados e preservação de sigilo e intimidade para que não se reproduzam violações de direitos e assegurem as condições necessárias e adequadas para a coleta de informações indispensáveis ao planejamento das políticas sociais públicas.

6. Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01/03/2020.

BRASIL. Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de Previdência Social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, p. 1, c. 1, 16 dez.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em 01/03/2020.

BRASIL. Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000. Promulga a Convenção nº 182 e a Recomendação nº 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm. Acesso em: 01/03/2010.

BRASIL. Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Promulga a Convenção nº 138 e a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4134.htm. Acesso em: 01/03/2020.

BRASIL. Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm. Acesso em: 01/03/2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em 01/03/2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), alterada pela Lei n. 13.853, de 08 de julho de 2019. Brasília: Diário Oficial da União, 09, de julho de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 10/05/2023.

BRASIL, Plano. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador (2019-2020)*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2018/novembro/PlanoNacionalversosite.pdf>. Acesso em 05/05/2023.

CNAS. Resolução nº 08, de 18 de abril de 2013. Dispõe sobre as ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI no âmbito do Sistema Único de Assistência Social – SUAS e o critério de elegibilidade do cofinanciamento federal para os exercícios 2013/2103, destinado a Estados, Municípios e Distrito Federal com maior incidência de trabalho infantil e, dá outras providências. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/legislacao/>

resolucoes/arquivos-2013/cnas-2013-008-18-04-2013.pdf/download. Acesso em 06/03/2020.

CUSTÓDIO, André. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2009. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 08/02/2020. Doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

FNPETI. *Trabalho Infantil no Brasil*. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/cenario/>. Acesso em 05/05/2023.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/1304>. Acesso em 06/03/2020.

ZARO, Jadir. *A participação social nas políticas públicas locais de prevenção e erradicação do trabalho infantil no Brasil fundamentada na proteção integral do Direito da Criança e do Adolescente*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/3288/1/JadirZaro.pdf>. Acesso: 05/05/2023.

OS CONSELHOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ERA DIGITAL¹

Ismael Francisco de Souza²

1. Introdução

O Direito da Criança e do Adolescente no Brasil consolida-se como um ramo jurídico autônomo, responsável pela incorporação da teoria da proteção integral ao sistema normativo nacional a partir da aprovação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Os Conselhos de Direitos caracterizam-se por sua forma de participação democrática, na qual os cidadãos participam por meio da sociedade civil organizada das decisões políticas e da gestão pública, ao

¹ Esta pesquisa integra as ações do projeto "Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ/Brasil, Edital Projeto Universal/2021, Processo n. 406037/2021-3.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilla (US/Espanha); Coordenador adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto de pesquisa "Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos", financiado pelo CNPQ, Edital Universal 18/2021 – Processo 406037/2021-3. Consultor em políticas públicas. Email: andrecustodio@unisc.br.

lado do Estado, em uma relação de horizontalidade. A concretização de políticas públicas para crianças e adolescentes implica necessariamente o fortalecimento dos Conselhos de Direitos, especialmente quanto a seu potencial caráter decisório, ou seja, quando se promove um modelo descentralizado de gestão de política pública para crianças e adolescentes, reafirma-se o compromisso previsto tanto na norma estatutária quanto constitucional, ao elencar o interesse superior de crianças e adolescentes

O estudo tem por objetivo compreender como os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, organizam seus processos diante das mudanças estruturais, jurídica e políticas na era digital, promovendo maior acesso a sociedade no âmbito de decisões sobre demandas de políticas públicas.

Inicialmente, cabe destacar suas caracterizações e atribuições definidas aos conselhos de direitos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, para então definir seus processos na era digital.

Como pressuposto adotou-se o método dedutivo, com a análise qualitativa de dados extraídos dos sites dos municípios da região carbonífera do sul de Santa Catarina, como objeto de estudo deste trabalho.

2. Conceituação, características e atribuições dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil

O contexto social brasileiro nas décadas de 1970 e 1980 permitiu o surgimento de manifestações populares que contribuíram de maneira significativa para o processo de redemocratização do país, que extinguiu o sistema político ditatorial vigente, culminando na abertura da Assembleia Constituinte responsável pela atual Constituição. A participação da população de maneira direta nas diversas comissões estabelecidas pela Assembleia Constituinte possibilitou a inclusão de um significativo conjunto de garantias a direitos e liberdades individuais, assim

como a garantia na própria Carta Magna de mecanismos de participação direta e indireta dos cidadãos na gestão pública.

Como alternativa a esse modelo de representação, instável na perspectiva da representação da vontade popular, optou-se pelo fortalecimento da participação direta da sociedade civil organizada como meio de reconquista dos espaços de exercício da política, tendo em vista que a “democracia representativa é indispensável e insubstituível nas sociedades contemporâneas” (Benevides, 2003, p. 86). De forma complementar ao sistema representativo, Bobbio (2011, p. 67) esclarece quanto ao desenvolvimento da democracia

“[...] não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”.

Os conselhos gestores de políticas públicas, possibilita a efetividade de direitos por meio da participação da população sobre as demandas que ensejarão o planejamento das políticas públicas do Estado gestor. O artigo 204 da Constituição Federal brasileira, os conselhos regem-se pelos princípios da descentralização político-administrativa e da participação da população na formulação e controle das políticas e ações em todos os níveis, e definem-se, de acordo com Souza (2006), como:

“[...] um novo espaço de atuação e participação da sociedade civil na elaboração e fiscalização de políticas públicas dentro do próprio Poder Público – os Conselhos de Direitos e Gestores de Políticas Públicas”.

“[...] nestes termos, são compatíveis com as proposições normativas acerca da democracia participativa. Do ponto de vista teórico, podem se constituir em espaços de representação da população, cuja participação não é medida pelo processo eleitoral e que permitiria aos

cidadãos um controle sobre a ação do Estado” (Gonzales, 2000, p. 90).

As características fundamentais dos conselhos, relacionadas à formulação de políticas públicas e à fiscalização das ações governamentais, estão apoiadas no seu papel deliberativo, que permite tanto a livre escolha de seus membros quanto a autonomia em relação à tomada de decisões, que posteriormente vincularão a atuação dos membros do Poder Executivo. O fortalecimento dos moldes de participação social nos processos de decisão política e formulação de uma efetiva participação cidadã foi potencializado pela edição do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, da Casa da Civil da Presidência da República, a Política Nacional de Participação Social (PNPS). O referido Decreto não cria novas formas de participação, mas detalha as formas atuais já instituídas em lei; portanto, a PNPS tem como objetivo o fortalecimento e a articulação dos mecanismos e instâncias democráticas no processo de ações conjuntas entre entes públicos e sociedade civil.

É a partir da gestão que as políticas públicas deixam de ser centralizadas e passam ser construídas como consequência das demandas locais, respeitadas as sazonalidades, constituídas com a população, fruto de resultantes de conferências, fóruns e demanda dos conselhos, produto, portanto, da descentralização política administrativa.

Para Veronese (2015) implica dizer que a participação democrática nos conselhos:

“[...] envolve a responsabilidade de evitar quaisquer arbitrariedades do governo municipal, por isso ser fundamental a sua composição paritária, pois deve-se colocar os interesses das crianças e dos adolescentes acima de qualquer política partidária”.

Este modo de construir a política pública resulta na possibilidade efetiva do reconhecimento das demandas apontadas pela população. O Conselho,

portanto, passa ser responsável por formular, deliberar e acompanhar as políticas destinadas no âmbito de governo para a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 88, II, estabelece a criação dos Conselhos de Direitos nos três níveis de governo, com formação paritária, ou seja, com representantes de órgãos governamentais e de organizações da sociedade civil, competindo-lhes “deliberar e controlar o conjunto de políticas públicas básicas, dos serviços especializados e de todas as ações governamentais e não governamentais, direcionadas para o atendimento da criança e do adolescente” (Custódio, 2006, p. 180-181).

Com relação aos estados e municípios, cada qual deverá criar suas leis a fim de disciplinar as atribuições e competências, com intuito de opinar, deliberar, controlar o Poder Público e exigir a implementação de políticas públicas. A participação da sociedade civil organizada e do Poder Público, de forma paritária, deve objetivar sempre a proteção integral das crianças e dos adolescentes. O ECA prevê em seus arts. 1º e 3º a proteção integral à criança e ao adolescente, garantindo a eles todos os direitos fundamentais, com absoluta prioridade, a fim de alcançar o desenvolvimento digno (Brasil, 1990). A responsabilidade de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, alimentação, convivência familiar e comunitária, educação, saúde, lazer, cultura, respeito, profissionalização e dignidade é tripartite, cabendo ao Estado, à sociedade e à família garantir, com absoluta prioridade, a efetivação desses direitos, além de protegê-los de qualquer tipo de negligência, preconceito ou violência, conforme previsto no art. 227 da CF/88 (Brasil, 1988).

Com um diferencial em relação aos demais conselhos, os conselhos de direitos da criança e do adolescente não demarca uma única política setorial, mas estabelece que as políticas de sua alçada possuam um público que exige, por determinação legal, prioridade absoluta em todas as políticas públicas.

“Em cada política, especificamente, o público infantojuvenil deve ser absolutamente priorizado e a ele reservada a proteção integral, isto é, nenhuma ação poderia – por definição – lhe ser dirigida de forma isolada ou fragmentada, mas sim articulada com todo o conjunto de políticas para garantir os direitos integralmente. Considerando que diversas políticas setoriais têm conselhos próprios, a relação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente com os demais conselhos passa a ser um dos pontos centrais de sua ação” (Moraes, 1999, p. 122).

Os conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente têm como atribuições acompanhar e deliberar sobre a política municipal voltada à criança e ao adolescente, em todas as áreas, como saúde, educação e assistência social, atuando na articulação institucional e intersetorial, no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente; estabelecer um diagnóstico a respeito dos planos de atendimento, proteção, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente; gerir o fundo dos direitos da criança e do adolescente.

Dentre outras atribuições dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente destaca-se: aplicar e divulgar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; orientar e editar normas; controlar o Estado e monitorar o Fundo para Infância e Adolescência (FIA); organizar audiências públicas e conferências; cadastrar e fiscalizar as entidades de atendimento; propor políticas públicas à autoridade executiva; participar do planejamento orçamentário; e diversas outras atribuições que buscam a proteção integral da criança e do adolescente (Lima; Veronese, 2017).

Enquanto os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente cuidam da elaboração de políticas sociais, o Conselho Tutelar, a título explicativo, tem como atribuição zelar pelo cumprimento dos direitos; cabe, ainda, aos primeiros a organização do processo de escolha dos conselheiros tutelares. Nesses espaços

deliberativos, deve ocorrer a troca de conhecimento e opiniões que migrem para um bem comum: a preservação dos direitos fundamentais e a dignidade humana.

No entanto, apesar de a legislação constitucional e estatutária definir a importância do novo fazer das políticas públicas, colocando como espaço a união da sociedade civil organizada com o Estado no processo decisório de promoção de programa, projeto e ações, os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente têm enfrentado dificuldades de três ordens: gerir de forma participativa as políticas de garantia, articulá-las com os diversos setores e organizações igualmente responsáveis por políticas sociais direcionadas à infância e a publicidade de seus atos. O município, dessa forma, é o espaço adequado, ideal, para que bem se relacionem população e autoridades políticas, por ser esse espaço facilitador do diagnóstico das demandas sociais e da participação motivada e responsável da sociedade na busca da solução dessas demandas, o que acaba por gerar confiança e credibilidade (Baracho, 1996).

Há que se destacar ainda outros fatores políticos que dificultam a atuação do Conselho, como as diretrizes políticas dos partidos no exercício do poder do Estado e a competência social dos conselheiros. Dessa forma, aqueles partidos que reconhecem e apoiam a legitimidade da participação da sociedade civil reconhecerão e respeitarão a autonomia dos Conselhos de Direitos. De outro lado, aqueles que não aceitam outro tipo de participação, tendem a conturbar a atuação.

Portanto, considerando estas dimensões alinhadas a um novo modo de participar, os Conselhos de Direitos precisam estar atentos ao mundo digital, para cumprir seu real papel, em especial no âmbito do princípio da publicidade, ou seja, dar visibilidade a seus atos a um maior número de pessoas.

3. Os Conselhos de Direitos e na era digital: caminhos a percorrer

A revolução tecnológica está transmutando a vida em sociedade e as relações humanas, e o modo com compartilhamos as informações. Compreender a infraestrutura tecnológica e os tempos tecnológicos na era digital, é repensar as novas formas dos planejamentos das políticas públicas.

“Atualmente enfrentamos uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante é o entendimento e modelagem da nova revolução tecnológica, a qual implica nada menos que a transformação de toda a humanidade. Estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é algo que considero diferente de tudo aquilo que foi experimentado pela humanidade. Ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico” (Schwab, 2016, p.14).

A vida diária está digitalizada, a realidade e a virtualidade entrelaçaram-se no cotidiano das pessoas levando a uma existência real e virtual com liames entre uma e outra que se esbatem (Froufe; Silveira, 2018, p.7).

As mudanças sociais são profundas e em distintos setores da sociedade, a mudança de paradigma está em curso e verifica-se novos modelos de negócios, reformulação do consumo, da produção, do modo de trabalhar, de comunicar e de nos relacionarmos. “As alterações, em termos de tamanho, velocidade e escopo, são históricas”. (Schwab, 2016, p.16).

A expressão “sociedade da informação” tem sido aplicada em substituição ao conceito de sociedade “pós-industrial”, visando refletir o “novo paradigma técnico-econômico”. De grande presença nas pesquisas das ciências sociais, a sua aplicação normalmente quer indicar as mudanças “técnicas, organizacionais e administrativas” pautadas nas transformações tecnológicas (Werthein, 2000, p.71).

Os avanços tecnológicos ensejaram transformações e a sociedade se modificou, adquirindo características de redes. A sociedade atual é globalizada é centrada no “uso das informações sob um padrão de redes interligadas” (Castells, 2000, p.37).

Tais mudanças contribuições ao processo de dar mais transparência e visibilidade as ações do Estado, bem como dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente.

A concretização de políticas públicas para crianças e adolescentes implica necessariamente o fortalecimento dos conselhos de direitos, especialmente no seu potencial caráter decisório, ou seja, quando se promove um modelo descentralizado de gestão de política pública para criança e adolescente, reafirma-se o compromisso tanto previsto na norma estatutária quanto constitucional, ao elencar o interesse superior de crianças e adolescentes. Neste sentido, cabe aos conselhos de direitos da criança e do adolescente definir uma

agenda que corresponda às demandas locais, implicando na acessibilidade pelos diversos meios, inclusive, digital.

Assim, a transparência e a publicidade dos atos públicos, exigem cada vez mais do aprimoramento da gestão pública, promovendo a possibilidade da população em acompanhar e fiscalizar os atos emanados pelo poder público e conseqüentemente dos conselhos gestores.

A Constituição Federal de 1988, aponta em seu art. 37 o princípio da publicidade, em todos os poderes e em todos os níveis. Isso, porque a cabe a administração pública, dar transparência, compartilhando as informações de seus atos.

Meirelles, destaca sobre publicidade dos atos públicos;

"[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes" (Meirelles, 2000, p.89).

Deste modo, os atos emanados dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, também devem ser públicos, pois cabe estes deliberarem sobre políticas públicas e definirem as formas de gastos dos recursos do Fundo da Infância e Adolescência

O Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, foi criado com o objetivo de viabilizar as suas próprias ações. Trata-se de um tipo de fundo especial, que pode ser definido como uma espécie de aporte de recurso financeiro formado por receitas específicas, objetivando a sua aplicação na aquisição de bens e na execução de serviços vinculados diretamente à política de atendimento (Tavares, 2018, p. 505).

As receitas que constituirão os fundos podem originar-se de dotações orçamentárias – valores destinados ao Fundo pelo Executivo em lei orçamentária – ou de créditos adicionais, mediante autorização legislativa, os quais podem ser suplementares (para reforçar as dotações previstas, quando insuficientes), especiais (para atender situações não previstas no orçamento) ou extraordinária (para atender despesas urgentes e imprevistas, como nos casos de guerra ou calamidade pública) (Liberati; Cyrino, 2010, p. 227). Os créditos especiais que irão compor o Fundo de Direitos podem ter várias origens, entre elas, as doações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou internacionais, nos termos da lei e das regulamentações da Receita Federal, uma vez que podem ser deduzidas do Imposto de Renda.

As diversas formas de composição de recursos, alimentarão a implementação das políticas locais, daí a necessidade de dar visibilidade, publicidade e transparência.

A Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), foi instituída para aprimorar as relações de parceria entre a administração pública e as organizações sem fins lucrativos que, criadas e operadas pela sociedade civil, desenvolvem serviços, programas, projetos e ações que complementam, ampliam e, em muitos casos, contribuem para o aprimoramento das políticas públicas. No âmbito do Direito da Criança e do Adolescente as parcerias governamentais e entidades não governamentais, no repasse de recursos do fundo dos direitos da criança e do adolescente, ocorre mediante chamamento público com a validação de todos os processos, por meio digital, incluindo o monitoramento e avaliação do projeto financiados.

Destaca-se ainda que os alicerces sobre os quais as parcerias devem se basear, quais sejam: gestão pública democrática, participação social, fortalecimento da sociedade civil, transparência na aplicação dos recursos públicos, legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade,

eficiência e eficácia. Portanto, reafirma cada mais a necessidade um novo conselho que incorporem a perspectiva de governança digital.

Para demonstrar os desafios ainda a serem enfrentados, analisou-se 12 municípios da região carbonífera do extremo sul catarinense³ quanto a publicização dos atos emanados pelo Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente.

Considerando que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, tem por atribuições publicar seus atos, para análise, buscou no site dos municípios as seguintes informações: emitem resoluções, pareceres, lançamento de edital de chamamento público, normativas, atas das reuniões, Plano Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, planos setoriais, relatório de Conferência Municipais, decreto de nomeação dos conselheiros, entidades registradas no conselho.

As informações listadas, são elementos essenciais as transparências e o controle social.

“O controle social tem a finalidade de verificar se as decisões tomadas, no âmbito estatal, estão sendo executadas conforme o que foi decidido e se as atividades estatais estão sendo realizadas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Assim, o controle social poderá existir no sentido de verificação do mérito (conveniência e oportunidade) de uma decisão estatal ou da sua legalidade” (Vanderlei, 2009, p.99).

³ Compõem os municípios da região carbonífera catarinense: Balneário Rincão, Criciúma, Içara, Lauro Müller, Morro Da Fumaça, Nova Veneza, Siderópolis, Orleans, Urussanga, Forquilha, Cocal do Sul e Treviso.

Portanto, o controle social tem sua relevância, apesar das formas de controles internos, a população é um grande aliado neste processo. Daí a necessidade das visibilidades destes atos por meio eletrônico.

Dos 12 municípios analisados, apenas o município de Criciúma publiciza as pautas de reuniões, as atas, as normativas sobre o Conselho de Direitos e Fundo da Infância e Adolescência, as organizações não governamentais inscritas no conselho, bem como os editais de chamamento público.

Os municípios de Morro da Fumaça e Içara, tem página internet, mas apenas constam informações os sobre doações ao fundo e outras informações desatualizadas. Os demais municípios não têm página própria com informações que permitam a população conhecer as demandas e atos emanados por estes conselhos.

Considerando o recorte pesquisado, percebe-se os desafios para garantia do direito à informação bem como o controle social da gestão pública, nas políticas para crianças e adolescentes brasileiras.

Importa destacar que é um momento oportuno para a busca de um reordenamento institucional, tanto do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente como da Administração Pública, considerando a implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, desde 2014, a conquista de maior racionalidade, agilidade e transparência no emprego dos recursos dos Fundos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA), com o que esses Fundos passarão a atender de forma mais efetiva as necessidades locais das políticas de atendimento das crianças e dos adolescentes.

Os Conselhos de Direitos e o poder público devem adotar como mecanismos de sua atuação para a promover um processo mais forte e transparente diante de um cenário que as tecnologias da informação tem oportunizado.

4. Conclusão

As relações sociais e os espaços de participação foram fortalecidos desde 1988, oportunizando a participação e o controle direto da gestão pública. No entanto, ainda há desconhecimento a respeito dessas formas participativas, influenciadas pela ausência de informação. A criação de mecanismos que possibilite a população a alcançar uma informação clara, segura e transparente é processo necessário no século XXI.

Os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente promovem a concretização de uma democracia participativa, capaz de garantir os direitos sociais e fundamentais das crianças e dos adolescentes. Entre as atribuições, é possível falar sobre o monitoramento dos procedimentos para o atendimento, a divulgação dos direitos das crianças e dos adolescentes e dos mecanismos, a garantia do cumprimento do ECA, a participação no processo de construção de políticas públicas. Contudo, quando se destaca a dimensão da publicidade de seus atos, encontra-se ainda o desafio para cumprir aquilo que prevê a Constituição Federal de 1988.

Com base no levantamento em 12 municípios da região sul de Santa Catarina, percebe as ações para promoção de uma maior transparência dos atos emanados pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, no respondem ao princípio da publicidade. Isso impossibilita que a população conheça as atribuições, publicações e os investimentos realizados nas áreas da criança e do adolescente, em especial os recursos do Fundo da Infância e Adolescência.

6. Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. Em: BENEVIDES, Maria Vitória; KERCHE, Fábio; VANNUCHI, Paulo. (orgs). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. *Lei 13019 de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm Acesso em 20 fev 2023.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. 2. ed. Tradução de Carlos A. Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017

CUSTÓDIO, André Viana. *A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil: limites e perspectivas para sua erradicação*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. *Democracia e Conselhos de Controle de Políticas Públicas: uma análise comparativa*. Tese. Porto Alegre: UFRGS, 2000. Disponível em: http://www.6.ufrgs.br/cienciapolitica/teses/Tese_1.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

LIBERATI, Wilson Donizetti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. Política pública para criança e adolescente no Brasil: uma trajetória de avanços e desafios. Em: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). *Direito da criança e do adolescente: novo curso, novos temas*. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

MORAES, Célio Vanderlei. Conselhos de Gestão de Políticas Públicas: instituições e/ou espaços políticos, *Revista de Ciências Humanas*, n. 2, Políticas Públicas e Democracia Institucional. Florianópolis: Editora da UFSC, 1999.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. *Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção de dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos*. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/ModuleLeft.aspx?mdl=~/Modules/Generic/GenericView.ascx&ItemID=27&Mid=64&lang=pt-PT&pageid=20&tabid=10> Acesso em: 20 jun 2023.

SOUZA, Ismael; BORGES, F. K. O efeito da democracia nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. *Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas - Unifafibe*, v. 9, p. 325-353, 2021.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. Em: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

VANDERLEI, Siraque. *Controle Social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16> >. Acesso em: 02 abr 2023.

SOUZA, Ismael Francisco de; BORGES, Gláucia. A transversalidade das políticas públicas para crianças e adolescentes à luz da teoria da proteção integral: um estudo a partir da atuação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, nos municípios da região da AMREC no período de 2013-2017. Em: Ismael Francisco de SOUZA. (Org.). *Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente: políticas públicas e proteção integral*. 1 ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. 2000. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf> Acesso em 18 de jun 2023.

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS DESAFIOS NA ERA DIGITAL¹

Alessandra Aparecida Souza Silveira²

Maria Inês Costa³

Como será ser-se humano numa sociedade em que a inteligência artificial (IA) é ubíqua, onnipresente, está ao mesmo tempo em toda a parte? E como será que o constitucionalismo contemporâneo vai lidar com esta ubiquidade – estará bem apetrechado para o efeito? Como é que a IA pode ser conciliada com os conceitos de dignidade humana e autonomia pessoal nos quais assentam as nossas democracias e ordens jurídicas?

Neste ensaio as autoras equacionam se o confronto com o ineditismo, com aquilo que nunca vivemos, requer (ou não) uma linguagem nova, ou pelo menos a reorientação dos termos que nos são familiares. Aquilo que é inédito é habitualmente irreconhecível – porque apreciado através das lentes/das categorias que nos são familiares, o que tendencialmente invisibiliza o ineditismo. Ocorre que estamos porventura confrontados com a necessidade

¹ Todas as citações incluídas neste artigo de obras originalmente escritas em inglês foram traduzidas livremente pelas Autoras para português.

² Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet em “Cidadania Digital e Sustentabilidade Tecnológica – CitDig”, Universidade do Minho.

³ Mestre em Direitos Humanos e Doutoranda da Escola de Direito da Universidade do Minho com bolsa FCT – Referência UI/BD/154522/2023.

de edificação de conceitos jurídicos novos – ou, pelo menos, a adaptação de conceitos existentes –, a fim de abordar problemas emergentes como as tecnologias digitais, sobretudo os sistemas de IA.

O conceito de IA aplica-se a sistemas que são capazes de analisar o seu ambiente e tomar medidas com um determinado nível de autonomia, a fim de atingir objetivos específicos. Os sistemas baseados em IA podem ser puramente confinados ao software, atuando no mundo virtual (por exemplo, assistentes de voz, programas de análise de imagens, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de discurso), ou podem ser integrados em dispositivos físicos (por exemplo, robôs avançados, automóveis autônomos, veículos aéreos não tripulados ou aplicações da Internet das coisas) (Silveira, em edição).

Enquanto disciplina científica, a IA inclui diversas abordagens e técnicas – a robótica é porventura a mais conhecida. Mas aquela que suscita mais preocupações, na medida em que se programa a si própria, é a aprendizagem automática (*machine learning*) – uma tecnologia que se constrói a si mesma, e requer dados para melhorar o seu desempenho. Seria um método de transformação de dados em conhecimento, através do qual os algoritmos aprendem simulando o raciocínio por analogia. A aprendizagem automática assume muitas formas e é conhecida por vários nomes: reconhecimento de padrões, modelação estatística, exploração de dados, análise preditiva, sistemas adaptativos, etc. (Domingos, 2017).

De todo modo, ao afastar as restrições que foram historicamente impostas aos humanos – seja por razões de distância, tempo ou linguagem –, as tecnologias digitais (sobretudo a IA) vão gerando fenómenos que são genuinamente novos, não meras versões mais potentes ou eficazes de coisas passadas (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2021). Não é por outra razão que Ulrich Beck defendia que estamos a viver uma metamorfose digital – e não simplesmente uma revolução digital. Não se trata apenas de uma mudança social marcada pela crescente interconectividade e intercâmbio global – é algo mais. E por quê? Porque enquanto a revolução digital ainda implica a distinção clara entre o *online*

e o *offline*, a metamorfose digital tem que ver com o enredamento essencial do *online* e do *offline*. Ou seja, a metamorfose digital prende-se com uma existência humana metamorfoseada, que põe em causa algumas categorias sociológicas tradicionais – como o estatuto, a identidade social, a coletividade, a individualização (Beck, 2017).

Isto certamente impacta o constitucionalismo contemporâneo assente na trilogia “Estado de direito, democracia, direitos fundamentais” – pois o constitucionalismo moderno do séc. XVIII surge precisamente para moderar o exercício do poder público em nome da liberdade individual. Contudo, já no decorrer do séc. XX, o poder foi-se desterritorializando – como bem o demonstraram Gustavo Zagrebelsky, Ulrich Beck, Zygmunt Bauman. Vivemos crescentemente com inúmeros poderes de facto de carácter transversal, sem qualquer elemento de conexão com o tradicional poder do Estado ([1] Silveria, 2022).

Assim, nas sociedades algorítmicas nas quais nos foi dado viver, o poder público já não é o único “vilão” da restrição das liberdades, pois a *Internet* também já não é o espaço idílico da liberdade dos primeiros tempos. As plataformas digitais (sobretudo os “gigantes da *Internet*”, empresas conhecidas por *BigTech*) exercem atualmente um poder quase público – regulam, executam, dirimem conflitos de interesses (Gregorio, 2022). Isto exige que se repense se, e em que medida, o constitucionalismo que temos atende aos desafios da era digital.

Em junho de 2023, o Parlamento Europeu (PE) adotou a sua posição sobre a negociação do Regulamento da IA – que, por sua vez, visa regular o desenvolvimento e a utilização da IA na Europa (Parlamento Europeu, 2023). À tomada de posição do PE seguem-se as negociações em trílogos (nos quais intervêm o PE, o Conselho da União e a Comissão Europeia), tendo o Conselho deliberado sobre a sua posição em dezembro de 2022. O Regulamento da IA só será aplicado em toda a União Europeia (UE) se os legisladores (PE e Conselho) chegarem a acordo sobre uma redação final.

O Regulamento da IA segue uma abordagem baseada no risco, ou seja, estabelece obrigações para quem fornece e para quem utiliza sistemas de IA, de acordo com o nível de risco que a aplicação do sistema de IA implica: o risco é elevado, é baixo, é mínimo? Por outras palavras, há uma hierarquização dos riscos, e aos diferentes níveis de risco corresponderá mais ou menos regulação, mais ou menos imposições, mais ou menos restrições. A posição do PE, mesmo introduzindo mais salvaguardas (por exemplo, quanto à IA generativa, atualmente vulgarizada por conta do *ChatGPT*), não se afasta da ideia de que o Regulamento deve proteger os cidadãos sem pôr em causa a inovação tecnológica. Para tanto, os sistemas com um nível inaceitável de risco para a segurança das pessoas devem ser proibidos – e o PE alargou a lista de utilizações de IA proibidas a partir da proposta original da Comissão.

É o caso, por exemplo, dos sistemas utilizados para classificar as pessoas com base no seu comportamento social ou nas suas características pessoais (como os sistemas de controlo social ao estilo chinês); dos sistemas de reconhecimento de emoções no local de trabalho e nos estabelecimentos de ensino; dos sistemas de policiamento preditivo baseados na definição de perfis ou em comportamentos criminais anteriores; dos sistemas de identificação biométrica à distância e em tempo real (como o reconhecimento facial) em espaços acessíveis ao público, etc.

Neste contexto, é importante questionar se estas normas são efetivamente suficientes para garantir que a IA desenvolvida e utilizada na UE respeita plenamente os direitos e princípios europeus, incluindo a segurança, a privacidade, a transparência e a não discriminação. Além disso, há que ponderar até que ponto estas normas garantem um controlo humano adequado dos processos relacionados com a IA (pelo menos dos sistemas que têm um impacto significativo nos direitos fundamentais), tal como proposto pelos cidadãos na Conferência sobre o Futuro da Europa. Essas matérias suscitam-nos muitas dúvidas...

De facto, este Regulamento sobre a IA está a ser negociado há dois anos e, quando for implementado, existirão realidades digitais para as quais não foi originalmente concebido, à semelhança do que aconteceu com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), ou do que acabará por acontecer com o Regulamento sobre os Serviços Digitais, a ser aplicado a partir de fevereiro de 2024. E por quê? Porque as normas que regulam a utilização de tecnologias digitais nascem tendencialmente obsoletas, na medida em que o Direito não consegue acompanhar o ritmo do atual desenvolvimento tecnológico. O Direito sempre atuou em tempo diferido e não em tempo real.

A grande dificuldade da regulamentação da IA é definir o que é regulável ou não neste domínio, sobretudo porque os quadros jurídicos tradicionais nem sempre funcionam para a IA. De facto, aqui será necessária a cooperação entre as várias áreas do conhecimento, devendo os juristas interpretar as soluções jurídicas disponíveis de forma adequada aos novos desenvolvimentos tecnológicos – e, sobretudo, será necessário um esforço concertado dos próprios cientistas e engenheiros informáticos, a fim de desenvolverem a IA de forma alinhada com os valores aceites na UE.

No entanto, vale a pena sublinhar que é certamente melhor ter alguma regulamentação neste domínio do que nenhuma. Ou seja, é preferível que os sistemas de IA generativa tenham de revelar que o conteúdo foi gerado por IA – uma obrigação introduzida pelo PE –, a fim de ajudar-nos a distinguir as técnicas de manipulação de imagem, ou seja, a discernir o que é “real” do que não é. É certamente preferível regulamentar a qualidade dos dados de treino utilizados por algoritmos de aprendizagem, a fim de exigir-se um padrão de governação de dados à altura do risco em causa. É certamente preferível prever um direito de explicação sobre as decisões tomadas com base em sistemas de IA – pelo menos os sistemas que têm um impacto significativo no exercício dos direitos fundamentais.

De todo modo, os indivíduos precisam de ser informados sobre as limitações do Direito nesta matéria – e de ser alertados para a escolha civilizacional que

estamos todos a fazer. A IA é uma tecnologia que contraria os modelos estabelecidos de ordenação e explicação do mundo, na medida em que apresenta padrões e previsões que os seres humanos são incapazes de discernir e de conceptualizar; a IA não opera no domínio da razão humana, para a qual conceitos como causalidade e intenção são relevantes; os padrões que emergem dos sistemas de IA são inacessíveis à consciência humana e frequentemente inexprimíveis em linguagem humana – e os engenheiros informáticos não conseguem explicar como é que alguns sistemas de IA chegaram a um determinado resultado (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2021).

É verdade que habitualmente utilizamos tecnologias que não explicamos nem controlamos – e fazemo-lo por uma questão de comodidade. No entanto, a explicabilidade dos sistemas de IA é fundamental – e, sobretudo, a razoabilidade dos processos dos quais resultam inferências produzidas por algoritmos de aprendizagem (Silveira, 2023) –, porque estamos perante um fenómeno de natureza diferente. Por outras palavras, na presença de sistemas de IA, a razão humana deixa de ser a única forma de inteligência aplicada à compreensão da realidade (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2021).

Ora, quando a razão humana deixar de ter o papel exclusivo na exploração e configuração da realidade, quando aceitarmos a IA como um adjunto das nossas próprias percepções e pensamentos, como nos veremos a nós próprios e ao nosso papel no mundo? Isto releva porque, quando não é evidente a razão pela qual se chegou a um dado resultado, não é possível avaliar as mudanças necessárias para chegar-se a uma solução distinta, nem é possível contestar de forma adequada e coerente um resultado desfavorável (Silveira; Costa, 2023).

No contexto da reflexão sobre a IA e os seus benefícios para a sociedade em vários domínios – saúde, transportes, energia, educação, etc. –, somos rapidamente confrontados com uma miríade de desafios que este novo paradigma levanta, especialmente quanto à forma como pensamos os seres humanos e como moldamos as sociedades nas quais desejamos viver. De facto, a IA desafia as noções existentes de segurança, direitos humanos e governação

(WILNER, 2018, p. 316), e há uma necessidade crescente de os governos e as sociedades aprenderem a gerir este avanço tecnológico. É fundamental discutir até que ponto dispomos de modelos suficientes para enveredar por este novo caminho sem colapsar – porque a IA pode vir a iludir-nos.

Recentemente, Geoffrey Hinton, psicólogo cognitivo e engenheiro informático – e um dos maiores especialistas em IA –, explicou tal preocupação numa entrevista a Fareed Zacaria (CNN, 2023), revelando que há apenas alguns meses teve uma espécie de epifania. Desde que começou a trabalhar em IA, Hinton queria desenvolver uma tecnologia que se aproximasse, que imitasse o cérebro humano, mas partindo sempre do princípio de que o cérebro seria muito superior. No entanto, apercebeu-se rapidamente de que o algoritmo que estava a desenvolver já podia ser melhor do que o cérebro humano – e que, se fosse aumentado, seria mais inteligente do que os seres humanos, porque os computadores em rede aprendem instantaneamente. Ou seja, quando um aprende algo, todos aprendem – e cada um aprende coisas diferentes e transmite essas mesmas informações aos outros simultaneamente. Pelo contrário, a transmissão de conhecimentos entre humanos não funciona assim, é muito mais lenta e trabalhosa. Isto é preocupante porque não existem exemplos prévios de uma inteligência superior que seja controlada por uma inteligência inferior. Continuará a trabalhar para os humanos quando porventura adquirir consciência e se tornar mais "inteligente"? E por que motivo não os enganaria quanto ao funcionamento de infraestruturas críticas, por exemplo?

Alguns neurocientistas rejeitam a ideia de que o cérebro humano possa vir a ser ultrapassado por máquinas. Miguel Nicolelis, por exemplo, defende que o ecossistema digital não é capaz de reproduzir fielmente os processos mentais, nem de emular o poder humano de criação e invenção. O autor de "O verdadeiro criador de tudo" explica como o cérebro humano evoluiu para se tornar um computador orgânico sem rival no universo conhecido, principalmente devido a três propriedades fundamentais: a sua maleabilidade para se adaptar e aprender; a sua capacidade para permitir que vários indivíduos sincronizem as suas mentes em torno de uma tarefa, objetivo ou crença; e a sua incomparável capacidade de

abstração. Admite, no entanto, que a inteligência corre o risco de ser moldada por algoritmos e empobrecida, numa espécie de distrofia das capacidades potenciais do cérebro humano (Nicoletti, 2021).

Por outro lado, o neurocientista António Damásio já reconheceu a possibilidade de “máquinas que sentem”. Isto poderia abrir novos caminhos na história da IA, especialmente da robótica, uma vez que o universo dos afetos é a base da inteligência superior que as mentes conscientes têm vindo a desenvolver, expandir e impor. Segundo Damásio, as máquinas com sentimentos desenvolveriam elementos funcionais relacionados com a consciência, uma vez que os sentimentos fazem parte do caminho para a consciência – mas esses sentimentos não seriam iguais aos dos seres vivos (Damásio, 2020), não se conseguindo prever exatamente como seriam.

O que é certo é que este debate está atrasado, uma vez que, como escreveu Miguel Pinares Maduro recentemente num artigo no jornal “Expresso”, a IA não está apenas a mudar as nossas vidas, está a mudar o que é a humanidade (Maduro, 2023, p. 37). Aqui está a questão crucial: como é que a evolução da IA vai afetar a percepção, a cognição, a interação humana? (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2021).

De facto, a questão é mais complexa do que a mera regulamentação da utilização da IA, porque a IA coloca problemas sobre a compreensão da realidade e o papel do ser humano nessa realidade. Como alertou Geoffrey Hinton, não é tão simples como controlar as alterações climáticas: para isso temos uma receita, que passa pela redução das emissões de carbono e dos gases com efeito de estufa. É um projeto dispendioso, mas sabemos o que fazer para alcançar a transição ecológica. No entanto, no que se refere à IA, ainda não temos clareza sobre os passos a dar (Silveira; Costa, 2023).

De todo modo, voltando a Ulrich Beck e ao entendimento de “metamorfose do mundo”, as preocupações da sociedade atual não se reduzem a tornar a natureza útil, mas envolvem também, e essencialmente, questões que resultam do próprio desenvolvimento técnico-económico – e, nessa medida, tal

desenvolvimento se converte no seu próprio objeto de discussão (Beck, 1992, p. 19). Por isso é urgente a procura de teorias que nos permitam conceber a novidade, viver e agir dentro dela.

Nesta senda, temos defendido a necessidade de um conceito integrativo de sustentabilidade que contemple também a componente tecnológica – para além das clássicas componentes ambiental, económica e social. Ou seja, importa deslindar de que forma as tecnologias digitais podem ser colocadas ao serviço da sustentabilidade, como paradigma de vivência comunitária global no século XXI, transformando a natureza do desenvolvimento económico, o sentido da inclusão social e o desafio da proteção ambiental (Silveira; Abreu; Coelho, 2020).

De resto, há quem considere a sustentabilidade como o princípio de um novo paradigma secular, do género daqueles que se sucederam no desenvolvimento do constitucionalismo moderno: o humanismo no século XIX, a socialidade no século XX, a sustentabilidade no século XXI (Canotinho, 2012). Há anos que Peter Häberle tem vindo a afirmar que é tempo de considerar a sustentabilidade como um elemento estrutural típico da comunidade política que designamos por Estado constitucional. E assim o é, como explica Gabriel Real, por forma a que a sociedade global possa perpetuar-se indefinidamente no tempo em condições que assegurem a dignidade humana (Ferrer, 2014).

Com efeito, o conceito de sustentabilidade – quer na sua dimensão analítica (descritiva), como na sua dimensão normativa (prescritiva) – deve igualmente compreender a forma como os contínuos desenvolvimentos tecnológicos impactam e interagem na economia (mundial), na sociedade (global) e no ambiente (sem fronteiras) do planeta. E, assim, orientar o caminho tendente a um crescimento económico socialmente inclusivo, ambientalmente sustentável e tecnologicamente equitativo. Enquanto fórmula sinérgica da complexidade das dinâmicas económicas, sociais, ambientais e tecnológicas que interagem no processo de desenvolvimento, a sustentabilidade perfila-se como conceito matricial da chamada era digital, definindo as condições e os pressupostos para a regulamentação jurídica em contexto de evolução permanente (Silveira, 2022).

Nesta medida, a tecnologia não é apenas um fator determinante para o tratamento das outras dimensões tradicionais da sustentabilidade – mas sim uma dimensão autónoma da sustentabilidade. Isto porque isoladamente considerada, a tecnologia pode inviabilizar uma evolução sustentável e pôr fim à humanidade. Importa, pois, assegurar que a tecnologia está ao serviço das outras dimensões da sustentabilidade, mas também que não seja ela própria a geradora do colapso civilizacional que importa evitar (Silveira, 2022).

Por esse motivo o debate sobre sustentabilidade entronca naquele sobre direitos humanos. Tem-se afirmado que a melhor maneira de encarar os direitos humanos hoje consiste em olhar para a forma como estes operam no mundo (Beitz, 2003, p. 38). De facto, em termos concretos, o “manual” dos direitos humanos constitui um guia central para o desenvolvimento presente e futuro da boa governança. Tanto as ideias como as práticas dos direitos humanos surgiram a partir das transformações sociais, económicas e políticas da modernidade (Donnelly, 2007, p. 287), e este entendimento contribui para assimilar a teoria geracional dos direitos humanos – *i.e.*, as três gerações de direitos humanos criadas e solidificadas ao longo de contextos históricos específicos.

Ora, atualmente, são várias as transformações e os desenvolvimentos sem precedentes históricos enfrentados pela humanidade. Como sublinha Austin Choi-Fitzpatrick,

“[...] as transformações nas esferas geopolítica, energética, ecológica e biotecnológica transformarão quase certamente o status quo dos direitos humanos e conduzirão [...] à consolidação da evolução dos direitos. No centro deste esforço está o argumento de que os direitos humanos são um campo dinâmico, e não uma entidade estática, e este dinamismo é menos teleológico do que a metáfora das gerações tende a sugerir” (Choi-Fitzpatrick, 2022, p. 5).

No contexto destes novos desenvolvimentos, encontramos a IA como uma inovação dinâmica, em permanente evolução, que se imiscui em vários campos de atuação na sociedade. Os avanços tecnológicos têm o potencial de impactar

significativamente as normas e as instituições (Choi-Fitzpatrick, 2022, p. 10), sendo “à luz das possibilidades avassaladoras do mundo digitalizado” – e *algoritmizado*, perante a ubiquidade dos sistemas da IA – “que, entre os direitos humanos da quarta geração, deve haver direitos epistémicos substancialmente reforçados para proteger a condição humana nos mundos de vida digitais” (RISSE, 2021, p. 365). De facto, Risse aborda a ideia de uma quarta geração de direitos humanos, à luz dos desenvolvimentos de sobrepeso da tecnologia e a sua aplicação dinâmica e constante no dia-a-dia nas sociedades, em vários domínios e nas instituições públicas.

Tomemos, a título de exemplo, o debate em torno da teoria do “transhumanismo” – movimento que promove uma abordagem interdisciplinar para a compreensão e avaliação das oportunidades para melhorar a condição humana através dos avanços da tecnologia. Esta visão considera possível e desejável ultrapassar determinados limites biológicos do ser humano (Bostrom, 2008) – e, entre outros valores, defende o bem-estar de todos os sencientes, nomeadamente da IA (Bostrom, 2008, p. 12). Num manifesto escrito por Sarah Spiekermann, e subscrito por outros investigadores, a autora alerta para os perigos deste movimento e das suas fundações – nomeadamente, o facto de os “transhumanistas” considerarem que a falibilidade humana possa ser atenuada com os avanços tecnológicos, por exemplo, através da introdução de ferramentas de IA, levando a um estado de evolução otimizado do ser humano.

Além disso, a autora destaca que o movimento “transhumanista” tende a desvirtuar a condição humana, reduzindo o ser humano a um objeto de informação, quando, na verdade, este constitui uma entidade essencialmente de “sentido” – *i.e.*, “estamos conscientes do «mundo» através do significado que nele descobrimos, e este estado holístico (e em tempo real) de significação é fenomenologicamente distinto do *output* de uma máquina que se baseia sempre em alguns processos mais ou menos previsíveis, muitas vezes sequenciais, que correspondem ao processamento de informação” (Spiekermann, 2017, p. 3).

De resto, como destaca Mathias Risse, “para os seres humanos, o questionamento – a recolha sistemática de informação através da linguagem ou de outra forma – é uma busca essencial”. E esta indagação humana não consiste somente num exercício racional estanque, pois compreende a receção e compreensão de inputs dos domínios da história, da ética, da sociologia e/ou da ciência política (Risse, 2021, p. 357).

Nesta senda, é defensável que as ferramentas de IA podem conduzir à vaporização dos percursos mentais inerentes ao raciocínio humano – o que se prende com a forma como rapidamente se deu poder à IA para enfrentar e resolver problemas essencialmente sociais (e não tecnológicos) (Završnik, 2020, p. 580). O risco aqui é o da habituação, ou seja, a lenta delegação de tarefas na IA pode levar os seres humanos a confiar demasiadamente e a não identificar fragilidades nas soluções facultadas– e, em última análise, reconhecer a violação de direitos.

Ora, os sistemas de aprendizagem automática, como o próprio nome sugere, aprendem sozinhos – e podem chegar a resultados não desejados por quem originalmente os programou. Não é propriamente simples evitar o chamado viés algorítmico – seja accidental ou deliberado; os resultados facultados pelo sistema de IA podem estar viciados e o supervisor não consegue identificar o vício. Nesta medida, o problema de fundo não se resolve acautelando a intervenção humana sempre que se utilizem sistemas de IA. De que vale a intervenção humana se o supervisor não consegue compreender como foi que a IA chegou a um dado resultado? Como é que o ser humano vai validar o resultado que está a receber se não o compreende?

Diante de tal autonomia dos sistemas automatizados, vários problemas jusfundamentais se levantam. Por exemplo, como evitar que os algoritmos de aprendizagem perpetuem a discriminação subjacente aos dados a partir dos quais aprendem e se desenvolvem – seja em função do sexo, idade, origem étnica, orientação sexual, convicções religiosas / filosóficas / políticas, etc.? Certamente, os processos decisórios humanos não estão imunes a erros e

preconceitos. No entanto, o mesmo preconceito no âmbito de um sistema de IA pode ter um efeito em escala muito maior, afetando e discriminando muitas pessoas sem os mecanismos de controlo social que regem o comportamento humano (Silveira; Froufe; Abreu; Perez, 2018).

A proteção jurídica oferecida pela legislação antidiscriminação é desafiada quando os sistemas de IA, não seres humanos, discriminam. Humanos discriminam em função de atitudes negativas (preconceitos) por vezes não intencionais (estereótipos) que sinalizam as vítimas quando uma discriminação ocorre. Contudo, uma sinalização equivalente não ocorre com a discriminação perpetrada por sistemas de IA. Comparada com as tradicionais formas de discriminação, aquela automatizada é mais abstrata, sutil, intangível e não intuitiva – ou seja, mais difícil de detetar. Assim, o crescente uso de algoritmos de aprendizagem perturba a efetividade dos procedimentos e remédios jurídicos tradicionais, concebidos para discriminações predominantemente baseadas na intuição – e para as quais releva o impacto produzido na esfera jurídica do discriminado (Wachter; Mittelstadt; Russell, 2020).

De todo modo, os problemas jusfundamentais excedem à chamada discriminação algorítmica, porque os fenómenos de segmentação e de definição de perfis, por exemplo, recorrem cada vez mais à utilização de ferramentas de IA, sendo destinados à análise e/ou previsão de aspetos associados ao desempenho pessoal no trabalho, à situação económica, ao estado de saúde, às preferências pessoais, aos interesses, à credibilidade, ao comportamento, à localização e aos movimentos, etc. ([2] Silveira, 2023). Não existe um acesso explícito e claro à forma como as categorizações e inferências são realizadas utilizando aplicações de IA – o que impede os indivíduos de contestarem adequadamente tais práticas, isto *quando e se* delas tiverem conhecimento. Em que medida seria juridicamente justificável a integração de um indivíduo num dado grupo – ou seja, a sua compartimentação – para daí extrair conclusões que lhe são porventura desfavoráveis e baseadas em características / comportamentos de outrem? Em que medida isto afeta o exercício das suas escolhas pessoais ou as condições da sua autonomia individual? (Costa, 2023).

Para concluir, tem razão Francisco Balaguer quando afirma que o âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos assemelha-se hoje a uma espécie de relicário (Callejón, 2023). É assim porque, na era digital, o poder estatal que as constituições democráticas regulam é hoje incapaz de os preservar e garantir com eficácia. Diante dos desafios com que o constitucionalismo contemporâneo se vê confrontado, talvez seja útil voltar às origens para equacionar uma possível solução. E, como sabemos, na origem da trilogia “Estado de direito, democracia, direitos fundamentais” está a dignidade humana e a autonomia pessoal.

Como explicou o Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro nas suas Conclusões no processo C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:61), a dignidade humana implica, no seu nível mínimo, o reconhecimento da igualdade de valor de todos os indivíduos. Mesmo quando estamos em profundo desacordo sobre questões de moralidade política, de estrutura das instituições políticas, ou de funcionamento dos nossos Estados democráticos, continuamos, ainda assim, a partilhar de um compromisso para com este princípio fundamental. A autonomia pessoal é um valor de igual relevância, mas diferente. Dela decorre que os indivíduos devem poder traçar e conduzir o curso das suas vidas através de uma sucessão de escolhas entre diversas opções válidas.

Quando tudo mais estiver em causa, convém apontar no sentido deste farol.

Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Lisboa: Edições 70, 2017.

BECK, Ulrich. *Risk Society*. Sage Publications: 1992.

BEITZ, Charles. What Human rights mean, *Daedalus, On International Justice*, v. 132, n. 1, 2003, disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/20027821.pdf?refreqid=excelsior%3A50f2c86c0e0b2d1b1e2beb8d643743e2&ab_segments=&origin=&acceptTC=1.

BOSTROM, Nick. Transhumanist values, *Journal of philosophical research*, 2005.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Constituição do Algoritmo*, Editora Forense, 2023.

CANOTILHO, Gomes. *Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXXVIII, tomo I, 2012.

CHOI-FITZPATRICK, Austin. The Future of Human Rights, *Carr Center for Human Rights Policy*, Harvard Kennedy School, 2022, disponível em: https://carrcenter.hks.harvard.edu/files/cchr/files/22_choi-fitzpatrick.pdf.

CNN. *On GPS: does AI already threaten humanity?*, disponível em: <https://edition.cnn.com/videos/tv/2023/06/11/exp-gps-0611-hinton-on-ai-threat-to-mankind.cnn>.

COSTA, Maria Inês. The legal concept of discrimination by association: where does it fit into the digital era?, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 9. No. 1, 15–27, julho/2023. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/5206>.

DAMÁSIO, António. *Sentir & saber – a caminho da consciência*, Temas e Debates, Lisboa: Bertrand, 2020.

DOMINGOS, Pedro. *A revolução do algoritmo mestre. Como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*, Lisboa: Letras & Diálogos, 2017.

DONNELLY, Jack. The relative universality of human rights, *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 2, 2007, disponível em: https://www.uhasselt.be/Documents/UHasselt/onderwijs/internationaal/noord-zuid_2015/Donnelly_the_relative_universality_of_human_rights.pdf.

FERRER, Gabriel Real. *La sostenibilidad tecnológica y sus desafíos frente al Derecho*. Oficina Regional para a América Latina y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA-UNEP), 2014, disponível em:

https://www.academia.edu/11395101/LA_SOSTENIBILIDAD_TECNOL%C3%93GICA_Y_sus_desaf%C3%ADos_frente_al_Derecho.

GREGORIO, Giovanni. *Digital constitutionalism in Europe. Reframing rights and powers in the algorithmic society*, Cambridge University Press, 2022.

KISSINGER, Henry; SCHMIDT, Eric e HUTTENLOCHER, Daniel. *A era da inteligência artificial. Alfragide: Dom Quixote*, 2021.

MADURO, Miguel Poiares. "O fim ou um novo início?", *Expresso*, 16 de junho de 2023.

NICOLELIS, Miguel, *O verdadeiro criador de tudo – como o cérebro humano moldou o universo tal como o conhecemos*. Elsinore, 2021.

PARLAMENTO EUROPEU. AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence, *Press Release*, 11 de maio de 2023, disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence>.

RISSE, Mathias, The Fourth Generation of Human Rights: Epistemic Rights in Digital Lifeworlds, *Moral Philosophy and Politics*, v. 8, n. 2, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1515/mopp-2020-0039>.

SILVEIRA, Alessandra [1], Horizontal integration and Union based on the rule of law, *In O Estado de direito na União Europeia - The rule of law in the European Union*, RODRIGUES, Anabela Miranda; MACHADO, Jónatas; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (coordenação). Instituto Jurídico - Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, 2022, disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/104159/1/RuleOfLaw_Livro.pdf.

SILVEIRA, Alessandra. Estado de direito e metamorfose do mundo (a propósito do Pacto Ecológico Europeu). *In E-book do VI Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. LEAL, Rogério Gesta; CANO, Carlos Aymerich; SILVEIRA, Alessandra (coordenação). São Paulo: Editora Dialética, 2022, ISBN 978-65-252-4661-1.

SILVEIRA, Alessandra. Automated individual decision-making and profiling [on case C-634/21 - SCHUFA (Scoring)], *UNIO - EU Law Journal*, vol. 8, No. 2, março/2023. DOI: <https://doi.org/10.21814/unio.8.2.4842>.

SILVEIRA, Alessandra [2]. Finally, the ECJ is interpreting Article 22 GDPR (on individual decisions based solely on automated processing, including profiling), *The Official Blog of UNIO – Thinking and Debating Europe*, 10 de abril de 2023. Disponível em: <https://officialblogofunio.com/2023/04/10/finally-the-ecj-is-interpreting-article-22-gdpr-on-individual-decisions-based-solely-on-automated-processing-including-profiling/>.

SILVEIRA, Alessandra. *Profiling and cybersecurity: a perspective from fundamental rights' protection in the EU*. In *Legal developments on cybersecurity and related fields*. ANDRADE, Francisco; ABREU, Joana; FREITAS, Pedro (coordenação). Cham/Suíça: Springer International Publishing, em edição.

SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana; COELHO, Larissa (coordenação). *Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável (edição comemorativa de uma década do Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho)*. Braga: Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação e EDUM, 2020, disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/66584/3/Sustentabilidade%20Tecnologica_Edicao%20Comemorativa%20MDUE.pdf.

SILVEIRA, Alessandra; COSTA, Maria Inês, Regulating Artificial Intelligence (AI): on the civilisational choice we are all making, *The Official Blog of UNIO – Thinking and Debating Europe, Editorial 2023*, 17 de julho de 2023.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro; ABREU, Joana; PEREZ, Sophie. *Sustentabilidade tecnológica e discriminação algorítmica: o problema da regulamentação de algoritmos de aprendizagem*, In *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. LEAL, Rogério; SILVEIRA, Alessandra; CANO, Carlos (coordenação). Universidade da Coruña, Corunha/Espanha: Bubok Editorial, 2018, disponível em:

<https://www.bubok.es/libros/258035/IV-SEMINARIO-INTERNACIONAL-HISPANOLUSOBRASILEIRO-SOBRE-DIREITOS-FUNDAMENTAIS-E-POLITICAS-PUBLICAS>.

SPIEKERMANN, Sarah, The Ghost of Transhumanism & the Sentience of Existence, *Manifesto*, 9 de junho de 2017, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3617635>.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Why fairness cannot be automated: bridging the gap between EU non-discrimination law and AI. (3 de março, 2020). *Computer Law & Security Review*, 41, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3547922>.

WILNER, Alex. Cybersecurity and its discontents: Artificial intelligence, the Internet of Things, and digital misinformation, *International Journal*, v. 73, n. 2, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/0020702018782496>.

ZAVRŠNIK, Aleš. Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights, *ERA Forum* 20, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>.

DOMINAÇÃO SOCIAL, (DES)INFORMAÇÃO E *MEDIA*: MANIPULAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL

Ricardo de Macedo Menna Barreto¹

1. Introdução

A presente comunicação, neste momento resumidamente apresentada, tem por objetivo propor um estudo jurídico crítico-discursivo sobre a dominação social exercida pelos *media* em um contexto sócio-tecnológico.

Enfatizaremos, neste sentido, as liberdades de expressão e informação em um cenário de dominação social marcado pela manipulação da opinião pública pelo discurso mediático.

Utilizaremos, para tanto, os Estudos Críticos do Discurso de Teun A. van Dijk, instrumental teórico-metodológico para a análise crítica de distintos discursos sociais, como o mediático, o qual também vem servindo para uma renovação da Crítica do Direito².

¹ Doutor em Direito. Professor Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal.

² Cfe. propomos em MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, *Estudos Críticos do Discurso Jurídico*, Campinas/SP, Pontes Editores, 2021.

2. Dominação social na era digital

A análise e a revelação do papel do discurso na (re)produção da dominação social é um dos principais objetivos tanto da *Análise Crítica do Discurso* (ACD)³, como dos *Estudos Críticos do Discurso* (ECD) de Teun A. van Dijk⁴. Em ambas perspectivas, a ideia de dominação dificilmente se desvincula do abuso de poder, pois as mais diversas formas de abuso de poder acabam por resultar sempre em algum tipo de dominação. É este, pois, o entendimento de van

Dijk, ao afirmar que dominação é:

*"[...] uma noção que implica a dimensão negativa de 'abuso' e também a dimensão de injustiça e de desigualdade, isto é, todas as formas ilegítimas de ação e de situações"*⁵.

Nesse sentido, faz-se necessário entender o que van Dijk define por *abuso de poder*: trata-se, com efeito, do uso *ilegítimo* do poder, significando:

*"[...] a violação de normas e valores fundamentais no interesse daqueles que têm o poder e contra o interesse dos outros. Os abusos de poder significam a violação dos direitos sociais e civis das pessoas"*⁶.

Há, pois, como facilmente se percebe, uma evidente preocupação dos ECD com problemas próprios (ou mesmo centrais) do Direito. Ademais, isso também fica evidenciado quando van Dijk afirma que a questão crucial dos ECD é saber:

³ PEDRO, Emília Ribeiro, "Análise Crítica do Discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos"; *In*: PEDRO, Emília R. (Ed.), *Análise Crítica do Discurso*, Lisboa, Editorial Caminho, 1997, p. 25. Nesse sentido, ver também: FAIRCLOUGH, Norman, "Critical discourse analysis as a method in social scientific research"; *In*: WODAK, Ruth and MEYER, Michael, *Methods of Critical Discourse Analysis*, London, SAGE Publications, 2002.

⁴ DIJK, Teun A. van, *Discurso e Poder*, Org. Hoffnagel, Judith e Falcone, Karina, Trad. Hoffnagel, J. *et al.*, 2ª ed., 1ª reimpressão, São Paulo, Contexto, 2012, pp. 28 e ss.

⁵ DIJK, Teun A. van, *Discurso e Poder*, *Op. cit.*, p. 28.

⁶ *Idem*, p. 29.

“[...] quais das diferenças de poder são legítimas na visão dos padrões de justiça e equidade de hoje, ou na base dos direitos humanos internacionais, e quais representam casos de uso ilegítimo de poder”⁷.

Entre as diferentes formas de abuso de poder, interessa-nos estudar, no presente artigo, as práticas manipulatórias por parte dos *media*. Este abuso pode ser percebido no momento em que o acesso, a recepção e a difusão de pensamentos e experiências, de opiniões e notícias, por parte dos meios de comunicação, deixam de se orientar pelos princípios democráticos⁸. Ora, em nossas pesquisas temos percebido que sob o pretexto de informar, os *media* muitas vezes criam um cenário eivado de opiniões tendenciosas, manipulatórias e mesmo marcadas pelo preconceito com certas classes sociais, criando um perigoso espaço para a propagação de ideologias, preconceitos e desrespeito no campo mediático. O perigo desta liberdade informacional vem se intensificando na medida em que atualmente os *media* tradicionais (televisão, rádio, jornais etc.) vêm conquistando um espaço cada mais crescente na sociedade, devido, sobretudo, ao poder de propagação de informações pelo uso em larga escala da Internet. Nesse sentido, nas duas primeiras décadas deste século, vimos os *media* encontrarem na rede mundial de computadores um espaço privilegiado para apresentar as suas agendas ideológicas. O problema aqui é que podemos encontrar, no meio mediático, a propagação de ideologias carregadas de preconceito e de estímulo à segregação social, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar em estudos de caso anteriores⁹.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 30.

⁸ Cfe. JORGE, João Teixeira Fernandes, “Reflexões acerca da Atividade dos Meios de Comunicação à Luz da Constituição Federal”; *In: Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (Unibrasil)*, Curitiba-PR, Vol. 3, N.º. 26, pp. 31-55, dezembro de 2016. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/888>>, Acesso em: 22 de junho de 2017, p. 42.

⁹ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, “Ideología y Prejuicio en el Discurso Judicial: estudio de caso desde una Crítica Lingüística del Derecho”; *In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, v. LIII, pp.

3. Informação, liberdade de expressão e *media*

Um dos problemas centrais que envolvem os *media* hoje é o de como impor certos limites ao seu papel de (des)informar a sociedade. Trata-se de questão que, vista sob certa perspectiva, vincula-se às liberdades de informação e expressão. Aliás, a relação entre liberdade de expressão e os *media* é muito bem destacada por Paulo Ferreira da Cunha, quando este importante jurista português afirma que,

"[...] ao abrigo da protectora capa da liberdade de expressão, podemos ter televisões que fomentam simultânea e paradoxalmente a violência, o consumismo, o hedonismo, a subserviência acrítica, e podem bem influenciar o veredicto popular nas urnas, não respeitando as normas de direito eleitoral, ou até privilegiando certos partidos ou candidatos. Em geral, sucede coisa idêntica com aqueles meios de comunicação social que, vendendo sensacionalismo, vasculham as vidas privadas, em busca de escândalo, e displicentemente torcem as notícias – pela mera busca da bela frase, pelo simples encadeamento da mesma, ou pela preguiça de entender o que se lhe diz".¹⁰

Como explicado por Ferreira da Cunha, a liberdade de expressão surge hoje como uma espécie de "capa", a partir da qual busca-se proteger normativamente uma série de atos, por vezes abusivos, dos *media*. Assim, faz-se necessário questionar o papel dos *media* e a sua eventual invocação a esta capa protetora (a liberdade de expressão) em um contexto de dominação social marcado pela manipulação da opinião pública. Com efeito, é manipulando a opinião pública que os *media* tentam estabelecer uma visão de mundo ideologicamente unívoca, que prevaleça a qualquer preço acima das outras, muitas vezes desrespeitando a

10531085, México, 2020. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/15799>>, Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

¹⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da, *Res Publica, Ensaios Constitucionais*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 178-179.

diversidade social e excluindo pessoas e/ou grupos. Todavia, isso parece um tanto estranho em um contexto democrático, visto que a democracia não existe fora do reconhecimento da diversidade das origens, das crenças e das opiniões, segundo sublinha Alain Touraine¹¹. Logo, a relação entre *media* e democracia pode ser vislumbrada quando reconhecemos que é o Estado quem zela (ou, pelo menos, deveria zelar) pelos valores da pluralidade, da democracia e da participação nos meios de comunicação¹².

Porém, sabemos que hoje este sistema de comunicação (baseado na empresa e no mercado) não está garantindo aos cidadãos o direito de informar e de ser informado. Confunde-se, segundo Pascual Serrano, o conceito de liberdade de comunicação com o de liberdade de imprensa, além de se reivindicar uma espécie particular de “direito à censura”, já que são os *media* que escolhem o que será ou não divulgado ao grande público¹³. Ora, a verdadeira função dos *media* em relação à democracia é a de promovê-la – e assim o fazem ao se tornarem mais acessíveis e mais responsáveis em seu agir, adverte Susan Moeller. Os *media* igualmente promovem a democracia ao colocarem mais informações à disposição da sociedade, trabalhando para garantir a precisão das notícias¹⁴.

Nesse sentido, entendemos que estratégias de manipulação, desinformação e de propagação de determinadas ideologias pelos *media* – como, por exemplo, apresentar interesses pessoais como universais, ou ocultar as contradições sociais – prestam um verdadeiro desserviço à democracia. Visando pensar estas

¹¹ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la Democracia?* Trad. Mauro Armiño, Madrid, Temas de Hoy, Ensayo, 1994, p.35.

¹² SERRANO, Pascual, “Democracia e Liberdade de Imprensa”, In: MORAES, Dênis (Org.), *Mídia, Poder e Contrapoder, Da concentração monopólica à democratização da informação*, Trad. de Karina Patrício, São Paulo, Boitempo, Rio de Janeiro, FAPERJ, 2013, p. 81.

¹³ SERRANO, Pascual, “Democracia e Liberdade de Imprensa”, *Op. cit.*, p. 81.

¹⁴ MOELLER, Susan D., “Media and Democracy”, In: BOLER, Megan (Ed.), *Digital Media and Democracy. Tactics in Hard Times*, Cambridge, MIT Press, 2008, p. 185.

questões é que trazemos, nesta pesquisa, os ECD de van Dijk, instrumental teórico apto a desamalgamar as diferentes camadas do discurso mediático, desvelando as estratégias linguísticas utilizadas no abuso de poder.

4. Estudos críticos do discurso e crítica do direito: desvelando o abuso de poder

Em um cenário de dominação social, entendemos que os Estudos Críticos do Discurso podem auxiliar a Crítica do Direito na combinação de aspectos teórico-metodológicos e empírico-sociais, para a estruturação de um pensamento jurídico crítico mais condizente com as complexas configurações da sociedade contemporânea¹⁵. Com efeito, ao preocuparem-se com a problemática da ideologia e da dominação social, os ECD fornecem um instrumental teórico-metodológico que pode dotar a Crítica do Direito de significativo alcance na análise empírica de certas problemáticas jurídico-sociais, como a ideologia e a dominação social.

Dito de outro modo, sugerimos que os ECD – ao fornecerem um instrumental teórico-metodológico que envolve a análise pragmática dos atos de fala, a análise retórica, a análise de narrativas e argumentações e de certas propriedades semióticas aplicáveis a diferentes discursos sociais – permitem que percebamos “empiricamente” a existência de práticas sociais ilegítimas, notadamente a manipulação social e o abuso de poder. Tal instrumental é de grande valia em um cenário de crescente complexidade informacional incrementado pelo uso em larga escala da Internet, pois hoje vemos diariamente como o discurso mediático comumente aposta, em uma mesma notícia (i. e., dispondo-a em um mesmo sítio, como uma página da internet, por exemplo), na dimensão visual – por meio não só de textos, mas de imagens – e auditiva do público. Isso exige, por certo, uma abordagem teórico-metodológica que permita o estudo das distintas dimensões do discurso mediático.

¹⁵ MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, *Estudos Críticos do Discurso Jurídico*, Campinas/SP, Pontes Editores, 2021.

É, portanto, desde a Crítica do Direito, metodologicamente amparada nos ECD de Teun van Dijk, que perceberemos como a manipulação social implica, no mais das vezes, em abuso de poder. Por isso não podemos ignorar situações nas quais o exercício ilegítimo ou inaceitável do poder ocorre, sendo importante o desvelamento de situações nas quais ocorre o exercício ilegítimo do poder. Exemplificativamente, podemos citar a manipulação utilizada pelos *media* na promulgação e reforço do seu próprio poder, servindo-se, para tanto, dos ardis mais diversos, tais como acobertamentos, distorções dos factos, etc.

Apresentaremos com mais detalhes, na versão final desta comunicação (sob a forma de um artigo), como o exercício desenfreado do poder discursivo pelos *media* leva, muitas vezes, ao abuso de poder e mesmo à violação de direitos. Ou seja, compreendendo o abuso de poder como dominação, procuraremos observar aquelas situações em que certos princípios sociais, jurídicos ou éticos foram violados no exercício do poder discursivo, criando um cenário de injustiça. Para tanto, como já referimos, a dominação será estudada especificamente a partir da violação aos limites da liberdade de informação e expressão por parte do poder mediático.

5. Referências

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Res Publica, Ensaios Constitucionais*, Coimbra, Almedina, 1998.

DIJK, Teun A. van, *Discurso e Poder*, Org. Hoffnagel, Judith e Falcone, Karina, Trad. Hoffnagel, J. *et al.*, 2ª ed., 1ª reimpressão, São Paulo, Contexto, 2012.

FAIRCLOUGH, Norman, "Critical discourse analysis as a method in social scientific research", *In: WODAK, Ruth and MEYER, Michael, Methods of Critical Discourse Analysis*, London, SAGE Publications, 2002.

JORGE, João Teixeira Fernandes, "Reflexões acerca da Atividade dos Meios de Comunicação à Luz da Constituição Federal", *In: Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (Unibrasil)*, Curitiba-PR, Vol. 3, N°. 26, pp. 31-55, dezembro de 2016.

Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/888>>, Acesso em: 22 de junho de 2017.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, "Ideología y Prejuicio en el Discurso Judicial: estudio de caso desde una Crítica Lingüística del Derecho", *In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, v. LIII, pp. 1053-1085, México, 2020. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/15799>>, Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, *Estudos Críticos do Discurso Jurídico*, Campinas/SP, Pontes Editores, 2021.

MOELLER, Susan D., "Media and Democracy", *In: BOLER, Megan (Ed.), Digital Media and Democracy: Tactics in Hard Times*, Cambridge, MIT Press, 2008.

PEDRO, Emília Ribeiro, "Análise Crítica do Discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos", *In: PEDRO, Emília R. (Ed.), Análise Crítica do Discurso*, Lisboa, Editorial Caminho, 1997.

SERRANO, Pascual, "Democracia e Liberdade de Imprensa", *In: MORAES, Dênis (Org.), Mídia, Poder e Contrapoder, Da concentração monopólica à democratização da informação*, Trad. de Karina Patrício, São Paulo, Boitempo, Rio de Janeiro, FAPERJ, 2013.

TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la Democracia?* Trad. Mauro Armiño, Madrid, Temas de Hoy, Ensayo, 1994.

DADOS ABERTOS E REUTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES DO SETOR PÚBLICO: A ECONOMIA DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA EM PROL DE UM QUADRO PRINCIPIOLÓGICO ADEQUADO À DÉCADA DIGITAL?¹

Joana Covelo de Abreu²

0.

Num momento em que a União Europeia vive a década digital e proclamou a necessidade de adensar o Mercado Único Digital pela densificação de uma efetiva economia de dados, a Diretiva de Dados Abertos representa um elemento normativo europeu essencial à observância destas finalidades. Desde logo, por ser capaz de promover a livre concorrência entre os vários agentes económicos, ao impor que as Administrações Públicas disponibilizem os dados não pessoais na sua posse de forma tendencialmente gratuita e, sempre que

¹ Algumas das considerações introdutórias aqui incluídas constam, em parte, na seguinte publicação: Joana Covelo de Abreu, “Open data and re-use of public information – smart cities as open data ecosystems”, Comments, 29.6.2023, Official Blog of UNIO, in <https://officialblogofunio.com/2023/06/29/open-data-and-re-use-of-public-information-smart-cities-as-open-data-ecosystems/> [acesso: 31.7.2023].

² Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado (doutorado) do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho. Membro da equipa científica do projeto “Smart Cities and Law, E. Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities”, com a referência NORTE-01-0145-FEDER-00006. Coordenadora do Módulo Jean Monnet eUjust “EU Procedure and credits’ claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm”, com a referência 611662-EPP-1-2019-1-PT-EPPJMO-MODULE (2019-2021).

possível, em formatos interoperáveis e legíveis por máquinas. Assim, cabe verificar se os princípios gerais da atividade administrativa da abertura, da reutilização da informação e de dados públicos e da transparência são revisitados, neste contexto, e se saem fortalecidos, partindo-se para tal reflexão a partir da sua conceptualização e de como se encontram introduzidos na Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital.

1.

No mesmo dia em que a União Europeia anunciou como previa construir o futuro digital da Europa³, adotou uma comunicação sobre a sua estratégia para os dados (pessoais e não pessoais)⁴, na medida em que visava equacionar o seu potencial disruptivo em termos económicos e recuperava o seu objetivo de criar e sedimentar uma economia dos dados, ou seja, uma economia capaz de, ao promover os valores europeus, se alavancar através do tratamento de dados nos mais variados setores de atividade, melhorando a vida dos cidadãos.

Afinal, as tecnologias de informação e comunicação assim como o ambiente digital têm assumido, nos anos que correm, um papel não negligenciável na vida de todos – “têm vindo a transformar a economia e a sociedade, afetando todos os setores de atividade e a vida quotidiana de todos os europeus”⁵.

Tal é assim pois os dados são capazes de ter um papel particularmente relevante na otimização de um conjunto amplo de serviços, como é o caso da medicina personalizada, de novos serviços de mobilidade e da consecução dos objetivos ínsitos ao pacto ecológico europeu.

³ Comissão Europeia, Shaping Europe’s digital future, February 2020, in https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf [acesso: 12.5.2023]

⁴ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma estratégia europeia para os dados”, Bruxelas, 19 de fevereiro de 2020, COM (2020) 66 final.

⁵ Idem, p. 1.

É expectável que, em 2025, o volume de dados produzidos, no mundo, se cifre em 175 zetabytes⁶. Assim, a par de um número cada vez mais significativo de dados pessoais – cujo tratamento, ou seja, toda a trajetória inerente à sua existência, desde a sua recolha até ao seu apagamento, deve observar os padrões elevados de proteção de dados pessoais a que a União Europeia se tem comprometido –, verifica-se um “volume crescente de dados industriais não pessoais e de dados públicos na Europa”, os quais poderão constituir “uma potencial fonte de crescimento e inovação que importa explorar”⁷. No que diz respeito a dados não pessoais, a União Europeia visa o envolvimento dos cidadãos já que estes “devem estar habilitados a tomar melhores decisões com base nos conhecimentos adquiridos a partir de dados não pessoais, devendo estes estar disponíveis para todos os intervenientes”⁸. Afinal, a partir do desiderato de criar uma economia de dados no contexto da União, cabe motivar a inovação e a concorrência, garantindo “que todos recebem dividendos digitais”, visando-se uma Europa digital “aberta, justa, diversificada, democrática e confiante”⁹.

Ao pretender liderar a economia dos dados, a par de soluções estruturais em matéria i) de conectividade; ii) de tratamento e armazenamento de dados; iii) de capacidade computacional; e iv) de cibersegurança, a União Europeia tem de ser capaz de v) melhorar as suas estruturas de governação para manuseamento de dados; e vi) aumentar os repositórios de dados de qualidade disponíveis para utilização e reutilização¹⁰.

Posto isto, para além de promover um padrão elevado para a proteção de dados pessoais, a União apostou na adoção de soluções legislativas concretas em

⁶ Ibidem, p. 2.

⁷ Ibidem, p. 1.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

matéria de dados abertos. É no entendimento da Diretiva 2019/1024 (Diretiva de Dados Abertos)¹¹, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público, que encontramos o mote para a consecução da década digital para a Europa que se vive até 2030 e a densificação da economia europeia dos dados.

2.

Concretamente a propósito da economia de dados para a União Europeia ser uma realidade durante a vivência da sua proclamada década digital, a União comprometeu-se a “criar um contexto político atrativo para que, até 2030, a sua quota na economia dos dados – armazenados, tratados e eficazmente utilizáveis na Europa – corresponda, pelo menos, ao seu peso económico, não por imposição, mas por opção”¹². No entanto, atualmente deteta-se um problema que atavia a consecução desta economia dos dados: como o seu valor reside na possibilidade de utilização e reutilização, verifica-se que ainda não existem dados suficientes. Assim, a União Europeia apostou, entre outras soluções, na adoção da mencionada Diretiva de Dados Abertos, visando que o setor público facilite a disponibilização de um maior número de dados gerados, em especial às PME, mas também à sociedade civil e à comunidade científica, no âmbito de avaliações independentes de políticas públicas¹³.

A Diretiva de Dados Abertos – atualmente reformulada pela Diretiva 2019/1024 –, que tinha de ser objeto de transposição até 17 de julho de 2021 (artigo 17.º), visa promover a utilização de dados abertos e estimular a inovação em produtos e serviços, pelo que estabelece regras mínimas a observar pelos Estados-Membros de forma a que estes promovam a reutilização de documentos i) de organismos do setor público dos Estados-Membros; ii) de empresas públicas; e

¹¹ Cfr. Diretiva (UE) 2019/1024, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público.

¹² Comissão Europeia, “Uma estratégia europeia para os dados”, p. 4.

¹³ Idem, p. 7.

iii) contendo dados de investigação (artigo 1.º, n.º 1). Para o efeito, estabelece um procedimento expedito de tratamento dos pedidos de reutilização (artigo 4.º), através do qual o requerente deve ter acesso ao documento requerido num prazo razoável e todas as informações necessárias ao exercício de uma reação, nos casos em que se depreenda com um indeferimento da sua pretensão.

A diretiva dispõe, ainda, sobre os formatos disponíveis dos documentos: em regra, as entidades públicas disponibilizarão os documentos “em qualquer formato ou linguagem em que já existiam”, embora, quando tal seja possível e adequado, o deva fazer “através de meios eletrónicos, em formatos que sejam abertos, legíveis por máquina, acessíveis e localizáveis e reutilizáveis, juntamente com os respetivos metadados (artigo 5.º, n.º 1). Em regra, a reutilização de documentos será gratuita (ou seja, livre de emolumentos) – artigo 6.º, n.º 1.

O artigo 10.º da Diretiva cria o regime específico para os dados da investigação: prosseguindo políticas de acesso aberto (por a investigação ter sido financiada por fundos públicos), assentes na observância do princípio da “abertura por defeito”, os dados de investigação científica deverão ser disponibilizados publicamente e ser passíveis de reutilização para fins comerciais ou não comerciais, sempre que tenham sido objeto de financiamento por fundos públicos e os investigadores responsáveis pela sua produção já os tenham disponibilizado “ao público através de um repositório institucional ou temático” (artigo 10.º, n.º 2). No entanto, há que acautelar que a prossecução desta finalidade não afeta direitos de propriedade intelectual, proteção de dados pessoais e obrigações de confidencialidade, de segurança e de interesses comerciais legítimos, circunstância em que a ponderação a ser conduzida deverá pautar-se pela observância do princípio “tão aberto quanto possível, tão fechado quanto necessário”.

Neste contexto, a Comissão Europeia iniciou processos por incumprimento contra um conjunto amplo de Estados-Membros, tendo, entre março e abril de

2023, iniciado a fase contenciosa contra a Bélgica¹⁴, a Bulgária¹⁵, a Letónia¹⁶ e os Países Baixos¹⁷, em decorrência de não terem promovido a competente transposição da Diretiva de Dados Abertos. Segundo a Comissão Europeia, apesar de o prazo de transposição ter decorrido a 17 de julho de 2021, estes quatro Estados-Membros ainda não tinham comunicado as medidas nacionais de transposição daquele ato jurídico europeu ou, tendo-o feito, comunicaram medidas incompletas e, no caso da Letónia, algumas das medidas adotadas nacionalmente eram anteriores à própria data de adoção da diretiva. Continuando, a Comissão Europeia sublinhava que aqueles Estados-Membros tinham sido destinatários das competentes cartas de notificação, em setembro de 2021 (tomando, desde então, conhecimento da sua situação de hipotético incumprimento), e que os pareceres fundamentados tinham sido emitidos, por si – alinhavando um conjunto de propostas tendentes à suplantação do incumprimento imputado, entre abril e junho de 2022, em sede de fase pré-contenciosa. No entanto, apesar de todas estas interações, os Estados-Membros não tinham logrado cumprir as obrigações que para si decorrem por força dos Tratados, estando, assim, numa posição de incumprimento, que justificou o início da fase contenciosa.

Nesta sequência, os processos estão agora pendentes perante o Tribunal de Justiça embora, a existir, o incumprimento se tenha sedimentado no momento em que decorreu o prazo dado, pela Comissão, em sede de parecer fundamentado.

Como reputa a Comissão, nas suas alegações, a Diretiva de Dados Abertos visa desbloquear benefícios inerentes à reutilização de dados na posse das entidades públicas dos Estados-Membros, reduzindo barreiras do mercado à emergência

¹⁴ Cfr. TJUE, processo n.º C-215/23, petição.

¹⁵ Cfr. TJUE, processo n.º C-237/23, petição.

¹⁶ Cfr. TJUE, processo n.º C-238/23, petição.

¹⁷ Cfr. TJUE, processo n.º C-213/23, petição.

de PME que assentam a sua atividade na utilização de tais dados: ao almejar ainda propiciar uma redução dos custos associados à reutilização de tais dados, é capaz de promover, ao mesmo tempo, um aumento dos dados disponíveis e das oportunidades de negócio através de mecanismos de partilha de dados. Por outro lado, fomenta a transparência associada à utilização de fundos públicos para a condução de investigação científica enquanto suporta o surgimento e o desenvolvimento de novas tecnologias e, especificamente em sede de inteligência artificial, assegura que esta tem acesso a dados fidedignos e atuais.

O incumprimento imputável a estes Estados-Membros entrava a consecução do objetivo de tornar a economia europeia também numa economia de dados na medida em que, enquanto os atos jurídicos viabilizadores da transposição completa da Diretiva de Dados Abertos não forem plenamente adotados em todos os Estados-Membros, os dados públicos que se vão conformando a esta nova realidade não refletem a União na sua globalidade (ainda que já reflitam a quase integralidade dos seus Estados-Membros).

Assim, as intervenções da Comissão Europeia – em fase pré-contenciosa – e, subsequentemente, do Tribunal de Justiça são paradigmáticas da necessidade de atuar celeremente face a incumprimentos imputáveis aos Estados-Membros, já que, numa economia integrada como é a europeia, a superação de tais incumprimentos conduz ao bom funcionamento do mercado interno e à promoção de um efetivo ambiente de livre concorrência entre os agentes económicos e, especialmente, à criação de um contexto favorável à proliferação de novos segmentos económicos, mais disruptivos, e da inovação a eles associada¹⁸.

¹⁸ Cfr., a propósito do funcionamento da ação por incumprimento, e entre outros, Joana COVELO DE ABREU, Ação por incumprimento, in Ana Paula BRANDÃO, Francisco PEREIRA COUTINHO, Isabel CAMISÃO e Joana COVELO DE ABREU (Coords.), Enciclopédia da União Europeia, Petrony, 2017, pp. 15-18; Joana COVELO DE ABREU, Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e as suas consequências, Juruá, 2011.

3.

Por sua vez, a promoção de uma economia assente em dados abertos e públicos tem a suscetibilidade de melhorar a transparência pública. Na realidade, a inclusão da economia de dados abertos no cerne das políticas públicas atuais acarretou um impacto na forma como perspetivamos a transparência pública¹⁹, a abertura e a reutilização de informações e de dados públicos e como estas passaram também a integrar o espaço jurídico dos princípios ínsitos ao paradigma da Administração Pública em linha (*e-Government*).

Na realidade, a:

*“[...] [t]ransparência [...] não é um objetivo em si mesma, mas serve como um peso para as instituições europeias e como um meio para a população participar no debate político a nível europeu”.*²⁰

Assim, a transparência administrativa pode surgir, em termos amplos, como “a compreensão da ação e da organização pública que se pode retirar da informação administrativa” conferida, ou seja, “que se deduz da transmissão de conhecimento entre os poderes públicos e o cidadão”²¹ ou administrado. No entanto, a transparência é, cada vez mais, “um fenómeno multidimensional”: na realidade, o que nos ocupa diz respeito à transparência quanto aos dados, que se assume como apenas mais “um elemento de um quadro normativo mais amplo e holístico de transparência”²².

¹⁹ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Giorgio MANCOSU, *La transparence publique à l'ère de l'Open Data*, Editions Juridiques franco-allemandes, 2019, p. 21.

²⁰ Cfr. Bart DRIESSEN, *Transparency in the EU institutional law. A practitioner's handbook*, Second Edition, Wolters Kluwer, 2012, § 1.02.

²¹ Cfr. A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, Magnolia, 1983, p. 17.

²² Cfr. Veronica CRETU e Nicolae CRETU, *Government 5D Transparency – Topic Report No. 2015/3*, European Public Sector Information Platform, EPSI Platform, 2015, pp. 5 e 6, in https://data.europa.eu/sites/default/files/report/2015_government_5d_transparency.pdf [acesso: 31.7.2023].

Há, portanto, inúmeras dimensões concretizadoras da transparência: i) acesso à informação institucional; ii) acesso a documentos; iii) abertura do processo decisório; iv) possibilidade de envolvimento de terceiros no processo decisório público; e v) percepção do funcionamento institucional²³. A tais dimensões cabe aduzir aquela que se prende com a reutilização de informação e de dados públicos.

Ora, no contexto dos dados abertos, a transparência, a abertura e a reutilização de informação e de dados públicos formam a tríade principiológica operativa para uma efetiva economia de dados.

Assim, no que se refere à transparência, esta foi perspectivada à luz do quadro normativo e institucional pensado para a interoperabilidade administrativa, assentando em três ideias-chave:

- Visibilidade, ao permitir que, atendendo ao ambiente administrativo da Administração Pública, outras entidades públicas, cidadãos e empresas pudessem ter uma visão interna do seu funcionamento e compreender o uso de regras, procedimentos, dados e serviços administrativos assim como o processo decisório no seu seio;
- Disponibilidade de interfaces, ao determinar que os diferentes sistemas utilizados pelas entidades públicas pudessem comunicar com outros sistemas. Através da interoperabilidade, a reutilização de dados e de sistemas saía facilitada e permitia a integração daqueles em sistemas mais amplos;
- Proteção de dados pessoais, ao observar-se uma estrita observância do padrão jusfundamental decorrente da ordem jurídica europeia por conta da

²³ Cfr. Joana COVELO DE ABREU e Liliana REIS, Instituições, órgãos e organismos da União Europeia: um quadro institucional único? – Introdução, in Joana COVELO DE ABREU e Liliana REIS (Coords.), Instituições, órgãos e organismos da União Europeia, Almedina, 2020, p. 24.

quantidade alargada de dados pessoais de cidadãos que passariam a circular entre as Administrações Públicas envolvidas²⁴.

No entanto, tais ideias não tinham a suscetibilidade de, sozinhas, conduzir a uma economia de dados. Assim, estreitamente relacionado com o princípio da transparência, surge, por um lado, o princípio da abertura administrativa e, por outro, o da reutilização de informações e de dados públicos. Afinal, se a finalidade é imprimir, ao funcionamento do poder público, maior previsibilidade da sua organização e da sua ação (interna e externa), propiciando uma maior participação dos administrados (cidadãos e empresas), então esta demanda que, *a priori*, a Administração Pública se abra (e, expectavelmente, se torne efetivamente intuitiva) e promova a participação nos seus processos decisórios para, num segundo momento, promover o entrosamento de outros entes públicos e de entes privados (cidadãos e empresas) – mormente, através da possibilidade destes reutilizarem as informações públicas e os dados não pessoais que se encontram na posse da Administração Pública.

Na realidade, no que diz respeito ao contexto tecnológico em que conduzimos a presente análise, o conceito de abertura está intimamente ligado à forma como os dados não pessoais e outras informações detidos pela Administração Pública se podem tornar disponíveis: a política de dados abertos tem, na sua génese, “a ideia de que todos os dados públicos devem estar livremente disponíveis para uso e reutilização por outrem, a não ser que alguma restrição se aplique, por exemplo, em termos de proteção de dados pessoais, de confidencialidade ou de direitos de propriedade intelectual”²⁵. Neste contexto, se a abertura da Administração Pública não se operacionalizar, a sua atividade continuará a ser pouco perceptível, insuscetível de amplo escrutínio público e, portanto, pouco ou nada transparente. Do mesmo modo, a sua organização continuará distante da

²⁴ Cfr. Comissão Europeia, New European Interoperability Framework – Promoting seamless services and data flows for European public administrations, Publications Office of the European Union, 2017, p. 13, in https://ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif_brochure_final.pdf [acesso: 31.7.2023].

²⁵ Idem, p. 11.

compreensão necessária por parte daqueles que com ela interagem, comprometendo-se outra dimensão tradicional da transparência – aquela que se prende com a perceção do funcionamento institucional.

Por seu lado, reutilização significa a possibilidade de “beneficiar do trabalho de outrem através da consulta do que se encontra disponível, avaliando a sua facilidade de utilização ou relevância para o problema em mãos e, quando é apropriado, adotando soluções que já demonstraram o seu valor noutro contexto”²⁶. Assim, a reutilização de informação pública e de dados não pessoais configura-se como um princípio geral *ex post* que operacionaliza um melhor desempenho público e um maior entrosamento público/privado que, no caso da Diretiva de Dados Abertos, é especialmente valorizada de forma a promover a livre concorrência de agentes económicos que beneficiarão da utilização dos dados públicos no desenvolvimento de novos modelos de negócio e que tornarão a União Europeia atrativa ao investimento e, especialmente, à inovação. Para que isto aconteça, os sistemas utilizados pela Administração Pública têm de observar o princípio da abertura – e, se assim for, o seu trabalho e o seu processo decisório tornam-se mais intuitivos externamente, aumentando a transparência administrativa e a própria participação democrática informada.

Na realidade, a reutilização de soluções tecnológicas e digitais, de informação pública e de dados não pessoais é um elemento vital à interoperabilidade administrativa que, por sua vez, ao propiciar formatos comunicáveis e, mais recentemente, legíveis por máquinas, é capaz de sustentar o surgimento de uma economia de dados, almejada ao bom funcionamento do Mercado Interno e, especificamente, à sedimentação do Mercado Único Digital.

Daqui resulta que a Diretiva tem a suscetibilidade de promover a abertura, a reutilização de informação e de dados públicos e a transparência numa Europa que visa adjetivar-se como digital. Atendendo à Declaração Europeia sobre

²⁶ Ibidem, p. 13.

direitos e princípios digitais para a década digital²⁷, verifica-se uma preocupação transversal com a promoção destes três valores e princípios gerais.

No que diz respeito à abertura, verifica-se uma preocupação transversal: por um lado, em termos infraestruturais e de conectividade; por outro, no que diz respeito ao acesso e à participação informada nos processos decisórios de natureza pública com lastro digital. Afinal, no capítulo reservado à solidariedade e à inclusão, é determinado que “[t]odas as pessoas, em toda a UE, devem ter acesso à conectividade digital de alta velocidade e a preços acessíveis”, o que determinou que a Comissão Europeia se compromettesse a “garantir o acesso de todos a uma excelente conectividade, independentemente do local onde vivem e dos seus rendimentos” e a “proteger uma Internet neutra e aberta em que os conteúdos, serviços e aplicações não sejam bloqueados ou degradados injustificadamente”. No entanto, a abertura – sobretudo quando falamos do domínio público e de dados na posse das Administrações Públicas –, releva também em termos de acesso e de participação nos processos decisórios. Assim, veicula-se, desde logo, um compromisso no sentido de que “[t]odas as pessoas devem ter acesso a todos os serviços públicos essenciais em linha em toda a União”, sendo que assegurar uma ampla acessibilidade figura como uma das prioridades. Para além disso, a participação neste “espaço público digital” é essencial para o incremento do processo democrático, apoiando “o desenvolvimento e a melhor utilização das tecnologias digitais para estimular a participação dos cidadãos e a participação democrática”. Ora, só existem cidadãos informados e capazes de exercer uma participação que eleva o padrão democrático de uma comunidade política se dispuserem de dados fidedignos, atuais e de fontes seguras, o que revela outro papel fundamental que a Diretiva tem a possibilidade de densificar: o de determinar que os Estados-Membros, a curto trecho, disponibilizem um conjunto abrangente de dados abertos, capaz de melhorar significativamente a participação cidadã nos processos decisórios, ao

²⁷ Comissão Europeia, Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital, Bruxelas 26.1.2022, COM (2022) 28 final, p. 1.

mesmo tempo que os cidadãos se sentem compelidos a “adquirir e partilhar todas as aptidões e competências digitais necessárias para participar ativamente na economia, na sociedade e em processos democráticos” e decisórios;

A reutilização de informação pública é também vertida nesta Declaração: a consecução do objetivo de dotar, a União Europeia, de serviços digitais em linha – dando observância ao paradigma da Administração Pública em linha – passa, necessariamente pela “reutilização da informação da administração pública” já que “[n]inguém deve ser instado a fornecer dados mais frequentemente do que o necessário aquando do acesso e da utilização de serviços públicos digitais”. Tal desiderato resulta da proclamação do princípio da declaração única, que visa facilitar as interações entre administrados e administração pública, sobretudo num contexto integrado em que as liberdades de circulação têm de ser uma realidade em toda a extensão. No entanto, a reutilização de informação pública tem, nos dias que correm, outro papel de destaque: o estímulo à concorrência e à emergência de inovação nos vários setores que possam aproveitar a informação disponível sem despendar valores elevados para ter acesso a dados de qualidade. Por último, a reutilização foi ainda objeto de revisitação de forma a tornar, na medida do possível, que esses dados possam encontrar-se num formato interoperável (dentro e fora da administração pública) e legível por máquinas, de forma assegurar que os algoritmos e demais sistemas de inteligência artificial possam usar dados fidedignos e atuais, para que estes possam ser reputados como “seguros e utilizados no pleno respeito dos direitos fundamentais das pessoas”.

Por último, quanto à transparência, a Declaração visa assegurar que, nas interações com algoritmos e sistemas de inteligência artificial, a sua utilização seja transparente, garantindo “que as pessoas sejam capacitadas e informadas quando interagem com eles”. Do mesmo modo, as preocupações com a segurança também impactam na transparência, determinando-se que o ambiente em linha tem de ser “seguro”, já que “todas as pessoas devem poder escolher efetivamente os serviços em linha a utilizar, com base em informações objetivas, transparentes e fiáveis”.

Afinal, a transparência conduz à observância de uma das finalidades fundamentais da Diretiva: a promoção da livre concorrência, pela utilização de dados abertos entre os vários agentes económicos, notando-se uma particular preocupação com as PMEs. Ora, o mesmo é veiculado pela Declaração ora em análise, ao estabelecer que “[t]odos devem ter a possibilidade de competir de forma justa e de inovar no ambiente digital” o que, como vimos, só é possível se os dados existentes no setor público – especificamente, os não pessoais – puderem ser livremente utilizados e reutilizados.

Posto isto, a Diretiva de Dados Abertos pode ter um papel fundamental num novo momento de expansão do Mercado Único Digital, estimulando a efetiva concretização de uma economia de dados – pelo menos, abertos – com particular impacto na finalidade visada: tornar a União Europeia um espaço competitivo mundialmente em termos digitais e tecnológicos ao mesmo tempo que promove uma proteção sustentada de direitos que experienciam, com a evolução tecnológica, novos e mais prementes desafios.

TESES E ANTÍTESES

O JOVEM LATINO-AMERICANO - NEOLIBERALISMO E A VULNERABILIDADES¹

Juliana Toralles dos Santos Braga²

0. Resumo

O tema do presente artigo é a vulnerabilidade dos jovens que vivem na América Latina diante da política neoliberal que assola os países latino-americanos nas últimas duas décadas, influenciando o acesso aos sistemas educacionais e precarizando o mercado de trabalho que irá recebê-los. O problema proposto é: as políticas neoliberais implantadas na América Latina nas últimas décadas expõem os jovens da região ao risco de estigmatização de forma duradoura e a vulnerabilidades políticas e sociais, o que leva à quebra de importantes elos de solidariedade social intra e entre gerações? O objetivo geral é demonstrar que as políticas neoliberais implantadas na América Latina nas últimas décadas expõem os jovens da região ao risco de estigmatização de forma duradoura e a vulnerabilidades políticas e sociais, em um cenário que não só não garante a proteção desses jovens, como os lança na precariedade, sem perspectivas

¹ Artigo apresentado no XIX Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e XV Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, ocorrido nos dias 25 e 26 de maio de 2023.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande, Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (bolsista CAPES) e advogada. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPGD/UNISC. E-mail: jutsb@hotmail.com.

diante da falta de condições de acesso a uma ensino superior de qualidade, à dificuldade de inserção no mercado de trabalho e à falta de garantias de segurança e sustento através dessa, o que leva à quebra de importantes elos de solidariedade social intra e entre gerações. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será realizada nas seguintes bases de dados do banco de teses da Capes, periódicos avaliados no Qualis da Capes, bibliografia nacional e internacional.

1. Introdução

O tema do presente artigo é a vulnerabilidade dos jovens que vivem na América Latina diante da política neoliberal que assola os países latino-americanos nas últimas duas décadas, influenciando o acesso aos sistemas educacionais e precarizando o mercado de trabalho que irá recebê-los.

O problema proposto é: as políticas neoliberais implantadas na América Latina nas últimas décadas expõem os jovens da região ao risco de estigmatização de forma duradoura e a vulnerabilidades políticas e sociais, o que leva à quebra de importantes elos de solidariedade social intra e entre gerações?

O objetivo geral é demonstrar que as políticas neoliberais implantadas na América Latina nas últimas décadas expõem os jovens da região ao risco de estigmatização de forma duradoura e a vulnerabilidades políticas e sociais, em um cenário que não só não garante a proteção desses jovens, como os lança na precariedade, sem perspectivas diante da falta de condições de acesso a uma ensino superior de qualidade, à dificuldade de inserção no mercado de trabalho e à falta de garantias de segurança e sustento através dessa, o que leva à quebra de importantes elos de solidariedade social intra e entre gerações.

Para tanto são objetivos específicos: analisar a influência neoliberal nas políticas e direitos sociais na América Latina durante as últimas décadas; também, desenvolver a questão das vulnerabilidades dos jovens latino-americanos, que

têm dificuldade de acesso à educação de qualidade e a um mercado de trabalho precário, que os recebe em um cenário de maximização da concorrência e da competitividade e os expõe ao precariado; e, por fim, traçar um panorama sobre a solidariedade intergeracional prejudicada.

A hipótese que se busca confirmar é a de que as políticas neoliberais implantadas na América Latina nas últimas décadas expõem os jovens da região ao risco de estigmatização de forma duradoura e a vulnerabilidades políticas e sociais, em um cenário que não só não garante a proteção integral desses jovens, como os lança na precariedade, sem perspectivas diante da falta de condições de acesso a uma ensino superior de qualidade, à dificuldade de inserção no mercado de trabalho e à falta de garantias de segurança e sustento através dessa, o que leva à quebra de importantes elos de solidariedade social intra e entre gerações.

O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será realizada nas seguintes bases de dados do banco de teses da Capes, periódicos avaliados no Qualis da Capes, bibliografia nacional e internacional.

2. A influência neoliberal nas políticas e direitos sociais na América Latina durante as últimas décadas

Chesnais (1996, p. 13) descreve a mundialização do capital como uma fase que se iniciou no decorrer da década de 1980 e que difere do fordismo, pois embora tenham ressurgido alguns dos aspectos característicos da época imperialista, tais como extrema centralização e concentração do capital e interpenetração da indústria e das finanças, diferenciam no sentido e no conteúdo:

"[...] o sentido e o conteúdo de acumulação de capital e dos seus resultados são bem diferentes: o capitalismo parece ter triunfado e parece dominar todo o planeta, mas os dirigentes políticos, industriais e financeiros dos países do G7 cuidam de se apresentarem como portadores de uma missão histórica de progresso social. O que é

significativo é a quantidade de variações sobre o tema do “fim da história” e do “fim das utopias”, incluindo-se nestas as promessas de uma vida decente para todos, a hora do “darwinismo social” sob diversas formas teóricas, algumas de forte conotação racista. O estilo de acumulação é dado pelas novas formas de centralização de gigantescos capitais financeiros (os fundos mútuos e fundos de pensão), cuja função é frutificar principalmente no interior da esfera financeira. Seu veículo são os títulos (securities) e sua obsessão, a rentabilidade aliada à “liquidez”, da qual Keynes denunciara o caráter “anti-social”, isto é, antiético ao investimento de longo prazo. Não é mais um Henry Ford ou um Carnegie, e sim o administrador praticamente anônimo (e que faz questão de permanecer anônimo) de um fundo de pensão com ativos financeiros de várias dezenas de bilhões de dólares, quem personifica o “novo capitalismo” de fins do século XX” (Chesnais, 1996, p. 14).

A crise do liberalismo clássico foi apontada por John Keynes, em 1926, que, após uma análise do cenário histórico e das objeções ao sistema da época, concluiu que seria necessário um próximo passo de reflexão e não de agitação política ou de experimentos prematuros, uma vez que:

“No campo da ação, os reformadores não terão êxito até conseguirem firmemente seguir um objetivo claro e definido, formulado através da sintonia de seus intelectos e sentimentos. Atualmente não existe um partido no mundo que me pareça estar querendo atingir os objetivos certos, pelos métodos certos. A pobreza material fornece estímulos à mudança precisamente em situações em que existe muito pouca margem para experiências. A prosperidade material remove tais estímulos justamente quando seria seguro tentar realizá-los. A Europa carece dos meios, e a América da vontade de fazer um movimento. Precisamos de um novo conjunto de convicções que saltem naturalmente de um exame ingênuo de nossos sentimentos interiores em relação aos fatos exteriores” (Keynes, 1983. p.9).

A crise do sistema econômico liberal então abriu espaço para uma efetiva intervenção do Estado na economia e na sociedade; e o capitalismo cedeu espaço às chamadas políticas keynesianas, em um cenário no qual os movimentos de esquerda (socialismo / comunismo) e de direita (fascismo / nazismo) eram muito fortes. Na realidade, os direitos sociais foram legalmente reconhecidos e as políticas sociais se expandiram no limite entre a conquista de direitos e a reestruturação do capital (Boschetti, 2010, p. 68).

Durante o Welfare State foi promovida uma economia social e moral através das atividades de um Estado intervencionista, que se transformou na verdade num campo de força que internalizou relações de classe, ao passo que sindicatos e partidos políticos de esquerda tiveram uma influência bastante concreta em seu aparato. Entretanto, o desemprego e a inflação se ampliavam em toda parte, desencadeando uma fase global de estagflação que duraria até parte dos anos 1970, com a crise da acumulação do capital. Esse panorama apontou para “a emergência de uma alternativa socialista ao compromisso social entre capital e trabalho que fundamentara com tanto sucesso a acumulação do capital no pós-guerra” e, na ocasião, as forças populares e os partidos comunistas e socialistas se expandiam na Europa e até mesmo nos Estados Unidos, o que representava uma verdadeira ameaça política às elites econômicas e classes dirigente em toda parte, tanto em países capitalistas avançados como em muitos países em desenvolvimento (Harvey, 2008, p. 20-23).

“O capital monetário, obcecado pelo “fetichismo da liquidez”, tem comportamentos patologicamente nervosos, para não dizer medrosos, de modo que a “busca de credibilidade” diante dos mercados tornou-se o “novo Graal” dos governos. O nível de endividamento dos Estados perante os grandes fundos de aplicação privados (os “mercados”) deixa-lhes pouca margem para agir senão em conformidade com as posições definidas por tais mercados... salvo que questionem os postulados do liberalismo. Pelo contrário, assim que surgem dificuldades, as instituições financeiras internacionais e as maiores potências do globo precipitam-se em

defesa dos privilégios desse capital monetário, quaisquer que sejam o preço a pagar e os custos a socializar por via fiscal” (Chesnais, 1996, p. 15).

Boaventura de Sousa Santos discorre sobre a globalização e o consenso neoliberal que lhe confere características dominantes:

“A globalização, longe de ser consensual, é, como veremos, um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemónicos, por um lado, e grupos sociais, Estados e interesses subalternos, por outro; e mesmo o interior do campo hegemónico há divisões mais ou menos significativas. No entanto, por sobre todas as suas divisões internas, o campo hegemónico actua na base de um consenso entre os mais influentes membros. É esse consenso que não só confere à globalização as suas características dominantes, como também legitima estas últimas como as únicas possíveis ou as únicas adequadas” (Santos in Santos, 2002, p. 27).

A doutrina neoliberal, proposta por economistas franceses, alemães e norte-americanos, na primeira metade do século XX, se voltou para a adaptação dos princípios do liberalismo clássico às exigências de um Estado regulador e assistencialista, que deveria controlar parcialmente o funcionamento do mercado. O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro (Harvey, 2008, p. 11).

Harvey (2008, p. 35) constata que:

“Enquanto no final do século XIX acalentaram a idéia de conquista colonial, no século XX os Estados Unidos desenvolveram um sistema mais aberto de colonialismo sem colônias.”

“[...] Ávidos por crédito, os países em desenvolvimento foram estimulados a se endividar pesadamente, com taxas vantajosas para os banqueiros de Nova York. Mas, como os empréstimos eram em dólares norte-americanos, todo aumento modesto, para não falar dos acentuados, nas taxas de juro nos Estados Unidos podia facilmente levar países vulneráveis à inadimplência, expondo os bancos de investimento de Nova York a sérias perdas.

[...] O FMI e o Banco Mundial se tornaram a partir de então centros de propagação e implantação do fundamentalismo do livre mercado e da ortodoxia neoliberal. Em troca de reescalonamento da dívida, os países endividados tiveram de implementar reformas institucionais como cortes nos gastos sociais, leis do mercado de trabalho mais flexíveis e privatização” (Harvey, 2008, pp. 36-37).

A partir de 1970, então, se expandiu na América Latina o que se convencionou chamar de padrão neoliberal de desenvolvimento. Ele se iniciou com experiências localizadas no Chile, Argentina e Uruguai, ganhou impulso nos anos 1980 e atingiu o seu auge nos 1990, tornando-se predominante na região com o estabelecimento do Consenso de Washington (Martins, 2011, p. 313).

“Simultaneamente ao crescimento das reivindicações dos movimentos sociais e ao avançar de um processo político de redemocratização institucional na região, delineava-se, no campo econômico, uma forte guinada para o neoliberalismo. Mundialmente, intensificava-se a implementação da lógica de “acumulação por espoliação” (Harvey, 2004, p. 115), “que afetou o cenário latino-americano, assolado por crises financeiras, e ensejou inúmeros empréstimos de dólares em instituições supraestatais” (Bello, 2012, pp. 57).

Martins aponta três grandes fases do neoliberalismo na América Latina:

“A primeira nos anos 1980, quando o país hegemônico, mergulhado na sua crise de longo prazo, drenou os excedentes da economia mundial e não ofereceu nenhum tipo de reorganização da divisão do trabalho ou projeto de desenvolvimento para a região; a segunda, que se estabelece no início dos anos 1990, quando os Estados Unidos se organizam para um novo ciclo expansivo e estabelecem um novo projeto de inserção internacional para a América Latina, condensando num conjunto de políticas públicas chamadas de Consenso de Washington. Podemos situar ainda uma terceira fase, na primeira década dos anos 2000, de hegemonia e decadência, quando o projeto neoliberal, ainda dominante, sofre modificações e adaptações em função da ascensão chinesa na economia mundial e de um consenso popular antineoliberal que provoca mudanças políticas na América Latina por meio do ressurgimento de nacionalismos de base popular ou ancorados na burocracia estatal, e enfoques de terceira via, que adaptam a macroeconomia neoliberal às políticas externas independentes e sociais compensatórias” (Martins, 2011, p. 131-314).

Em suma, a neoliberalização significou a “financeirização”, o que aprofundou o domínio das finanças sobre todas as outras áreas da economia, assim, como sobre o aparato do Estado, e, “Mais do que nunca o poder se concentra em pequenos grupos econômicos, e os países do capitalismo central seguem ditando regras que devem ser cumpridas pelos países de capitalismo periféricos” (Boschetti, 2010, p. 67).

“No contexto da evolução do Estado de bem-estar social, a onda reformista que varreu a América Latina nas últimas décadas parece verdadeiramente histórica. É histórica visto que se trata da privatização de um componente central do Estado de bem-estar social, mais especificamente, as pensões e aposentadorias. É

histórica também na sua difusão, englobando um continente inteiro”
(Esping-Andersen in Coelho, 2003, p. 13).

A questão laboral, por sua vez, está intimamente ligada às políticas públicas de seguridade social, que surgem justamente voltadas a um conflito de natureza laboral e às contingências sociais, e que, por sua vez, estão relacionadas a um contexto histórico e social, ganhando evidência após a Grande Depressão de 1929, a partir da inexistência de sistemas de proteção social às massas de trabalhadores que passaram a sofrer com o desemprego sem qualquer amparo nesse momento de crise.

Os sistemas de seguridade social, assim, se estruturam historicamente a partir de inúmeras categorias do direito do trabalho, de forma que é possível afirmar que o processo de mundialização do capitalismo afetou diretamente as políticas públicas a eles relacionadas.

“À medida que reduz os recursos dedicados ao bem-estar social e reduz o seu papel em áreas como a assistência à saúde, o ensino público e a assistência social, que um dia foram tão fundamentais para o liberalismo embutido, o Estado vai deixando segmentos sempre crescentes da população expostos ao empobrecimento, tais quais os jovens, conforme exposto inicialmente. A rede de seguridade social é reduzida ao mínimo indispensável em favor de um sistema que acentua a responsabilidade individual e desconsidera relevantes elos de solidariedade entre as gerações. Em geral se atribuem os fracassos pessoais a falhas individuais, e com demasiada frequência a vítima é quem leva a culpa, suporta a pressão do mundo contemporâneo e precisa lidar com as frustrações decorrentes de tudo isso” (Harvey, 2008, p. 85).

“Apesar da opção constitucional dos países da América Latina por sistemas abrangentes de cobertura da questão social, a cidadania social experimenta um forte refluxo por conta da redução das tarefas do Estado” (Bello, 2012, p. 74).

Tal refluxo está intimamente ligado à hegemonia do neoliberalismo na região e a forma como essas práticas político-econômicas atingem os direitos sociais.

O desenvolvimento da América Latina, em geral, foi marcado por uma relação peculiar entre o Estado e a sociedade civil, em um contexto marcado por partidos políticos regionais e oligárquicos, clientelismo rural, ausência de camadas médias organizadas politicamente, o que inviabilizou a institucionalização de formas de participação política e social da sociedade civil – o que torna a questão social da região complexa (BELLO, 2012, p. 23-28).

3. As vulnerabilidades dos jovens latino-americanos

Groppo (2017, p. 13) expõe que na sociologia a juventude é uma categoria social e histórica. Social porque faz parte da estrutura social enquanto coletividade de pessoas com idades semelhantes e por representar um símbolo – parte do imaginário social. Histórica, pois funciona de acordo com a sociedade, grupo específico ou classe social em que se dá – não sendo necessariamente existente em todas as sociedades.

“Assim, ao analisar as juventudes concretas, é preciso fazer o cruzamento da juventude – como categoria social – com outras categorias sociais e condicionantes históricos” (Groppo, 2016, p. 12).

A Lei nº. 12.852, de 5 de agosto de 2013, que institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude (SINAJUVE), apresenta um critério etário para a determinação de quem são as pessoas jovens:

“Art. 1º. (...) § 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade” (Brasil, 2013).

A taxa combinada de desemprego jovem e força de trabalho potencial dos jovens entre quinze e vinte e quatro anos – a LU3 medida da subutilização da mão de

obra aplicada aos jovens – atualmente está em torno 20 por cento em todo o mundo, sendo mais baixa na América do Norte, totalizando 10,9 por cento, e, uma das mais altas na América Latina e Caribe, onde chega a 26,7 por cento – que perdem apenas para África do Norte e Estados Árabes. A incompatibilidade entre oferta e demanda de trabalho é mais aguda para os jovens do que para adultos em todas as sub-regiões. Além disso, globalmente, a proporção de jovens subutilizados é três vezes maior que a parcela equivalente entre adultos; esta proporção de jovens para adultos, segundo o último relatório da Organização Internacional do Trabalho, intitulado em inglês “Global Employment Trends for Youth 2020: Technology and future of Jobs”. (Ilo, 2020, p. 37)

Nas últimas décadas, observou-se na América Latina uma rigidez nas camadas mais pobres em que os jovens tivessem possibilidade de superar o alcance educacional limitado dos mais velhos, de forma que somente um em cada três filhos de pais que não completaram o ensino primário conseguiu concluir o ensino secundário. De 72% a 96% das famílias em situação de pobreza e de pobreza extrema provêm de domicílios em que os pais tiveram menos de nove anos de estudo, “opera-se assim, de fato, um círculo vicioso” (Kliksberg, 2010, p. 244-245).

Atualmente, os efeitos da pandemia de Covid-19 evidenciaram a fragilidade dos sistemas de proteção social, saúde, educação e emprego, em especial, na América Latina e Caribe estima-se que haverá mais 45 milhões de pessoas em situação de pobreza, número que representará 37% da população da região (CEPAL; UNESCO, 2020); no caso da juventude, essa repercussão é maior, pois somado aos desafios educacionais resultantes da suspensão das atividades presenciais das escolas e universidades. Além disso, há o impacto sobre o emprego, expresso nos 34 milhões de trabalhadores que perderam seus empregos, sendo que em 2020 o emprego diminuiu mais entre as mulheres, que representam 5%, e entre os mais jovens, que correspondem a 8,7% (OIT, 2021).

As projeções da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) (2020, p. 5), abrangendo 180 países e territórios, estimaram

que cerca de 24 milhões de estudantes (do ensino pré-primário ao ensino superior) estavam em risco de não regressar às instituições de ensino em 2020, incluindo centros de saúde, escolas, universidades ou outras instituições de formação. O ensino superior foi o mais afetado, com um declínio estimado de 3,5% nas matrículas, resultando em 7,9 milhões de alunos a menos.

Especificamente no Brasil, segundo a Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio Contínua (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, referente ao primeiro trimestre de 2022, a atual taxa de desocupação de jovens é de 30,6%, sendo que essa apresentou patamar elevado em relação à taxa média total do país de 11,1. Referida taxa de desocupação referente ao grupo de idade entre 18 e 24 anos era de 16,4% ano 2012, 24,1% em 2016, 21,7 em 2021, até chegar à atual (IBGE, 2022).

“Gênero e raça são outros dois recortes que interferem nas trajetórias dos jovens. As moças pobres se “beneficiam” do crescimento do emprego doméstico, mas as moças de classes sociais diferentes ganham menos que os rapazes quando ocupam os mesmos postos de trabalho. Mas se a “boa aparência”, exigida para certos postos de trabalho, exclui os jovens e as jovens mais pobres, esse “requisito” atinge particularmente jovens negros e negras. Enfim, ser pobre, mulher e negra ou pobre, homem e branco faz diferença” (Novaes, 2003, p. 122).

Os dados do IBGE demonstram que o desemprego no Brasil é juvenil, feminino, negro e metropolitano; há um mercado de trabalho globalizado, com necessidades específicas e exigências cada vez maiores, ao passo em que há fragilidade de um sistema educacional excludente, com altos índices de analfabetismo, o que acentua as desigualdades sociais e resulta na forte restrição dos horizontes de vida (Rovaron, 2020, p. 85).

Ocorre que o panorama de desenvolvimento posto para a América Latina nas próximas décadas, conforme abordado anteriormente, é de alto risco. Os

padrões de desenvolvimento que o capitalismo dependente estabelece para a região, de acordo com Carlos Eduardo Martins:

"[...] aprofundam a superexploração; proporcionam perspectivas de crescimento econômico medíocres ou insustentáveis; criam vulnerabilidades políticas e sociais; deterioram o meio-ambiente, afetando o equilíbrio ecológico; e articulam-se a uma diretriz de expansão do sistema mundial que é decadente e está em crise civilizatória" (Martins, 2011, p. 341).

Certamente essas vulnerabilidades políticas e sociais abarcam os jovens, os quais são peças importantes para a construção de um futuro melhor diante da citada crise civilizatória e se encontram em risco de estigmatização de forma duradoura.

As conclusões da 101ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho ocorrida em Genebra em 2012 indicaram, entre outras, que:

"1. Os jovens representam a promessa da mudança das sociedades para melhor. E, no entanto, não há empregos suficientes para eles. Milhões de jovens também não estão a fazer a transição para um trabalho digno e correm o risco de exclusão social.

2. Em 2012, cerca de 75 milhões de jovens no mundo estão desempregados, mais 4 milhões do que em 2007, e mais de 6 milhões desistiram já de procurar emprego. Mais de 200 milhões de jovens trabalham, mas ganham menos de 2 dólares americanos por dia. O emprego informal entre os jovens continua a ganhar terreno.

3. A crise do emprego jovem, agravada de forma considerável pela crise econômica e financeira mundial, impõe hoje que os governos, os empregadores e os trabalhadores trabalhem ainda mais para promover, criar e manter empregos dignos e produtivos.

4. O desemprego e o subemprego persistentes dos jovens comportam custos sociais e econômicos muito elevados e ameaçam

o tecido social das nossas sociedades. A incapacidade de gerar empregos dignos em número suficiente pode estigmatizar os jovens de forma duradoura” (Resolução e conclusões da 101ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, 2012, p. 2).

Além disso, a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da ONU inclui metas relacionadas à juventude:

“8.6 Até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação

[...] 8.b Até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho [OIT]”
(<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>).

No entanto, todo cenário não só não garante a proteção integral desses jovens, como os lança na precariedade, endividados, sem perspectivas a curto, médio ou longo prazo, desde a falta de condições de acesso a um ensino superior de qualidade, à inserção no mercado de trabalho e a garantias de segurança e sustento através dessa. Assim, quebram-se elos de solidariedade intra e entre gerações.

Standing (2014, p. 12-17) na obra “O precariado” estuda a criação de uma classe, a qual destaca ser uma classe em formação, a qual chama de precariado – a soma do adjetivo precário e do substantivo proletariado –, e que é global, complexa e que consiste em grupo considerável de pessoas sem uma âncora de estabilidade. O autor aponta que tal classe é resultado do neoliberalismo, da competitividade de mercado, do homem econômico, da maximização da concorrência e da competitividade, bem como inclui jovens instruídos e descontentes, alienados pela abordagem neoliberal que insta a um a vida de empregos, flexibilidade e crescimento econômico mais rápido.

Enquanto classe emergente, o precariado

“Consiste em pessoas que têm relações de confiança mínima com o capital e o Estado, o que as torna completamente diferentes do assalariado. E ela não tem nenhum a das relações de contrato social do proletariado, por meio das quais as garantias de trabalho são fornecidas em troca de subordinação e eventual lealdade, o acordo tácito que serve de base para os Estados de bem-estar social. Sem um poder de barganha baseado em relações de confiança e sem poder usufruir de garantias em troca de subordinação, o precariado é sui generis em termos de classe. Ele também tem uma posição de status peculiar, não se encaixando em alto status profissional ou em atividades artesanais de médio status. Uma forma de explicar isso é dizendo que o precariado tem “status truncado”” (Standing, 2014, p. 25-26).

Daí a importância dos símbolos na formação de uma classe e na construção de sua identidade, “promovendo uma consciência de afinidade e uma base para solidariedade”, sendo que:

“A evolução do precariado como agência de uma política de paraíso ainda precisa passar do teatro e das ideias visuais de emancipação para um conjunto de exigências que vão envolver o Estado em vez de meramente confundí-lo ou irritá-lo” (Standing, 2014, p. 18).

Tal como o precariado é heterogêneo e complexo, a trajetória dos jovens – incluídos nessa classe – também é, como destacam Nadya Araujo Guimarães, Leticia Marteleto e Murillo Marschner Alves de Brito, autores do estudo fruto de um processo de colaborações e discussões coordenadas pelo Escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em Brasília no marco do projeto internacional de pesquisa comparativa sobre “A Transição da Escola para o Trabalho dos/das Jovens no Brasil” (TET), realizado a partir de 2013:

“[...] as trajetórias juvenis são heterogêneas e caracterizam-se pela riqueza de experiências nelas envolvidas: estudam e trabalham ao mesmo tempo, saem da escola e mais tarde retornam, começam o

primeiro emprego e retornam à escola. Esses são, entre muitos outros, alguns possíveis enlaces entre trajetórias laborais, escolares e familiares. Entendê-los supõe o uso de arcabouços conceituais e metodológicos que levem em conta essa específica natureza.

[...] assumimos que a transição para a vida adulta só pode ser entendida se a capturarmos como um movimento que intersecciona múltiplas transições: as transições educacionais, as transições na condição familiar, as transições no mercado de trabalho. Só assim será possível ressaltar as especificidades brasileiras concernentes aos padrões de inserção ocupacional de jovens, em seus elos com a dinâmica particular do nosso mercado de trabalho, da estruturação e da acessibilidade aos diversos níveis educacionais e das mudanças na posição na família e nas responsabilidades familiares” (Guimarães; Marteleto; Brito, 2018, p. 13)

Levando-se em conta essas transições, quais sejam, as transições educacionais, as transições na condição familiar, as transições no mercado de trabalho, o cenário latino-americano é preocupante.

Com relação às transições educacionais, está-se diante de uma mercantilização da educação e endividamento dos jovens latino-americanos.

No Chile, laboratório neoliberal na América Latina, em março de 2010 havia mais de 272 mil estudantes endividados, já em 2015 esse número passava de 686 mil, sendo que o montante em jogo também aumentou consideravelmente, de 200 milhões de pesos a mais de 2,5 bilhões de pesos chilenos:

“Em 2019, 1.268.510 alunos já estavam matriculados no Ensino Superior, um aumento de 604.831 registros em comparação com 2005. 72% desse aumento concentrou-se apenas em 20 instituições, conforme pode ser visto na Tabela N ° 2. Assim, enquanto esses estabelecimentos representavam 32% do total de matrículas em 2005, hoje respondem pela metade das matrículas do país, com mais

de 646 mil alunos. Estas são as instituições que pertencem aos seguintes grupos educacionais: i) Laureate International (Universidad Andrés Bello, Las Américas, Viña del Mar e Instituto Profesional AIEP); ii) Santo Tomás (Universidad, IP y CFT); iii) INACAP (Universidad, IP y CFT) y iv) Pontificia Universidad Católica (Universidad, IP y CFT Duoc UC). Além disso, nesta lista, existem aquelas Universidades investigadas com fins lucrativos, como a Universidad San Sebastian, Autônoma, Central del Desarrollo, entre outros.

É importante acrescentar que essas 20 instituições registraram lucros superiores a US\$ 151 bilhões de pesos, segundo as últimas informações disponíveis (ano 2018), montante que representa 69% dos lucros gerados por todo o sistema de ensino superior chileno.

É justamente nessas instituições que 67,9% dos alunos recorrem ao CAE e 67,9% dos recursos que todo o sistema recebeu desta forma do ensino superior chileno desde 2006, o que equivale a US \$ 4 bilhões (milhões de milhões de pesos). O Laureate International Group sozinho recebeu mais de US \$ 1,1 bilhão de por meio do CAE” (Kremerman; Páez; Sáez, 2020, p. 19).

No Brasil, é possível observar um movimento de estagnação ou continuação da massificação de baixa qualidade do ensino e uma forte tendência à adoção de uma lógica comercial, uma vez que o setor privado é responsável por:

“[...] 76% de mais de 8 milhões de matrículas em cursos de graduação – colocando o Brasil entre os países com a maior proporção de matrículas privadas em todo o mundo” (Araújo Filho, 2018, p. 25):

“[...] De fato, a expansão do Ensino Superior no Brasil sempre ocorreu com a participação do setor privado, composto majoritariamente por Instituições de Ensino Superior (IES) comunitárias, religiosas e filantrópicas, e desempenhando um papel complementar ao setor público. Com o tempo, a situação progrediu e, em 1997, o setor

privado foi responsável por 61% das matrículas. Com a legalização de instituições com fins lucrativos, o sistema ganhou uma nova dinâmica, resultando em 2.364 IES em 2015, entre as quais 2.069 eram privadas, com IES com fins lucrativos respondendo por cerca de 50% das matrículas.

[...] Com o apoio de fundos de investimento – em sua maioria estrangeiros –, uma subseção das IES com fins lucrativos começou a adquirir instituições menores, fundindo-se a outras, lançando suas ações na bolsa de valores e transformando-se em grandes grupos comerciais. Onze desses grupos detêm cerca de 40% das matrículas, com um deles detendo quase a metade desse percentual” (Araújo Filho, 2018, p. 26).

Bourdieu apura que o valor do diploma universitário está relacionado à posse de capitais econômico, cultural e social, de modo que a origem social do jovem ganha destaque na determinação de sua posição futura do que propriamente seus esforços individuais em torno da sua qualificação formal:

“A defasagem entre as aspirações produzidas pelo sistema escolar e sua oferta concreta de oportunidades e, em uma fase de inflação dos diplomas, um fato estrutural que, em diferentes graus - segundo a raridade dos respectivos diplomas e segundo sua origem social -, afeta todos os membros de uma geração escolar. Tendo ingressado, recentemente, no ensino secundário, as classes são levadas a esperar, pelo simples fato desse acesso, o que este proporcionava no tempo em que, praticamente, estavam excluídas desse ensino. Tais aspirações - que, em outro tempo e para outro público, haviam sido perfeitamente realistas por corresponderem a oportunidades objetivas – são frequentemente desmentidas, de forma mais ao menos rápida, pelos veredictos do mercado escolar ou do mercado de trabalho” (Bourdieu, 2007, p. 135-136).

Há uma desilusão coletiva quanto ao mercado de trabalho, que se encontra na origem da desafeição em relação ao trabalho e com as manifestações de recusa da finitude social:

“A desilusão coletiva que resulta da defasagem estrutural entre as aspirações e as oportunidades, entre a identidade social que o sistema de ensino parece prometer ou aquela que propõe a título provisório e a identidade social que oferece, realmente, para quem sai da escola, o mercado de trabalho, encontra-se na origem da desafeição em relação ao trabalho e com as manifestações de recusa da finitude social, alisa, raiz de todas as fugas e de todas as recusas constitutivas da “contracultura” adolescente. Sem dúvida, essa discordância – e o desencantamento engendrado por seu intermédio – assume formas diferentes, do ponto de vista objetivo e subjetivo, segundo as classes sociais” (Bourdieu, 2007, p. 135-136).

A mercadorização do ensino superior legitima uma falta de clareza de ideias e torna os sistemas escolares:

“[...] uma parte consistente da sociedade de mercado, pressionando a educação na direção da formação de “capital humano” e da preparação para o trabalho. Isso tem sido um dos mais indecorosos aspectos da globalização” (Standing, 2014, p. 110).

“[...] Há duas armadilhas da precariedade para os jovens que saem do ensino superior. A primeira é a armadilha da dívida. Considere que eles querem construir identidades e carreiras profissionais, as quais exigem um a estratégia de longo prazo. Saem da faculdade com certificados e dívidas e já encontram oficiais esperando com postura ameaçadora para receber o pagamento assim que recém-formados começarem a ganhar dinheiro (ou mesmo que não ganhem).

[...] Uma coisa leva a outra. Em geral, os jovens estão divididos entre suas aspirações, apoiados por certificados e anos de estudo, e sua

necessidade de renda. Essa é a segunda armadilha da precariedade. Eles podem assumir um emprego temporário porque precisam da renda para viver e para pagar a dívida. Eles não podem assumir um emprego temporário porque isso pode enfraquecer suas perspectivas de uma alternativa de construção de carreira” (Standing, 2014, p. 118-119).

Parece evidente que as realidades sociais, políticas, econômicas e culturais relacionadas às noções de direito do trabalho e de relações laborais e as realidades passaram por profundas transformações em razão da globalização.

“O mais brutal resultado dessas transformações é a expansão, sem precedentes, na era moderna, do desemprego estrutural, que atinge o mundo em escala global. Pode-se dizer, de maneira sintética, que há uma processualidade contraditória que, de um lado, reduz o operariado industrial e fabril; de outro, aumenta o subproletariado, o trabalho precário, o assalariamento no setor de serviços. Incorpora o trabalho feminino e exclui os mais jovens e os mais velhos. Há, portanto, um processo de maior heterogeneização, fragmentação e complexificação da classe trabalhadora” (Antunes, 2015, p. 61-62).

Ferreira (2002, p. 266) aponta uma descaracterização do paradigma clássico do direito do trabalho e das relações laborais, que o mesmo analisa sob três aspectos:

“Partimos da hipótese de que a crise do emprego, a perda da dimensão colectiva, e o esbatimento do contrato de trabalho, constituem três dos factores que melhor exprimem o processo de crise e de transformação da relação salarial fordista e do modelo “clássico” de direito do trabalho” (Ferreira, 2002, p. 266).

Com relação à segregação de jovens e idosos apontada:

“Se tudo é “mercadorizado” - avaliado em termos de custos e recompensa financeira -, as reciprocidades morais se tornam frágeis.

Se o Estado elimina formas trabalhistas de seguro social que criam um sistema sólido de solidariedade social, ainda que injusto, sem colocar nada comparável em seu lugar, então não há nenhum mecanismo para criar formas alternativas de solidariedade. Para construir um mecanismo, deve haver um senso de estabilidade e previsibilidade. O precariado carece de ambos. Está sujeito à incerteza crônica. O seguro social prospera quando há uma probabilidade mais ou menos igual de mobilidade ascendente e descendente, de ganhar e de perder. Numa sociedade em que o precariado está crescendo, e em que a mobilidade social é limitada e está em declínio, o seguro social não pode ter sucesso. Isso ressalta uma característica atual do precariado” (Standing, 2014, p. 45).

O processo crescente de internacionalização do capital ampliou as clivagens sociais que caracterizam a classe trabalhadora brasileira:

“E nesse quadro, caracterizado por um processo de precarização estrutural do trabalho, os capitais globais estão exigindo também o desmonte da legislação social protetora do trabalho. E flexibilizar a legislação social do trabalho significa – não é possível ter nenhuma ilusão sobre isso – aumentar ainda mais os mecanismos de extração do sobretrabalho, ampliar as formas de precarização e destruição dos direitos sociais arduamente conquistados pela classe trabalhadora” (Antunes, 2015, p. 130).

A influência neoliberal na América Latina alcançou resultados, política e ideologicamente, além dos esperados por seus idealizadores, especialmente do ponto de vista social, em que a “globalização da pobreza” colocou em evidência o aumento da exclusão e da vulnerabilidade de amplos setores da América Latina (Stein, 2006, p. 84-85).

“Mas, há que se ter também em mente que a história laboral dos jovens acontece paralelamente a outros eventos que lhes são igualmente importantes. Por certo, o enlace entre dimensões da vida

não é uma característica exclusivamente juvenil. Entretanto, entre os mais jovens, tais eventos transcorrem num período em que se localizam outras transições relevantes ao curso da vida, porque decisivas no seu processo de autonomização de status” (Alisson, 1984; Elder, 1985) (Guimarães; Marteleto; Brito, 2018, p. 13).

Além dos direitos sociais trabalhistas, outro setor importante a ser destacado ao lado desse são os sistemas de previdência social, que foram alvos das políticas neoliberais nas últimas décadas. Dois fatores preponderantes conspiraram para tornar a privatização ou o enfraquecimento da previdência social um fato consumado em países latino-americanos: a escassez crônica de capital e a dependência exagerada dos fluxos de capital estrangeiro para financiar o crescimento. Os sistemas de repartição existentes tornaram-se o alvo comum daqueles que pretendiam obter a estabilidade macroeconômica, principalmente porque eram uma das principais causas da perda de poupança, necessitando cada vez mais de subsídios para cobrir o desequilíbrio entre contribuintes e beneficiários (Esping-Andersen *in* Coelho, 2003, p. 14).

Com relação aos direitos sociais previdenciários, cumpre esclarecer que, tendo em vista serem um dos principais alvos do neoliberalismo, sofreram reflexos significativos, não só no Brasil, mas em toda a América Latina, nas últimas décadas.

4. A solidariedade intergeracional prejudicada

O Chile foi o país que deu início à onda neoliberal que atingiu toda a região, quando nos anos 1970 Milton Friedman – um dos principais economistas defensores do neoliberalismo que recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1976 – foi responsável por assessorar Augusto Pinochet a implementar a primeira e mais emblemática experiência neoliberal. As medidas imediatamente adotadas foram a privatização das empresas estatais chilenas e do sistema previdenciário.

Ocorre que restam a desigualdade e as falhas no sistema de previdência chileno cada vez mais evidentes:

“Apesar do número de mortos, o terremoto de 8,8 graus de magnitude ocorrido em fevereiro de 2010 no Chile produziu imagens impressionantes de saques a supermercados do que de destruição. Telespectadores, comentaristas e alguns economistas de todo o mundo ficaram estarecidos com aquelas pessoas roubando comida, roupas e eletrodomésticos em meio ao caos. Alguns acusaram os saqueadores de oportunistas baratos, gente sem coração e desrespeitosa. Por trás dessas críticas estava a certeza de que essas pessoas extrapolaram porque o Chile, no entender desses críticos, é um país com baixo nível de pobreza, logo, sem justificativa para tal atitude.

Quando a forte ação política provocou devolução de eletrodomésticos em Palomares, subúrbio de Concepción, a cidade mais atingida pelo tremor, descobriu-se quem eram os saqueadores. Muitos eram idosos que, no desespero, acreditaram que aquele era um bom momento para roubar uma TV moderna ou uma bicicleta para presentear os netos. Nada justifica o crime, mas uma coisa é fato: todos ali eram pobres. Embora a presidente Michelle Bachelet tenha creditado os saques menos ao flagelo e mais a um apodrecimento moral, o episódio revelou, sim, uma desigualdade surpreendente em um país tão louvado no mundo por sua gestão econômica” (Félix, 2010, p. 91).

A recente crise que assola o Chile, acompanhada de greves gerais e protestos iniciados em outubro de 2019 corrobora essa análise. A redução dos recursos dedicados ao bem-estar social e do papel do Estado em áreas como a assistência à saúde, o ensino público e a assistência social vão deixando diversos segmentos da população expostos ao empobrecimento – especialmente jovens conforme supracitado. A própria seguridade social acaba sendo reduzida ao mínimo

indispensável em favor de um sistema que acentua a responsabilidade individual, e, “Em geral se atribuem os fracassos pessoais a falhas individuais, e com demasiada frequência a vítima é quem leva a culpa” (Harvey, 2008, p. 85).

Os dados relativos às transições anuais da juventude na América Latina em 2019 demonstram que a informalidade é uma condição que se mantém para cerca de metade dos jovens, marginalizando especialmente as populações vulneráveis:

“Transições anuais da juventude (15 a 29 anos) nos mesmos países mostram que, em média, 57% dos homens e 50% das mulheres que deixam um emprego informal encontram um informal (OCDE / CAF / CEPAL, 2016) (Gráfico 3.9). No total, essa dinâmica indica um alto grau de rotação. Isso implica que a maioria dos trabalhadores, especialmente entre as populações vulneráveis, passam por períodos de inatividade no emprego, desemprego e informalidade.

A predominância de empregos informais de baixa qualidade, aliada ao alto grau de rotatividade entre situações de trabalho precário, deixa muitos trabalhadores em situação de vulnerabilidade, com renda baixa e instável e pouca proteção social” (OCDE et al., 2019, p. 117 – tradução livre).

E, nesse cenário, os jovens ingressam no mercado de trabalho precarizado, cujo sistema previdenciário exige contribuições crescente para o financiamento dos benefícios previdenciários do número crescente dos beneficiários desses:

“A juventude do século XXI precisa buscar cada vez mais qualificações, a um alto custo, a fim de ter uma baixa probabilidade de conquistar um ponto de entrada na carreira - um a miragem distante para muitos. Além disso, mesmo que tenha êxito, ela pagará contribuições, como os trabalhadores atuais, para as pensões dos trabalhadores de ontem. Com o os custos dessa operação estão se elevando, principalmente por causa dos idosos, o Estado está aumentando as contribuições que os trabalhadores devem pagar

atualmente e está aumentando a idade mínima para que os atuais empregados comecem a obter um a pensão” (Standing, 2014, p. 122-123).

No Brasil, desde a promulgação da CRFB, o sistema de seguridade vem sofrendo ataques através de sucessivas reformas, sempre sob o viés fiscal, com fundamento no aumento da expectativa de vida, a sustentabilidade do sistema e o conjecturado déficit – fundamento recorrente há mais de 30 anos.

A Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017, implementou a “Reforma Trabalhista”, com o intuito de adequação da legislação trabalhista às novas relações de trabalho, modificando diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº. 5.452/1943, CLT), sendo possível destacar dois pontos relevantes: a permissão de forma expressa da terceirização de maneira ampla, ou seja, de quaisquer das atividades da contratante (tomadora), inclusive de sua atividade principal; e o contrato intermitente, nova modalidade de contratação expressamente prevista com a reforma, que se configura pela prestação de serviços não contínua e com alternância de períodos de inatividade durante meses, dias ou horas, independentemente do tipo de atividade desenvolvida pela empresa ou pelo funcionário, não havendo jornada de trabalho, mas sim períodos de trabalho.

Tais mudanças na legislação trabalhista estão intimamente ligadas aos direitos previdenciários, uma vez que têm impacto na qualidade de segurado dos trabalhadores, bem como nas contribuições previdenciárias dos mesmos.

Já a Emenda Constitucional nº. 103 de 12 de novembro de 2019, implementou a nova “Reforma da Previdência”, alterando diversas regras atinentes ao sistema de previdência social, incluindo profundas alterações no RGPS, especialmente quanto à desconstitucionalização de normas que antes faziam parte do art. 201 da CRFB, à extinção da aposentadoria por tempo de contribuição sem idade mínima, aos critérios de concessão de benefícios previdenciários, à nova sistemática de cálculo do valor dos benefícios e à acumulação de benefícios.

Eis o grande desafio para as políticas públicas no Brasil atualmente: projetar tanto a situação dos jovens quanto dos idosos. Ocorre que a análise dessa situação fica ainda mais complexa quando se considera todos os fundamentos desse estudo.

“Portanto, o caminho talvez seja o extremamente oposto ao recomendado pelos economistas monetaristas. Estes, preocupados exclusivamente com a competitividade e o lucro das empresas, mas desatentos com a questão social, vêm defendendo a quebra do “pacto social” em nome da luta por competitividade no mercado global. Para tal fim, sustentam que a informalidade do mercado de trabalho e as mudanças na concepção da relação de emprego são fatores irreversíveis e que devem nortear as políticas no campo social; vale dizer, uma vez que não nos devemos pautar pela relação empregado-empregador, o custeio do sistema também não pode ser mais visto como sustentáculo nas contribuições sobre “folha de salários”, pois “salário” é a forma de pagamento de apenas metade da população trabalhadora – já se cogita disso numa futura “reforma tributária”” (Lazzari et.al., 2020, p. 6).

Com relação a essa projeção surge outro desafio relativo à solidariedade entre as gerações, uma vez que “A solidariedade familiar aliviou a precariedade inicial. Mas hoje, a precariedade foi estendida, enquanto a solidariedade familiar é mais fraca; a família é mais frágil e a geração mais velha não pode antever uma reciprocidade intergeracional equilibrada” (Standing, 2014, p. 107).

O enfraquecimento da solidariedade familiar gera o definhamento do importante acordo entre gerações:

“Os jovens não vão querer ficar presos aos pais por compromissos econômicos se tem em a possibilidade de ter de lhes dar assistência por muito tempo na velhice, com um encolhimento do Estado e uma crescente longevidade elevando os custos potenciais de tal tarefa. A

atrofia de um acordo entre gerações é acompanhada por relações sexuais e de amizade mais contingentes” (Standing, 2014, p. 44).

Podem ser apontados dois fatores de solidariedade humana:

“[...] um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça” (Comparato, 2005, p. 38).

As duas formas são complementares e indispensáveis para o movimento de unificação da humanidade, sendo que se a vida em sociedade não for baseada em uma harmonização ética, fundada nos direitos humanos, a tendência é a desagregação social:

“A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.

Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio. A concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos” (Comparato, 2005, p. 38).

Assim, o princípio da solidariedade consiste no “fator que contrapõe e permeia o jogo e a dualidade entre as atividades e obrigações dos particulares e do Estado (supletiva e subsidiária) quanto à proteção social” (Serau Junior, 2011, p. 134).

Por esse ângulo, é importante reconhecer e definir as vulnerabilidades dos jovens latino-americanos no intuito de preparar respostas jurídicas e políticas públicas efetivas permeadas pela justiça social no contexto do mundo globalizado.

5. Conclusão

Portanto, confirmada a hipótese de que as políticas neoliberais implantadas na América Latina nas últimas décadas expõem os jovens da região ao risco de estigmatização de forma duradoura e a vulnerabilidades políticas e sociais, em um cenário que não só não garante a proteção integral desses jovens, como os lança na precariedade, sem perspectivas diante da falta de condições de acesso a um ensino superior de qualidade, à dificuldade de inserção no mercado de trabalho e à falta de garantias de segurança e sustento através dessa, o que leva à quebra de importantes elos de solidariedade social intra e entre gerações.

É importante buscar estudar possibilidades de criação de uma nova lógica social, de fortalecimento e da qualificação do sistema educacional, de melhoria das condições de trabalho através de uma visão mais humanizada das relações laborais, e, do fomento de políticas públicas que garantam segurança com relação às eventuais situações de vulnerabilidade, bem como a preservação da solidariedade social.

É necessário visar um futuro com uma vida com mais sentido nas esferas do ser social, baseada na solidariedade e na humanização, com o desenvolvimento de uma nova sociabilidade.

Os pontos abordados servem como base para o estudo das possibilidades de criação dessa vida e desse futuro para os jovens latino-americanos, na contramão do projeto neoliberal implementado na região, em busca de uma nova lógica social, do fortalecimento e da qualificação do sistema educacional, da melhoria das condições de trabalho através de uma visão mais humanizada das relações laborais, e, do fomento de políticas públicas que garantam segurança com

relação às eventuais situações de vulnerabilidade, bem como a preservação da solidariedade social.

6. Referências

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16.ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ARAÚJO FILHO, Targino. *Repensando o Ensino Superior Privado no Brasil*. In BOSTON COLLEGE: 94º BOLETIM ENSINO SUPERIOR INTERNACIONAL, 2018. Disponível em: <https://www.semesp.org.br/wp-content/uploads/2018/07/boletim-boston94.pdf>.

BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *A Distinção: crítica social do julgamento*. Tradução Daniela Kern; Guilherme. F. Teixeira. São Paulo: Edusp; Porto Alegre, RS: Zouk, 2007.

BOSCHETTI, Ivanete [et al.]. *Capitalismo em crise, política social e direitos*. São Paulo: Cortez, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2020.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 09 de setembro de 2020.

CARVALHO, José Murilo de. *Dimensiones de la ciudadanía em el Brasil del siglo XIX*. In SABATO, Hilda (coord.). *Ciudadanía política y formación de las naciones: perspectivas históricas de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

CHESSAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução: Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

COELHO, Vera Schattan P. *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

FÉLIX, Jorge. *Viver muito: outras ideias sobre envelhecer bem no séc. XXI (e como isso afeta a economia e o seu futuro)*. São Paulo: Leya, 2010.

GROPPO, Luís Antonio. *Juventudes: sociologia, cultura e movimentos*. Universidade de Alfenas: Alfenas, 2016.

GROPPO, Luís Antonio. *Juventude e práticas socioeducativas*. Alfenas: Unifal, 2018.

GUIMARÃES, Nadya Araujo; MARTELETO, Leticia; BRITO, Murillo Marschner Alves de. *Transições e Trajetórias Juvenis no Mercado Brasileiro de Trabalho: Padrões e Determinantes*. Organização Internacional do Trabalho, Brasília, dezembro de 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_748393.pdf. Acesso em 06 de setembro de 2020.

HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2019.

HARVEY, David. *O Neoliberalismo: História e Implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2008. (Título Original: *A brief history of neoliberalism*, 2005).

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Global Employment Trends for Youth 2020: Technology and the future of jobs*. International Labour Office. Geneva: ILO, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_737648.pdf.

KATZ, Claudio. *Neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, socialismo*. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular: Perseu Abramo, 2016.

KEYNES, John Maynard. *O fim do "laissez-faire"*. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.) *Keynes (Economia)*. São Paulo: Ática, 1983, pp. 106-126. Disponível em

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4312431/mod_resource/content/1/KEYNES%2C%20John%20M.%20-%20O%20fim%20do%20laissez-faire%201926.pdf.

KREMERMANN, Marco; PÁEZ, Alexander; SÁEZ, Benjamín. *Endeudar para gobernar y mercantilizar: El caso del CAE*. Estudios de la Fundación SOL. Santiago, 2020. Disponível em: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2020/05/CAE2020-1.pdf>.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; ROCHA, Daniel Machado da; KRAVCHYCHYN, Gisele. *Comentários à reforma da previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARTINS, Carlos Eduardo. *Globalização, dependência e neoliberalismo na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2011.

OCDE et al. *Perspectivas económicas de América Latina 2019: Desarrollo en transición*. OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/g2g9ff1a-es>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Desigualdades raciais no Brasil comprometem oportunidades de trabalho e desenvolvimento humano*. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/desigualdades-raciais-no-brasil-comprometem-oportunidades-de-trabalho-e-desenvolvimento-humano>.

RESOLUÇÃO E CONCLUSÕES DA 101ª SESSÃO DA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A crise do emprego jovem: Um apelo à ação*. Genebra, 2012. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms_311608.pdf

SALANOVA, Marisa; GRACIA, Francisco Javier & PEIRÓ, José M. *Significado del trabajo y valores laborales*. In: PEIRÓ, José M. & PRIETO, Fernando (Ed.) *Tratado de Psicología del Trabajo*. Volumen II: Aspectos psicosociales del trabajo. Madrid: Editorial Síntesis, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Wandressa Puga dos; LISBOA, Wellington Teixeira. *Tendências Psicossociais e de Consumo da Geração Z e as Influências dos nativos digitais na Comunicação Organizacional*. In: Comunicon 2013 - Congresso Internacional em Comunicação e Consumo, 2013, São Paulo.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade Social como direito fundamental material*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. 1. ed.; 1. reimp, - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014 (Invenções Democráticas, v. IV).

STEIN, Rosa Helena. *Pobreza e desigualdade na América Latina sob o olhar dos organismos internacionais*. Ser Social, Brasília, n. 18, p. 75-125, jan/jun. 2006.

O PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE AUXÍLIOS PÚBLICOS: O CASO CONCRETO DA TAP

Ana Maria Gonçalves de Faria¹

1. Introdução

Um dos pilares da integração europeia², e talvez um dos seus primórdios, é a criação e a existência plena de um mercado único pautado pela ausência de fronteiras internas entre os Estados-Membros (EMs) da União. Foi desde muito cedo preocupação da União Europeia (UE) a otimização de um mercado distinto regulado pelo princípio da livre concorrência, proporcionando vantagens ao consumidor para melhor compreender esta realidade.

Assim, o mercado interno é a base instrumental da integração europeia³, delineando, como consequência, uma integração política faseada. Pauta-se pelo respeito do princípio da concorrência⁴, pela fomentação das trocas comerciais e,

¹ Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho, Portugal.

² PORTO, Manuel Lopes. *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia – Face aos desafios da globalização*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 194-196.

³ FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José. Mercado Interno e Concorrência”. In: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana, FROUFRE, Pedro Madeira (coord.), *Direito da União Europeia: Elementos de Direito da União*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 457.

⁴ Cfr. LIMA, Ricardo. *A aplicação do Direito da Concorrência da UE em simultâneo com o direito nacional*. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, p. 9-10.

ainda, com o objetivo de oferecer ao cidadão europeu o melhor tipo de serviços e bens dentro de um mercado unificado.

São, então, indispensáveis mecanismos de salvaguarda capazes de garantir o seu pleno funcionamento, proibindo práticas restritivas ou dissuasoras da concorrência⁵. O princípio da proibição de auxílios públicos é exemplo deste tipo de instrumentos, travando uma das formas de distorção da concorrência pois, neste âmbito, os auxílios constituem-se quando os Estados ou entidades públicas prestam subvenções diretas, bonificações de juros, isenções ou reduções fiscais ou obtêm participações no capital de sociedades. São incompatíveis com o mercado interno pois distorceriam a concorrência através de um comportamento anticoncorrencial, favorecendo uns em detrimento de outros.

Assim, o princípio da proibição de auxílios de Estado encontra-se no n.º 1 do artigo 107º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), isto é, serão incompatíveis com o mercado interno da União todos aqueles que afetarem as trocas comerciais entre os EMs. Não obstante, a questão não ser assim tão linear, pois o n.º 2 do mesmo artigo elenca os auxílios considerados compatíveis com o mercado interno. Ou seja, apesar de vermos uma regra geral, denotamos que há exceções ao princípio da proibição, pelo que se torna essencial analisar o seu âmbito de aplicação, permitindo-nos aferir da sua legalidade, ou pelo contrário, da sua ilicitude.

Nesta matéria, a Comissão Europeia (CE) emitiu uma Comunicação⁶ sobre a noção de auxílio estatal nos termos do n.º 1 do artigo 107º do TFUE, na qual se pretende esclarecer certos pontos essenciais sobre o entendimento de um auxílio estatal. Nestes termos, revela-se pertinente um enquadramento e uma

⁵ Vide PAIS, Sofia Oliveira. *Entre inovação e concorrência – em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011.

⁶ Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 262, 19.7.2016.

análise concreta desta matéria com a aprovação, por parte da CE, de um auxílio público do Estado português à TAP Air Portugal, tendo em vista um plano de reestruturação da companhia aérea, assim como a sua fiabilidade económica a médio e longo prazo.

2. O conceito de auxílio de Estado

O tema dos auxílios públicos corresponde a uma das matérias mais amplas e desenvolvidas jurisprudencialmente por parte da União, afigurando-se pela sua singularidade⁷. De igual modo, enquadra-se no âmbito da integração económica da União, constituindo-se como ponto de partida das suas políticas⁸.

O conceito de auxílio de Estado formulou-se, inicialmente, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como uma “vantagem”, ou seja, um comportamento capaz de diminuir os encargos de um operador económico⁹ no Acórdão no Processo 30/59¹⁰.

Atualmente, a sua definição transcende tal expressão, pois fundamenta-se nos termos do n.º 1 do artigo 107º do TFUE, sendo:

“[...] incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

⁷ Neste contexto, MAIA, Gil Vicente. O regime europeu dos auxílios de Estado. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 79, n. 1, 2019, p. 106-108.

⁸ FROUFE; GOMES. Mercado Interno e Concorrência, *op. cit.* p. 451-452.

⁹ *Ibid*, p. 493.

¹⁰ TJUE, acórdão *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridade*, de 23 de fevereiro de 1961, processo 30/59.

Esta previsão encontra-se praticamente intacta desde o Tratado de Roma, regulada no artigo 87º. Destarte, este conceito é, de certa forma, vago e flexível o suficiente para que exista a necessidade de o delimitar em termos jurisprudenciais¹¹, o que se ilustra a partir do vasto leque em razão de matéria por parte do TJUE. A forma revestida pelo auxílio não releva para aferir da sua incompatibilidade com o mercado único, o que realça é a afetação que, porventura, poderá ter na livre concorrência do mercado único da União¹².

Assim, a função de controlo dos auxílios de Estado cabe à CE, tal como resulta dos seus poderes dentro do direito da União¹³. Dentro do seu conjunto de competências, a Comissão projeta *soft law*¹⁴, detendo os respetivos poderes de controlo e apreciação. Isto é especialmente pertinente nos termos do artigo 108º do TFUE relativo ao controlo do âmbito do auxílio público. Tal função resulta do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, que estabelece as regras de execução do artigo 108º do TFUE. Para tal, todos os EMs devem, previamente, notificar a CE do auxílio para que esta, no melhor desenrolar do seu exercício de funções, investigue a pretensão, concluindo se o auxílio é, ou não, conforme ao direito da União.

2.1. O princípio da proibição dos auxílios públicos

Foi com o objetivo de evitar que as entidades públicas criassem obstáculos protecionistas em prol das suas economias nacionais que a União alavancou o princípio da proibição dos auxílios de Estado, delegando à CE a função de zelar pelo seu respeito e cumprimento, como decorre do artigo 107º do TFUE.

¹¹ Para um melhor entendimento, cfr. MARCELINO, Carla. *Distorção da Concorrência nos Auxílios de Estado*. Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, p. 19-20.

¹² Vide NORTE 2020, *Nota genérica sobre o conceito de auxílios de Estado*, Aviso 46-2018-31, p. 2-3.

¹³ Cfr. os artigos 13º a 17º do TFUE, que remetem para funções de controlo plasmados no artigo 108º do TFUE, sob necessidade prévia de notificação da CE.

¹⁴ Neste contexto, SHELTON, Dinah. *Soft Law*. In: *Routledge Handbook of International Law*. Washington: Routledge Press, 2008.

Cabe, também, à CE aprovar, alterar ou suprimir os auxílios consoante os casos concretos com que se possa debater e, caso os considere contrários ao âmbito de aplicação e legalidade, poderá, por via contenciosa, valer-se do TJUE para aferir de tais factos¹⁵.

Esta proibição aos auxílios estatais baseia-se numa ideia de incompatibilidade entre o mercado único e um apoio seletivo e, conseqüentemente, diferenciado, a determinadas empresas. Funda-se num ideal de *non facere*, isto é, pela não intervenção estatal na concorrência entre as empresas, pois tal afetaria o normal funcionamento e balanço do mercado¹⁶.

No entanto, esta proibição não é absoluta pois, como se afigura nos números 2 e 3 do artigo 107º do TFUE, certos apoios podem ser compatíveis com o mercado interno, fundando-se, maioritariamente, em justificações de interesse público.

Para melhor assegurar este princípio de proibição, a Comissão faz-se valer através dos artigos 108º e 109º do TFUE¹⁷, delineando um conjunto de critérios e requisitos que derroguem a presunção geral de incompatibilidade, aferindo se a concessão de um auxílio não irá, de modo desproporcional e infundado, perturbar as trocas comerciais entre os EMs¹⁸.

2.2. A livre concorrência no mercado interno da União

O princípio da livre concorrência no mercado interno da UE baseia-se numa ideia de sucesso empresarial alicerçada em estratégias de eficiência e diferenciação, tendo em conta fatores como o da produtividade, a qualidade e a diversidade. Desta forma, a União pretende promover a competição entre empresas, para que estas progridam em prol do desenvolvimento económico-financeiro.

¹⁵ FROUFE; GOMES. Mercado Interno e Concorrência, *op. cit.*, p. 491.

¹⁶ MARCELINO. *Distorção da Concorrência*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷ PORTO. *Teoria da Integração*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁸ Relativamente a esta disposição, revela o Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de julho de 2015, estabelecendo as regras de execução do artigo 108º do TFUE.

Ora, sendo a concorrência uma política imprescindível para uma economia de mercado, também esta deve assegurar a liberdade de escolha do consumidor. A “balança concorrencial” deve conciliar a competitividade empresarial (para que esta ofereça uma maior variedade de bens, tendo como fim último a sua plena qualidade) com a liberdade do consumidor em escolher, dentro de um conjunto de ofertas, a opção que lhe figura mais adequada.

Nos termos dos artigos 101º e 102º do TFUE, o direito da União pretende defender o mercado comum e incentivar a concorrência. Nas palavras de Mario Monti¹⁹,

“[...] a política de concorrência desenvolvida pela Comissão Europeia, mas também pelos tribunais e pelas autoridades nacionais da concorrência, tem por objetivo manter e desenvolver uma concorrência eficaz no mercado comum, agindo sobre a estrutura dos mercados e o comportamento dos agentes económicos”.

A política da concorrência foca-se, principalmente, na eficiência do mercado interno, tutelando a estrutura da oferta e o comportamento das empresas para gerar melhores condições de escolha para o consumidor. Assim o temos no n.º 3 do artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE), pois:

“[...] a União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva”.

Há a defesa plena no desenvolvimento da concorrência livre e não falseada que, embora não constando diretamente do artigo, se elenca nos artigos 101º e seguintes do TFUE²⁰.

¹⁹ MONTI, Mario *apud* UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *A política de Concorrência na Europa e os Cidadãos*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias 2000, p. 7.

²⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. Comentário ao artigo 3.º do TUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13.

2.3. A problemática entre a concorrência e a compatibilidade dos auxílios

A concorrência articula-se com o controlo dos auxílios públicos no âmbito das empresas²¹, dado que é a estas que se pode conceder os ditos auxílios. Assim, é crucial delimitar o âmbito de atribuição de um auxílio público, pois o legislador optou por elencar uma série de requisitos relativamente à sua aplicação, mas sem nunca o definir numa vertente legal. Na verificação da incompatibilidade do auxílio com o mercado interno da UE, cabe saber que é necessário o cumprimento de requisitos cumulativos, sendo que (i) a medida tem de resultar de uma intervenção estatal; (ii) em busca de uma vantagem económica; (iii) seletiva e individualizada; (iv) que falseie ou ameace falsear a concorrência dentro do mercado interno.

De uma primeira análise resulta que a problemática se foca na legalidade da transferência de recursos públicos para as empresas. Nestes termos, o TJUE referiu que:

“[...] embora o Estado possa controlar uma empresa pública e exercer uma influência dominante nas suas operações, o exercício efetivo deste controlo não deve ser automaticamente presumido”²².

Tal medida estatal tem de resultar numa vantagem económica para a empresa apoiada, sendo que se pode fazer uma construção mediante dois caminhos. Numa aceção positiva, tal pode acontecer tendo como objetivo primordial a busca do lucro, colocando a empresa num patamar superior ao qual se encontrava anteriormente. Baseando-nos, agora, numa aceção “negativa”²³, esta vantagem pode ter como pretensão a diminuição de encargos para a empresa, fazendo com que não tenha de ser esta a encarregada de um

²¹ Cfr. para melhor entendimento, HENRIQUES, Miguel Gorjão. *Direito da União*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 172-174.

²² Expressão utilizada no Acórdão do TJUE, *França/Comissão*, de 16 de maio de 2002, no Processo C-482/99, ponto n.º 52.

²³ O termo é utilizado pois não tem como pretensão a obtenção do lucro, mas sim a não existência de um dever, resultando daqui a sua conotação.

determinado dever. Já neste requisito se entende da ilicitude desta atribuição, e chegamos a tal conclusão de forma simples: se uma empresa beneficiasse de um auxílio proveniente de recursos públicos, tal significaria que esta estaria a “viciar” a livre concorrência, pois não seria a própria empresa a fazer notar a sua posição nos mercados, estando em situação de vantagem para com as restantes.

O requisito da seletividade denota grande atenção por parte da doutrina, significando que a vantagem concedida se direccionou a certas e determinadas empresas, bem como a setores de atividade, de modo marcadamente específico. Claro está que, se há um favorecimento dessas empresas, esse existirá em detrimento de outras, colocando em causa a competitividade do mercado. Aqui, a jurisprudência diferencia este requisito entre uma seletividade *de jure* e uma seletividade *de facto*²⁴.

Analisando agora o facto de o auxílio afetar (ou ameaçar) a concorrência e as trocas comerciais entre EMs, a distorção da concorrência reflete-se na conceção de uma vantagem capaz de melhorar a posição do seu beneficiário face aos seus concorrentes. E tal como se ilustra no n.º 1 do artigo 107º do TFUE, basta que tal benefício facilite, num enquadramento futuro, a afetação da concorrência, isto é, esta não tem de se verificar para que o auxílio seja, desde logo, proibido. Se, durante a sua avaliação, se concluir que este tem potencial para afetar a concorrência, então deve ser, de imediato, tido como incompatível com o direito da União e, por consequência, com o mercado interno.

Pese embora a presunção da incompatibilidade dos auxílios públicos com o mercado interno, esta pode ser derogada em prol de interesses públicos, de modo a corrigir possíveis falhas de mercado, ou, a título de exemplo, situações decorrentes de catástrofes públicas. Aqui, é o próprio TFUE a delinear, nos números 2 e 3, as situações em que os auxílios serão compatíveis com o direito da União. No número 2 somos brindados com uma lista branca²⁵ de auxílios,

²⁴ Para um maior desenvolvimento, *vide* MAIA, Gil Vicente, *op. cit.*, p. 13-21.

²⁵ Expressão utilizada por FROUFE; GOMES. Mercado Interno e Concorrência, *op. cit.*, p. 490.

denominados também de “auxílios de minimis”, perfazendo um conjunto de ajudas estatais atribuídos às empresas e que, devido ao seu valor reduzido, não afetam (de forma relevante e desproporcional) a concorrência do mercado único da União, valorando os programas e fundos europeus. Cabe à CE aferir se estão preenchidas as disposições aí elencadas para os considerar compatíveis com o mercado. Por sua vez, o número 3 do artigo cataloga disposições passíveis de avaliação por parte da CE, fazendo-o no âmbito do caso concreto. Aqui temos uma lista cinzenta²⁶ de auxílios, pois dependem de uma investigação feita pela CE para haver a concessão do auxílio, respeitando a disposição do n.º 2 do artigo 108º do TFUE²⁷, destinando-se à promoção do desenvolvimento económico de determinadas regiões com níveis de vida baixos, bem como à realização de projetos de interesse europeu conjunto e à promoção da cultura e regiões económicas específicas.

3. O caso concreto: os auxílios públicos à TAP

Afigurou-se de elevado valor, tanto pelo seu enquadramento num contexto atual, bem como devido à ligação com a especificidade da matéria, analisar os auxílios de Estado aprovados à companhia aérea TAP, em 2020 e 2021.

Delineando-se como um auxílio de emergência, e cabendo dentro das suas competências, a CE aprovou, em 2020, um empréstimo de emergência no valor de 1,2 biliões de euros à TAP, defendendo que estavam preenchidos os requisitos relativos à conformidade dos auxílios apresentados nas Orientações E&R²⁸. Não obstante, veio o TJUE, no acórdão do Processo T-465/20 –

²⁶ De igual modo, expressão de FROUFE; GOMES, *ibid.*, p. 491.

²⁷ Nos termos do artigo, é preciso que o EM faça prévia notificação à Comissão para que esta investigue todos os pressupostos, verificando pela sua compatibilidade ou incompatibilidade para com o mercado interno da União.

²⁸ Nesta matéria, a CE realizou a Comunicação da Comissão, Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (2014/C 249/01), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 249, 31.7.2014.

Ryanair/Comissão, anular a decisão da CE relativa ao auxílio de emergência, fundamentando-se no facto de esta não ter indicado (na sua decisão de aprovação) se a TAP pertencia (ou não) a um grupo maior de empresas, daí resultando certas implicações, como *infra* esclareceremos, para a imputação das suas dificuldades financeiras²⁹. O recurso para o TJUE³⁰ foi efetuado pela Ryanair que concluiu que a aprovação do auxílio à TAP padecia de fundamentação concreta, colocando em causa a concorrência no setor dos transportes aéreos, sendo também esta prejudicada, pois seria a maior concorrente da TAP em território português. Não obstante, foi em julho de 2021 que a CE iniciou uma investigação para avaliar se o valor concedido por Portugal, como Estado-Membro (EM) da União, para “resgatar” a companhia aérea seria compatível com o direito da União, não revelando ser ameaça à livre concorrência dentro desse setor de atividade.

Em dezembro de 2021, cumprindo os requisitos *supramencionados* para a aprovação de novo auxílio estatal, a CE autorizou o auxílio público à reestruturação, incorporando-o na continuidade do auxílio de emergência, resultando num valor total de 3,2 biliões de euros, tendo em vista a reestruturação da TAP, ilustrando-se em medidas para a sua racionalização e para a redução de custos. Nesta senda, foi em 12 de junho de 2020 que a Alemanha notificou a Comissão sobre um auxílio de estado, num contexto da pandemia do Covid-19, concedido à Deutsche Lufthansa AG, com o intuito de balançar as contas do Grupo Lufthansa, num valor de 6 biliões de euros. Tal constituiu-se como um auxílio público que a Comissão viria a determinar como compatível com o mercado interno. Não obstante, a Ryanair interpôs recurso para o TJUE, alegando que a sua posição concorrencial no mercado seria afetada, tal como aconteceu com os auxílios públicos concedidos à TAP. Do mesmo modo, o

²⁹ Pertencendo a TAP a um grupo de empresas, entende-se que deveria ser o próprio grupo a suportar todos os encargos necessários para a salvação e injeção de capital da companhia.

³⁰ A decisão viria a ser anulada pelo TJUE, que concedeu à CE dois meses para alterar a mesma, fundamentando-a devidamente, que para tal justificasse a concessão do auxílio.

Acórdão do TJUE³¹ determinou a anulação da Comissão, justificando que a Comissão aprovou o auxílio sem iniciar o processo formal de investigação previsto no n.º 2 do art. 108º do TFUE.

As condições dos auxílios em si foram desprovidas de critérios de compatibilidade do auxílio com o mercado interno, referindo que a Lufthansa teria meios de encontrar financiamento nos mercados, não sendo obrigatório recorrer a recursos do Estado, bem como não se previa um mecanismo de progressividade que previsse o aumento da remuneração do Estado. Estatui ainda que o Grupo Lufthansa estaria em posição dominante nos aeroportos elencados e nas ditas faixas horárias do grupo, facto este que a Comissão não valorou na sua decisão. Tal como a TAP, esta companhia aérea foi sujeita a um conjunto de compromissos estruturais que permitiriam que a concessão do auxílio não inviabilizasse a concorrência, para que esta não alcançasse um poder no mercado que não teria antes do Covid-19. Acaba o Tribunal por dizer também, a este propósito, que a Comissão não fundamentou que este leque de compromissos permitissem acautelar a livre concorrência no setor.

É do nosso entendimento que, em ambos os acórdãos, o TJUE justifica a sua decisão de anulação das decisões da Comissão na aprovação dos auxílios públicos concedidos às duas companhias aéreas em fatores relativos à sua fundamentação, no caso da TAP, e por erros cometidos por parte da Comissão.

3.1. O auxílio de emergência de 2020

Explanados os factos orientadores da problemática em análise, cabe-nos agora aprofundar os seus pressupostos. Na Decisão COM C(2020) 3989 final, de 10.06.2020, a Comissão dá nota da sua decisão relativamente ao auxílio, tendo como beneficiária a TAP³².

³¹ TJUE, acórdão *Ryanair/Comissão*, de 4 de junho de 2015, processo T-34/21.

³² Decisão C(2020) 3989 final da Comissão, de 10 de junho de 2020, relativa ao auxílio de Estado SA.57369 (2020/N) — COVID-19 — Portugal — Auxílio a favor da TAP.

A TAP SGPS, companhia inserida num contexto de um grupo de empresas, detentora da TAP Air Portugal, apresentou um total negativo no balanço de contas, sendo consequência dos impactos, a nível económico, das restrições operadas durante o ano de 2020, num contexto da pandemia do Covid-19³³. Foi assim que, durante esse ano, se aprovou um primeiro empréstimo (de emergência) no valor de 1,2 biliões de euros, pressupondo a sua restituição, e com a posterior aprovação de reestruturação da Comissão³⁴.

Tal empréstimo fundou-se em fatores justificativos de razões públicas, defendendo a CE o facto de a TAP se constituir como *(i)* ponto fulcral de ligação entre Portugal e os restantes EMs da União, bem como devido *(ii)* às suas ligações com países que embargam nos seus territórios uma grande parte das comunidades portuguesas³⁵. E mais, a TAP *(iii)* potencia o setor do turismo em Portugal, e *(iv)* o setor hoteleiro.

Ora, o apoio concedido à companhia aérea portuguesa constitui-se como um auxílio público por parte do Estado português que, *a priori*, seria incompatível com o mercado interno da UE, como resulta do n.º 1 do artigo 107º do TFUE³⁶. Não obstante, podem estes ser compatíveis perante os números 2 e 3 do mesmo artigo. Assim, a CE conclui que o referido empréstimo não teria como propósito o enriquecimento da TAP, mas sim que corresponderia a uma ajuda num contexto de balanços financeiros negativos, como consequência de retrações económicas provocadas pelo Covid-19³⁷. No entanto, a CE conclui que o auxílio de Portugal seria seletivo, baseando-se na presunção de identificação de uma vantagem económica³⁸ enquadrada no n.º 1 do artigo 107º do TFUE, ora,

³³ Decisão C(2020) 3989 final, ponto 20.

³⁴ *Ibid.*, ponto 18.

³⁵ *Ibid.*, ponto 21.

³⁶ *Ibid.*, pontos 26 e 27.

³⁷ *Ibid.*, ponto 31, sendo que a CE defende que tal auxílio não colocava a TAP em benefício, pois apenas a ajudaria a suportar dívidas, não havendo enriquecimento.

³⁸ Cfr. TJUE, acórdão *Comissão/MOL*, de 4 de junho de 2015, processo C-15/14P, parágrafo 60.

incompatível com o mercado interno. Em verdade, tal empréstimo consubstancia com o melhoramento da posição da TAP em relação às restantes companhias aéreas, logo, seria passível de afetar as trocas comerciais entre EMS³⁹.

Tais disposições concluem que o empréstimo se representa como um auxílio público, cabendo à CE avaliar a sua compatibilidade com o mercado interno e com os normativos de concorrência da União, baseando-se nas Orientações E&R para justificar a situação excepcional.

Perante os pontos 20 e 21 das Orientações E&R, a TAP qualificou-se como empresa em dificuldade, mediante os termos aí referidos. Pese embora tais factos, nos termos do ponto 22 das E&R, uma empresa não é suscetível do apoio se se encontrar inserida, e enquadrada, num grupo maior de empresas, o que, no nosso entendimento, se aplica ao caso em apreço. Ora, esta prerrogativa poderá ser afastada se se provar que as dificuldades económicas são de tal forma severa que não seriam salvaguardadas dentro desse grupo de empresas. Considerando as conclusões da CE no ponto 43 da Comunicação, as dificuldades económicas não seriam imputáveis ao grupo TAP SGPS, mas sim às restrições à circulação impostas por Portugal durante o período pandémico. Assim, nos termos do n.º 3 do artigo 107º do TFUE, este auxílio poderia ser classificado como compatível com o mercado interno por razões de interesse público⁴⁰, como consta do ponto 44 b) e c) das E&R.

Em razões de proporcionalidade, o auxílio tem de cumprir também os requisitos dos pontos 55 e 56 das E&R, bem como os pontos 38 e 60 atinentes aos limites máximos do valor concedido e ao prazo para a liquidação (num período não superior a 6 meses). Valendo-nos dos pontos 70 e 94 das E&R, não poderia a TAP ter recebido nenhum outro auxílio nos 10 anos anteriores a esta decisão⁴¹. Mas, em dezembro de 2021 a CE aprovou um novo auxílio público à TAP para a

³⁹ Decisão C(2020) 3989 final, ponto 35.

⁴⁰ Decisão C(2020) 3989 final, pontos 44 e 47.

⁴¹ *Ibid.*, pontos 59 e 60.

sua reestruturação e viabilidade a longo prazo, num valor total de 3,2 biliões de euros (aí se integrando os 1,2 biliões resultantes do apoio de emergência aprovado em 2020).

Ora, tal plano de reestruturação baseou-se na racionalização das operações da companhia aérea portuguesa, com a consequente redução dos custos. Sob a análise das Orientações E&R, a verba a conceder por Portugal, como EM da União, deve ser proporcional e transparente, de forma a não afetar a concorrência. Para que haja a dita proporcionalidade, é obrigação da TAP respeitar um estrito conjunto de medidas e condicionantes, aferindo-se se a sua viabilidade não depende, única e exclusivamente, do financiamento público atribuído.

Para a aprovação do auxílio é necessário que se constate *(i)* a viabilidade da empresa sem o contínuo apoio estatal, *(ii)* que a empresa seja capaz de contribuir, de forma sustentada, para o plano de reestruturação, e ainda que *(iii)* se respeitem as restrições compensatórias para não se dar a afetação da concorrência no mercado.

Numa análise ao primeiro ponto, cabe referir que, aquando do início de reestruturação da TAP, esta era já detida a 98% pela TAP SGPS⁴², que seria, em proporção, corresponde a 92% por parte do Estado português.

Em ponto de retorno a 2015, entre esse mesmo ano e 2019, a trajetória da TAP mostrou-se apelativamente promissora⁴³. Com o decorrer do Covid-19, a tendência inverteu-se e a companhia aérea suportou enormes cortes e perdas financeiras decorrentes de restrições de circulação, resultando na diminuição do volume de voos e, conseqüentemente, das suas receitas.

⁴² Decisão C(2021) 5302 final da Comissão, de 16 de julho de 2021, SA.57369 (2021/N) - Portugal - Rescue aid to TAP SGPS *apud* Comissão, Auxílio estatal SA.60165 (2021/C) - Portugal - Auxílio à reestruturação a favor da TAP SGPS (C/2021/5278), *Jornal Oficial da União Europeia*, C 317/13, 6.8.2021.

⁴³ Decisão C(2021) 5302, ponto 22.

Foi neste contexto que os auxílios públicos foram aprovados, sendo que, pesem embora melhores opiniões, devem ser considerados somente como alicerces para a continuidade viável das operações da TAP, e não como financiador contínuo, pois tal, como dito *supra*, seria contrário ao mercado interno da UE, e proibido pela normativa europeia. Sabendo que os resultados de uma reestruturação não se fazem valer, num contexto global, de forma tão célere como a visionada, decorrendo somente mais de 2 anos desde o início do plano de reestruturação, os resultados apresentados estão “abaixo do que seria expectável”⁴⁴. Daqui descredibiliza-se que a companhia aérea será capaz de, por si mesma, suportar o seu crescimento, nos subseqüentes anos, sem o contínuo apoio estatal, sem que esta dê prova de que tal apoio se baseia na sua sustentabilidade (diga-se, pública), apenas e só a curto prazo.

Respeitando a terceira condição *supra* referida, a TAP adotou um leque de medidas, entre elas a alienação das participações detidas pela TAP SGPS em empresas não centrais, a definição de um limite máximo da frota de aeronaves, a transferência de faixas horárias diárias para um concorrente real ou potencial no aeroporto de Lisboa, uma proibição de aquisição e uma proibição de publicidade.

Medidas estas condicionadas a um “*Monitoring Trustee*”⁴⁵, com o propósito de controlar as disposições estipuladas entres as partes assinantes através de diversos mecanismos, sob a aprovação da CE perante requisitos de independência, qualificações necessárias e sem conflito de interesses. Tal controlo afere-se mediante relatórios escritos mensais sobre as condições atuais da empresa resgatada.

⁴⁴ Estatuto de empresa em dificuldade, conforme informação do Governo português, disponível em <https://rr.sapo.pt/noticia/economia/2022/12/28/tap-mantem-estatuto-de-empresa-em-situacao-economica-dificil/313534/>.

⁴⁵ Para um melhor entendimento, TYAGI, K. Monitoring Trustee. In: TYAGI, Kalpana. *Promoting Competition in Innovation Through Merger Control in the ICT Sector*. Munich Studies on Innovation and Competition, vol 10. Berlin, Heidelberg: Springer, 2019.

3.2. O auxílio à reestruturação de 2021

Se, por hora, nos afigurou que o auxílio de emergência concedido à TAP em 2020, como consequência inserida num contexto de impactos negativos derivados do Covid-19, e não imputáveis à empresa em si, se revelou imprescindível (e emoldurado) nos quadros de interesse público, já o seu consequente em 2021 não padece da mesma certeza à luz das Orientações E&R e, de igual, ao direito da União em termos das suas políticas concorrenciais.

Considerando o ponto 19 das Orientações E&R relativo ao âmbito material do auxílio, tal só é concedido se houver prova de que a empresa beneficiária do mesmo está em dificuldades económicas, sob as reservas do seu ponto 29. Assim, tem de se verificar que esta desaparecerá sem a intervenção e ajuda estatal.

Sendo o auxílio de 2021 à reestruturação, nos termos do ponto 27 das Orientações E&R, este implica um apoio permanente e contínuo, em proporção, para se atingir a viabilidade da empresa, com a ressalva de não falsear a concorrência do mercado. O que aqui se afigura aplicado ao caso concreto. Não obstante, os critérios de compatibilidade do auxílio com o mercado interno aferem-se no ponto 38 das Orientações E&R, avaliados cumulativamente.

Assim, deve ser *(i)* um contributo para o interesse público e comum, avaliando-se pelo facto de eliminar défices sociais ou falhas de mercado. Valemo-nos da alínea b) do ponto 44, o que no presente caso se justifica, pois, a companhia releva-se como promotor turístico, bem como fator de fortalecimento das relações entre Portugal e os demais Estados.

É imperioso *(iii)* haver uma necessidade de intervenção estatal traduzida no melhoramento do mercado através da apresentação de um plano de reestruturação viável capaz de ilustrar que o apoio se refletirá no aumento da competitividade nesse setor⁴⁶, tornando a empresa capaz de o fazer através de

⁴⁶ A proposta de reestruturação deverá incluir as causas das dificuldades financeiras da empresa, demonstrando como as suas medidas irão eliminá-las, apresentando informações sobre a estrutura

capitais próprios⁴⁷. Tal viabilidade permitirá ao Estado português fazer-se elevar como companhia aérea capaz de atrair investimento e entradas de capital para território nacional.

Ainda, *(iii)* o auxílio deve apenas ser aprovado se nenhuma outra medida se revelar como suficiente para a resolução da situação financeira debilitante. No entanto, tal empréstimo deve ser reembolsado⁴⁸. A verdade é uma, como demonstrado pelo Estado português, sem os primeiros apoios para a viabilidade, a TAP poderia já não estar em funções, desaparecendo do mercado, resultando na diminuição da oferta para o consumidor e cidadão europeu.

A mais, *(iv)* é também necessário demonstrar-se que, sem o auxílio, a empresa seria vendida, liquidada ou reestruturada, colocando de lado o seu objetivo de interesse comum. Sobre esta disposição recai a primeira advertência, sendo pertinente referir que, na eventualidade de uma venda da referida empresa, o propósito comum de interesse não seria (sob pena de melhor entendimento) violado ou desvalorizado. Assim, e no âmbito deste normativo, o auxílio público à TAP seria incompatível com o mercado interno.

Deve *(v)* avaliar-se o auxílio em termos de proporcionalidade, não lhe conferindo um valor superior ao estritamente necessário para a persecução do fim comum. O valor conferido de emergência seria de 1,2 biliões de euros e o de reestruturação pelo restante, totalizando-se num valor total de 3,2 biliões de euros. O primeiro seria proporcional à sua exequibilidade durante um prazo de 6 meses e o segundo na conformidade da sua reestruturação, perante a contribuição própria da empresa comparável ao dito auxílio⁴⁹, cabendo à

organizativa, o seu financiamento e ainda a divisão de fundos. Auferem-se os resultados numa vertente negativo, convencionando-os numa resolução “mínima” do plano, nos termos do ponto 50 das Orientações.

⁴⁷ Comunicação 2014/C 249/01, ponto 51.

⁴⁸ *Ibid.*, ponto 55.

⁴⁹ Comunicação 2014/C 249/01, pontos 62 e 63.

Comissão avaliar o seu valor, normalmente fixado em 50% do valor dos custos de reestruturação.

Denotando grande importância, *(vi)* do auxílio público não podem resultar danos ilimitados à concorrência, considerando-se como “auxílio único”⁵⁰ estatal, não podendo mais destes usufruir durante um prazo de 10 anos. Tendo sido conferido o auxílio de emergência em 2020, e em 2021 um auxílio à reestruturação, iríamos considerar como violação a esta disposição, pois foram aprovados durante um intervalo de tempo consideravelmente curto, nomeadamente de 1 ano. Não obstante, exceção à norma está na alínea a) do ponto 72 das Orientações E&R⁵¹, o que torna a aprovação dos mesmos em conformidade (e justificabilidade) consoante o direito da União.

Por fim, *(vii)* o auxílio deve basear-se na transparência, fornecendo toda a informação necessária à sua concessão, de acordo com o ponto 96⁵². O que aqui se verifica devido às constantes Comunicações e Decisões da UE ilustrativas dos pontos fulcrais durante a sua investigação.

Da análise detalhada de cada critério de aprovação do auxílio, nos termos do ponto 39 das Orientações E&R, se houver o desrespeito de um dos critérios, o auxílio será considerado incompatível com a o mercado interno, pois os seus malefícios preponderam em relação aos benefícios melindrados tendo em conta as políticas da concorrência da União. De igual modo, daqui resultou a conclusão pela incompatibilidade deste auxílio tendo em conta as políticas de concorrência da União, bem como das regras do mercado único, pois são suscetíveis de distorcer a concorrência e, por consequência, afetar as liberdades do mercado interno.

⁵⁰ *Ibid.*, ponto 70.

⁵¹ “No caso de um auxílio à reestruturação se seguir a um auxílio de emergência no âmbito de uma única operação de reestruturação”, ponto 72 das Orientações E&R.

⁵² Comunicação 2014/C 249/01, regendo-se por um “texto integral do regime de auxílio aprovado ou a decisão de concessão de um auxílio individual e as suas disposições de implementação, ou uma ligação a esse texto”.

4. Conclusões

Na salvaguarda das políticas de integração económica está a proteção da livre concorrência dentro do mercado interno da União, pelo que todo o tipo de distorções deve ser cuidadosamente avaliado, limitando todas estas ao mínimo possível, e apenas se se mostrarem como imprescindíveis para a prossecução de um objetivo de interesse comum.

Nestes termos, e em prol de uma melhor avaliação em termos de objetivos comuns durante a avaliação da compatibilidade do auxílio público, tal é fundamentável tendo em conta que o interesse social e comum de um Estado deve passar, em primeira linha, pelos interesses do seu cidadão individual, dotando-o da liberdade de escolha dos bens e serviços dentro das fronteiras do mercado único da União.

Nestes termos, e salientando que a TAP se qualifica como empresa pública⁵³, tal não prevê qualquer problemática em termos de aplicação dos normativos da União⁵⁴, pois também estas se regem, e devem fazer respeitar, o direito europeu.

Ainda, deve haver um controlo estrito e efetivo das práticas restritivas da concorrência, de forma que não vejamos o mercado enviesado por práticas ou distorções em prol de financiamentos ou enriquecimento próprios. A competitividade e a inovação devem ser a base de um mercado interno dinâmico e apelativo, alicerçado aos desenvolvimentos económicos e atento às oscilações económicas.

No caso concreto em análise, sendo esta feita a partir de disposições e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como atendendo aos normativos da União, conclui-se que, de certo modo, os auxílios podem ser

⁵³ Deriva do Regime atualmente vigente, o Decreto-Lei n.º 113/2013, relativo ao Regime Jurídico do Setor Público Empresarial. A TAP constitui-se hoje, como sociedade de capitais públicos, integrando o Setor Empresarial do Estado.

⁵⁴ PORTO. *Teoria da Integração*, *op. cit.*, p. 253-254.

justificáveis mediante a prossecução de um objetivo comum. Porventura, é imperioso identificá-los de forma escrutinada, pois embora estes possam, em casos excepcionais, ser compatíveis com o mercado interno, não deixam de ser formas de distorção da competência, que devem somente ser toleradas, em forma proporcional e não excessiva, quando a Comissão entender que tal é imprescindível para um interesse social comum. Ou, ainda, decorrentes de possíveis correções de falhas de mercado.

5. Referências Bibliográficas

HENRIQUES, Miguel Gorjão. *Direito da União*, Coimbra: Almedina, 2014.

LIMA, Ricardo. *A aplicação do Direito da Concorrência da eu em simultâneo com o direito nacional*. Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015.

MAIA, Gil Vicente. O regime europeu dos auxílios de Estado. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 79, n. 1, 2019.

MARCELINO, Carla. *Distorção da Concorrência nos Auxílios de Estado*. Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

MONTI, Mario *apud* UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. *A política de Concorrência na Europa e os Cidadãos*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias 2000.

PAIS, Sofia Oliveira. *Entre inovação e concorrência – em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011.

PORTO, Manuel Lopes. *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia – Face aos desafios da globalização*. Coimbra: Almedina, 2017.

FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José. Mercado Interno e Concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana, FROUFRE, Pedro Madeira (coord.), *Direito da União Europeia: Elementos de Direito da União*. Coimbra: Almedina, 2016.

SHELTON, Dinah. Soft Law. In: *Routledge Handbook of International Law*. Washington: Routledge Press, 2008.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Comentário ao artigo 3.º do TUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

TYAGI, K. Monitoring Trustee. In: TYAGI, Kalpana. *Promoting Competition in Innovation Through Merger Control in the ICT Sector*. Munich Studies on Innovation and Competition, vol 10. Berlin, Heidelberg: Springer, 2019.

A IMPUTAÇÃO AO PRODUTOR EM POSIÇÃO DOMINANTE DE COMPORTAMENTOS ABUSIVOS DOS DISTRIBUIDORES COM OS QUAIS MANTÉM UMA RELAÇÃO CONTRATUAL: UM ASPETO DA APLICAÇÃO DA POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA EUROPEIA

Bárbara A. Goldman¹

O presente artigo tem por objetivo demonstrar o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no acórdão de 19 de janeiro de 2023 – *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* – proferido no processo C-680/20², ao ser questionado sobre aspectos da devida interpretação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Em específico, o acórdão será estudado quanto à questão prejudicial em que o Tribunal foi indagado sobre a possibilidade e as condições para se imputar a uma empresa a autoria de determinado comportamento levado a efeito por sua rede de distribuidores – com a qual mantém relação apenas por força contratual – e, em seguida, reconhecer que esse comportamento constitui um abuso de posição dominante nos termos do artigo 102.º TFUE.

¹ Mestranda em Direito da União Europeia na Universidade do Minho.

² Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33.

O artigo 102.º TFUE dispõe que:

*“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”.*³

Ainda que não constem explicitamente do acórdão em exame, para a melhor compreensão do artigo 102.º TFUE, outras noções conceituais extraídas da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia são igualmente importantes.

Primeiramente, importa lembrar que o mercado interno, enquanto instrumento de integração econômica, é o principal instrumento da integração europeia (Froufe; Gomes, 2016). Não por outro motivo, as regras de concorrência na União Europeia buscam evitar comportamentos propensos a prejudicar o comércio entre os Estados-Membros. Sendo certo que se considera possível de prejudicar o comércio entre Estados-membros uma concorrência falseada mesmo que ela ocorra apenas dentro dos limites geográficos de um dado Estado-membro.

Ainda, da leitura do artigo 102.º TFUE, depreende-se que se trata de uma norma cujo destinatário é a empresa. Nesse ponto, tem-se uma “escolha dos autores dos Tratados de utilizar o conceito de empresa para designar o autor de uma infração ao direito da concorrência suscetível de ser sancionada”⁴. Essa escolha se mostra em consonância com a lógica funcional do direito da concorrência, que objetiva regular os diversos atores em constante movimento no mercado, sejam eles pessoas ou coisas.

³ Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390, disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj.

⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 25 de março de 2021, *Deutsche Telekom vs. European Commission*, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, n.º 72.

Essa mesma racionalidade funcional é utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quando densifica – já que este não está expressamente definido nos Tratados – o conceito de empresa como sendo “qualquer entidade constituída por elementos pessoais, materiais e imateriais que exerçam uma atividade econômica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento”⁵. Entenda-se, aqui, atividade econômica como a oferta de bens ou serviços em um determinado mercado (Froufe; Gomes, 2016).

Outrossim, o comportamento da empresa que o artigo 102.º TFUE pretende coibir é o de explorar de forma abusiva uma posição dominante. Dentre as práticas consideradas abusivas, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia elenca, a título meramente exemplificativo, as seguintes:

“a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

Acerca da determinação do que seria uma posição dominante no mercado, tem-se que desde o Acórdão *United Brands* o Tribunal de Justiça da União Europeia afirma que, de início, é necessário definir o mercado em causa do ponto de vista

⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 25 de março de 2021, *Deutsche Telekom vs. European Commission*, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, n.º 72.

do produto e em termos geográficos⁶. A jurisprudência do Tribunal aponta, ainda, que a posição dominante de uma empresa diz respeito a um estado de poder econômico que termina por permitir a essa empresa um comportamento afastado do que seria uma concorrência normal e que resulta “da reunião de vários factores que, tomados isoladamente, não seriam necessariamente determinantes”⁷. Observa-se, com isso, que no domínio de aplicação do direito da concorrência são importantes as análises das situações de fato e seus efeitos concretos.

O acórdão *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* tem origem no questionamento levado a juízo pela Unilever Itália acerca de uma coima a ela aplicada pela Autoridade da Concorrência Italiana (ACI), em valor superior a 60 milhões de euros, por abuso de posição dominante no mercado de distribuição de sorvetes em embalagens individuais para consumo no exterior em relação a determinados pontos de venda situados em áreas de lazer.

Importa salientar que o processo C-680/20 consiste em um pedido de decisão prejudicial formulado por um órgão jurisdicional da Itália ao Tribunal de Justiça da União Europeia. No ponto, cabe esclarecer que o reenvio prejudicial é um instrumento processual de cisão funcional da competência, no qual há suspensão da instância nacional para que o Tribunal de Justiça da União Europeia responda incidentalmente às questões levantadas pelo órgão de reenvio acerca da interpretação do direito da União Europeia relevante ao julgamento de mérito do caso concreto.

Portanto, ainda que se reafirme a importância da análise das situações de fato para fins de aplicação do direito da concorrência, no bojo do reenvio prejudicial cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia tão somente esclarecer e dar

⁶ Tribunal de Justiça da UE, Acórdão de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV v.s Comissão das Comunidades Europeias*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, n.º. 10.

⁷ Tribunal de Justiça da UE, Acórdão de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV v.s Comissão das Comunidades Europeias*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, n.º. 66.

direcionamento ao órgão de reenvio sobre qual a devida interpretação ao direito da União invocado. De tal maneira, no processo C-680/20, o que cabia ao Tribunal era responder à questão prejudicial elucidando qual a interpretação a ser dada ao artigo 102.º TFUE sem, contudo, adentrar no mérito da lide originária.

No que se pretende aqui abordar, o pedido de decisão prejudicial tinha por objeto saber:

*“[...] se o artigo 102º TFUE deve ser interpretado no sentido de que os comportamentos adotados por distribuidores que façam parte da rede de distribuição de um produtor em posição dominante podem ser imputados a este último e, sendo caso disso, em que condições”.*⁸

Isso porque a Unilever, em grau de recurso, alegou perante o órgão de reenvio que não pode ser a ela imputada a responsabilidade pelo comportamento de seus revendedores e que a sua atuação – enquanto fabricante dos produtos colocados a venda no mercado em questão – não era suscetível de falsear a concorrência.⁹

É importante compreender que a questão prejudicial tem origem no fato de que a Autoridade da Concorrência Italiana tão somente aplicou a multa impugnada pela Unilever por ter considerado que a empresa cometeu um abuso de posição dominante ao adotar uma “estratégia de exclusão suscetível de limitar o crescimento de seus concorrentes”¹⁰ a partir da imposição de cláusulas de exclusividade aos comerciantes locais feita pelos seus distribuidores.

Com isso, o órgão de reenvio verificou a necessidade de suscitar esclarecimentos acerca da interpretação do artigo 102.º TFUE a fim de saber se

⁸ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 24.

⁹ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 14.

¹⁰ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 7.

seria suficiente a mera existência de uma relação contratual entre distribuidores juridicamente autônomos e um produtor em posição dominante de mercado para imputar a esse produtor a responsabilidade pelos comportamentos dos distribuidores que terminaram por falsear a concorrência ou se seria necessária a demonstração de que o produtor tem capacidade de exercer “uma influência determinante nas decisões comerciais, financeiras e industriais que os distribuidores podem tomar a respeito da atividade em causa”¹¹.

O Tribunal concluiu que uma coordenação contratual entre produtor e seus distribuidores implica, no mínimo, que houve uma aceitação tácita por todas as partes envolvidas no acordo de distribuição e, não constituem, *a priori*, um comportamento unilateral, mas sim relações a serem reguladas pelo direito dos acordos, decisões e práticas concertadas previsto no artigo 101º TFUE.¹²

No entanto, afirmou-se que essa conclusão não impede a aplicação do artigo 102.º TFUE para imputar a uma empresa em posição dominante o comportamento adotado pelos distribuidores e o conseqüente reconhecimento de que houve um abuso de posição dominante porque “sobre todas as empresas que detêm uma posição dominante impende uma responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno”.¹³

No ponto, o Tribunal de Justiça da União Europeia remete-se às conclusões apresentadas pelo advogado-geral previamente à prolação do acórdão para também reconhecer que essa obrigação especial atinge não só o comportamento da empresa em posição dominante, mas também o daqueles

¹¹ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 25.

¹² Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 25 e 26.

¹³ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 27 e 28

que atuam no mercado em seu nome e conforme suas instruções específicas e unilateralmente determinadas.¹⁴

Dessa especial responsabilidade deriva, não apenas que as empresas em posição dominante devem abster-se de fomentar comportamentos anticoncorrenciais de seus distribuidores, mas também que se deve “verificar se a empresa dominante podia razoavelmente prever os comportamentos anticoncorrenciais de seus distribuidores e estava pronta para assumir o risco”¹⁵.

Ainda, consta no acórdão que, em tais casos, distribuidores e rede de distribuição são “mero instrumento de ramificação territorial da política comercial da referida empresa e, a esse título, o instrumento através do qual, sendo caso disso, a prática de exclusão em causa foi executada.”¹⁶

Das conclusões do advogado-geral Athanasios Rantos, que se aprofundaram na questão da caracterização e aplicação do conceito de unidade econômica às sociedades que guardam entre si relações apenas contratuais e não relações de capital, extraem-se informações importantes à elucidação do entendimento por fim adotado pelo TJUE.

Fazendo remissão ao Acórdão *Remonts*¹⁷, o advogado-geral afirma que:

*“Embora tenha sido desenvolvido em matéria de relações entre uma sociedade-mãe e as suas filiais que constituem o contexto «típico» da existência de uma unidade económica, este conceito pode ser aplicado fora da esfera do grupo de sociedades”.*¹⁸

¹⁴ *Idem*, n.º 29.

¹⁵ Conclusões do Advogado-Geral Rantos, C-680/20, de 14/07/22, ECLI:EU:C:2022:586, n.º 48.

¹⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 30.

¹⁷ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 21 de julho de 2016, *SIA “VM Remonts” (anteriormente SIA “DIV un KO”) e o. contra Konkurences padome*, C-542/14, EU:C:2016:578.

¹⁸ Conclusões do Advogado-Geral Rantos, C-680/20, de 14/07/22, ECLI:EU:C:2022:586, n.º 39.

Suas conclusões avançam, no sentido de que:

*“[...] a existência de uma unidade económica não se limita a casos em que as sociedades mantêm relações de capital, mas visa igualmente, em certas circunstâncias, as relações entre uma sociedade e o seu representante comercial ou entre um comitente e o seu comissário”.*¹⁹

Ou seja, no ponto em que referidas pelo Tribunal, as conclusões do advogado-geral apontam na direção de que para o reconhecimento do abuso de posição dominante em casos de relação meramente contratual, é possível servir-se dos conceitos de unidade econômica e de unidade de comportamento no mercado, em que pese não sejam conceitos cunhados para o tipo de relação jurídica existente entre produtor e distribuidores, pelo fato de serem noções que atendem ao que se pretende proteger com a aplicação do artigo 102.º TFUE e o próprio direito da concorrência.

Segundo ele, para se aplicar o conceito de unidade econômica fora do contexto das relações de capital entre sociedades, importa o contexto fático, ou seja, as circunstâncias, em que está inserida a relação contratual examinada. De tal modo que o comportamento abusivo materialmente praticado por um terceiro distribuidor apenas poderá ser imputado ao produtor em posição dominante de mercado quando se verificar que o distribuidor agiu conforme “instruções específicas dadas por essa empresa e, portanto, a título de execução de uma política comercial única.”²⁰

O advogado-geral salientou, ainda, que a verificação da existência de unidade econômica deve considerar um conjunto de indícios para concluir se há ou não a influência determinante do produtor sobre os distribuidores.²¹ O que, ao fim, terminará por indicar a influência do produtor sobre aquela parcela de mercado

¹⁹ Conclusões do Advogado-Geral Rantos, C-680/20, de 14/07/22, ECLI:EU:C:2022:586, n.º 39.

²⁰ Conclusões do Advogado-Geral Rantos, C-680/20, de 14/07/22, ECLI:EU:C:2022:586, n.º 48.

²¹ Conclusões do Advogado-Geral Rantos, C-680/20, de 14/07/22, ECLI:EU:C:2022:586, n.º 49.

em que ele ocupa posição dominante justificando que dele se exija comportamento conforme sua especial responsabilidade.

Verifica-se que tal conclusão terminou por ser corroborada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, quando afirmou que, mesmo tendo sido praticado pelos distribuidores, se “o comportamento imputado à empresa em posição dominante foi decidido unilateralmente”, ela “pode ser considerada a sua autora e, eventualmente, a única responsável para efeitos da aplicação do artigo 102.º TFUE”.²²

Outrossim, acerca das condições para que se reconheça que a relação contratual existente entre produtor e distribuidor permite a imputação ao produtor em posição dominante pelo comportamento do distribuidor, o Tribunal de Justiça da União Europeia assevera que não se exige “demonstração de que os distribuidores em causa também fazem parte desta empresa” e “nem sequer da existência de uma relação hierárquica”.²³

Em verdade, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirma a ideia de que são os aspectos fáticos das relações jurídicas e económicas que unem produtor e distribuidores que irão demonstrar quando os distribuidores atuam executando as ordens do produtor em posição dominante.

Nos casos de abuso por exclusão²⁴, que é o que se debate no acórdão em estudo, têm-se a utilização de práticas que terminam por afastar os concorrentes já atuantes naquele mercado ou dificultar a entrada de novos. Extrai-se do acórdão que a estratégia da *Unilever* consistiu na:

²² Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 30.

²³ Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 19 de janeiro de 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33, n.º 32.

²⁴ Relembrando que as práticas abusivas são tradicionalmente classificadas em abuso por exclusão, quando a atuação se orienta no sentido de afastar os concorrentes existentes no mercado ou impedir a entrada de novos; ou abuso por exploração, quando se verifica condutas excessivas, não equitativas e até mesmo discriminatórias.

*“[...] imposição, por parte dos distribuidores da Unilever, de cláusulas de exclusividade aos operadores dos pontos de venda, que obrigavam estes últimos a abastecerem-se em exclusivo junto da Unilever de todos os gelados em embalagens individuais de que necessitassem. Em contrapartida, estes operadores beneficiavam de um vasto leque de descontos e de comissões, cuja atribuição estava dependente de volumes de negócios ou da comercialização de uma determinada gama de produtos da Unilever. Estes descontos e estas comissões, que eram concedidos, segundo combinações e modalidades variáveis, a quase todos os clientes da Unilever, destinavam-se a incentivar estes últimos a continuarem a abastecerem-se exclusivamente junto desta empresa, desencorajando-os de resolverem os seus contratos para se abastecerem junto de concorrentes da Unilever”.*²⁵

Com isso, concluiu o Tribunal de Justiça da União Europeia que:

“[...] à primeira questão que o artigo 102.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que os comportamentos adotados por distribuidores que fazem parte da rede de distribuição dos produtos ou dos serviços de um produtor que goza de uma posição dominante podem ser imputados a este último caso se for demonstrado que esses comportamentos não foram adotados de maneira independente pelos referidos distribuidores, mas que fazem parte de uma política decidida unilateralmente por este produtor e que é executada por intermédio dos referidos distribuidores”.

Assim, resulta do artigo 102.º TFUE que a imputação do comportamento anticoncorrencial à empresa em posição dominante é possível, mas dependerá da aferição casuística da existência de conhecimento e concordância, ou mesmo

²⁵ Conclusões do Advogado-Geral Rantos, C-680/20, de 14/07/22, ECLI:EU:C:2022:586, n.º 7.

de atuação deliberada e orquestrada, para implementar ou reforçar às políticas de exclusão ali verificadas.

Considerações finais

É importante observar que o artigo 102.º TFUE não tem por objetivo impedir que uma empresa alcance por seu mérito uma posição dominante de mercado, mas sim impedir que a empresa em posição dominante prejudique a concorrência efetiva com outros atores.

No ponto, vale ressaltar que uma concorrência pura e perfeita é impossível e que é perfeitamente natural que, quando um agente conquiste uma parcela significativa de um mercado, a concorrência ali se torne reduzida.

No entanto, deve-se assegurar que essa conquista de parcela significativa de um mercado ocorra como resultado do mérito da atuação do agente econômico e que a sua posição dominante também se mantenha por esse mesmo mérito. Não se pode permitir, em abuso da posição dominante conquistada, que o produtor termine por eliminar a existência de um mínimo de possibilidade de competição viável (*workable competition*).

Igualmente, não se pode admitir o uso de estratégias para diluir a atuação da empresa dominante de modo a dificultar a percepção da sua efetiva dominação em determinada parcela de um mercado e, com isso, dificultar ou mesmo impedir a devida fiscalização sobre a sua atuação.

Cabe, portanto, às instituições europeias e nacionais garantir a manutenção do mínimo de concorrência e o exercício das posições dominantes sem ilegalidades ou abusos, o que deve ser aferido casuisticamente. Do mesmo modo que cabe às empresas que detêm posição dominante a especial responsabilidade de não adotar comportamento que prejudique a concorrência efetiva, seja por sua própria atuação seja pela atuação que ela determina aos seus contratados e filiais.

Referências bibliográficas

FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (coord.). *Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016. cap. VII, p. 449-504. ISBN 978-972-40-6143-6.

LINS, Ana Maria Nascimento Caldas. *Medidas estatais e abuso de posição dominante: a aplicação conjugada dos artigos 102º e 106º, nº 1, do TFUE*. Orientador: Miguel Moura e Silva. 2019. p. 50-71. Dissertação de mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/37525>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MARQUES DA SILVA, Isabel. Os acordos de distribuição e o Direito da concorrência. *Direito e Justiça*, v. 10, n. 2, p. 167-235, 1 jul. 1996.

SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de Direito da União Europeia: Doutrina e Jurisprudência*. 2.^a ed. atual. e aum. Lisboa: Quid Juris?, 2011. 255 p. ISBN 978-972-724-554-3.

A UTILIZAÇÃO DO *COMPLIANCE* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRAS ENQUANTO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E COMBATE ÀS PRÁTICAS CORRUPTIVAS

Chaiene Meira de Oliveira¹

Rogério Gesta Leal²

1. Introdução

Com o presente trabalho, investigar de que forma um sistema de *compliance* por parte da administração pública brasileira pode contribuir na prevenção e combate às práticas corruptivas. A temática relaciona-se com a utilização do *compliance* na administração pública enquanto instrumento de prevenção e combate às práticas corruptivas no âmbito de contratos administrativos, estando delimitada ao contexto brasileiro. Dessa forma, considerando a necessidade de

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). Mestre em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2021). Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (2020). Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Advogada inscrita na OAB/RS nº 116.273. Servidora pública municipal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa Cruz – USC. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

implementação e aperfeiçoamento de programas de integridade no âmbito da administração pública brasileira, questiona-se: em que medida a adoção de instrumentos da experiência do *compliance* em âmbito público pode contribuir para prevenção e combate às práticas corruptivas?

Para responder ao problema de pesquisa, utilizou o método de abordagem dedutivo, na medida em que partindo dos pressupostos gerais acerca do controle dos atos estatais e sua relação com os regimes democráticos passa-se a investigar de que forma pode-se estabelecer diretrizes para a implementação de programas de *compliance*, no âmbito do controle interno, pela administração pública brasileira. Quanto ao método de procedimento, optou-se pelo monográfico, as técnicas de pesquisa resumem-se a consulta livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros meios.

A hipótese inicial é a de que as possibilidades de instituição dos programas de *compliance*, enquanto instrumento de controle interno à prevenção de práticas corruptivas, não somente contribuem para o melhor funcionamento e organização do serviço público, mas sim, são essenciais para o funcionamento ético e probó estatal. Isso porque evidenciam o caráter principiológico do texto constitucional no que tange aos princípios basilares da administração pública brasileira. Desse modo, o entendimento inicial é no sentido de que as propostas a serem formuladas podem contribuir tanto no âmbito dos contratos administrativos, como também na gestão mais ética do dinheiro público e concretização das políticas públicas, as quais em última análise envolvem a confiança nas instituições e os direitos fundamentais como um todo.

A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade de realizar estudos específicos sobre a temática do *compliance* público, considerando que se trata de um tempo ainda pouco explorado por parte da doutrina, a qual tradicionalmente tem seu foco voltado para a esfera privada. Em termos práticos, o estudo justifica-se na necessidade de estabelecer diretrizes quanto a utilização do *compliance* na administração pública brasileira enquanto instrumento de prevenção e combate às práticas corruptivas no âmbito dos contratos

administrativos. Isso ocorre sobretudo pelo fato de que as relações entre Estado e iniciativa privada são complexas e demandam medidas específicas para a sua regulação, para as quais os tradicionais instrumentos de controle interno e externo não se mostram suficientes.

A pesquisa relaciona-se com a área de concentração do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, qual seja, Demandas Sociais e Políticas Públicas, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas na medida em que busca em última análise a compreensão focada em uma perspectiva instrumental, baseada nos diferentes mecanismos jurídicos e sociais à disposição do poder público e da sociedade no sentido de se garantir e viabilizar a implementação dessas políticas públicas. Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos tópicos, são em um primeiro momento, analisar os sistemas de controle da administração pública no contexto do estado democrático de direito; após visa-se delimitar as bases teóricas, fundacionais, históricas e normativas do controle da administração pública no Brasil, com foco na modalidade interna e, por fim; propor um modelo de *compliance* utilizando de seus instrumentos para o aprimoramento do controle interno da administração pública, nomeadamente em sede de evitação de práticas corruptivas.

2. Democracia e controle dos atos estatais: bases teóricas

Em relação ao primeiro tópico, os meios de controle da administração pública constituem mecanismos de relevante papel nas sociedades principalmente nas que adotam um regime democrática. Quanto à relação entre controle da administração pública e o contexto do Estado Democrático de Direito, observa-se que um depende da existência do outro, ou seja, o controle é um dos pressupostos basilares dos regimes democráticos ao mesmo tempo em que estes só podem ser mantidos se existiam instrumentos eficazes para controlar a atividade estatal.

No que tange a origem da necessidade de controle dos atos públicos, segundo Lima (2018), desde o período em que foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França em 1789, no contexto da Revolução Francesa, já havia à disposição em seu artigo 15 de que a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público em sua administração. Ou seja, não é recente a ideia de que os atos da administração pública necessitam ser controlados, bem como complementa o autor, esta é uma das decorrências lógicas da democracia, juntamente com a igualdade perante à lei, a existência de um sistema processual administrativo e judicial que respeite os direitos e garantias individuais, além de um rol de direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente expressos e a participação popular.

No mesmo sentido, França (2016) conclui que para um livre discernimento é um pressuposto democrático de conseqüentemente também é o controle da administração pública pelo fato de que o homem enquanto cidadão possui um papel racional na sociedade. Sobre tal aspecto, Queiroz (2013) afirma que é justamente nas formas participativas de democracia, que os institutos da representação política aumentam os preceitos democráticos, incorporando os cidadãos enquanto efetivos atores políticos, tornando-os próximos das estruturas governamentais, o que por sua vez possibilita o exercício de um efetivo controle cidadão. O controle pressupõe a participação cidadã seja qual for de suas modalidades, o que é possibilitado por um ambiente participativo e democrático.

Em estudo realizado especificamente sobre a relação entre democracia e controle dos atos estatais, concluímos que o controle dos atos da administração pública pode ser considerado inclusive como um de seus pressupostos na medida em que a democracia necessita da constante observância dos atos da administração pública, que por sua vez são observados por meio dos mecanismos de controle³. Dessa forma, passa-se brevemente a tecer

³ O artigo completo “Estado democrático de direito e controle da administração pública: uma necessária conexão” está em processo de revisão para publicação.

comentários sobre as modalidades de controle dos atos estatais e sua previsão na legislação.

3. O controle da administração pública no Brasil: breves considerações

Quanto ao segundo tópico, no tocante às modalidades de controle na administração pública brasileira, é possível perceber que existe a possibilidade de ser realizado o controle social, o controle interno e o controle externo. Em relação a tais modos de exercício do controle, o que pode ser observado é que eles também podem ser adotados de maneira conjunta, ou seja, ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno de seus atos além do controle externo, bem como estes podem ser adotados de forma isolada.

No que tange às modalidades de controle da administração pública, destaca-se a possibilidade de ser realizado o controle social, o controle interno e o controle externo e, no que se refere a tais modos de exercício do controle, o que pode ser observado é que estes também podem ser adotados de maneira conjunta, ou seja, ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno de seus atos além do controle externo.

Necessário observar também a distinção trazida por Perez (2016) em relação às modalidades de controle interno e externo da administração pública de maneira que o primeiro também denominado poder de autocontrole é compreendido como sendo o dever da administração pública de anular os seus atos caso estes não sejam praticados de acordo com as normas pré-estabelecidas. Enquanto o controle externo na definição do autor, é aquele compreendido tanto ao controle do poder legislativo sobre a administração como também ao controle jurisdicional.

O controle externo possui previsão constitucional no art. 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988, sendo que nos termos do art. 71, o controle

externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Na sequência, outras atribuições são: III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

Além de: VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar

prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Especificamente sobre o controle interno da administração pública denota-se, de uma forma ampla, estar relacionado com os atos realizados internamente, tais como a homologação, aprovação, invalidação, revogação de seus próprios procedimentos. De maneira semelhante ao que ocorre no setor privado, o controle interno no âmbito da atividade pública tem dentre os seus objetivos, o de estabelecer planos e metodologias de organização que tenham por finalidade a garantia de resultados em conformidade com as disposições normativas e legais.

O controle interno, segundo Leal (2020,) não é uma faculdade dos poderes estatais, mas sim, uma imposição cogente e inafastável, a qual é estendida às autarquias, fundações e empresas estatais, bem como se estende a todos os poderes públicos, seja no âmbito do poder executivo, legislativo e judiciário. No entendimento do autor, o controle interno deve ter a sua atuação além da formatação e execução de políticas públicas, devendo estar presente na avaliação de resultados, sobretudo quanto à eficiência e eficácia da gestão financeira, orçamentária e patrimonial do interesse público.

Expostas breves considerações sobre as modalidades de controle e sua previsão normativa na legislação, passa-se a uma análise específica sobre a adoção de instrumentos de *compliance* por parte da administração pública.

4. A adoção dos instrumentos de *compliance* pela administração pública

Por fim, em relação ao terceiro tópico, atendendo à finalidade preventiva dos programas de integridade, sendo que a adoção destas condutas visa diminuir os riscos da atividade econômica e consequente responsabilização das pessoas

jurídicas em caso de aplicação de eventual sanção. Ou seja, são um conjunto de medidas visando evitar condutas ilícitas, além de possibilitar no caso de sua ocorrência, a identificação dos envolvidos, elucidação dos fatos e a consequente responsabilização pelos atos praticados tanto no âmbito interno como em face da administração pública.

Buscando uma definição, o termo *compliance* deriva da expressão *to comply*, o qual se definido no sentido literal da palavra significa agir com determinada regra. Além disso, segundo Bittencourt (2014), o termo *compliance* significa a obrigação de cumprir com os regulamentos internos e externos de acordo com as regras pré-estabelecidas estando relacionado ao cumprimento das normas e acordos trazendo a ideia de concordância e conformidade com os regramentos internos e legislativos.

Na legislação infraconstitucional, um dos principais dispositivos normativos sobre o tema é a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, prevê no art. 7º, VIII, que serão levados em consideração no momento de aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, além de auditorias e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a efetiva aplicação de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica.

No tocante a exigência de programas de integridade, outra recente inovação é a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual dispõe que nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento. Ou seja, trata-se de uma exigência para contratar com o poder público.

Percebe-se que as alterações seguem a linha do que vem sendo adotado nos últimos anos no país, bem como internacionalmente, além de seguir as recomendações da OCDE, a qual recomenda no documento Recomendação da

OCDE sobre Integridade Pública (2021) a existência de uma cultura aberta de integridade organizacional, a qual investe em liderança de integridade para demonstrar o compromisso de uma organização do setor público com a integridade, promove um setor público que respeita os valores inerentes ao serviço público e a boa governança; apoia uma cultura organizacional aberta que esteja atenta às questões de integridade e aplica um controle interno com uma estrutura de gerenciamento de riscos para salvaguardar a integridade.

No título “do controle das contratações”, o art. 169 da Nova Lei de Licitações Brasileira dispõe que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

O parágrafo primeiro do referido artigo dispõe expressamente que a implementação destas práticas será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

Na sequência, o parágrafo segundo prevê que, para realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527/2011, e o órgão

de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

Quanto aos integrantes das linhas de defesa mencionadas nos incisos I, II e III do caput, estes devem observar alguns requisitos, o primeiro deles é que quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis. No caso de serem contatadas irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Especificamente sobre os órgãos de controle, de acordo com a previsão do art. 170, estes adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação. Estas razões, nos termos do parágrafo primeiro deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos sendo que, a omissão não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação de acordo com o parágrafo segundo do referido dispositivo. Além disso, o parágrafo terceiro diz que os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Importante é a disposição do art. 170, §4º no sentido de que qualquer licitante contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação

da lei. Na sequência o art. 171 prevê que na fiscalização de controle, devem ser observados os seguintes requisitos: I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições.

Também é preciso observar: II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados; III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

Extrai-se destas normas que há uma preocupação por parte do legislador de que as empresas possuam programas de integridade principalmente ao se relacionar com o Estado. Ao mesmo tempo, a própria administração pública também precisa adotar tais procedimentos, principalmente em sede de controle interno, a fim de evitar a ocorrência de atos ilícitos, instaurando assim uma rede de colaboração entre os agentes controladores.

5. Conclusão

O presente trabalho objetivou investigar de que forma um sistema de *compliance* por parte da administração pública brasileira pode contribuir na prevenção e combate às práticas corruptivas. Dessa forma, passa-se a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: em que medida a adoção de instrumentos da

experiência do *compliance* em âmbito público pode contribuir para prevenção e combate às práticas corruptivas?

Em síntese, a resposta é no sentido de que os instrumentos de compliance, quando implementados no âmbito do controle por parte da administração pública, constituem um importante mecanismo para prevenir e combater as práticas corruptivas no momento em que possibilitam uma gestão mais ética, sobretudo no que se relaciona aos procedimentos licitatórios e celebração de contratos entre o Estado e a iniciativa privada. Com a correta adoção dos programas de integridade, há redução nos riscos da atividade econômica e conseqüentemente auxilia na responsabilização das pessoas jurídicas em caso de aplicação de eventual sanção.

Conclui-se a presente explanação confirmando a hipótese inicial no sentido de que as possibilidades de instituição do *compliance* enquanto instrumento de prevenção e combate às práticas corruptivas no âmbito dos contratos administrativos não apenas contribuem para a prevenção e combate a estes atos, mas sim, são essenciais para o funcionamento da administração pública brasileira. Especificamente sobre eventuais diretrizes a serem propostas, considerando que a pesquisa se encontra em andamento, as proposições práticas são de que a administração pública pode utilizar das experiências bem-sucedidas da iniciativa privada para instituição de programas de *compliance* e aprimoramento dos mecanismos de controle interno com vistas a uma melhoria na gestão de riscos e busca por uma gestão mais ética.

6. Referências

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 jul. 2023.

BRASIL. Lei 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 01 jul. 2023.

BRASIL. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 01 jul. 2023.

FRANÇA, Phillip Gil. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *Déficits democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. *O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da administração pública no Brasil: um breve resumo sobre o tema*. 2016

QUEIROZ, Lanuse da Silva. *A crise da democracia representativa: da corrupção e fragilidade das instituições políticas à falta de confiança dos cidadãos*. Dissertação de Mestrado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). 2013.

PERSPECTIVAS AVALIATIVAS DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA: AÇÕES DE PROCESSUALÍSTICA CIVIL SOB ANÁLISE¹

Victor Saldanha Priebe²

Fabiana Marion Spengler³

¹ Pesquisa resultante do projeto “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.

² Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Bolsista CAPES Modalidade II. Mediador e Assessor Jurídico da 24ª Coordenadoria Regional de Educação do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: victor.priebe@hotmail.com.

³ Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e *stricto sensu* da UNISC, Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; participante da Rede CUEMYC (Conferência Universitária Internacional para o Estudo da Mediação e do Conflito), site: <https://cuemyc.org/quienes-somos/>; é integrante do grupo de pesquisa internacional “Dimensions of Human Rights” (<http://www.ijp.upt.pt/page.php?p=298>), mantido pelo Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Coordenadora do projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados, coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos. E-mail: fabiana@unisc.br.

0. Resumo

Com a presente pesquisa pretende-se proceder com uma investigação acerca de vislumbrar as perspectivas avaliativas da política pública de acesso à justiça sob o enfoque da processualística civil. Por meio disto, buscar-se-á identificar quais são as ações que estão sendo colocadas em prática a fim de que se alcance uma plena eficácia ao direito fundamental de acesso à justiça. Em sendo assim, o objetivo principal que se pretende alcançar é o de analisar e compreender o cenário de políticas públicas voltadas a contornar as dificuldades que se originam nos conflitos de natureza civil, e, identificar quais são as classificações passíveis de tratamento pelos mecanismos autocompositivos instituídos pela Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Nisto, a problemática que será enfrentada durante o desenvolvimento do texto origina-se no fato de que, o atual cenário avaliativo das políticas públicas de acesso à justiça não possui uma amplitude que seja possível tratar os conflitos civis respeitando suas diferenças. Para examinar a proposta, optou-se por utilizar o método de pesquisa bibliográfico. Ao fim, concluiu-se que um conhecimento mais profundo quanto as conceituações, definições e classificações dos conflitos potencializam o agir dos mediadores e conciliadores, uma vez que, seria mais assertiva as conduções das sessões e audiências, e, também, causaria impactos potencialmente relevantes nos eixos qualitativos e quantitativos no momento da avaliação das ações da política judiciária.

1. Introdução

De início nesta pesquisa que tem por temática proceder com uma investigação acerca de vislumbrar as perspectivas avaliativas da política pública de acesso à justiça sob o enfoque da processualística civil, o objetivo principal que se pretende alcançar é o de analisar e compreender o cenário de políticas públicas voltadas a contornar as dificuldades que se originam nos conflitos de natureza

civil, e, por meio disto, entender como os mecanismos de resolução poderão atuar de uma maneira mais eficaz.

Isto tudo servirá de subsídio para que se tenha um panorama mais bem contudente das ações que colocam o acesso à justiça em prática quando se fala em processualística civil, especialmente, nas ferramentas de resolução alternativa de conflitos que atualmente estão disponíveis. Logo, entende-se que a compreensão do cenário é de suma importância para que se atinja o objetivo de acesso à ordem jurídica justa.

No que tange ao desenvolvimento do presente estudo, proceder-se-á com uma análise que traga um breve contexto sobre o cenário enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro. Adiante, no desenvolver do texto, serão tratados também assuntos como o esgotamento do sistema judiciário brasileiro e suas correlações com a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, e, ao fim, a observância da possibilidade da construção de uma cartografia que identifique a rota de saída da crise levando-se como norte, para tanto, a autocomposição.

Por derradeiro, destaca-se que na presente pesquisa foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico, essencial para a verificação das teses doutrinárias e jurisprudenciais que embasaram o estudo e chegar a uma conclusão.

2. O cenário conflitivo enfrentado pelo judiciário brasileiro

Sobre este assunto se propõe proceder com uma análise sobre o conflito no sentido de observar se há possibilidade de que se aproveite o dissenso para se obter alguma evolução nas relações sociais, tem-se como fundamental que se proceda com uma verificação preliminar que pormenorize o conceito utilizado para o termo, conflito, adotado.

Nesta toada, diversas são as leituras aplicáveis ao termo, de modo que entre elas é possível que se defina conflito como um processo pelo qual há um esforço intencional de alguma pessoa no sentido de bloquear que outra pessoa atinja seus objetivos (Robbins, 2009, p. 326). Em outra interpretação mais atenuada

pode se dizer que a situação conflitiva surge da confrontação dos desejos do outro com os nossos desejos, constituindo com isto um limite às nossas realizações (Morineau, 1998, p. 33).

Nesta linha interpretativa, entende Célia Regina Zapparolli que o:

“[...] conflito é um desacordo e, em geral, as pessoas entram em conflito por divergência (incompatibilidade) de valores, necessidades, opiniões e desejos de uma ou de ambas as partes” (Zapparolli, 2012, p. 39).

Deste modo, a dissonância conflitiva consistiria, em sua origem, na adoção de posições que, de forma intencional ou não, entrariam em rota de colisão com desejos de outros, originando com isto disputas pelo poder de suplantar seu desejo/posição sobre o alheio, de maneira oculta ou explícita (Vezzulla, 2001, p. 95).

Sob este contexto entende-se que os conflitos:

“[...] podem acontecer entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Naturalmente existem também Conflitos que contrapõem indivíduos a organizações [...], grupos a coletividades [...], entre organizações e coletividades [...]. Existem então, diversos níveis nos quais podem ser situados os Conflitos e seus diversos tipos, de modo que seria possível centrar somente a atenção sobre os Conflitos de classe (esquecendo os conflitos étnicos) de um lado ou sobre os conflitos internacionais [...] do outro lado” (Bobbio, 2004, p. 225).

Expostas estas formas de interpretar o termo conflito nota-se que há mais de um eixo de estudo presente nas opções de como observar a atuação deste no desenrolar das situações cotidianas, podendo ser constatado em acontecimentos políticos ou episódios ligados a psicologia. Entretanto, a linha interpretativa que se pretende seguir neste texto possui uma aderência mais alinhada à sociologia em detrimento das anteriormente citadas.

3. O esgotamento do sistema judiciário brasileiro

De início nesta temática, entende-se necessário que se proceda com uma verificação das diferenças de sentidos entre as conceituações de acesso ao Judiciário e acesso à justiça. Apesar de que tais expressões tenham sido tratadas como sinônimo por um grande período de tempo pelo cenário judicial e doutrinário nacional, atualmente há profundas diferenciações entre os termos dos quais ocasionam-se consequências distintas. Em outras palavras é possível compreender que exista uma evolução conceitual em que foi necessária a criação de uma terminologia que abarcasse a antiga compreensão de acesso à justiça, o qual se convencionou denominar de acesso ao Judiciário.

Nesta toada vale observar a densidade conceitual utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) quando positivou o princípio do acesso à justiça no rol dos seus direitos e garantias fundamentais, especificamente em seu Art. 5º, inc. XXXV, definindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

De frente para a amplitude do que pode ser considerado acesso à justiça surgiu a conceituação de acesso ao Judiciário, pois a primeira interpretação do que foi positivado na CF/88 remete ao fato de que todos aqueles que sentirem-se lesados ou ameaçados em seus direitos poderão valer-se da jurisdição para buscar reparação. No entanto, a gravidade dessa situação ganha corpo na mesma medida em que o Estado brasileiro garante cada vez mais direitos sociais aos seus cidadãos. Contudo, o problema não está no alargamento do rol de direitos garantidos aos indivíduos pelo Estado, mas sim na não efetivação destes.

Como aduz Rodolfo de Camargo Mancuso, a combinação de um alargamento de direitos fundamentais com uma abertura irrestrita de apreciação de lesão ou ameaça a estes, por parte do Judiciário, acaba por desencadear em um “perigoso convite à demanda” (Mancuso, 2020, p. 83). Neste mesmo sentido, a escalada da derrocada da interpretação do acesso à justiça, como acesso ao Judiciário, ganha proporções quando passamos a inserir neste contexto as complexificações que o mundo globalizado nos apresenta hodiernamente

novas necessidades individuais e coletivas enquanto a porta de entrada para a resolução de tais demandas mantém elevados índices de congestionamento.

Sobre este prisma há algum tempo atrás a doutrina nacional cunhou o termo crise do Judiciário para buscar compreender e contribuir com possíveis soluções. Destas análises contextuais sobre o excesso lentidão na prestação jurisdicional vale destacar o posicionamento de José Joaquim Calmon de Passos, o qual compreende que tal situação:

"[...] é fruto igualmente do incentivo à litigiosidade que uma leitura incorreta, data venia, da Constituição, somada à falta de sensibilidade política dos três Poderes, determinou a partir de 1988 e vem-se agravando progressivamente. Do dizer que nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário colocou-se nossa democracia de ponta-cabeça e hoje, poder mesmo é o detido por aqueles que o povo não elege, não participa de seu recrutamento e sobre os quais não tem nenhum poder de controle - o Judiciário, o Ministério Público e a Mídia" (Passos, 2007, p. 838).

Neste complexo cenário em que cada movimento adiciona uma imensurável dificuldade ao sistema jurisdicional, não há como deixar de considerar que as necessidades de implementações de direitos sociais, ao converterem-se em demandas jurídicas exigindo o seu cumprimento, acarretam uma explosão de litigiosidade de dupla dimensão –qualitativa e quantitativa– expondo, portanto, as deficiências históricas da estrutura judiciária nacional (Priebe, 2018, p. 28).

Em circunstância disto deve ser considerado o fato de que é o próprio Estado o gerador das expectativas e ansiedades sociais que deságuam no Poder Judiciário, o qual também faz parte do Estado. Compreende-se aqui que há uma desorganização sociopolítica a qual não permite que sejam identificadas as realidades brasileiras, eivadas de contradições sociais, econômicas, políticas e regionais.

Frente a isto, é possível alegar que o:

“[...] Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador dos conflitos mencionados, inúmeros outros têm sido provocados pelo Estado em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal e administrativa” (Watanabe, 2019, p. 05).

4. Política judiciária de tratamento adequado dos conflitos

Sobre este assunto a proposta é proceder com uma verificação sobre o contexto em que a política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos foi implementada, tal como observar se houve ou não avanços no período, tem-se como fundamental que se proceda com uma verificação preliminar que pormenorize o conceito utilizado para a terminologia, políticas públicas, adotada.

Nesta toada, o conceito utilizado para adoção do termo está alinhado com o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci, a qual dispõe que:

“[...] políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são metas coletivas conscientes” (Bucci, 2013, p. 241).

Logo, compreende-se que a definição de “política pública envolve um fluxo de decisões públicas orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar a realidade”. Em vista disto, as ações que buscam alterar a forma de agir:

“[...] podem ser consideradas estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. Estes conceitos baseiam-se no entendimento de que a função das políticas públicas seria promover transformações sociais” (Rosa; Lima; Aguiar, 2021, p. 14).

Deste modo, o alinhamento com que a presente análise trabalha é possível pois leva em conta que os mecanismos regulamentados pela Resolução 125/2010 do CNJ –mediação e conciliação– são ações de prestação pública, o que, com isto, possuem alinhamento a dimensão *policy* das políticas públicas, pois, tratam-se de atividades inicialmente organizadas pelo sistema político e posteriormente consolidadas pelo elemento jurídico do Estado. Por sua vez, tais delineamentos organizacionais acarretam decisões que estabelecem, também, a formade funcionamento dos Poderes constituídos (Schmidt, 2018, p. 120).

Restando claro o alinhamento da terminologia adotada com as disposições doutrinárias acerca do tema, merece destaque que, em que pese o título atribuído pelo órgão administrativo do Poder Judiciário ao ato administrativo-normativo, é possível que se compreenda, por meio de uma leitura do contexto geral das considerações, que são tratados sinônimos as terminologias “política judiciária” e “política pública”.

Logo, tem-se como crível o entendimento de que é possível que tal mecanismo seja denominado como política pública, tanto que, tem como base a garantia fundamental de acesso à justiça, adiante verificada, a qual aporta sentido a um conceito de facilitação na entrega ao cidadão de serviços públicos jurisdicionais.

5. A construção de uma cartografia que identifique a rota de saída da crise: autocomposição como norte a ser seguido

Com este ponto buscar-se-á apresentar um diagnóstico sobre a cartografia da política pública judiciária de tratamento dos conflitos de interesse apresenta em seus ciclos de implementação e avaliação.

Neste passo, é necessário que se tenha claro a dimensão conceitual do termo controle social aqui utilizado, de modo que, o sentido da expressão se dá em oposição:

“[...] ao de dominação, ou seja, utilizar-se-á do controle social enquanto direito à prestação de contas da res pública, enquanto

expressão da cidadania, dos cidadãos controlando e fiscalizando as atividades do Estado e não do Estado controlando o povo” (Tavares, 2021, p. 47).

Entretanto, ainda é necessário que seja estabelecido uma diferenciação entre o controle social e participação popular na tomada das decisões em políticas públicas. Deste modo,

“[...] o controle social envolve a possibilidade de uma decisão ser substituída por outra, enquanto a participação consiste na existência de canais institucionais de interação com a sociedade na gestão governamental, com a presença de novos sujeitos coletivos nos processos para a tomada de decisão das escolhas públicas, sendo que mesmo nos casos em que não se tenha verificado a participação na tomada de decisão da Administração Pública, faz-se possível o controle social” (Tavares, 2021, p. 48-49).

Frente a estes conceitos e diferenciações não há como deixar de relacionar a possibilidade de algum nível de controle social em todas as etapas do ciclo formativo das políticas. Logo, resta analisar qual é o real cenário de controle de atividades que há no Conselho Nacional de Justiça, em especial, na política judiciária de tratamento dos conflitos.

Para que se tenha uma compreensão ampliada do contexto ao qual se pretende mensurar os níveis de controle, vale observar o que estabelece a Constituição brasileira de 1988 quanto a nominata dos membros que compõe o órgão administrativo do Judiciário. Neste rol de cargos é perceptível um amplo nível de representatividade interna na máquina judiciária, pois, todos os níveis e Tribunais possuem um assento nas gestões do Conselho.

No entanto, sobre isso é pertinente observar que na grande maioria dos membros estes alçam esta posição por meio da carreira pública que optaram, sem que isso possua qualquer tipo vinculação direta com representações sociais, ou seja, grande parte dos que estão de alguma forma pensando, estruturando,

implementando e avaliando as políticas públicas judiciárias, representam classes intimamente adstritas ao próprio Judiciário. Neste ponto, as exceções a este cenário merecem atenção, tais como os assentos próprios do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e os assegurados a cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Esta situação desencadeia um encastelamento naqueles que estão responsáveis por gerir a política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos, gerando com isto severos acréscimos que restringem o controle social das decisões que são adotadas na condução das ações que a integraram, tal como na apreciação dos resultados obtidos nas avaliações destas. Neste passo, a situação de distanciamento com a realidade que o controle social pode trazer acaba por gerar nos gestores da política uma ilusão de Pollyana.

6. Conclusão

Frente a tudo o que foi apresentado quanto cenário atual de esgotamento da máquina judiciária brasileira, tal como as intenções de alteração deste por meio da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos e ao fim a apresentação do panorama de estagnação evolutiva das realidades apresentadas pelas avaliações procedidas pelo Conselho Nacional de Justiça com a intenção de demonstrar os pontos a serem enfrentados, é possível que se tenha uma melhor compreensão das intenções.

Neste passo, observou-se que os instrumentos autocompositivos vindos da processualística civil utilizados por meio da política judiciária em questão –mediação/conciliação– possuem características pelas quais não dificultam seu exercício quando sua atuação for direcionada, como objetivo primeiro, a redução do estoque processual. Neste caso, para que seja necessário o atingimento deste propósito há a necessidade de que tais ferramentas sejam praticadas sob

uma lógica que leve em consideração, no primeiro momento, a qualidade da prestação e não sua quantidade.

A partir desta lógica, o fato de que as avaliações das ferramentas de conciliação e mediação não se colocam aptas a modelar alterações que possam gerar os efeitos positivos que dela se esperam é compreendido como um elemento negativo na condução do contorno ao estado de crise, pois, a simples prestação de contas dos dados de prestação dos serviços jurisdicionais não possuem base para que se consiga propor alterações na condução da política.

Buscando pontualmente responder ao objetivo geral que se pretendeu atingir, qual seja, analisar e compreender o cenário de políticas públicas voltadas a contornar as dificuldades que se originam nos conflitos de natureza civil, concluiu-se que, o modelo de avaliação atualmente implementado pelo órgão administrador do Poder Judiciário é insuficiente para subsidiar as modelagens direcionadas à ação para que se atinja de maneira mais eficaz as metas previamente definidas.

Portanto, concluiu-se que a falta de uma avaliação pela qual seja possível produzir alterações que levem em consideração os não atingimentos de metas/objetivos engessa o desenvolvimento de novos planejamentos que poderiam, por meio de uma leitura mais apurada das ações que dão resultado, e, principalmente, das que não dão resultado, gerar novos rumos capazes de gerar os efeitos pretendidos.

Frente a isto, identifica-se, a título de proposição, que o Conselho Nacional de Justiça passe propor uma abertura de discussões maior quanto as possibilidades de modelação de suas ações, as quais, sem dúvidas, devem ser pautadas sob a avaliação/prestação de contas publicizada anualmente, mas, também, esteja aberto aos elementos externos trazidos no sentido de melhorar a interdependência de suas políticas.

7. Referências

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (CF/88). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de política*. Vol I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORINEAU, Jacqueline. *L'esprit de la médiation*. Ramonville Saint-Agne: Editions Ères, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minharebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; *et al* (Coord.). *Execução civil - Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRIEBE, Victor Saldanha. *Tempos do direito: a razoável duração do processo sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

ROBBINS, Stephen Paul. *Comportamento Organizacional*. 11ª ed. São Paulo: PearsonPrentice Hall, 2009.

ROSA, Júlia Gabriele Lima da; LIMA, Luciana Leite; AGUIAR, Rafael Barbosa de. *Políticas públicas: introdução*. Porto Alegre: Jacarta, 2021.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 21 jun. 2023.

TAVARES, André Afonso. *Governo digital e aberto como plataforma para o exercício do controle social de políticas públicas*. 2021. Dissertação (Mestrado) -

Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2021.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

MEDIAÇÃO *ON-LINE* COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL¹

Helena Schwantes²

Fabiana Marion Spengler³

¹ Pesquisa resultante do projeto “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade I, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq, liderado pela Profª. Pós-doutora Fabiana Marion Spengler e vice-liderado pelo Professor Mestre Theobaldo Spengler Neto. Mediadora voluntária no Projeto de Extensão denominado: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, desenvolvido junto à Defensoria Pública de Santa Cruz do Sul. E-mail: helenaschwantes@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8037-8550>.

³ Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; participante da Rede CUEMYC (Conferência Universitária Internacional para o Estudo da Mediação e do Conflito), site: <https://cuemyc.org/quienes-somos/>; é integrante do grupo de pesquisa internacional “Dimensions of Human Rights” (<http://www.ijp.upt.pt/page.php?p=298>), mantido pelo Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Coordenadora do projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados, coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação

1. Introdução

A morosidade da justiça é um grande desafio, pois ameaça àqueles que da justiça necessitam. Atualmente a demanda está tão grande, que os litígios estão levando um período muito desproporcional à sua complexidade para serem solucionados. Nesse viés, diversas ferramentas têm sido empregadas com a finalidade de garantir o acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, a razoável duração processual e a eficácia da justiça como um todo.

Além disso, no dia 11 de março de 2020, na cidade de Genebra, na Suíça, a COVID-19, doença causada pelo coronavírus, foi oficialmente reconhecida como uma pandemia pelo diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), que também solicitou medidas urgentes a todos os países, com intuito de prevenir infecções, salvar vidas e minimizar os impactos econômicos e sociais, tendo em vista que uma pandemia não se trata apenas de uma crise de saúde pública, mas que afeta todos os setores da sociedade (OPAS, 2020).

Inicialmente, sem tratamento eficaz e vacinas para o COVID-19, os governantes precisaram buscar outras estratégias para retardar a disseminação do vírus e evitar o colapso do sistema de saúde, por conseguinte, diversos Estados chegaram ao ponto de decretar *lockdown*, uma versão mais rígida do distanciamento social, ou seja, quando deixa de ser recomendação e se torna obrigatório. Em vista disso, muitas medidas de distanciamento social foram impostas, como por exemplo: empresas foram proibidas de realizar atendimento presencial, escritórios passaram para o regime de teletrabalho, restaurantes com restrições de consumo no local, passando a ser permitido somente na modalidade de *drive-thru* ou *delivery*, e a suspensão de eventos e atividades religiosas coletivas, sendo permitida a abertura de templos, igrejas e similares apenas para manifestação individual da fé, entre outras restrições (DASA, 2021).

como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; E-mail: fabiana@unisc.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9477-5445>.

Desse modo, a pandemia contribuiu ainda mais para comprometer o acesso à justiça, com o impedimento de acesso aos prédios dos fóruns, promotorias de justiça, defensorias públicas entre outras instituições, com a suspensão dos prazos processuais e dos atendimentos presenciais. Sendo assim, o Poder Judiciário precisou reagir às restrições de funcionamento impostas pelos protocolos sanitários, e acabou acelerando a implementação do “Programa Justiça 4.0”, o qual tem como objetivo proporcionar o acesso à justiça na era digital.

Com o advento da pandemia de COVID-19, a sociedade viu-se diante da necessidade de adotar medidas remotas, gerando um impulso no uso do instituto da mediação *on-line*, hipótese de realização disposta no art. 46 da Lei 13.140/2015⁴. Diante desse contexto, surge a necessidade de aprofundamento de estudos acerca de referido instrumento de mediação *on-line*, tendo em vista, sua importância para a efetivação do acesso à justiça.

Dessa forma, a problemática da pesquisa posiciona-se a fim de responder o seguinte questionamento: quais as perspectivas e os desafios da mediação *on-line* como política pública de acesso à justiça na era digital? Para a concretização da pesquisa o método utilizado foi o dedutivo e a técnica a bibliográfica, com base em livros, artigos e periódicos qualificados dentro do tema proposto, tendo como objetivo principal avaliar a mediação *on-line* enquanto política pública de acesso à justiça na era digital, sem pretensão de esgotar o tema.

Assim sendo, em um primeiro momento, o artigo inicia uma análise da necessidade de mudanças no tratamento dos conflitos e os conceitos de acesso à justiça e acesso à jurisdição, após, realizada a compreensão basilar do marco teórico do conflito, passa-se a abordar a utilização da mediação de conflitos enquanto política pública de acesso à justiça. E, por último, verifica-se as

⁴ Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

perspectivas e desafios da mediação *on-line* como política pública de acesso à justiça na era digital.

2. A necessidade de mudanças de paradigmas no tratamento dos conflitos: possibilidades de acesso à justiça e acesso à jurisdição

O conceito de acesso à justiça aborda múltiplos significados e pode ser concretizado de diversas maneiras. Esse acesso pode se dar tanto através do Poder Judiciário, conhecido como acesso à Jurisdição, quanto por meio de métodos adequados, ambas formas buscam a solução adequada dos conflitos (Costa; Menezes, 2019). Para Cappelletti e Garth (1988, p. 12):

“[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como 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”.

Além disso, Cappelletti e Garth (1988), propõem medidas para facilitar o acesso efetivo à justiça, numa ordem cronológica, denominadas de “ondas”. Na primeira onda, busca-se remover as barreiras financeiras do acesso à justiça, fornecendo assistência jurídica gratuita e auxílios aos que não possuem condições. A segunda onda tem como meta implementar mudanças que garantam a proteção de interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e direitos do consumidor. Já a terceira onda abrange todas as iniciativas anteriores, porém com uma série de mudanças na estrutura organizacional dos tribunais, com à criação de juízes especiais e à simplificação de diversos procedimentos, além de estimular a resolução de litígios não apenas por juízes.

Por conseguinte, em 1988 no Brasil ocorreu a promulgação da nova Constituição Federal (CF/88), a qual é resultado de um processo de redemocratização, com intuito de reverter a situação de um longo período de direitos reprimidos que o país vinha sofrendo. A CF/88 implementou diversos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, como pode-se observar entre os artigos 5º ao 24º. Dentre

as garantias instituídas pela CF, destaca-se o acesso à justiça, que buscou garantir para as pessoas hipossuficientes a gratuidade na defesa de seus direitos e interesses (Silva; Oliveira; Barbosa, 2019).

Desse modo, após o vasto período de repressão de direitos o povo recebeu a possibilidade de pleno exercício de cidadania assegurado pelo Estado-juiz e litigar passou a ser natural, o que quase levou o Poder Judiciário a inércia. Nesse viés, o Judiciário precisa enfrentar o desafio e alargar os limites de sua jurisdição, modernizar as estruturas e rever seus padrões funcionais, esse desafio será imprescindível para a sobrevivência como um poder autônomo e independente (SPENGLER, 2014). A demanda excessiva por proteção estatal evidencia a dificuldade que o Estado passa ao administrar os litígios. A incapacidade do Judiciário em fornecer soluções adequadas para todas as demandas que lhe são atribuídas, gera obstáculos inclusive no acesso à justiça, uma vez que a demora resulta em execuções tardias e até ineficientes da justiça (Costa; Menezes, 2019).

O Judiciário passou a ser visto pela população como instituição burocrática e lenta, apesar de ser uma entidade essencial. A morosidade que o judiciário vem enfrentando prejudica quem necessita reivindicar seus direitos. As alterações trazidas pela Constituição resultaram em um aumento considerável da procura por serviços judiciários, causando lentidão e altas taxas de congestionamento, o que pode ser considerado prejudicial à sociedade como um todo, uma vez que afetou significativamente na agilidade da justiça (Gomes; Freitas, 2017).

Apesar disso, não é causa suficiente para considerar o Judiciário uma instituição descartável. A sociedade não permite que a jurisdição seja dispensada, não podendo afastar um sistema que garante respeito, sanção nos casos de infrações e que mantém as regras (Spengler; Spengler Neto, 2013). O Poder Judiciário enfrenta uma crise de efetividade quantitativa e qualitativa, e por isso precisa adotar alternativas que o auxiliasse na prestação jurisdicional, a fim de restaurar a credibilidade da população no judiciário e para isso implementou-se no ordenamento jurídico métodos adequados que possam efetivamente

solucionar os conflitos decorrentes das relações sociais (GIMENEZ; KOPS; KNOD, 2016).

Nesse cenário, para Spengler e Spengler Neto (2013, p. 12):

“[...] vê-se hoje um Poder Judiciário que ocupa o espaço do Poder Executivo, em busca da implementação de políticas públicas”.

No entanto,

“[...] a existência da prestação jurisdicional é imprescindível para a solução justa dos conflitos, contudo, esta não é a única forma de resolução dos litígios existentes ou em potencial” (Sales, 2007, p. 62).

Depreende-se que o Judiciário é o sujeito que impõe a ordem e a lei aos indivíduos, sendo uma entidade dotada de poderes superiores e coercitivos para resolver e administrar questões jurídicas. No entanto, há consequências por assumir toda a responsabilidade, visto que a explosão de demandas sociais e individuais, tem colocado um ônus desproporcional ao Judiciário, expondo as fragilidades do Estado, principalmente no exercício da jurisdição, evidenciando a ineficácia da justiça, corroborando para aumento da cultura do litígio que batem à porta do Sistema, uma vez que as soluções propostas por meio de sentenças nem sempre resolvem as disputas de forma adequada, tendo em vista que uma parte ganha e a outra perde.

Destarte, o CNJ divulga anualmente um relatório, chamado de “justiça em números”, onde faz a coleta de dados estatísticos e realiza a sua sistematização, apresentando um cálculo que consegue avaliar o desempenho dos tribunais, sistema esse que possui como objetivo tornar a situação do Poder Judiciário de conhecimento de toda população (Grangeia, 2011). Em 2022 foi publicada a 19ª edição do relatório Justiça em Números, a mais atualizada até o momento, com base nos dados analisados durante o ano de 2021, no qual pode-se averiguar que:

“[...] ingressaram 27,7 milhões de processos e foram baixados 26,9 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10,4%, com

aumento dos casos solucionados em 11,1%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça, como o volume de processos baixados tinha reduzido em 2020 em razão do ano pandêmico e, em seguida, em 2021, voltaram a subir. Os números de 2021, contudo, ainda não retornaram aos patamares pré-pandemia, referentes ao ano de 2019” (CNJ, 2022, p. 105).

Os dados apresentados pelo relatório demonstram uma grande resistência na resolução dos litígios por meio de métodos adequados, pois a sociedade se acostumou a submeter todos os litígios ao Poder Judiciário. Diante disso, o Estado passou a ter uma nova responsabilidade de encontrar alternativas que garantam o acesso à justiça.

3. Política pública⁵ de acesso à justiça: mediação de conflitos

Nesse viés, atribui-se ao Estado o dever de buscar alternativas que possam garantir o acesso à justiça. A partir da necessidade de implementar no ordenamento jurídico métodos adequados de solução de conflitos, o CNJ elaborou a Resolução nº 125/2010, instituindo a criação da Política Pública Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses, que possui como objeto a composição dos litígios por meio da cooperação das partes, (i.e., autocomposição) (CNJ, 2010).

Nesse contexto, Sales (2007) explica que há algumas décadas, estão sendo desenvolvidos métodos adequados para a resolução dos conflitos, com o intuito de oferecer à sociedade uma resposta célere aos seus anseios, com o objetivo de mudar a cultura até então enraizada no litígio, que conhece somente uma forma de jurisdição. Com as mudanças que estão sendo implementadas, buscou-se desenvolver também a cultura do diálogo, na qual os conflitos possam ser

⁵ “[...] política pública é um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político” (Schmidt, 2018, p. 127).

resolvidos de forma pacífica, pelas próprios envolvidos, com intuito de viabilizar a melhor forma de resolução de suas controvérsias, a fim de que estes sejam os principais responsáveis na construção da melhor solução para as suas demandas. Por conseguinte, o presente estudo abordará a mediação de conflitos como política pública de acesso à justiça, apresentando o seu conceito e características.

A mediação propõe um modelo que evade da rigorosa determinação das regras jurídicas e processuais, um método adequado para buscar reparar o mal causado ao invés de punir o causador do conflito (Spengler, 2021). As partes possuem liberdade na tomada das decisões, neste método os envolvidos, com o auxílio do mediador, de forma pacífica e mediante o uso do diálogo, encontram uma solução que melhor lhes atenda. O objetivo da mediação é alcançar a satisfação recíproca, com intuito de viabilizar que ambos os envolvidos ganhem (Silva, 2008).

O mediador atua de forma imparcial, ao realizar a sessão de mediação, não pode sugerir e nem aconselhar que as partes aceitem determinado acordo, deve se manter neutro, pois ele possui o objetivo de facilitar o diálogo, podendo intervir com questionamentos que direcionem as partes ao consenso (técnica da mediação), mas sem demonstrar juízo de valor em relação ao litígio e a atitudes das partes, bem como, o mediador não pode ser visto como superior as partes, pelo contrário, o mediador possui o papel de ouvir as aflições e auxiliar os envolvidos no encaminhamento de uma proposta que possa agradar ambos os litigantes, deve conquistar a confiança das partes, para que os mediando consigam se sentir à vontade para expressar seus sentimentos (Gimenez; Kops; Knod, 2016).

Desse modo, a mediação é adequada para conflitos em que há relações continuadas e intensidade de sentimentos, visto que ela objetiva a retomada do diálogo que foi rompido, nestes casos, com o uso da mediação é possível demonstrar os pontos de convergência, amenizar a discórdia e estimular a comunicação dos envolvidos. Porém, em alguns casos o diálogo se torna mais

difícil, considerando que as partes quando estão em conflito não conseguem visualizar o que detinham antes do rompimento da relação, no entanto, a mediação consegue auxiliar os envolvidos a resgatar os objetivos que têm em comum, para que juntas possam considerar as necessidades do outro, bem como poderá estimular à reflexão acerca do conflito por meio de questionamentos aos envolvidos. Se ocorrer a retomada do diálogo, já se pode considerar uma mediação exitosa, pois o acordo pode sobrevir apenas como consequência (Sales, 2007).

O terceiro que realizará a sessão deverá possuir capacitação, visto que a mediação demanda conhecimentos técnicos e aprimoramento constante com estudos específicos. Ressalta-se que a mediação não deve ser realizada por terceiros sem capacitação, mesmo que a pessoa possua algum talento para negociação (Cahali, 2018). O mediador:

“[...] deve ser alguém paciente, sensível, sem preconceitos e com habilidade de formular as perguntas certas às partes, com intuito de conduzi-las à reflexão sobre seus papéis nos conflitos e sua responsabilização quanto à sua reorganização” (Tartuce, 2008, p. 233).

Por fim, ocorrendo a possibilidade de consenso entre os litigantes, independentemente se for por meio de acordo ou reconciliação, pode-se evitar mais um moroso processo judicial, possibilitando inclusive aos conflitantes, celeridade na resposta de suas demandas, pois a mediação visa à pacificação social, afastando-se da cultura do litígio, ou seja, não tem o condão de substituir o controle Judicial, as partes estão livres para optarem pelo método mais adequado para a sua demanda, pois mesmo que realizada a mediação nada impossibilita o ajuizamento de ação na via tradicional (Spengler, 2014).

Por conseguinte, será analisado a mediação *on-line*, objeto principal do presente estudo, que foi implementada no Brasil pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, no art. 334, §7º, o qual traz em sua redação a possibilidade de a audiência de mediação ser realizada por meio eletrônico, nos termos da lei.

4. Perspectivas e desafios da mediação *on-line* como política pública de acesso à justiça na era digital

Nas últimas décadas vem ocorrendo uma expansão de novas tecnologias de informação e comunicação, devido os avanços da globalização, esse cenário de mudanças que a sociedade mundial vive, vai além da esfera econômica, atinge a forma como as pessoas se relacionam e até mesmo a sua cultura (Jaques; Spengler, 2018). Desse modo, devido ao avanço do comércio eletrônico e atrelado à popularização da internet, surge uma das principais mudanças, as ferramentas de *online dispute resolution* (ODR) que derivam das *alternative dispute resolution*⁶ (ADR) (Moulin, 2021). As ODRs são métodos de resolução de conflitos que por meio da tecnologia permitem a aplicação dos mecanismos tradicionais de solução de conflitos como a mediação, negociação e a arbitragem em um ambiente virtual, estes podem ocorrer tanto no ambiente *on-line* como *off-line* (Costa, 2021).

Atualmente as ODRs têm chamado a atenção, pois, o uso dessas ferramentas no Brasil passa a ser uma alternativa diante da grande demanda de casos no país, que sobrecarregou o sistema e resultou em lentidão na resolução das ações. No entanto, é necessário destacar que no Brasil existem entraves para a sua plena efetivação, pois, parte da população ainda não possui acesso à internet (Fornasier; Schwede, 2021).

Mas se, por um lado, a tecnologia pode reduzir muitas das barreiras e viabilizar o acesso efetivo à justiça, por outro, a exclusão digital pode ampliar essas barreiras e distanciar determinados grupos da proteção de seus direitos. Facilitar o acesso à justiça envolve também a necessidade de superação de barreiras linguísticas, técnicas e estruturais (Paschoal, 2021).

⁶ A expressão teve origem nos Estados Unidos e foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem intervenção de uma autoridade judicial (SERPA, 1999).

A esse respeito, o Senado Federal aprovou a PEC nº 47/2021⁷, que busca inserir a inclusão da digital como uma garantia fundamental, agora a PEC seguirá para a Câmara. Argumentou-se no Senado que o:

“[...] acesso à internet é essencial para o pleno exercício da cidadania e para obter outros direitos sociais como educação, saúde e trabalho”
(Fragoso, 2022, <www12.senado.leg.br>).

À medida que o potencial da tecnologia é plenamente explorado, o mito de que esses meios constituem uma barreira ao acesso à justiça é desfeito. A verdadeira barreira ao acesso à justiça não é a tecnologia em si, mas a falta de políticas públicas de combate à exclusão digital, a falta de planos para criar e implementar novas ferramentas tecnológicas e a resistência cultural e psicológica de alguns indivíduos à adoção da tecnologia (Iwakura, 2021). O benefício mais óbvio dos tribunais *online*, por sua vez, é o potencial de aumentar o acesso à justiça e exercer o poder judiciário de forma mais eficiente e com menor custo (Ferrari, 2020).

Por conseguinte, uma nova onda de acesso à justiça vem ganhando espaço, embora “ não prevista nos anos de 1980 por Cappelletti e Garth, uma quarta onda está em andamento e tem relação com os avanços da tecnologia” (Lima; Oliveira, 2019, p. 79). Porém, para Iwakura (2021) a quarta onda renovatória de acesso à justiça, precisa superar algumas barreiras, neste caso, necessita viabilizar a inclusão digital, como por exemplo, vem ocorrendo no CNJ, que está se destacando com a modernização do Poder Judiciário.

Nesse mesmo viés,

“[...] o sistema de mediação digital tem por objetivo aproximar virtualmente os envolvidos no conflito, dando-lhes a chance de diálogo

⁷ Proposta de Emenda à Constituição nº 47, de 2021 - Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais (BRASIL, 2021, <<https://www25.senado.leg.br/>>).

mediante a utilização de linguagem positiva” (Spengler; Pinho, 2018, p. 243).

Conectados por meio do espaço cibernético, os participantes de diversos locais, podem debater o seu conflito, encurtando distâncias, reduzindo gastos e gerando ganho de tempo (Spengler, 2021). Além disso:

“[...] naquelas situações em que há dificuldade de locomoção (como ocorre nos casos de doenças incapacitantes e para portadores de alguns tipos de deficiência física) a realização de atos processuais a distância, no ambiente de conforto e adaptado à realidade do indivíduo, não só facilita, como prestigia o princípio da dignidade humana e o postulado da igualdade, possibilitando o tratamento dos desiguais, na medida da sua desigualdade (há a possibilidade de se dar uma opção de participação ao ato processual àquele que, em condições rotineiras e por falta de mobilidade, não poderia comparecer ao Fórum de forma presencial)” (Pessoa; Lima, 2021, p. 186).

A utilização da mediação *on-line* e o acesso à justiça virtual são meios pertinentes de tornar mais célere, encurtar distâncias e diminuir os custos do tratamento dos conflitos. No entanto, o acesso aos equipamentos eletrônicos (i.e., computador e celular) e o acesso à internet ainda não são uma realidade de grande parcela da população brasileira, bem como, a população enfrenta dificuldades técnicas ao acessar os sistemas, o que acaba agravando a exclusão digital (Spengler; Spengler Neto, 2021).

Além disso, existem algumas preocupações quanto ao cumprimento dos princípios básicos da mediação, como por exemplo: se houver mais pessoas no local e que não estejam visíveis à câmera ou se ocorrer a quebra do sigilo devido à acústica da sala e até mesmo a possibilidade da sessão estar sendo gravada sem que o mediador e a outra parte mediada saibam, pois na mediação só haverá diálogo sincero quando os participantes estiverem seguros de que o que for dito não será usado como prova contra eles (Pinho; Spengler, 2018).

Diante disso, o conceito de mediação não muda no ambiente digital, porém, além das partes, existe um quarto elemento, a tecnologia, desse modo é preciso adequar os conceitos e princípios da mediação ao ambiente *on-line* para que os mediadores possam conduzir o processo com esse novo elemento (Cost, 2021). Assim, além da capacitação técnica, os mediadores *on-line* também devem possuir habilidades e estar familiarizados com as peculiaridades do ambiente virtual. Não só isso, mas padrões de qualidade devem ser regulamentados para garantir que os programas digitais funcionem de forma eficaz, transparente e eficiente (Pinho, 2021).

Atualmente a mediação *on-line* vem sendo utilizada cada vez mais, tendo em vista a impossibilidade do acesso físico aos Tribunais geradas pelas circunstâncias excepcionais causadas pela eclosão da pandemia de COVID-19 (Spengler, 2021). Entretanto, a pandemia demonstrou, em poucos meses, que a atividade jurisdicional pode ser exercida sem sobressaltos com a utilização da tecnologia já disponível. Diante do aumento exponencial do número de conflitos, essa possibilidade passou a ser vistas como uma saída (Albuquerque; Ribas, 2022). A esse respeito as autoras Albuquerque e Ribas (2022, p. 312-313), exemplificam:

“Os atos, após curto período de suspensão, voltaram a ser praticados, e os prazos foram retomados. As sessões de mediação e conciliação foram realizadas no ambiente virtual em todos os tribunais do território nacional, por meio de plataformas digitais adotadas pelas Instituições Judiciárias. A exemplo, no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS), as salas de audiências virtuais foram criadas pelas Varas de cada Comarca, adotando a plataforma virtual Microsoft Teams para realização de suas reuniões.”

No entanto, as possibilidades de utilização em grande escala dessas alternativas também eram obstaculizadas pela resistência de alguns advogados e magistrados. Isso mudou completamente com a COVID-19, já que essas alternativas agora são vistas como uma solução diante do aumento exponencial

do número de conflitos. De fato, recentes experiências têm demonstrado que as ferramentas virtuais são promissoras na prestação jurisdicional, principalmente em sessões de mediação (Albuquerque; Ribas, 2022).

5. Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, é possível inferir que devido aos avanços da era digital, atrelados as consequências causadas pela pandemia de COVID-19, o cenário de mudanças que a sociedade mundial vive, contribuiu para a expansão de novas tecnologias de informação e comunicação. Deste modo, uma inovadora onda de acesso à justiça está em andamento e tem relação com os avanços da tecnologia.

Contudo, ainda deve-se manter cautela em relação ao uso exclusivo das ferramentas *on-lines* na mediação de conflitos, pois apesar da tecnologia poder reduzir barreiras (tempo, distância, custos) e viabilizar o acesso à justiça, por outro lado, há o desafio da exclusão digital que pode ampliar outras barreiras e distanciar determinados grupos da proteção de seus direitos. Nesse viés, o ideal seria inserir a inclusão digital como uma garantia fundamental, pois o “acesso à internet” auxilia no “acesso à justiça”.

Por conseguinte, foi possível identificar com o presente estudo que a mediação *on-line* possui alguns desafios como: a) a falta de políticas públicas de combate à exclusão digital; b) a falta de ferramentas tecnológicas; c) a resistência cultural e psicológica de alguns indivíduos à adoção da tecnologia, e d) preocupações quanto ao cumprimento dos princípios básicos da mediação. Quanto as principais perspectivas da mediação *on-line* elencam-se: a) redução de custos no tratamento dos conflitos; b) encurtar distâncias, c) tornar mais célere, e d) viabilizar acesso à justiça.

Deste modo, pode-se concluir que a mediação *on-line* é uma ferramenta hábil e que vem proporcionando o acesso à justiça na era digital. Conquanto, algumas dúvidas que ainda surgem e inquietam quanto a mediação *on-line*, tendem a ser

respondidas com a experiência cotidiana, pois ainda não se tem informações concretas sobre a evolução dessa prática, mas já se sabe que as inovações tecnológicas estão se tornando cada vez mais presentes na prestação jurisdicional, estabelecendo um novo conceito de acesso à justiça.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Gisele Gutierrez de Oliveira; RIBAS, Lidia. Implementação da Política de Tratamento de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul sob o viés do Acesso à Justiça Digital e das Inovações Tecnológicas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 102, 288-318, abr./jun. 2022. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6315>>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 47, de 2021. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais. *Diário do Senado Federal*, nº 85 de 2022. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9055515&ts=1655317105335&disposition=inline>>. Acesso: 18 jul. 2023.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2023.

COSTA, Mariana Pena Costa; MENEZES, Adriana Alves Quintino. A mediação e a conciliação enquanto políticas públicas de acesso à justiça e a pacificação social. *Revista Jurídica Direito & Realidade*, FUCAMP, Monte Carmelo, v. 7, n. 9, p. 87-109, 2019. Disponível em: <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1767>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Os novos paradigmas da mediação on-line. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 28, n. 11, p. 367-386, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6203>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

DASA - Diagnósticos da América S.A. *Lockdown durante a pandemia do Coronavírus: o que é e quais países adotaram*. São Paulo (SP); 2021. Disponível em: <<https://dasa.com.br/blog/coronavirus/lockdown-coronavirus-significado/#:~:text=testes%20COVID%2D19-Lockdown%20durante%20a%20pandemia%20do%20Coronav%C3%ADrus%3A%20o%3%A9%20e%20quais%20pa%C3%ADses%20adotaram&text=Com%20o%20agravamento%20da%20pandemia,de%20contamina%C3%A7%C3%B5es%20pelo%20novo%20Coronav%C3%ADrus>>. Acesso em: 04 maio 2023.

FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SCHWEDE, Matheus Antes. As plataformas de solução de litígios *online* (ODR) e a sua relação com o direito fundamental ao acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 568-598, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54790>>. Acesso: 18 jul. 2023.

FRAGOSO, Roberto. *Senado aprova PEC que torna inclusão digital um direito fundamental*. Rádio Senado, Brasília, 02 de jun. 2022, Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/06/02/senado-aprova-pec-que-torna-inclusao-digital-um-direito-fundamental>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; KOPS, Rodrigo Nunes; KNOD, Daiana Queli. Lei nº 13.140/2015 – Lei de Mediação. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emendas I e II)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 19-45.

GOMES, Adalmir de Oliveira; FREITAS, Maria Eduarda Mendonça. Correlação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial em varas de Justiça Federal no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 567-585, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0567.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2023.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *A crise de gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, 2011. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>. Acesso em 01 jun. 2023.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Acesso à Justiça e Barreira Tecnológicas: Verdade ou Mito? *In*: ARAÚJO, B. *et al. Acesso à justiça: Um novo olhar a partir do Código de Processo Civil 2015*. Londrina: Thoth, 2021, p. 73-90.

JQUES, Marcelo Dias; SPENGLER, Fabiana Marion. Políticas Públicas para o tratamento de conflitos no Brasil e novas tecnologias: Perspectivas de utilização da mediação digital em uma sociedade (semi) digital. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 208-239, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/12943>>. Acesso em: 16 jun. 2023.

LIMA, Alexandre Bannwart de Machado; OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Acesso à Justiça e o Impacto de Novas Tecnologias na sua efetivação. *Revista de Cidadania e Acesso à Justiça*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 69-87, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/5546>>. Acesso em: 12 maio 2023.

MOULIN, Carolina Stange Azevedo. Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 1-25, 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/K6Td7TJ6fcMtpyRDWVdzbPN/>>. Acesso em: 16 jul. 2023.

OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia*. Brasília (DF); 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes>>. Acesso em: 02 maio 2023.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. Acesso à Justiça, Tecnologia, e o nosso realismo esperançoso de cada dia. In: ARABI; A. Y. M. *et al. Tecnologia e justiça multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; LIMA; Livia Maria Mattos Melo. Acesso à Justiça e Tecnologia: uma Análise à Luz dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 104, p. 174-190 set./out. 2021. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/biblioteca/revistas/trabalhista/TRAB104_9_90a94ab2.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Mediação online em tempos de virtualização forçada das ferramentas de resolução de conflitos: Algumas considerações sobre a experiência brasileira. In: ARABI, Abhner Youssif Mota [et. Al.]. *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 443-454.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez, 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, p. 17-38, 2008.

SILVA, Paulo Henrique Tavares; OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros; BARBOSA, João Batista. Correlação do direito de acesso à justiça com o princípio da razoável duração do processo. *Revista Direito & Desenvolvimento da Unicatólica*, Quixadá, v. 2, n. 1, p. 52-63, jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/red/article/view/3157>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos – da teoria à prática*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Retalhos de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>>. Acesso em 16 jul. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação de conflitos e novas tecnologias. In: STURZA Janaína Machado; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Políticas Públicas de Acesso à Justiça e Direitos Humanos em Tempos de Covid-19*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2021, p. 86-99.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição. *Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC*, Fortaleza, v. 33, n. 2, p. 103-122, jul./dez. 2013. Disponível em: <www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/142/57>. Acesso em: 14 jul. 2023.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

OS ESTUDOS DE GÊNERO E A SUA INSERÇÃO NOS CURSOS DE DIREITO

Etyane Goulart Soares¹

Marli Marlene Moraes da Costa²

1. Considerações Iniciais

O presente estudo remete à inserção da perspectiva de gênero no ensino jurídico brasileiro, no intuito de garantir, no meio acadêmico, discussões acerca da condição sociocultural das mulheres e potencializar um tratamento mais equânime entre os gêneros. Isso implica a reflexão sobre as demandas relacionadas ao ensino jurídico no Brasil, seu contexto histórico, os desafios e as perspectivas na sociedade contemporânea, principalmente no século XXI, quando se potencializaram os estudos de gênero.

Nesse sentido, a abordagem do tema torna-se relevante para que, a partir do ambiente acadêmico, os alunos tenham contato com a crítica e a reflexão sobre

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestra em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social (UNICRUZ). Especialista em Ensino em Docência no Ensino Superior (Faculdade Futura). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania & Políticas Públicas (UNISC). Bolsista CAPES. Modalidade II. E-mail: etyanesoares@hotmail.com.

² Pós-Doutora em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Burgos/Espanha - com Bolsa Capes. Profa. do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa sobre Políticas Públicas de Gênero e Infância, registrado junto ao CNPq. E-mail: marlimmdacosta@gmail.com.

o tratamento jurídico destinado às mulheres, possibilitando que se tornem operadores do direito atuante e consciente sobre o seu papel em sociedade. Conseqüentemente se tornarão também multiplicadores sociais que, em suas variadas linhas de atuação, poderão aplicar a perspectiva de gênero, seja na demanda por direitos na advocacia, em sua atuação no Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e demais carreiras no serviço público, na formulação de políticas públicas, nas instituições de ensino e na docência e pesquisa acadêmica. A pesquisa também possui finalidade exploratória, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de livros, matérias, revistas e artigos científicos sobre a temática.

2. A consolidação histórica do ensino do Direito no Brasil

O marco introdutório do Direito no Brasil é o Tratado das Tordesilhas, que instituiu limites geográficos do país, possibilitando que o Brasil assumisse as atuais proporções territoriais. Contudo, o Direito só foi implantado no país no ano de 1548, com a edição do regimento voltado à delimitação das competências do Governo Geral de Tomé de Sousa, isto é, “[...] a certidão de nascimento do País, em termos de Direito” (Silva, 2000, p. 1).

Mas em relação ao ensino jurídico, considerando que até o ano de 1822, o Brasil ainda era colônia de Portugal, não houve uma preocupação da Metrópole em fundar escolas superiores. Foi somente com o empenho do Brasil para desenvolver-se independentemente de Portugal que se iniciaram os debates sobre a escravidão, o atraso cultural e econômico, os diversos colonialismos e os problemas educacionais. Até o ano de 1827, quem desejasse cursar Direito deveria enfrentar uma travessia marítima e estudar na Europa, dirigindo-se, majoritariamente, para Portugal, na Universidade de Coimbra (Silva, 2000).

Portanto, a articulação da educação superior no Brasil é algo bastante recente. Na colônia portuguesa, a partir do controle dos jesuítas, havia apenas escolas elementares, mas não de formação superior. Contudo, com a transferência da

corte portuguesa no início do século XIX de Portugal para o Brasil, essa situação mudou, pois havia a necessidade de estabelecer no país as instituições que reproduzissem a mesma forma do antigo domínio colonial, além de responder à situação vivida pela coroa portuguesa em solo brasileiro (Schwarcz, 2005).

Os primeiros intelectuais brasileiros estavam vinculados às elites econômico-financeiras, conformando um padrão homogêneo quanto à formação, ao passo que construíam currículos semelhantes. Posteriormente, algumas diferenças regionais começaram a ser percebidas e, com o fortalecimento da produção cafeeira em meados de 1850, que fez mudar o eixo econômico do país (do Nordeste que produzia cana-de-açúcar para o Sudeste), intensificou-se a diversificação entre as várias instituições científicas. Nessa trilha, Schwarcz (2005, p. 22) compreende que:

“A tendência à conformação de campos acadêmicos distintos implicou uma diversificação nas áreas de atuação das elites intelectuais nacionais. Assim, se a maior parte da “classe ilustrada brasileira” tinha em comum a formação em Coimbra (ou mais raramente em outra universidade europeia) e uma carreira burocrática, a partir de então começam a delinear-se especializações profissionais diretamente associadas às diversas instituições”.

Esse panorama intelectual mais diversificado foi viabilizado, também, pelo surgimento das faculdades de direito de São Paulo e Recife, que se preocuparam com a articulação de um código nacional. Ainda, no campo da Medicina, o instituto Manguinhos, liderado por Oswaldo Cruz, virou um centro de pesquisas voltado ao problema da febre amarela e da sanitização das cidades. Os institutos históricos, unidos à elite intelectual e econômica de diferentes províncias, passaram a traçar a história oficial do país (Schwarcz, 2005).

Todavia, juntamente com a Independência do Brasil, no ano de 1822, surgiram problemas que passaram a ser parte do cotidiano das elites que dominavam o país. Para fortalecer o Estado soberano, foi essencial que o território, o povo e o governo fossem consolidados, fomentando o processo de independência

cultural e emancipação. Mas para que isso fosse viabilizado, a educação deveria ter papel central e, por esta razão, a partir do ano de 1823, foram iniciados diversos debates no Parlamento a respeito da prioridade a ser atendida, sendo três opções: alfabetização, liceus ou cursos jurídicos. Ao final, optou-se pela criação de cursos jurídicos, que foram instituídos em 11 de agosto de 1827 em São Paulo e Olinda (Rodrigues, 1988).

Conforme Silva (2000, p. 2):

"[...] a Academia de São Paulo instalou-se no Convento de São Francisco, na capital paulista, aos 28 de março de 1828 e a de Olinda, no Mosteiro de São Bento, aos 15 de maio de 1828".

Nesse sentido,

"Uma leitura crítica da História do Brasil e do surgimento dos cursos jurídicos, em 1827, evidenciará de plano o ensino jurídico na época como integrante do sistema ideológico, político e burocrático do Estado em formação. Ao lado da função política a que serviam, os cursos jurídicos tinham uma outra finalidade básica: propiciar aos grandes senhores latifundiários do Império a oportunidade de fornecerem a seus filhos o ensino superior, sem que para tal estes tivessem que se deslocar para o além-mar. Permitia também, desta forma, o ensino jurídico, o controle do Estado pela elite econômica do país. Os bacharéis oriundos dos cursos jurídicos eram ao mesmo tempo oriundos da elite nacional econômica. E eram eles as pessoas preparadas para assumirem os cargos superiores da burocracia do Estado Nacional" (Rodrigues, 1988, p. 16).

Nesse cenário, os cursos jurídicos foram criados juntamente com a construção do Estado Nacional, não necessariamente para atender às demandas das camadas sociais herdadas do período colonial, mas sim para recriar os aparelhos jurídicos, políticos e burocráticos desse novo Estado soberano. Mas, além disso,

os cursos jurídicos também buscavam atender aos interesses de uma elite dominante, que usando dessa forma de ensino,

"[...] inicia o controle, apropriação da estrutura jurídica e burocrática do Estado, operacionalizando o projeto de Estado Nacional em seus termos" (Rodrigues, 1988, p. 17).

A sociedade brasileira da época era extremamente patrimonialista. Mesmo com a transição do período rural para um processo de urbanização do país, as carreiras burocráticas, profissões liberais, entre outras, passaram a ser ocupadas "[...] pelos próprios aristocratas rurais e seus descendentes" (Wermuth; Rocha, 2008, p. 150), os quais reproduziam ideias e os preconceitos já formados por esse núcleo social. Dessa forma,

"[...] todo o aparato administrativo do país, mesmo durante o período republicano, é formado por elementos intrinsecamente relacionados ao velho sistema senhorial do período imperial" (Wermuth; Rocha, 2008, p. 150-151).

Raízes que acabaram influenciando o ensino jurídico brasileiro, ao passo que se reproduziram ideias já firmadas pela aristocracia, a mesma que tomou as rédeas das instituições que foram surgindo no país.

O momento em que os cursos jurídicos surgem no Brasil é caracterizado pelo capitalismo industrial, quando ocorriam transformações técnico-científicas que influenciavam a fisionomia da sociedade da época. Mudanças que incluíam as novas formas de relação de produção, a mecanização do trabalho, mudanças nas comunicações e transportes, que encurtaram as distâncias.

"As descobertas sucediam-se nos mais variados e inéditos campos do conhecimento, constituindo-se poderosos processos de explicação e de domínio da natureza" (Reale, 1961, p. 260).

A institucionalização do Império necessitava da convocação de magistrados para ocupar os cargos do poder judiciário e, conseqüentemente, exigia-se bacharéis formados. Com a elaboração da Constituição, em 1823, foi aprovada uma

resolução que previa a criação de uma universidade no Brasil, a qual necessitaria ser precedida pela fundação de, pelo menos, dois cursos jurídicos, no intuito de sanar as dificuldades originárias da falta de bacharéis para ocupar os locais de maior carência de juizes e advogados. A resolução não foi convertida em lei devido a dissolução da Assembleia Constituinte, contudo, dois anos após a dissolução da Constituinte, foi criado um curso jurídico no Rio de Janeiro,

"[...] mas o alvará de permissão não chegou a ser cumprido. Ficaram, entretanto, os 'Estatutos', muito bem elaborados, para este curso, que não funcionou" (Silva, 2000, p. 2).

Os primeiros cursos jurídicos, ou as chamadas Academias de Direito, foram criadas pela lei de 11 de agosto de 1827, com sede em São Paulo e Olinda, possuindo um currículo fixo, nos termos da própria lei de sua instituição. O currículo possuía nove cadeiras e tinha a duração de cinco anos, como explana Rodrigues (1988, p. 17-18):

"1º Ano – 1ª Cadeira. Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia.

2º Ano - 1ª Cadeira. Continuação das matérias do ano antecedente. 2ª Cadeira. Direito Público Eclesiástico.

3º Ano – 1ª Cadeira. Direito Pátrio Civil. 2ª Cadeira. Direito Pátrio Criminal, com a teoria do processo criminal.

4º Ano – 1ª Cadeira. Continuação do Direito Pátrio Civil. 2ª Cadeira. Direito Mercantil e Marítimo.

5º Ano – 1ª Cadeira. Economia Política. 2ª Cadeira. Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império."

A única alteração, a nível curricular, que merece destaque durante o Império, é a de 1854, que acrescentou ao curso as cadeiras de Direito Romano e Direito Administrativo. Também neste ano os cursos jurídicos passaram à condição de Faculdades de Direito, e o Curso de Direito de Olinda foi transferido para Recife.

O Governo Central era o responsável pela administração e controle desses cursos, cuidando de recursos, currículo, formas de ensino, nomeação de professores e diretores, doutrinas adotadas, entre outros. As doutrinas até poderiam ser escolhidas pelos professores, desde que seguissem os termos da sistemática adotada pela nação e possuíssem aprovação da Assembleia Geral (Schmidt, 2018). Contudo, havia muitas dificuldades para a implantação desses cursos, desde instalações materiais precárias (salas de convento) e professores não qualificados ou improvisados, até mesmo a falta de interesse dos alunos. Nessa época, a vida acadêmica baseava-se principalmente na participação em grêmios políticos, jornais literários, clubes filosóficos, na maçonaria, campanhas políticas, no movimento abolicionista, entre outros, mas muito pouco na participação das aulas de Direito. Já os professores costumavam frequentar círculos fechados, alheios às influências externas, sem reconhecer os méritos daqueles que estavam fora destes círculos (Rodrigues, 1988). Conforme Reale (1961, p. 264):

“Na realidade, os Cursos Jurídicos representaram o coroamento necessário de nosso ensino superior, passando a atuar não apenas como centros de formação de advogados, mas como institutos em que vicejavam também as atividades filosóficas, políticas, jornalísticas, econômicas, literárias e sociológicas, conglobando sob o signo da Jurisprudência, como em certa fase da era renascentista, todas as ‘humanidades’”.

Embora tenham sido criadas no mesmo período, as Academias de São Paulo e Recife possuíam dissensões visíveis, maiores que as semelhanças. As diferenças são bem variáveis – tanto em proporção quanto em importância -, podendo ser visíveis contrastes teóricos ou pequenos detalhes. Exemplo disso é o exame de idiomas, pois enquanto em São Paulo era aplicada a prova de inglês, em Recife eram realizados exames de inglês, alemão e italiano. Outra diferença era a bibliografia, tendo em vista que como em Recife estimava-se autores darwinistas sociais, parte dos livros estava em alemão. Na prova de admissão de Recife se exigiam noções de antropologia, enquanto em São Paulo,

psicologia e lógica, o que revela focos distintos em cada curso. Em Recife, “a aproximação com os estudos de antropologia física, e com ela a frenologia e o determinismo racial”. Em São Paulo, “um acento na perspectiva filosófica e um debate mais distante das ciências biológicas”. Além disso, Recife primava por uma grade maior de matérias voltadas ao direito penal, especificamente “Antropologia Criminal”, já em São Paulo, a ênfase era direito civil (Schwarcz, 2005, p. 136).

“Nesses pequenos exemplos já se percebem, mesmo que de forma rascunhada, grandes marcas diferenciais que, no entanto, não são ainda suficientes para caracterizar as fortes divergências existentes entre as duas escolas. Abismos maiores podem ser observados mediante a análise da imagem que cada instituição desenhou para si, ou mesmo nos objetivos que cada uma procurou seguir desde a sua fundação. Vê-se que, enquanto Recife educou, e se preparou para produzir doutrinadores, “homens de ciencia” no sentido que a época lhe conferia, São Paulo foi responsável pela formação dos grandes políticos e burocratas de Estado” (Schwarcz, 2005, p. 136-137).

No período imperial, muitas reformas foram almejadas. No ano de 1869, por exemplo, houve a implantação da reforma do ensino livre, que foi fundamentada por ideais liberais. Mas como o ensino ainda era deficiente, o objetivo dessas reformas não foi alcançado, tendo em vista que além dos alunos não frequentarem as aulas e não estudarem continuavam sendo aprovados nos exames, consolidando o baixo padrão do ensino jurídico. Nessa crise do ensino, as Academias de Direito se configuravam como o:

“[...] instrumento de comunicação das elites econômicas, que viam nestes cursos o local ideal para a formação de seus filhos” (Rodrigues, 1988, p. 19).

No ensino jurídico, ao contrário das escolas militares em que até havia o acesso da classe média, a quase totalidade dos ingressantes era oriunda das classes abastadas da sociedade (Rodrigues, 1988). Nesse sentido,

"[...] os intelectuais da ciência, a despeito de sua origem social, procuravam legitimar ou respaldar cientificamente suas posições nas instituições de saber de que participavam e por meio delas" (Schwarcz, 2005, p. 23).

Reale (1961, p. 263) questiona:

"Qual era, porém, a preocupação dominante dos jurisconsultos no princípio do século passado, quando cooperavam na feitura de Códigos e indagavam de seus méritos e conveniência? Era o desejo de preservar a liberdade e as peculiaridades de cada povo, sem prejuízo dos valores da segurança, da certeza, da ordem e da universalidade. De forma que, quando no Brasil se constituíram as Faculdades de Direito, o momento era também dos juristas, cuja missão era preservar as prodigiosas conquistas realizadas, mas, sobretudo garantir as realizações futuras."

A admissão dos estudantes no ensino superior nas duas primeiras Academias de Direito ocorria mediante a apresentação de certidão de idade (mínimo de 15 anos completos),

"[...] e aprovação em exames de Língua Francesa, Gramática Latina, Retórica, Filosofia Racional e Moral e Geometria. Depois de cinco anos de curso, recebiam o grau de 'bacharéis formados'" (Silva, 2000, p. 2).

No ano de 1879, o monopólio de ensino do Direito das duas faculdades foi rompido por meio do decreto nº 7.247, de 19 de abril, denominado Reforma Leôncio de Carvalho. Foram criadas outras faculdades, a primeira, Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, foi fundada em 1882, mas entrou em funcionamento apenas em 1891, após a Proclamação da República. A segunda faculdade foi fundada no ano de 1891 e chamada de Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro. Ambas surgiram com a ação de professores (entre liberais e conservadores), que implantaram uma dogmática bastante liberal, em

virtude da própria conjuntura do regime republicano recém proclamado (Neder; Cerqueira Filho, 2018, p. 121-122). Sobre o tema:

“Embora extremamente autoritário e excludente, o regime republicano procurou não intervir na criação de escolas (do ensino superior, inclusive). Do mesmo modo, não considerou tarefa sua a criação e implementação de escolas e faculdades. Foi nesta conjuntura de separação da Igreja do Estado que foi criada uma malha de escolas confessionais católicas. [...] Igualmente, no espaço aberto pelas possibilidades da liberdade na criação de estabelecimentos de ensino, várias instituições de ensino protestantes foram criadas. Um episódio de intervenção estatal ocorreu, entretanto, restringendo a criação de instituições de ensino superior protestantes, ao estabelecer a restrição de criação de universidades em cidades com menos de cem mil habitantes” (Neder; Cerqueira Filho, 2018, p. 122-123).

O constante aumento do número de faculdades de direito nos últimos anos tem sido muito criticado, tendo em vista que em muitos casos, não são criados com o cuidado e qualidade devidos, causando o despreparo profissional.

3. Perspectivas sobre o ensino jurídico brasileiro

Por meio do ensino jurídico, foi formada uma elite política com o intuito de liderar os rumos tomados pelo Estado, desde a época imperial, tendo em vista que o objetivo não era formar juristas, mas sim, formar bacharéis capazes de assumir cargos e funções da burocracia estatal e das instituições, nos poderes administrativo, legislativo e judiciário. O ensino de direito acabou por reproduzir “um viés pragmático e tecnicista” em detrimento de “um ensino jurídico crítico e reflexivo” (Wermuth; Nielsson, 2016, p. 6).

Além disso, verifica-se que o caráter homogêneo e tradicional do direito, voltado às necessidades de classes dominantes e em detrimento de camadas mais

vulneráveis da sociedade, se mostra incapaz de atender as necessidades e incluir os anseios dos diversos grupos sociais, até porque, não consegue acompanhar todas as transformações da sociedade, que são crescentes e contínuas (Corrêa, 1991).

A dogmática jurídica tradicional, tão presente na realidade do ensino jurídico brasileiro, atualmente, se mostra incapaz de suprir as demandas sociais. Além disso, outro fator a ser considerado é que os acadêmicos de direito acabam inseridos em um universo falho em discussões críticas que tratem e enfrentem os problemas mais atuais e contemporâneos, como é o caso das desigualdades sociais dos grupos mais vulneráveis, como mulheres, pessoas negras, imigrantes, indígenas, entre outros. Nesse sentido, aludem Wermuth e Nielsson (2016, p. 3):

“A forma como historicamente se estrutura o ensino do Direito no Brasil está diretamente relacionada à imposição de poder por meio do saber. O saber jurídico das elites da sociedade brasileira sempre representou um capital simbólico no sentido de (re)produzir um modelo de organização social pautado por uma rígida hierarquização, que pressupunha a criação de espaços privilegiados de poder para alguns e a viabilização de estratégias de controle e invisibilização social de determinados estratos populacionais.”

Além disso, o ensino jurídico também possui fortes raízes coloniais, patrimonialistas e conservadoras, ao passo que tradicionalmente, a tradição liberal sempre predominou nas instituições para proteger interesses de uma pequena parcela detentora do poder e da propriedade privada (Wolkmer, 2001, p.114), distante da maioria da sociedade. Ou como expõe Falcão (1984b, p. 4), “[...] o ensino do Direito sempre esteve envolto ao passadismo e divórcio com a vida real”, principalmente em virtude das influências que recebeu de países eurocêntricos, considerados mais desenvolvidos, sem atentar para questões sociais locais envolvidas.

E essas problemáticas enfrentadas pelo ensino do direito, em relação à valorização de conhecimentos de países eurocêntricos e hegemônicos, iniciaram-se com a própria produção do saber jurídico. Conforme Santos (2010), houve a produção de uma lógica vertical, de escala dominante, fazendo com que o saber adotado como o primordial determinasse a irrelevância de outros saberes. Nesse caso, a escala dominante aparece sob duas perspectivas, universal e global, onde são validadas as realidades (científicas) “que alargam o seu âmbito a todo o globo” (Santos, 2010, p. 104), o que acarreta a produção da não-existência em contextos locais. Essas formas sociais de inexistência ocasionam a desqualificação de conhecimentos e saberes locais, ou conhecimentos pertencentes a grupos considerados inferiores, produzindo uma invisibilidade de saberes.

Sendo assim, para que ocorram mudanças profundas na estruturação dos conhecimentos, é necessário começar por mudar a razão que preside a estruturação desses conhecimentos (Santos, 2010). Ou seja, reconhecer as realidades sociais e a diversidade epistemológica é emergente para que haja uma evolução no conhecimento, ao passo que é necessário buscar o rompimento com certos tipos de paradigmas para, então, dar vazão a novas formas de pensamentos. Em relação ao conhecimento jurídico brasileiro, Wermuth e Nielsson (2016, p. 7-8) destacam:

“Apesar de o ensino jurídico ser o responsável pela maioria dos bacharéis que iriam compor a elite política brasileira, não havia preocupação em construir um conhecimento que se adequasse à realidade nacional, sendo as teorias importadas sem a menor reflexão sobre seu enquadramento a um meio social peculiar, até mesmo porque os diplomas significavam mais “brasões de nobreza” do que elementos propulsores de um saber científico, em uma “sociedade não rígida, mas respeitosa da hierarquia. Há a ‘boa sociedade’ e a sociedade comum. Entre uma e outra, o abismo do prestígio, do estilo de vida, do acesso ao mando”.”

O ensino do direito, nos moldes tradicionalmente vistos durante a história brasileira, ocasionou a repetição de práticas pelos operadores jurídicos, sem que houvesse uma reflexão clara acerca desses processos. A dogmática jurídica tradicional, cercada por uma cultura normativista, impede a evolução do processo educativo e a construção do saber jurídico. Ainda predomina a ideia do “saber” codificado e posto, sem uma reflexão aprofundada sobre a necessidade de soluções alternativas aos anseios sociais. Esse processo, em que a informação e o conhecimento são passados com tamanha rapidez, causa a exclusão das inter-relações entre a ciência do direito e a sociedade. Nessa trilha,

“A sociedade é esquecida: deslustra-se a interpretação sociológica. Não se trata, na oportunidade, de demolir os fundamentos da Dogmática Jurídica, ou mesmo franquear vasto terreno à arbitrariedade dos juristas” (Tinoco, 2014, p. 153).

Mas sim, adotar uma interdisciplinariedade, para melhor reflexão, apostando em uma melhor estruturação do contexto intelectual. Tinoco (2014, p. 155) complementa:

“Certamente, a lei não consegue responder às questões cada vez mais complexas irrompidas pela sociedade moderna. A lei, sozinha, só poderia ser considerada a garantidora da imitação fiel do mundo e da vontade popular em um ensino primário da arte jurídica. Tenta, o operador do Direito, basear-se nesta, o que implica fraqueza e pobreza tanto na resolução de conflitos como na sua tentativa, denunciando certa impotência em sua função intelectual. [...] A Dogmática Jurídica, fazendo-se conhecer a então Ciência Jurídica, não evidencia aos olhos nada mais que o estudo as normas jurídicas vigentes, que, por assim serem consideradas, são obrigatórias a determinar o Direito Positivo, e este, por isso mesmo, não entende outras razões além daquelas traduzíveis nos termos de seus postulados, não podendo o jurista fazer abstração.”

Nesse cenário, formam-se juristas acríticos, meros aplicadores das leis e das normas jurídicas, que reproduzem hábitos já consagrados no sistema de justiça e nas instituições, hábitos alheios às especificidades da sociedade contemporânea. Na prática, isso significa que:

“A cultura jurídica veiculada nas faculdades de direito tem a dupla função de seleção dos conflitos levados ao Judiciário e de legitimação do poder no nível simbólico. A primeira se realiza pela seleção dos próprios tipos de demandas levadas ao Judiciário, bem como nos padrões decisórios aplicados aos casos. A segunda se realiza na medida em que reforça a estrutura social hierárquica justificada por meio do ideário liberal, bem como do método pedagógico aplicado” (Freitas Filho, 2004, p. 194).

A dogmática jurídica tradicionalmente inserida no ensino jurídico se apresenta como o inverso de um conhecimento aprofundado, ao passo que se torna responsável por um saber padronizado e acrítico. Saber, este, incapaz de acompanhar a evolução social e a constante necessidade de transformar as relações jurídicas e o próprio papel do direito. Streck (2007, p. 31) aponta que:

“inserido em um habitusdogmaticus, o jurista não se dá conta das contradições do sistema jurídico. Estas não ‘aparecem’ aos olhos do jurista, uma vez que há um processo de justificação/fundamentação da ‘coerência’ do seu próprio discurso”.

Esse fenômeno ocasiona diversos problemas na prática jurídica, principalmente em relação às demandas que chegam ao Judiciário, onde questões sociais passam a ser vistas como meras abstrações jurídicas, as partes do processo são reduzidas à autor e réu, perdendo o caráter de “ser humano”. Esse processo constrói barreiras, tendo em vista que “os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais” em virtude de um discurso “produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de ‘coisificação’ (objetificação) das relações jurídicas”, principalmente dos sujeitos envolvidos.

4. Considerações Finais

Como considerações finais, o ensino do direito, nos moldes tradicionalmente vistos durante a história brasileira, ocasionou a repetição de práticas pelos operadores jurídicos, sem que houvesse uma reflexão clara acerca desses processos. A dogmática jurídica tradicional, cercada por uma cultura normativista, impede a evolução do processo educativo e a construção do saber jurídico. Ainda predomina a ideia do “saber” codificado e posto, sem uma reflexão aprofundada sobre a necessidade de soluções alternativas aos anseios sociais. Esse processo, em que a informação e o conhecimento são passados com tamanha rapidez, causa a exclusão das inter-relações entre a ciência do direito e a sociedade.

Portanto, a educação jurídica com perspectiva de gênero é capaz de traçar novos meios de se pensar o ensino, principalmente no que se refere à quebra dos paradigmas de dominação, que busca formar cidadãos que não reproduzam as desigualdades já existentes. Por meio do Direito, formar-se-ão profissionais que atuarão em espaços de decisão e na esfera legislativa, impondo-se a relevância das discussões sobre gênero na formação desses profissionais.

5. Referências

CORRÊA, José Teodoro. Ensino e Saber Jurídico. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, vol. 1, p. 40-42, 1991.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Formação jurídica e história das faculdades de Direito em Portugal e no Brasil. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 106-136, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume16_numero2/volume16_numero2_106.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

FREITAS FILHO, Roberto. O ensino jurídico e a mudança do modelo normativo: normas fechadas x normas abertas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 164, p. 191-212, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1015/R164-12.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jul. 2023.

REALE, Miguel. As faculdades de direito na história do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 256-272, 1961. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66389>. Acesso em: 23 jul. 2023.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. *Ensino Jurídico: saber e poder*. 1 ed. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. *Universidades comunitárias e terceiro setor: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SILVA, Elza Maria Tavares. Ensino de Direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. *Revista Psicologia Escolar e Educacional*, v. 4, n. 1, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pee/a/78qvJ3kBG574djNtpv3tSbs/?lang=pt>. Acesso em 23 jul. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em terra e brasilis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. v. 46, n. 0, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/13495/9508>. Acesso em: 23 jul. 2023.

TINOCO, Ana Beatriz Passos. Uma crítica aos fundamentos da dogmática jurídica e a prática interdisciplinar como fator essencial na realização do direito. *Em Tempo*, Marília, v. 13, 2014. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/495/373>. Acesso em: 23 jul. 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. O ensino jurídico brasileiro e a formação do “medalhão” machadiano: em busca de alternativas à luz da profanação agambeniana e da carnavalização waratiana. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, vol. 11, n. 1, p. 1-23, 2016. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19596/pdf_1. Acesso em: 22 jul. 2023.

WERMUTH, MaiquelAngeloDezordi; ROCHA, Álvaro Filipe Oxleyda. O difícil processo de consolidação da cidadania plena no Brasil: notas sobre o patrimonialismo, o clientelismo, a corrupção e a pobreza política. *Revista do Direito*, n. 29, 2008, p. 146-165. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/588>. Acesso em: 23 jul. 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A CONTRIBUIÇÃO DOS PROGRAMAS DE CONCESSÃO DE RESIDÊNCIA OU NACIONALIDADE ATRAVÉS DE INVESTIMENTO PARA A INSUFICIÊNCIA DE APROXIMAÇÃO PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

Carolina Marques de Sousa¹

1. Introdução

Os programas de concessão de residência e/ou nacionalidade por investimento –frequentemente apelidados de “passaportes e vistos *gold*” – permitem a cidadãos de países terceiros obter autorizações de residência ou até mesmo a nacionalidade de um Estado-membro (EM) da União Europeia (UE) mediante investimento. Estes programas têm dado origem a uma acesa discussão por parte das instituições europeias, quer devido aos riscos que acarretam, quer pela situação de desigualdade que criam relativamente a outros imigrantes no espaço europeu, com implicações mais profundas e que vão além daquelas que surgem à primeira vista.

Em todo o caso, é importante clarificar que estes programas não são, por si só, criminosos. Da mesma forma, nem todos os seus beneficiários têm a intenção de os utilizar para cometer crimes.

¹ Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho, Portugal.

Ainda que os EMs que operam estes esquemas tenham autonomia para o fazer, os impactos sentem-se também na esfera do direito da União.² O risco acrescido de crimes financeiros concerne diretamente o disposto no artigo 325º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que dispõe sobre a luta contra as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União. Por outro lado, alguns riscos diretamente elencados pelas instituições europeias estão mencionados nos artigos 82º a 86º do TFUE, como domínios onde a União deve operar diretamente no âmbito da cooperação em matéria penal.

Assim, o objetivo deste artigo é estabelecer uma relação de causalidade entre a falta de aproximação da lei penal na União e o comportamento de risco dos EMs ao adotarem estes tipos de programas, uma vez que os EMs demonstram não ter interesse na harmonização normativa desta matéria, em razão do benefício financeiro.

2. A posição da União Europeia frente aos riscos

Em primeiro lugar, é essencial diferenciar os programas de concessão de residência através de investimento (*Residence by Investment – RBI*) daqueles que concedem cidadania pelo mesmo meio (*Citizenship by Investment – CBI*). No primeiro caso, o EM em causa atribui uma autorização de residência ao investidor, mediante um determinado número de requisitos, que podem variar consoante cada legislação nacional.³ Já os programas de atribuição de cidadania

² Nomeadamente devido ao facto de a cidadania europeia ser subjacente à nacional, tal como estabelecido pelos artigos 9º do TUE e 20º do TFUE.

³ Em Portugal, este regime foi estabelecido pela Lei nº 23/2007, de 4 de julho, no seu artigo 90º-A. Na sua atual redação, a lei prevê que a atribuição das autorizações de residência para investimento se dê com condições análogas às das autorizações de residência regulares, com exceção da obrigatoriedade de visto de residência válido, que não é necessário para os candidatos ao regime de RBI. Depende ainda dos seguintes critérios cumulativos: porte de um visto Schengen válido; a regularização da estada em Portugal, no máximo, até 90 dias depois da entrada em território nacional; desenvolvimento, em Portugal, de atividades de investimento durante um período mínimo de 5 anos, atividade essa que se pode entender pela transferência de capitais num montante igual ou superior a 1,5 milhões de EUR, pela criação de pelo

concedem diretamente a cidadania do EM, geralmente com requisitos muito semelhantes aos dos programas de RBI.

O elemento que ambos têm em comum é a exigência de um determinado tipo e/ou nível de investimento por parte do candidato. É precisamente esse o objetivo: a captação de investimento e de capital estrangeiro para os EM, em troca de condições mais favoráveis de acesso ao mercado europeu e de circulação. Este último ponto é especialmente importante quando consideramos que a cidadania europeia é adquirida automaticamente aquando da aquisição da cidadania de um EM. Se, por um lado, as matérias relativas à atribuição de cidadania são da competência dos EMs, por outro, a existência de uma cidadania europeia veio trazer desafios que ultrapassam a escala nacional, mas cuja resolução não cabe à UE.

Com efeito, a falta de uma cooperação à escala europeia nesta matéria, bem como os procedimentos simplificados que alguns EMs adotam durante a seleção de candidatos, tornam os esquemas de RBI e CBI uma fragilidade para a UE cujo direito ainda não está devidamente equipado para combater.⁴ Mais do que apenas a prática de crimes, estão em causa os interesses financeiros da União.

A *compra* de cidadania ou de residência não tem como fundamento uma ligação efetiva ao EM, uma vez que a presença física no seu território não se encontra estabelecida entre os requisitos a serem preenchidos pelos cidadãos de países terceiros candidatos ao programa. Por outro lado, o beneficiário passa a ter

menos 10 postos de trabalho, pela aquisição de bens imóveis de valor igual ou superior a 500 000EUR (ou valores menores no caso de outros tipos de imóvel) ou pela transferência de capitais em montante inferior a 1,5 milhões de EUR no caso específico de alguns setores. O facto de os valores serem baixos em relação ao leque de benefícios que oferecem, bem como a não obrigatoriedade de um visto de residência válido *ex ante*, deram azo a diversas críticas a este regime desde a sua criação. Acresce que, decorridos 5 anos sobre a atribuição da autorização de residência, estes cidadãos podem requerer a nacionalidade portuguesa, nos termos da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro.

⁴ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Regimes dos Estados-Membros para a concessão de cidadania ou de residência a investidores, Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 26.

acesso facilitado ao mercado único e ao sistema financeiro europeus, bem como, no caso de aquisição da cidadania de um EM, acede aos mesmos direitos que os restantes cidadãos (participação nos processos eleitorais para o Parlamento Europeu e autarquias locais; representação diplomática; iniciativa de cidadania, entre outros).

Ainda que os programas de atribuição de cidadania através do investimento sejam os mais criticados pelas instituições europeias há já vários anos, os programas de atribuição de residência pelo mesmo meio (RBI) - como aquele existente em Portugal - não ficam de fora dos repetidos apelos da União para a sua abolição, sobretudo desde o início da guerra na Ucrânia.⁵

Os principais riscos identificados pela UE correspondem a: i) riscos de segurança, ii) fuga aos impostos, iii) corrupção e iv) branqueamento de capitais. São estes alguns dos problemas decorrentes dos esquemas de RBI e CBI que o Parlamento Europeu aponta, acusando-os até de serem "*designed for shady business*".⁶

A União tem vindo a chamar a atenção dos EMs para o assunto pelo menos desde 2014. Neste contexto, Portugal, Espanha, Itália, Irlanda, Grécia, Luxemburgo, Malta, Chipre, Bulgária, Hungria, Países Baixos, Estónia e Letónia são os EMs que têm ou tiveram, em algum momento, um regime de RBI ou CBI em vigor.⁷ Nos casos de Chipre e Malta, a Comissão Europeia iniciou diversos processos de ação por incumprimento no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sob a alegação de que os esquemas de CBI de ambos os Estados violavam o princípio da cooperação leal e a integridade da cidadania europeia.⁸

⁵ A obtenção destes vistos por cidadãos russos permitiu que muitos conseguissem subtrair-se às sanções impostas pela UE após o início da guerra, em fevereiro de 2022.

⁶ Reunião plenária do Parlamento Europeu, Bruxelas: Parlamento Europeu, 2022.

⁷ FERNANDES, Meenakshi; NAVARRA, Cecilia; DE GROOT, David, *Avenues for EU action on citizenship and residence by investment schemes: European added value assessment*, Luxemburgo: European Parliament Publications Office, 2021, p. 2.

⁸ Investor citizenship schemes, European Commission - European Commission, disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1925>. acesso em: 8 nov. 2022.

Apesar de as ações terem sido intentadas em 2020, nenhum dos acórdãos foi ainda prolatado. No caso cipriota, o programa de atribuição de cidadania foi alterado, passando apenas a garantir autorizações de residência. Em 2022, quatro cidadãos, incluindo um ex-deputado e um antigo presidente do Parlamento, foram formalmente acusados de fraudes relacionadas com o esquema de CBI de Chipre.⁹

As preocupações da UE não são irrazoáveis: de facto, tanto hipoteticamente como na prática, estes programas são instrumentos úteis a quem pretenda aceder ao espaço europeu, particularmente para a prática de crimes financeiros de grande dimensão, por vezes com carácter transfronteiriço, ou outros tipos de crime organizado.

Por outro lado, o direito penal da União não está ainda desenvolvido o suficiente para que a resposta a estes riscos – reais e calculados¹⁰ – seja uniforme e eficaz, de modo a tornar a Europa menos atrativa para estes tipos de criminalidade. A falta de uniformização perpetua, adicionalmente, uma outra dificuldade, ainda que não decorra diretamente dos esquemas de RBI e CBI, mas que é reforçada por estes: a questão do *crime shopping*.¹¹ Em razão da variação da codificação e das molduras penais de determinados crimes – cuja prática é catalisada pelos programas de RBI e CBI –, é possível que o mesmo crime tenha penas muito díspares consoante o EM no qual é cometido, ou que exista ainda tutela no código penal de um EM e não no do outro.

Com efeito, existe o perigo de determinados EMs serem selecionados *a priori* por quem pretenda cometer um determinado tipo de crime em função da

⁹ AGENCE FRANCE-PRESSE, *Cyprus politicians face trial in “golden passport” scandal*, France 24, disponível em: <<https://www.france24.com/en/live-news/20220912-cyprus-politicians-face-trial-in-golden-passport-scandal>>. acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁰ BECK, Ulrich, *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*, 1ª. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 26-28.

¹¹ Abordagem da UE ao direito penal Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma abordagem da UE ao direito penal (2010/2310(INI)).

existência (ou não) de chancela jurídica.¹² De igual forma, a falta de aproximação penal é um problema quando o crime praticado implica mais de um EM – o que, num mundo globalizado e digitalizado e numa UE onde a circulação de pessoas, bens, capitais e serviços é livre, é frequente.

3. Bases legais da aproximação normativa em matéria penal

3.1. A emergência de novas necessidades

Embora com avanços e recuos, desde os anos de 1970 que existem propostas para harmonizar e uniformizar no âmbito da UE o direito penal, consolidando uma justiça penal europeia. Contudo, até meados dos anos de 1990, o contexto não exigiu uma harmonização tão ampla. O verdadeiro ponto de viragem veio com o Tratado de Maastricht. As liberdades de circulação e a cidadania europeia criaram condições de movimento – e, portanto, inevitavelmente, da prática de crimes a uma maior escala – que exigem uma aproximação penal que não se cinja somente à cooperação.¹³ Ademais, no quadro de um mundo cada vez mais globalizado e digitalizado, cometer crimes torna-se mais fácil, transpondo fronteiras e até dispensando a presença física dos seus autores. Acresce que esta evolução tecnológica criou mesmo, em alguns casos, novos tipos de crime. Por conseguinte, as diferenças substantivas e processuais em matéria penal entre EMs configuram-se como obstáculos ao combate a este tipo de crime.

3.2. Direito penal na conjuntura da evolução legal europeia

Tradicionalmente, a aproximação penal na UE inclui a dimensão transfronteiriça, ligada à ação dos factos. Tendo começado como uma união de mercado, a evolução legal europeia partiu, justamente, de questões relacionadas com o

¹² Em última análise, esta variação da lei penal consoante o Estado-membro coloca em xeque a igualdade entre cidadãos estáticos e dinâmicos, beneficiando estes últimos, e colocando em causa os artigos 20.º e 21.º CDFUE.

¹³ RODRIGUES, Joana Amaral Cabouco. *O direito penal europeu e a dupla subsidiariedade*, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 9–10.

mercado interno. Foi ainda numa lógica de comunidade económica que surgiu o incontornável acórdão Costa vs. ENEL¹⁴, a base do princípio do primado do direito europeu sobre o direito interno dos EMs. À medida que a União se aprofundou, estendendo-se a outros campos políticos, o direito europeu expandiu-se adaptou-se. Chegados a uma UE com uma harmonização legislativa bastante sólida em vários setores, bem como um espaço cujos cidadãos são, além de cidadãos nacionais, cidadãos europeus, os problemas da falta de diálogo entre os sistemas penais europeus começaram a fazer-se sentir.

Com a modernização das práticas criminais, certos crimes, ainda que praticados dentro de um único EM, podem ter efeitos diretos e/ou indiretos em toda a UE, o que resulta que a natureza transfronteiriça dos factos progressivamente perde importância. Este mesmo raciocínio pode ser verificado paralelamente em outros domínios do direito da União, por exemplo, da lógica contemplada no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses¹⁵; e da evolução da jurisprudência do TJUE no domínio do mercado interno, no qual a natureza transfronteiriça dos factos apreciados pelo Tribunal foi progressivamente perdendo importância.

A cooperação necessária para colmatar as consequências negativas de Schengen e Maastricht não teve tanto sucesso nem foi tão rápida como as transformações que ambos trouxeram. O descompasso entre as vantagens da livre circulação e a insuficiência de ferramentas comunitárias que previnam e combatam os seus efeitos nefastos é sentido ainda hoje. Os programas de RBI

¹⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Flaminio Costa contra ENEL*, 1964, processo 6/64.

¹⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas*, 2018, processo C-64/16. Nesta importante decisão, o TJUE entendeu que os cortes nas remunerações dos juizes portugueses – em virtude das obrigações assumidas pelo Estado português no âmbito do programa de resgate financeiro – eram suscetíveis de afetar a sua imparcialidade. Na exposição do Tribunal do Luxemburgo, as diminuições salariais corriam o risco de tornar os magistrados mais permeáveis a pressões externas aquando da ponderação das suas decisões, o que, por sua vez, enfraquecia a tutela jurisdicional efetiva, prevista no artigo 19, nº1 do Tratado da União Europeia. Como tal, o mero risco de comprometimento do sistema judicial é suficiente para a União considerar que um ato jurídico viola direito europeu. A mesma *ratio* aqui se aplica ao ter em conta os riscos de consequências negativas destes programas.

e CBI são um dos seus mais paradigmáticos exemplos: um Estado colhe vantagens através da negligência das suas obrigações, ou mesmo do seu incumprimento. Mais do que um objeto que diz respeito aos EMs, estes vistos são um dos mecanismos de concretização das falhas do DUE que já aqui mencionámos e passaremos a detalhar.

3.3. As posições da Comissão e do Conselho

A aproximação das legislações em matéria penal é bastante mais avançada a nível processual do que substantivo. Essa afirmação pode ser comprovada pelo facto de a cooperação judiciária em matéria penal assentar principalmente sobre o princípio do reconhecimento mútuo, tal como dispõe o artigo 82.º, nº 1 TFUE.¹⁶ O reconhecimento mútuo de decisões judiciais entre EMs, a par com o Mandado de Detenção Europeu (MDE), o Mandado Europeu de Obtenção de Provas (MEOP) e a Decisão Europeia de Investigação em matéria penal¹⁷, são alguns dos instrumentos desenvolvidos a nível comunitário.¹⁸ Não obstante, a nível substantivo, por variadas razões, o aprofundamento da integração é mais exigente.¹⁹

Tanto o artigo 82.º, nº 2, como o artigo 83.º, nºs 1 e 2 TFUE clarificam que a aproximação em termos penais deve ser realizada através de diretivas e de modo

¹⁶ O artigo 67.º, nº 3 TFUE esclarece alguns dos campos onde a União deve, em conjunto, atuar, tanto com recurso ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais, como também à aproximação das legislações penais.

¹⁷ Outros exemplos são a Eurojust, a Europol e a Procuradoria Europeia (artigos 85.º a 88.º TFUE).

¹⁸ MONTE, Mário Ferreira; WHYTE, Joana. Cooperação Judiciária em Matéria Penal. *In: Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União*, org. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Coimbra: Almedina, 2016, p. 400–403.

¹⁹ Como sempre ocorreu na história da integração europeia, as questões que mais afetam a manutenção da soberania dos EMs em alguns campos são aquelas que causam maiores clivagens. O reconhecimento mútuo de sentenças, por exemplo, foi relativamente pacífico no seio do ordenamento jurídico europeu. Por outro lado, a ideia de uma alteração – por vezes profunda – de 27 códigos penais diferentes, com molduras penais e codificações que variam, encontra muita resistência nas autoridades nacionais. Adicionalmente, esta seria sempre uma tarefa hercúlea e morosa.

a estabelecer regras mínimas, quer no âmbito processual, quer no substantivo.²⁰ No entanto, no segundo parágrafo do número 1 deste último artigo, o Tratado clarifica os domínios de criminalidade nos quais a UE pode legislar, a saber: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. O parágrafo seguinte deixa em aberto a possibilidade de novos domínios serem adicionados àqueles catalogados no parágrafo anterior.

Contudo, não é mencionado de forma explícita que a aproximação da legislação penal substantiva esteja subordinada à cooperação judiciária em matéria penal ou à assistência mútua, pelo que existe espaço a uma evolução independente destes dois princípios.²¹

É concebível considerar que os potenciais perigos dos esquemas de RBI e CBI para a criminalidade a nível europeu vão além daqueles enunciados no artigo 83.º, 2º parágrafo do TFUE, como já referimos anteriormente, ainda que possam ser associados ao branqueamento de capitais, corrupção e o crime organizado, que se encontram estatuídos no artigo citado. Porém, como a UE não possui tutela sobre os programas de RBI e CBI, apenas os EMs podem decidir abolir estes programas.

Tal implica duas consequências: por um lado, os princípios da cooperação leal²² e da solidariedade podem vir a ser violados quando a concessão de um RBI ou CBI esteja associada à prática de um crime; por outro lado, os EMs beneficiam da falta de avanço da legislação penal europeia, enquanto a entram em sede de negociação.

²⁰ Permitindo aos EMs alguma margem de autonomia aquando da transposição das diretivas para direito interno. Nesse sentido, não se procede a uma harmonização total.

²¹ BIOLLEY, Serge de *et al. Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward*. Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 12–18.

²² Tribunal de Justiça da União Europeia. *Maria Pupino*, 2005, processo C-105/03, número 42.

Nesta senda, também o artigo 325.º, nº 4 TFUE é motivo de dissensão, ao estabelecer que o Parlamento e o Conselho poderão adotar as medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União. Neste seguimento, a interpretação apresentada pela Comissão Europeia conclui que este artigo providencia uma base legal específica para uma lei penal europeia de combate à fraude. Uma vez que o artigo não menciona diretamente a forma que estas medidas devem tomar, entende-se que é possível recorrer a regulamentos neste domínio. Nesse caso, seria possível executar, mais do que uma aproximação, uma harmonização legislativa, abrindo a porta a um eventual direito penal unificado e supranacional na UE²³.

Já a interpretação sustentada pelo Conselho analisa o referido artigo como sendo um “anexo-competência” do artigo 83.º do TFUE, atuando como complemento deste último e limitando o escopo da lei penal europeia. Retira-se assim, entende o Conselho, plausibilidade à ideia de que o artigo 325.º possa, por si só, servir de base legal a uma aproximação da legislação penal.²⁴

Enquanto as diferentes interpretações dos Tratados e as distintas vontades políticas são um freio ao maior avanço na aproximação penal, o TJUE providencia alguns esclarecimentos neste domínio. Os avanços para a conformação de um direito penal substantivo têm sido construídos pelo TJUE em matérias específicas, como por exemplo nos acórdãos Dell’Orto²⁵ e Eredics e Sàpi²⁶, nos quais o tribunal esclarece o estatuto da vítima, à luz da interpretação conforme.

À semelhança do que sucedeu noutros domínios, o TJUE produz jurisprudência na qual revela e aprimora interpretações que excedem o que o legislador europeu menciona na lei.²⁷ Para além do estatuto da vítima, o progresso relativamente ao

²³ BIOLLEY *et al*, *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU*, p. 18.

²⁴ BIOLLEY *et al*, *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU*, p. 19.

²⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Giovanni Dell’Orto*, 2007, processo C-467/05.

²⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Emil Eredics e Mária Vassné Sági*, 2010, processo C-205/09.

²⁷ Indo de encontro, em variadas ocasiões, às interpretações da Comissão.

MDE²⁸ e aos procedimentos de entrega entre Estados-membros também derivam da jurisprudência do TJUE.

Em geral, o Tribunal reconhece a centralidade do princípio do reconhecimento mútuo na cooperação judiciária em matéria penal²⁹. No entanto, não se limita a ele para interpretar a letra e o espírito do direito primário e, acima de tudo, do direito derivado no âmbito penal. É, pois, provável, que avanços mais significativos na jurisprudência do TJUE em matéria penal permitam pôr cobro a divergências interpretativas das diferentes instituições e EMs quanto à aproximação penal, viabilizando assim uma aproximação mais robusta no futuro.

O evoluir da integração europeia, nomeadamente no que diz respeito ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ), e num contexto de guerra, deixa-nos antever que não está, de todo, colocada de parte a exequibilidade de a UE agir em bloco também em questões penais. Como quase sempre ocorreu desde o início do processo de integração, conquanto as suas bases legais e políticas estivessem lançadas, foram as circunstâncias políticas, históricas e processuais (no caso do TJUE) que possibilitaram um aprofundamento da integração e a paulatina importância do direito da União. Em última análise, a aproximação penal entre EMs é, fundamentalmente, a materialização do princípio da segurança jurídica neste campo.

4. Conclusão

Procurámos estabelecer a relação entre os programas de RBI e CBI e a falta de aproximação penal na UE, tendo alcançado três conclusões essenciais.

A primeira conclusão é que este tipo de programa é, efetivamente, uma ameaça à segurança e ao combate ao crime no espaço europeu, uma vez que os EMs que os implementam beneficiam financeiramente, a despeito das consequências

²⁸ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal*, 2013, processo C-399/11.

²⁹ Tribunal de Justiça da União Europeia. *Melvin West*, 2012, processo C-192/12, números 54 e 55.

negativas que podem advir para a UE, agindo contrariamente ao princípio da cooperação leal e entravando o processo de aproximação penal.

Em segundo lugar, a aproximação penal na União opera quase exclusivamente com base em regras mínimas, conceito algo vago e cujo âmbito material se circunscreve ao conjunto de crimes estabelecido nos tratados. Deste ponto de vista, pode dizer-se que o direito penal europeu está numa fase ainda embrionária, apesar de as bases legais estarem lançadas.

Por último, cabe-nos realçar que, derivado do ponto anterior, o TJUE assume, mais uma vez, um papel de grande relevância, ao contribuir para o avanço da interpretação de questões penais e dando azo a potenciais aprofundamentos da integração neste campo. Será o TJUE e a exigência das circunstâncias que, estamos em crer, alavancarão esta aproximação das legislações penais.

5. Bibliografia

AGENCE FRANCE-PRESSE. *Cyprus politicians face trial in "golden passport" scandal*. France 24. Disponível em: <https://www.france24.com/en/live-news/20220912-cyprus-politicians-face-trial-in-golden-passport-scandal>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. 1ª. São Paulo: editora 34, 2010.

BIOLLEY, Serge de; BLOMSMA, Jeroen; CAEIRO, Pedro; *et al.* *Approximation of Substantive Criminal Law in the EU: The Way Forward*. Bruxelas: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Regimes dos Estados-Membros para a concessão de cidadania ou de residência a investidores*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: <https://eur->

lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0012. Acesso em: 29 jul. 2023.

FERNANDES, Meenakshi; NAVARRA, Cecilia; DE GROOT, David. *Avenues for EU action on citizenship and residence by investment schemes: European added value assessment*. Luxemburgo: European Parliament Publications Office, 2021. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/89436>. Acesso: 28 jul. 2023.

MONTE, Mário Ferreira; WHYTE, Joana. Cooperação Judiciária em Matéria Penal. In: *Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União*, org. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe. Coimbra: Almedina, 2016, p. 393–447.

PARLAMENTO EUROPEU. *Reunião plenária do Parlamento Europeu*. Bruxelas: Parlamento Europeu, 7 de março de 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/plenary/en/vod.html?mode=chapter&vodLanguage=E&playerStartTime=20220307-18:13:36&playerEndTime=20220307-19:19:14#>. Acesso em: 28 jul. 2023.

RODRIGUES, Joana Amaral Cabouco. *O direito penal europeu e a dupla subsidiariedade*. Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/32883?mode=full>. Acesso em: 28 jul. 2023.

A UTILIZAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS COMO CONTRIBUTO PARA O MERCADO DE CERTIFICADOS DE RECICLAGEM

Jéssica Mello Tahim¹

0. Resumo

Por conta rápida evolução industrial e tecnológica no mundo, agravada pelo crescimento exponencial da população, houve um consumo desenfreado dos recursos naturais para suportar o novo sistema de produção e consumo, e, como consequência, o aumento da geração de resíduos. Contudo, não se pode afirmar que a tecnologia é maléfica ao meio ambiente, já que, quando usada adequadamente, combinada com a mudança no comportamento da sociedade, pode influenciar na transformação econômica, para que seja mais responsável ambientalmente.

Uma das formas é no apoio da implementação dos instrumentos de gestão de resíduos, com destaque para a reciclagem e o sistema de logística reversa, através do seu uso na certificação da reciclagem. Dentre as tecnologias usadas atualmente, está a inteligência artificial, Internet das Coisas (IoT), entre outras. Desse modo, o que se busca é analisar como essas novas tecnologias poderiam

¹ Doutoranda em Direito Administrativo Ibero-americano, pela Universidade da Coruña. Mestre em Direito e Ciência Jurídica, especialidade em Ciências Jurídico-Ambientais, pela Universidade de Lisboa/Portugal. Advogada no Brasil, inscrita na OAB/CE sob o n. ° 21.791. Graduada em Direito e especialista em Direito Ambiental, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: j.mellotahim@udc.es.

contribuir no desenvolvimento do sistema de créditos de reciclagem e promover o aumento da reciclagem de resíduos no Brasil.

1. Introdução

A presente pesquisa pretende investigar como as novas tecnologias podem contribuir para o fomento da reciclagem no Brasil, através de sua utilização na implantação do sistema de certificados de reciclagem e nas negociações desses certificados para o cumprimento dos sistemas de logística reversa, previstos na Política Nacional de Resíduos sólidos do Brasil (PNRS).

Para alcançar esse resultado, inicialmente, analisar-se-á brevemente o papel dos certificados de reciclagem como instrumento pilar da logística reversa e da promoção da reciclagem no Brasil, para que se possa observar como as novas tecnologias podem ser aplicadas nessa seara, como forma de melhorar a gestão dos resíduos. Após essa análise, será discutido como essas tecnologias afetam o sistema de certificados de reciclagem, dando exemplos de iniciativas que já as utilizam, juntamente com os principais desafios e sucessos.

A metodologia utilizada nessa investigação é exploratória e de revisão de literatura, através de um método qualitativo, usando principalmente recursos bibliográficos obtidos na internet, como e-books, periódicos, artigos científicos, relatórios e estudos na área, sites governamentais e informativos confiáveis e legislações, no qual se faz uma análise crítica sobre o tema proposto para a condução do resultado buscado.

2. Certificados de reciclagem e o sistema de logística reversa brasileiro

Com o avanço tecnológico e industrial no decorrer das décadas, além do crescimento demográfico desenfreado, várias mudanças ocorreram nos processos de produção e de consumo, baseados numa economia linear, focada na retirada de matéria-prima, produção, consumo e descarte, em que a

sociedade passou a consumir cada vez mais os recursos naturais, como matéria-prima, água e energia, sem a preocupação com o seu esgotamento, além de incrementar a ânsia pelo consumo de produtos e serviços, o que, conseqüentemente, aumentou a geração de resíduos, um dos principais causadores de contaminação e danos ao meio ambiente.

Diante dessa situação alarmante, muito se tem buscado para solucionar esse problema socioeconômico e umas das soluções encontradas foi uma transformação dos processos produtivos e econômicos para que sejam mais circulares, focada em todos os caminhos percorridos na cadeia produtiva, para que seja mais sustentável e eficiente, em especial, na reinserção dos resíduos na cadeia produtiva como novos recursos.

Para alcançar esse objetivo, o Brasil tem investido no sistema de reciclagem, com um enfoque nos processos de logística reversa. A reciclagem foi definida pela PNRS como o:

“[...] processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos” (Art. 3º, XIV).

Ou seja, é o processo de transformação dos resíduos, de forma física, mecânica ou química dos resíduos, para regressarem à cadeia produtiva como insumos e recursos (Brasil, 2010).

Por outro lado, o papel da logística reversa nesse processo é:

“[...] viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada” (Art. 3º, XII).

Considerada pela lei como um instrumento de desenvolvimento econômico e social. Desse modo, esse instrumento é um dos meios para chegar à reciclagem.

Outro instrumento da PNRS para alcançar o reaproveitamento dos resíduos através da reciclagem é a coleta seletiva, definida por lei como a:

“[...] coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição” (Art. 3º, V) (Brasil, 2010).

Mesmo após mais de 10 anos de aprovação da PNRS, essa política não obteve muito sucesso na melhoria da gestão de resíduos tampouco na redução da sua geração e, diante disso, foi aprovado em 2022 outro decreto para regulamentá-la (Decreto n.º 10.936, de 12 de janeiro de 2022), revogando o anterior de 2010 e trazendo diversas inovações, a exemplo do Programa Nacional de Logística Reversa.

Em decorrência disso, foram aprovadas novas legislações com novos instrumentos, como o Plano Nacional de Resíduos Sólidos e o sistema de Certificados de reciclagem, que foi chamado de Recicla+ (Decreto n.º 11.044, de 13 de abril de 2022) (Brasil, 2022). Contudo, com a entrada do novo governo, referida legislação foi revogada pelo Decreto nº 11.413/2023, o qual apresenta características semelhantes, porém com uma nova roupagem (Brasil, 2023).

Dá-se destaque a esse novo mecanismo de certificados de créditos de reciclagem, uma vez que traz a possibilidade de negociação de material reciclável entre os catadores, associações e cooperativas, responsáveis pela coleta da grande maioria de resíduos no Brasil, com empresas e associações de reciclagem, para que, a partir dessa negociação, sejam geradas notas fiscais, que serão objeto de homologação por parte de uma entidade gestora, responsável pela emissão dos certificados. Essa homologação dependerá da comprovação do cumprimento dos requisitos pelo verificador de resultados. Depois disso, tais certificados poderão ser negociados com as empresas geradores de resíduos, as quais os utilizarão como comprovativo de que cumpriram a obrigação imposta pela logística reversa.

Esses certificados possuem um papel fundamental na promoção da reciclagem, ao envolverem todos os agentes envolvidos na atividade de gestão de

resíduos, os catadores, associações e cooperativas, empresas de reciclagem e os próprios geradores de resíduos, faz com que toda a cadeia esteja coberta, apoiam a inclusão social e laboral dos catadores e suas associações, além de incrementarem o cumprimento do sistema de logística reversa por parte do setor produtivo e comercial, sendo eles os principais geradores de resíduos.

3. A utilização das novas tecnologias na promoção da sustentabilidade

A cada dia novas tecnologias surgem e estão presentes no dia a dia da sociedade. Diante dessa evolução tecnológica há a necessidade da adaptação social, econômica e jurídica. A experiência humana com esse avanço tecnológico se mostrou cruel no tocante ao meio ambiente, uma vez que, desde a Revolução industrial, os padrões de produção e consumo foram evoluindo de forma a utilizar de forma desenfreada os recursos naturais e energia, além do incremento na geração de resíduos, sem sua devida gestão.

Contudo, não se pode generalizar, pois uma vez utilizada de forma adequada pode trazer diversos benefícios à sociedade. Os avanços nas tecnologias digitais trazem benefícios diários, que podem ser observados na evolução da saúde, agricultura, educação, porém, apesar disso, com a rapidez que elas evoluem surgem diversas questões e preocupações complexas sobre como isso afetará a sociedade, a exemplo do meio laboral ou da privacidade e proteção de dados (PWC UK).

Dentre essas novidades estão a inteligência artificial (IA), Internet das Coisas (Internet Of Things - IoT), Blockchain, Realidade Virtual (VR) e Realidade Aumentada (AR) e Impressão 3D. Elas vieram para revolucionar os processos produtivos, financeiros e econômicos, sociais. E, como já mencionado, essas tecnologias podem sim ter um papel importante na promoção da redução dos impactos ambientais e na preservação ambiental e emergiu como uma ferramenta na prevenção da geração de resíduos (Ihsanullah, *et. al*, 2022, p. 2).

Uma dessas tecnologias que está presente na prática ambiental é a inteligência artificial, pois com ela se pode encontrar soluções sobre a utilização dos recursos naturais, consumo energético e de água, como, também, tem um importante papel na redução de desperdícios e da geração de resíduos.

Conforme define o Parlamento Europeu, a inteligência artificial é uma nova tecnologia capaz de reproduzir competências semelhantes às humanas, tais como o raciocínio, a aprendizagem, o planeamento e a criatividade, mediante uma máquina. Por exemplo: um computador recebe dados e informações de seu usuário, mediante o que ele digita, por sensores ou câmaras, processa-os e responde. Essa tecnologia pode se apresentar em um programa (software), ou em objetos como drones, robôs, carros, etc. (hardware) (Parlamento Europeu, 2020).

No estudo da PWC, proposto pela Microsoft, eles investigaram os impactos da IA em quatro setores econômicos: Agricultura, Energia, Transporte e Água. Uma das descobertas desse estudo é o grande potencial que têm as aplicações se direcionadas a seara ambiental, em especial na mitigação da emissão dos gases de efeito estufa, além dos benefícios econômicos (PWC UK, p. 8). Isso demonstra que, se bem utilizada, a IA pode ajudar nos processos de melhora do meio ambiente, sem comprometer o desenvolvimento econômico.

Para potencializar a utilização da IA para o meio ambiente, é necessário que já na sua concepção ela seja configurada para ser responsável e sustentável, e, a partir daí, possa-se incluir mais abordagens baseadas no impacto social e ambiental. Do mesmo modo, faz-se necessário o desenvolvimento de trabalho de conscientização de todos os envolvidos na sua criação e nos possíveis usuários (técnicos, científicos, indústria, governo, sociedade civil) e o fornecimento de treinamentos e qualificações para se adequar a essa nova realidade, em que todos os agentes interessados estejam envolvidos na solução dos possíveis desafios futuros (PWC UK, p. 11).

O uso dessas novas tecnologias ainda não está regulamentado no Brasil, há somente sua abordagem no tocante à lei marco de proteção de dados pessoais

(Lei n. ° 13.709, de 14 de agosto de 2018) e a Lei n. ° 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Já existem alguns projetos de lei que pretende regulamentar a utilização dessas novas tecnologias no país, a exemplo do Projeto de Lei 21/20, o qual estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências (Câmara dos Deputados, 2023), criando um marco legal do desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial (IA) pelo poder público, por empresas, entidades diversas e pessoas físicas (Agência Câmara de Notícias).

Ainda existem barreiras a serem superadas quanto ao uso da IA no meio ambiente, diante da possibilidade, até este momento, de erros que podem piorar os danos causados, por conta da falta de segurança cibernética ou na privacidade, ou no controle, ou, ainda, na possibilidade de algum erro ou uma IA “desonesta”, viciada (PWC UK, p. 15). Diante do exposto, ainda há muito caminho a ser percorrido no Brasil para a utilização dessas novas tecnologias em diversos âmbitos sociais e, em especial, em prol do meio ambiente, já que estão avançando cada vez mais a nível mundial e não se pode ficar atrás.

Uma das possibilidades de utilização da inteligência artificial em prol do meio ambiente é no auxílio da gestão dos resíduos, perante sua alta capacidade de prever a sua geração, classificá-los, além de outros benefícios a serem apresentados adiante.

4. A relação dessas novas tecnologias com os certificados de reciclagem

Assim como há possibilidade da utilização da IA e das chamadas *Machine Learning* (ML), ou máquinas de aprendizado, na promoção da sustentabilidade e da responsabilidade ambiental, o seu desenvolvimento na gestão de resíduos são importantes ferramentas na gestão dos resíduos diante de sua eficácia de prever e otimizar a geração de resíduos, ou seja, na quantificação da produção, detecção, coleta, classificação e propriedades (Ihsanullah, *et. al*, 2022, p. 3).

Dentre as possibilidades de utilização das chamadas inteligências artificiais, estão (Johri, *et. al*, 2022, p. 522):

- 1) Inteligência artificial responsável pela classificação de resíduos automatizada, um exemplo desse tipo de tecnologia está sendo usado por uma empresa Finlandesa, ZenRobotics.
- 2) Sistema RFID (*Radio Frequency Identification*), que permite a rastreabilidade e digitalização dos produtos e resíduos, mediante um sistema de comunicação sem fio por meio de sinais de rádio, que funciona através da implantação das etiquetas RFID, capazes de identificar, de forma inteligente, produtos e objetos. Um exemplo de aplicação é em uma cidade sul-coreana, chamada Songdo, que usa tags RFID para identificar o lixo.
- 3) Outra possibilidade é a utilização de sensores IoT (Internet das coisas) e programas de inteligência artificial em lixeiras, transformando-a em inteligentes e capazes de ordenar as informações por tipo de resíduo, o nível e a quantidade de cada tipo de resíduo e o sistema específico de disposição de resíduos, enviando-as para a central.

Além dessas inovações elencadas anteriormente, em Espanha, já se iniciou um sistema bem parecido para a coleta de resíduos têxteis, que são gerenciados por associações responsáveis pela recolha e gestão desses resíduos, no qual utilizam os chamados “contenedores inteligentes”, com sensores baseado em IA e IoT, que informam à central, a quantidade de resíduos que há, ou seja, avisando quando está cheio, facilitando, assim, todo o sistema de recolhida e diminuindo a quantidade de viagens da frota responsável pela recolha de resíduos (Fundación Formació i Treball, 2021).

Desse modo, mundialmente, a forma como se faz o gerenciamento de resíduos está mudando, antes utilizava o trabalho manual ou com utilização de máquinas mais mecânicas, que dependiam do esforço e inteligência humano, no entanto, há alguns anos se tem inserido recursos tecnológicos mais avançados como a Inteligência Artificial (IA) e Internet das Coisas (IoT), os quais utilizam uma

inteligência que muitas vezes pode chegar perto da humana e quando combinada com outras tecnologias, podem facilitar e tornar mais eficazes os métodos de gestão desses resíduos.

Assim como asseveram Tepedino e Silva (2019, p. 63-64), trata-se de um sistema complexo, pois usam modelos de *machine learning* (aprendizado de máquina), caracterizados pela aptidão da máquina a adquirir aprendizado a partir das suas próprias experiências, o qual ainda pode operar usando métodos baseados em redes neurais semelhantes ao funcionamento do cérebro humano, sendo o estado atual do avanço tecnológica, chamado de *deep learning* (aprendizado profundo) (Tepedino e Silva, 2019, p. 63-64). Apesar dessa evolução tecnológica trazer um avanço para todas as áreas da sociedade, ela ainda é uma inovação e não está isenta de erros e do surgimento de possíveis danos e responsabilidades, o que deve ser observada de forma mais concreta no sistema jurídico brasileiro. Uma vez que há a junção da IA, Machine Learning e IoT, consegue-se conectar objetos e dispositivos que, uma vez ligados e programados, podem trabalhar sozinhos, sem a necessidade de um ser humano que o controle.

Uma empresa em operação no Brasil para a recolha de material reciclado e garantindo que será direcionado a seu manejo desenvolveu uma tecnologia de Logística Reversa Inteligente que promete recuperar embalagens pós-consumo de forma eficiente, reintroduzindo-as ao ciclo de produção. A empresa garante com esse sistema, usando a IoT e inteligência artificial, garante a rastreabilidade do caminho percorrido pelo resíduo e que ele chegou ao seu destino correto, para ser reciclado.

Mais uma experiência de sucesso que utiliza a IA com a *Machine learning* é a EuReciclo, em São Paulo, que utiliza essas novas tecnologias para facilitar a verificação e análise dos dados gerados, necessários para a geração dos certificados de reciclagem originados das notas fiscais faturadas pela negociação dos materiais recicláveis. Além dessas tecnologias, usam o Blockchain,

responsável por impedir a duplicidade das notas e tornar o processo mais claro e rastreável possível (Eureciclo, 2021).

Outra empresa, pensando em unir forças perante duas preocupações no Brasil envolvendo o lixo, o reaproveitamento de resíduos e a valorização do trabalho dos catadores de lixo, a Pimp My Carroça desenvolveu o aplicativo para aproximar catadores de lixo dos locais mais necessitados desse serviço chamado Cataki, o qual mostra a rede de catadores cadastrados que está disponível em uma determinada área para que o cidadão faça a entrega do material (resíduo) que quer descartar e ser reciclado (Madeinweb, 2018).

Até o momento do fechamento dessa investigação, não foi encontrado nenhum estudo que comprove os resultados e números obtidos com a utilização das mencionadas iniciativas. Contudo, há algumas informações fornecidas por alguma dessas empresas, que afirmam a eficácia da utilização dessas novas tecnologias no sistema certificação de reciclagem, afirmando que melhoraram a credibilidade do sistema, diante da possibilidade de rastreamento e verificação de possíveis fraudes (IIMA, 2022).

5. Conclusão

Apesar da grande maioria dessas tecnologias não serem uma novidade na atualidade, elas são consideradas inovações diante da sua evolução tecnológicas nessa última década e, por isso, trazem diversas dúvidas e receios sobre seus benefícios e malefícios para a humanidade. Muito se tem falado sobre o assunto e tem sido objeto de diversos eventos jurídicos, como Congressos e Seminários, porém, no Brasil ainda não há uma legislação específica que trate sobre Inteligência Artificial, IoT, Blockchain, entre outras. Como já foi mencionado, atualmente, só há uma abordagem colateral na Lei Marco sobre Proteção de Dados e a lei que trouxe medidas para o Governo digital.

Essas novas tecnologias estão vindo para ficar e são utilizadas nas mais diversas áreas da sociedade e não poderia ser diferente na seara ambiental, diante de sua

capacidade de melhorar as capacidades humanas, ou seja, consegue ir mais além do que o ser humano pode alcançar, com mais eficiência.

Observou-se, durante a investigação, que a utilização dessas novas tecnologias no mercado de certificados de reciclagem tem se mostrado uma importante ferramenta para incentivar e monitorar a prática sustentável. Através da tecnologia é possível aprimorar a rastreabilidade dos materiais reciclados, garantindo que estes estejam realmente chegando ao seu destino correto, além de auxiliarem no cumprimento das obrigações das empresas no tocante às exigências sobre a gestão e reciclagem estabelecidas e possam receber certificados que comprovem sua atuação na preservação do meio ambiente.

Além disso, elas também permitem a criação de sistemas de monitoramento em tempo real, capazes de identificar possíveis fraudes e irregularidades no processo de reciclagem. Isso aumenta a confiabilidade dos certificados emitidos, tornando-os mais valorizados no mercado e incentivando ainda mais a prática sustentável.

Por fim, a utilização das novas tecnologias no mercado de certificados de reciclagem contribui para a conscientização ecológica da população, ao tornar mais acessíveis e transparentes as informações sobre a reciclagem dos materiais. Com isso, a tendência é que cada vez mais empresas e consumidores adotem práticas sustentáveis, o que é fundamental para a preservação do planeta.

6. Referências

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Projeto cria marco legal para uso de inteligência artificial no Brasil*. Disponível em: <[427](https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%2021,de%20governan%C3%A7a%20para%20a%20IA.> https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%2021,de%20governan%C3%A7a%20para%20a%20IA.>. Acesso em: 15/04/2023.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. *Decreto n. ° 11.044, de 13 de abril de 2022*, que institui o Certificado de Crédito de Reciclagem – Recicla+. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11044.htm>. Acesso em: 24 abril 2023. REVOGADO.

BRASIL. *Decreto n. ° 11.413, de 13 de fevereiro de 2023*, que institui o Certificado de Crédito de Reciclagem de Logística Reversa, o Certificado de Estruturação e Reciclagem de Embalagens em Geral e o Certificado de Crédito de Massa Futura, no âmbito dos sistemas de logística reversa de que trata o art. 33 da Lei n° 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11413.htm#art33>. Acesso em: 24 abril 2023.

BRASIL. *Lei n. ° 12.305, de agosto de 2010*, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 24 abril 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei - PL 21/2020*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>>. Acesso em: 15/04/2023.

EURECICLO. *Certificados de reciclagem: como funciona essa tecnologia + infográfico*. 23 set. 2021. Disponível em: <<https://blog.eureciclo.com.br/tecnologia-certificados-de-reciclagem/>>. Acesso em: 24/04/2023.

FUNDACIÓN FORMACIÓ I TREBALL. *Plan piloto de sensorización de contenedores de ropa para optimizar la gestión de residuo textil*. 30 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.formacioitreball.org/es/plan-piloto-de-sensorizacion-de-contenedores-de-ropa-para-optimizar-la-gestion-de-residuo-textil/>>. Acesso em: 18/04/2023.

GREEN MINING. *Logística reversa inteligente*. Disponível em: <<https://greenmining.com.br/>>. Acesso em: 26/04/2023.

IHSANULLAH, I.; ALAM, Gulzar; JAMAL, Arshad; SHAIK, Feroz. Recent advances in applications of artificial intelligence in solid waste management: A

review. In: *Chemosphere*, vol. 309, Part 1, December 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.chemosphere.2022.136631>>. Acesso: 15/04/2023.

INSTITUTO INFORMATION MANAGEMENT (IIMA). *Inteligência Artificial e outras tecnologias garantem validade e evitam fraudes em logística reversa de embalagens*. 29 mar. 2022. Disponível em: <<https://docmanagement.com.br/03/29/2022/inteligencia-artificial-e-outras-tecnologias-garantem-validade-e-evitam-fraudes-em-logistica-reversa-de-embalagens/>>. Acesso em: 24/04/2023.

JOHRI, Arpita; RAJ, Geetanjali; GARG, Vipul; VARSHNEY, Ayush; PANDEY, Diptanshu. "Intelligent Waste Management System – A Review". In: *Gradiva Review Journal*, vol. 8 ISSUE 8 2022. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1X-qY2IWWkMZZazhH4URnPPLYVVPkQKCYR/view>>. Acesso: 15/04/2023.

MADEINWEB. *Um aplicativo a favor da reciclagem? Conheça o Cataki*. 13 jun, 2018. Disponível em: <<https://madeinweb.com.br/aplicativo-a-favor-da-reciclagem-cataki/>>. Acesso em: 24/04/2023.

PARLAMENTO EUROPEU. *O que é a inteligência artificial e como funciona?*. Atualidade. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20200827STO85804/o-que-e-a-inteligencia-artificial-e-como-funciona>>. Acesso em: 10/04/2023.

PWC UK. *How AI can enable a Sustainable Future*. Disponível em: <<https://www.pwc.co.uk/sustainability-climate-change/assets/pdf/how-ai-can-enable-a-sustainable-future.pdf>>. Acesso em: 10/04/2023.

TEPEDINO, Gustavo; e SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 21, p. 61-86, Belo Horizonte, jul./set. 2019. Disponível em: 10.33242/rbdc.2019.03.004. Acesso em: 24 abril 2023.




Derecho Público Global
División de Investigación


UNIVERSIDADE
DA CORUÑA


UNISC
UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SAL


Universidade do Minho
