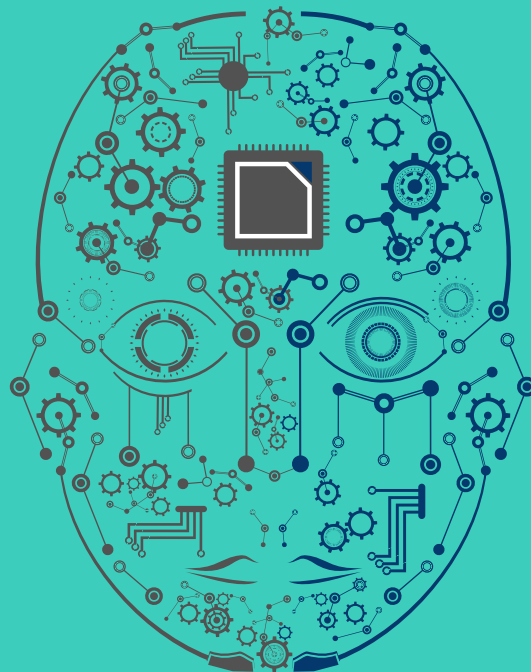


FÁBIO DA SILVA VEIGA | MARIUSZ ZALUCKI
COORDINATORS

LEGALTECH, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND

The Future of Legal Practice



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS



LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice

Fábio da Silva Veiga
Mariusz Załucki
(Coords.)

Porto | Kraków, 2022



O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no que se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação double-blind review do Comité Científico composto por doutores em conformidade com a especialização da matéria.

Citação:

VEIGA, Fábio da Silva; ZAŁUCKI, Mariusz (coords.). *LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*, Porto/Kraków: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos and AFM Kraków University, 2022, 566 p. ISBN: 978-989-53281-3-0

Ficha Técnica

© 2022 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice

Diretores: Fábio da Silva Veiga e Mariusz Załucki

Projeto Gráfico e Diagramação: Giovana Figueiredo Cruz e Talita Corrêa Gomes Cardim

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-53281-3-0

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e AFM Kraków University

Rua de Avilhô, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal. 4460-282.

Fevereiro, 2022

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal: 493417/21

Scientific Committee / Comité Científico

Prof. Pedro Avzaradel (Niterói, Brazil)

Prof. Francesca Benatti (Padua, Italy)

Prof. Wojciech Cyrul (Kraków, Poland)

Prof. Paulo de Brito (Porto, Portugal)

Prof. Ramona Dumitru Duminica (Pitesti, Romania)

Prof. Wilson Engelmann (São Leopoldo, Brazil)

Prof. David A. Frenkel (BeerSheva, Israel)

Prof. Pavel Koukal (Brno, Czech Republic)

Prof. Bert B. Lockwood (Cincinnati, United States of America)

Prof. Alvaro Alzina Lozano (Móstoles, Spain)

Prof. Catherine Maia (Porto, Portugal)

Prof. Adriano Marteleto Godinho (João Pessoa, Brazil)

Prof. David Montoya Medina (Alicante, Spain)

Prof. Andra Puran Dascalu (Pitesti, Romania)

Prof. Christian Rolfs (Cologne, Germany)

Prof. Maria do Rosário Anjos (Porto, Portugal)

Prof. Antonio Tirso Ester Sanchez (Las Palmas, Spain)

Prof. Zsolt Zódiego (Budapest, Hungary)

Prof. Antonio Sorela Castillo (Tuxtla Gutiérrez, Mexico)

Prof. Beata Stępień-Załucka (Rzeszów, Poland)

Prof. Doug Surtees (Saskatoon, Canada)

Prof. Dariusz Szostek (Opole, Poland)

Prof. Pedro Dias Venâncio (Braga, Portugal)

Prof. Prue Vines, (Sydney, Australia)

Prof. João Proença Xavier (Coimbra, Portugal)

APRESENTAÇÃO

Graças a um trabalho conjunto entre a Faculdade de Direito, Administração e Relações Internacionais da Universidade AFM - *Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University* – de Cracóvia (Polónia) e o IBEROJUR – Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – Porto (Portugal), foi possível reunir um grupo de investigadores altamente qualificados, que no mais puro espírito de diálogo científico interinstitucional e multidisciplinar, levantou as discussões mais atuais sobre a relação do Direito e a Tecnologia no Congresso Científico “LegalTech, Inteligência Artificial e o Futuro da Atividade Jurídica” (I JURISTECH). O Congresso foi realizado no formato on-line nos dias 10 e 11 de junho de 2021 na *AFM Krakow University*, Cracóvia, Polónia. As revisões dos trabalhos perduraram até o final do segundo semestre de 2021.

O livro que se apresenta tem por tema principal o relevante e atual questionamento sobre o uso recente das novas tecnologias nas atividades jurídicas. O tema em questão, embora cada vez mais discutido numa variedade de eventos e nas palestras dos participantes, raramente tem sido o assunto central dos congressos, sendo apenas objeto de painéis científicos. Em razão disso, os eventos têm minimizado a ampla discussão em torno da infinidade de problemáticas que surgem no âmbito das novas tecnologias.

O objetivo principal da obra é apresentar temas contemporâneos no domínio jurídico, e responder como essa realidade pode ser melhorada (ou não) com o uso da tecnologia. Há capítulos sobre o uso de inteligência artificial, aprendizagem das máquinas, Legaltech, digitalização no direito, entre outros temas altamente relevantes. Essa perspectiva deve ser particularmente refletida, considerando o atual contexto da tentativa de regulação jurídica por parte da UE. Sabe-se, no entanto, que tais assuntos perpassam o *soft law*, contudo, no atual estado em que nos encontramos, é válido empregar premissas que visem garantir maior segurança jurídica e proteção aos cidadãos.

Cracóvia / Porto, 2 de fevereiro de 2022

Fábio da Silva Veiga

Professor Doutor da Universidade de Lusófona do Porto
Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Mariusz Zalucki

Professor Doutor da *Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University*

Índice

JUDICIÁRIO 4.0 NO BRASIL: CENÁRIO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS.....	12
Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok	
RISCOS INERENTES À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A TOMADA DE DECISÃO EMPRESARIAL: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CONTRIBUINDO PARA A DECISÃO (IN)CONSCIENTE	22
Maique Barbosa de Souza	
O ATUAL ESTADO DE (IN)SEGURANÇA SOCIAL: ANÁLISE DAS (DES)PROTEÇÕES SOCIAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS	31
Sonilde Kugel Lazzarin	
Helena Kugel Lazzarin	
ASSEMBLEIAS DIGITAIS NAS COMPANHIAS BRASILEIRAS	42
Ricardo Lupion	
QUANTO TEMPO TEMOS? UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MENTE, CORPO E DIREITOS HUMANOS	53
Maique Barbosa de Souza	
Wilson Engelmann	
A DEMOCRACIA DIGITAL NO BRASIL	64
Weder Lacerda	
PRODUTIVIDADE NO TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS E A TRABALHABILIDADE COMO FENÔMENO SOCIAL	75
Denise Pires Fincato	
Andressa Munaro Alves	
DIREITOS HUMANOS E A INTELIGÊNCIA ORGANIZACIONAL: O EXEMPLO DA MERCEDES-BENZ E A FUNDAÇÃO LAUREUS SPORT FOR GOOD	84
Raphaella Viana Silva Asfora	
Mateus David Finco	
AS TECNOLOGIAS E O DIRETO À EDUCAÇÃO 4.0: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A QUESTÃO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E DO ESTADO DO PARANÁ	94
Ana Carolina Assumpção Stoffel	
DEMOCRACIA, DIREITOS E EXCLUSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O PODER DA (DES)INFORMAÇÃO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	105
Tatiana Tomie Onuma	
RECONHECIMENTO FACIAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O CASO CLAIRVIEW NO CANADÁ E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A EXEQUIBILIDADE DAS DECISÕES SOBRE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS	118
Diego Fontenele Lemos	

O FUNCIONAMENTO DO *MARKETING* DIGITAL E AS QUESTÕES SOBRE ELE EMERGENTES NO BRASIL..... 130

Tácio Lacerda Gama

Jacqueline Mayer da Costa Ude Braz

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E AS PESSOAS SURDAS NÃO ORALIZADAS 141

Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla

Marcos César Botelho

A INFLUÊNCIA DAS NOVAS TECNOLOGIAS SATELITAIS PARA O ALCANCE DA COMUNICAÇÃO E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO 152

Gabriela Soldano Garcez

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO CONTEXTO VIRTUAL: CELERIDADE NO ATENDIMENTO ÀS DEMANDAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA 163

Adriane Medianeira Toaldo

O DIREITO DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR DIANTE DOS BUSCADORES DE INTERNET 172

Renata Mota Maciel

Mateus Sant'ana

SMART JUSTICE E A RESOLUÇÃO DO CNJ N. 378, QUE CRIA O NÚCLEO DE JUSTIÇA DIGITAL 4.0..... 182

Newton De Lucca

Mateus Sant'ana

INOVAÇÃO E DESAFIOS DIANTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: REALIZAÇÃO DAS CONVENÇÕES PARTIDÁRIAS EM AMBIENTES VIRTUAIS 191

Horácio Monteschio

Valéria Juliana Tortato Monteschio

TRABALHO NA PLATAFORMA UBER: DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO À DECISÃO DA SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO (UBER V ASLAM) 201

Gilberto Stürmer

Bóris Chechi de Assis

CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (OU ALGORITMIZADO) DAS MÁQUINAS: PROJEÇÕES E EQUILÍBRIO 211

Adriane Medianeira Toaldo

Manoella Miranda Keller Bayer

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NA ERA DIGITAL: A VIABILIDADE DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O FENÔMENO DESJUDICIALIZAÇÃO..... 221

Saulo Capelari Junior

Renato Alexandre da Silva Freitas

A PROTEÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: BREVES APONTAMENTOS NA RELAÇÃO LABORAL	231
Marina Silveira Frank	
Mariany Trespach	
A PRÁTICA JURÍDICA BASEADA NO DESIGN THINKING E NAS METODOLOGIAS ÁGEIS	241
Vitória Tavares Della Valentina	
UMA ANÁLISE GEOPOLÍTICA SOBRE O MONITORAMENTO DO ECOSISTEMA AMAZÔNICO POR MEIO DE SATÉLITES	251
Camila Frade	
Maraluce Maria Custodio	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO	261
Leila Bijos	
Yhasmin Oliveira	
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O FUTURO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	271
Heloísa Alva Cortez Gonçalves	
Bruna Ferrarin Pasquini Passos	
ANÁLISE JURÍDICA SOBRE IMPACTOS DE NOVAS TECNOLOGIAS DIGITAIS EM PROCESSOS DE RECRUTAMENTO	282
Thaís de Oliveira Martins	
O CONTROLE SOCIETÁRIO, A TEORIA <i>BUSINESS JUDGEMENT RULE</i> E A INFLUÊNCIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	293
Fabrizio Bon Vecchio	
Débora Manke Vieira	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, REGULAÇÃO GLOBAL NORMATIVA E AS POLÍTICAS DOMÉSTICAS.....	302
Débora Manke Vieira	
Fabrizio Bon Vecchio	
RELAÇÕES CONSUMERISTAS NA CONTEMPORANEIDADE: PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS MEIOS DIGITAIS	311
Beatriz Santos Barros	
Renato Bernardi	
A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO DERIVADO DAS TRANSAÇÕES COM A MOEDA VIRTUAL “BITCOIN”.....	321
Liliana Pereira	
Juliana Ferreira	

MODELO DE NEGÓCIO PREDITIVO E OS REFLEXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	332
Fernando Hatada	
Thaís Cíntia Cárnio	
A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS APLICADA AS PROFISSÕES DE SAÚDE.....	344
Daniel Israel de Anchieta Ramos	
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO	354
Tiago do Carmo Martins	
A RAZÃO PÚBLICA E A DECISÃO ALGORÍTMICA.....	367
Stanlei Ernesto Prause Fontana	
A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E TELEVISITAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.	377
Janaina Reckziegel	
Marinely Aparecida Clemente	
BREVE PANORAMA SOBRE A IDENTIFICAÇÃO SOBRE A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA PARA FINS CRIMINAIS E A CRIAÇÃO DE BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS	389
Ana Paula Pasinatto	
PRIMORAC, DRAGAN; SCHANFIELD, MOSES. FORENSIC DNA APPLICATIONS: AN INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVE. NEW YORK: CRC PRESS TAYLOR E FRANCIS GROUP, 2014.....	399
Mayara Lopes da Costa	
NUDGE EM PREVIDÊNCIA COMPLETAR: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DEFINIDO AS HIPÓTESES DE OP-IN E APRIMORANDO O DESEMPENHO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS	410
Fábio Junqueira de Carvalho	
HEALTH TECHNOLOGY: O USO DE WEARABLES COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	422
Fabiano Fernando da Silva	
Jonathan Barros Vita	
MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA E O DIREITO À PRIVACIDADE DO TELETRABALHADOR	434
Mário Simões Barata	
PERSPECTIVAS PARA O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS.....	444
Rafaela Sánchez Vissooky	
Marco Félix Jobim	

TRANSPARÊNCIA NO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	452
Daniela Wendt Toniazzo	
Cláudio Teixeira Damilano	
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO BRASILEIRO: ESTUDO DE CASO DO INSTITUTO DA CAUSA MADURA.....	463
Rogerio de Oliveira Gonçalves	
Tainá Aguiar Junquilha	
O NOVO DESAFIO NO DIREITO PROBATÓRIO: DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	473
Adriana Sawaris Henriques	
A OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL DIANTE DA NOVA LEI DO PACOTE ANTICRIME E A NECESSIDADE DE REVISÃO CRIMINAL DIANTE DA NOVA LEI DO PACOTE ANTICRIME E A NECESSIDADE DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO BRASIL – PROIBIÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO	483
Rosemary Souto Maior de Almeida	
Müller Aureliano da Silva	
NORMAS ISO COMO INTERFACES REGULATÓRIAS PARA NANOTECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	492
Patricia Santos Martins	
Wilson Engelmann	
FORUM SHOPPING Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	502
Mariusz Fras	
REPRESENTATIVE FOR AN ABSENT PARTY AND AI – SELECTED COMMENTS. HOW TO STREAMLINE THE FUNCTIONING OF THE INSTITUTION?.....	514
Aleksandra Partyk	
DISTANCE COURT PROCEEDINGS AGAINST THE BACKGROUND OF POLISH CONSTITUTIONAL LAW	527
Beata Stępień-Załucka	
ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN INTELLECTUAL PROPERTY OFFICES.....	538
Iga Bałos	
NORMATIVE SYSTEM BASED ON TRUSTWORTHINESS	548
Julia Stanek	
SYSTEMS OF PREDICTING COURT DECISIONS IN COMPENSATION CASES - APPLICABILITY, ADVANTAGES, AND POSSIBLE RISKS	558
Urszula Stefańska	

JUDICIÁRIO 4.0 NO BRASIL: CENÁRIO, PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Judiciary 4.0 in Brazil: scenario, perspectives and challenges

LUCIENNE MICHELLE TREGUER CWIKLER SZAJNBOK¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Cenário atual do Poder Judiciário brasileiro; 3. Judiciário 4.0: perspectivas e desafios; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Resumo: Há tempos, o Poder Judiciário brasileiro se vê diante de uma sobrecarga de processos judiciais, com inegáveis reflexos, tanto na celeridade processual, quanto nos custos envolvidos para a entrega da prestação jurisdicional. De outra monta, tem se tornado fato corriqueiro a adoção de ferramentas de inteligência artificial em inúmeras áreas do conhecimento e campos de atuação, não restando o Poder Judiciário imune a tal realidade. Sendo assim, a título de problematização, busca o presente estudo oferecer uma reflexão sobre as possíveis alternativas para que o Poder Judiciário, a partir da inteligência artificial e de novas ferramentas tecnológicas, atue de forma mais eficiente e célere, contribuindo inclusive para a promoção do desenvolvimento sustentável, na forma preconizada pela Agenda 2030 da Organização da Nações Unidas (ONU). A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir que, visando a uma prestação jurisdicional mais eficiente, eficaz e que melhor atenda a sociedade, o Poder Judiciário brasileiro vem investindo em projetos e iniciativas de inteligência artificial e de inovação tecnológica, sendo certo que a pandemia de COVID-19 aprofundou e acelerou tal processo. Para o desenvolvimento da pesquisa, a opção foi pelo método hipotético-dedutivo, elaborado por Karl Popper. O estudo foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, com consulta à legislação, à doutrina e a periódicos, além de dados estatísticos.

Palavras-Chave: Judiciário 4.0; Inteligência Artificial; Acesso à Justiça.

Abstract: The Brazilian Judiciary has long been facing an overload of lawsuits, with undeniable consequences on procedural speed and on the costs incurred for the delivery of the judicial provision. On the other hand, the adoption of artificial intelligence tools in areas of knowledge and fields of action has become commonplace, and the Judiciary is not immune to this reality. Thus, a title of problematization, the present study seeks to offer a reflection on the possible alternatives so that the Judiciary, based on artificial intelligence and on new technological tools, acts more efficiently and quickly, even contributing to the promotion of sustainable development, in the form recommended by the 2030 Agenda of the United Nations (UN). From the research carried out, it was possible to conclude that, in order to provide a more efficient, effective and better judicial execution to the society, the Brazilian Judiciary has been investing in projects and initiatives of artificial intelligence and technological innovation, being certain that the COVID-19 pandemic has deepened and accelerated this process. For the development of the research, the option was for the hypothetical-deductive method, elaborated by Karl Popper. Finally, the study was developed

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Administração de Empresas e Direito, com especialização em Direito Empresarial. Advogada, Pesquisadora e Professora. E-mail: lucienne.szajnbok@gmail.com

through bibliographic research, with consultation of legislation, doctrine and journals, in addition to statistical data.

Keywords: Judiciary 4.0; Artificial Intelligence; Access to Justice.

1. Introdução

Não é de hoje que o Poder Judiciário brasileiro se vê assoberbado por uma expressiva carga de processos que lhe são submetidos.

Certo é que o órgão judicial há que exercer o seu *munus*, que corresponde à entrega da prestação jurisdicional às partes litigantes, não podendo se furtar da obrigação de oferecer o deslinde aos casos que lhe são postos à apreciação.

Todavia, hodiernamente, muito se tem discutido sobre as perspectivas e os desafios do Poder Judiciário frente, não só à sobrecarga processual, mas sobretudo quanto às possibilidades advindas da inteligência artificial e das inovações e soluções tecnológicas.

Assim, diante dessas breves considerações, o presente trabalho tem um duplo objetivo. Em primeiro lugar, apresentará o estágio atual do Poder Judiciário, tanto no tocante ao volume de processos em andamento, quanto no que respeita aos custos envolvidos para a entrega da prestação jurisdicional. Em segundo lugar, serão apresentados os desafios e as perspectivas com os quais o Poder Judiciário – ou Judiciário 4.0 – tem se deparado, consideradas as novas tecnologias.

No tocante à problematização, busca o presente estudo oferecer uma reflexão sobre as possíveis alternativas para que o Poder Judiciário, a partir da inteligência artificial e de novas ferramentas tecnológicas, atue de forma mais eficiente e célere, contribuindo inclusive para a promoção do desenvolvimento sustentável, na forma preconizada pela Agenda 2030 da Organização da Nações Unidas (ONU).

A discussão do tema proposto se justifica, haja vista a relevância do Poder Judiciário que, como órgão responsável pela entrega da prestação jurisdicional às partes litigantes, exerce um importante papel na sociedade. Se a entrega da prestação jurisdicional é, de alguma forma, afetada, quer pela morosidade, quer pelo alto custo envolvido, há impactos que acabam sendo suportados pela sociedade como um todo. Daí a importância de se discutir caminhos e alternativas para que a prestação do serviço judicial seja realizada de forma eficiente e eficaz.

Sob o ponto de vista metodológico, o presente trabalho será conduzido dentro dos parâmetros do método hipotético-dedutivo, elaborado por Karl Popper e, desta feita, buscar-se-á analisar hipóteses viáveis para a solução do problema proposto.

Para a finalidade proposta, o estudo será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, com consulta à legislação, à doutrina e a periódicos, além de dados estatísticos.

2. Cenário atual do Poder Judiciário brasileiro

Ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário é, sem dúvida, um dos importantes pilares de um Estado Democrático de Direito.

Aliás, sobre a relevância da separação de poderes, Montesquieu acentua que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”².

Nessa esteira, o Poder Judiciário é o órgão estatal responsável por exercer a função jurisdicional, cabendo-lhe, portanto, o poder de resolver conflitos de interesses mediante a aplicação das normas jurídicas, com observância do devido processo legal.³

Note-se que o próprio texto constitucional erige o direito de ação e acesso à justiça como direito e garantia fundamental, ao afirmar no artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Além disso, ao lado de direitos constitucionais tão caros ao direito processual, a exemplo do direito ao contraditório e à ampla defesa, à igualdade, dentre outros, insere-se o direito à duração razoável do processo. Com efeito, o artigo 5º, inciso LXXVIII, dispõe que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No entanto, constata-se atualmente que o direito de ação e o acesso à justiça acabam ameaçados pela ineficiência e demora na prestação jurisdicional, ao arrepio do que dispõe os artigos constitucionais retro mencionados, o que, indubitavelmente, ocasiona impactos à segurança jurídica e à sociedade.

Aos direitos constitucionalmente garantidos, soma-se o objetivo de desenvolvimento sustentável de número 16, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), que preconiza a promoção do acesso à justiça para todos, com instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.⁴

2 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170.

3 BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 439.

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável 16: paz, justiça e instituições eficazes*. Nova Iorque.

Diante do exposto, a questão que se coloca é se o Poder Judiciário nacional estaria exercendo a sua função de forma a atender plenamente os propósitos constitucionalmente estatuídos.

Pois bem. Para responder a essa questão é essencial que alguns dados e fatos sejam trazidos à colação.

Primeiramente, no que tange ao volume de processos em trâmite no Poder Judiciário, dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que, ao final do ano de 2019, havia nada menos que 77,1 milhões de processos judiciais em tramitação, sendo certo que, nesse mesmo ano, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com alguma ação judicial.⁵

Em se tratando do tempo de andamento processual, dados indicam que a duração dos processos, em 2019, se situava dentro de uma média geral de 5 anos e 2 meses, concentrando-se as maiores faixas de duração processual na fase de execução, tanto na Justiça Federal (7 anos e 8 meses), quanto na Justiça Estadual (6 anos e 9 meses).⁶

Outro ponto de destaque diz respeito ao custo financeiro do Poder Judiciário que, em 2019, somou R\$ 100,2 bilhões de reais, o que corresponde a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Dito de outra forma, o Poder Judiciário representou um custo de R\$ 479,16 por habitante.⁷

Diante dos dados apontados, o questionamento que fica é se as novas tecnologias, desenvolvidas na esteira do Big Data e da expansão da inteligência artificial, poderiam promover melhorias no cenário apresentado, tornando mais fácil o acesso ao Poder Judiciário e propiciando uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Por conseguinte, considerando o panorama do denominado Judiciário 4.0, serão abordadas, no próximo tópico, as iniciativas tecnológicas até o momento adotadas, bem como os desafios que acompanham essa nova realidade.

3. Judiciário 4.0: perspectivas e desafios

É fato que o Poder Judiciário brasileiro, na busca de uma gestão mais eficiente e eficaz das suas atividades, precipuamente no tocante à entrega da prestação jurisdicional em

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. p. 93, 99.

6 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. p. 259.

7 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. p. 74.

prazo considerado razoável, tem, ao longo tempo, absorvido as contribuições que têm sido postas à sua disposição pelas inovações tecnológicas.

Não por acaso, a Lei nº 11.419/06, ao dispor da informatização do processo judicial, passou a admitir o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos e na transmissão de peças processuais.

O que se observa é que, ao longo do tempo, têm se ampliado as iniciativas de inteligência artificial adotadas pelos tribunais nacionais. Sobre o tema, convém mencionar recente estudo divulgado pela Fundação Getúlio Vargas.

Segundo esse estudo, tanto os tribunais de segunda instância, quanto os tribunais superiores brasileiros⁸ têm avançado em projetos para a adoção de novas tecnologias. Nesse sentido, até agosto de 2020, o Poder Judiciário contava com um total de 63 projetos em andamento. Desse total, 29 projetos se encontravam em fase de desenvolvimento, 7 já eram projetos-piloto e 27 projetos já estavam na fase de produção.⁹

Em linhas gerais, ditos projetos de inteligência artificial visam as seguintes funcionalidades:

verificação das hipóteses de improcedência liminar do pedido nos moldes enumerados nos incisos do artigo 332 do Código de Processo Civil; sugestão de minuta; agrupamento por similaridade; realização do juízo de admissibilidade dos recursos; classificação dos processos por assunto; tratamento de demandas de massa; penhora *on-line*; extração de dados de acórdãos; reconhecimento facial; *chatbot*; cálculo de probabilidade de reversão de decisões; classificação de petições; indicação de prescrição; padronização de documentos; transcrição de audiências; distribuição automatizada; e classificação de sentenças.¹⁰

Acrescente-se ainda que, por intermédio de tais projetos, objetiva o Poder Judiciário atingir os seguintes objetivos: “otimização de atendimentos aos advogados e ao público; maior segurança; automação de atividades; melhor gestão dos recursos humanos para a atividade-fim do Judiciário; aumento da celeridade na tramitação processual”¹¹.

8 O estudo elaborado pela Fundação Getúlio Vargas abrangeu o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça.

9 FGV CONHECIMENTO. *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV Conhecimento, 2020. p. 66.

10 FGV CONHECIMENTO. *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV Conhecimento, 2020. p. 69.

11 FGV CONHECIMENTO. *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV Conhecimento, 2020. p. 69.

No mais, é possível apontar algumas iniciativas de inteligência artificial já implantadas e que têm se mostrado bem-sucedidas no âmbito do Poder Judiciário.

Um exemplo é o Projeto Victor, do STF, que, desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), se destina a executar as seguintes atividades: (i) conversão de imagens em textos no processo digital; (ii) separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão etc.) em todo o acervo do Tribunal; (iii) separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF; e (iv) identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência.¹²

Outro exemplo é a adoção da ferramenta Radar pelo Poder Judiciário de Minas Gerais. Dentre outras funcionalidades, tal ferramenta identifica e separa os recursos com pedidos idênticos. Em seguida, é elaborado um padrão de voto com base no que já foi decidido por Tribunais Superiores ou nos casos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Esse esboço de voto é então apresentado ao desembargador relator que, se quiser, pode fazer alterações ou correções. Ao final, a máquina identifica os recursos iguais e, em segundos, procede ao julgamento conjunto.¹³

Ademais, em consonância com a Lei nº 11.419/2006, recentemente o CNJ, por intermédio da Resolução nº 345/2020, autorizou a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital”.

Em apertada síntese, o Juízo 100% Digital faculta ao cidadão o acesso à Justiça, mediante meios tecnológicos e remotos, para a prática de todos os atos processuais, incluindo a realização de audiências e sessões de julgamento por videoconferência.¹⁴

Diante das considerações tecidas, forçoso concluir que as novas tecnologias têm enorme potencial de promover transformações no sistema judicial, ao menos sob dois aspectos. Em primeiro lugar, as novas tecnologias, ao substituírem tarefas rotineiras, trazem impactos positivos na administração e na gestão da justiça, propiciando maior celeridade processual. Em segundo lugar, as novas tecnologias contribuem para a democratização do acesso ao direito e à justiça, na medida em que a existência de bases de dados jurídicos

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*: Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. Brasília, 30 ago. 2018.

13 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Notícias*: TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Belo Horizonte, 8 nov. 2018.

14 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Juízo 100% digital*: tudo o que você precisa saber. Brasília: CNJ, 2020. p. 4.

permite uma maior circulação da informação judicial, essencial para o cidadão possa exercer seus direitos e deveres, tornando, assim, a justiça mais próxima e transparente.¹⁵

Outrossim, a despeito dos inegáveis efeitos positivos que as novas tecnologias imprimem aos diversos campos em que são aplicadas, incluindo nesse escopo o sistema judicial, não se pode deixar de mencionar eventuais desafios que podem surgir em decorrência desse cenário.

Nessa esteira, é possível trazer à reflexão alguns desses desafios.

Primeiramente, é imperioso que os sistemas adotados pelo Poder Judiciário brasileiro sejam uniformes e integrados entre si, de forma a propiciar a existência de uma base única de dados que, sem dúvida, facilitaria o acesso aos dados e às informações processuais, oferecendo, inclusive, condições para que os operadores do direito (magistrados, advogados etc.) possam coletar mais facilmente informações jurisprudenciais, por exemplo.

Outro desafio decorre da interação entre a denominada “open justice” ou justiça aberta¹⁶, amparada pelas Resoluções CNJ nº 331 e 332 e pela Recomendação CNJ nº 74, todas de 2020, com os ditames da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei nº 13.709/18.

Se, por um lado, a Constituição Federal, pelos artigos 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX, prestigia o princípio da publicidade dos atos processuais, de outra monta, há que se ter a devida cautela com a divulgação de dados ao arrepio da LGPD.

No mais, sem prejuízo à imprescindível necessidade de compatibilização entre a *open justice* e a LGPD, não se pode perder de vista que um acesso mais facilitado aos dados produzidos pelo Poder Judiciário possivelmente ensejaria um ambiente mais adequado à utilização da jurimetria, que consiste na aplicação de métodos quantitativos (estatísticos) ao direito, de grande utilidade aos operadores do direito.

Por último, não se pode esquecer os efeitos da pandemia de COVID-19, momento em que o trabalho presencial foi súbita e repentinamente substituído pelo teletrabalho em regime de *home office*.

Assim, as tarefas de competência do Poder Judiciário, antes conduzidas presencialmente, passaram a ser realizadas de forma remota, sendo interessante observar que,

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 82-109, jan./jun. 2005. p. 90.

16 Em linhas gerais, a “open justice” ou justiça aberta tem por finalidade permitir que os dados gerados no âmbito do Poder Judiciário sejam acessíveis, de forma a ensejar a transparência e a prestação de contas (*accountability*), tornando possível não apenas um diagnóstico quanto ao funcionamento do sistema judicial, mas permitindo também que os operadores do direito (magistrados, advogados etc.), com base nos dados disponibilizados, possam obter métricas.

a despeito dos inúmeros desafios impostos pela pandemia, a produtividade desse órgão aumentou.

Fato é que, com a adoção do teletrabalho pelo Poder Judiciário, “a produtividade remota do corpo funcional é sempre maior do que a do trabalho físico, inclusive, porque um dos requisitos para o servidor permanecer em teletrabalho é aumentar sua produtividade”¹⁷.

Adicionalmente, expressivo número de audiências e julgamentos foram realizados por plataformas virtuais. Segundo o CNJ, no período de 1º de abril a 4 de agosto de 2020, o Poder Judiciário realizou 366.278 videoconferências, a maioria voltada para realização de audiências e sessões de julgamentos.¹⁸

Entretanto, não se pode perder de vista que “por trás dos dados de aumento da produtividade de decisões judiciais pela virtualização dos serviços, despontam as desigualdades de acesso entre os usuários”¹⁹.

Tal assertiva decorre do fato de que expressiva parcela da população brasileira infelizmente ainda enfrenta sérias dificuldades quanto ao acesso à internet e a meios eletrônicos, o que, sem dúvida, é fator que restringe o devido acesso de parte da sociedade às melhorias advindas da aplicação da inteligência artificial na esfera do Poder Judiciário.

4. Considerações finais

Como visto, as inovações tecnológicas são fato inexorável nos dias de hoje, não sendo possível vislumbrar campo que não tenha sentido os impactos da inteligência artificial.

Adicionalmente, a pandemia de COVID-19 atuou como um catalisador desse processo, aprofundando e acelerando a adoção de ferramentas tecnológicas.

No que tange especificamente ao Poder Judiciário ou Judiciário 4.0, várias tem sido as iniciativas e projetos direcionados à implantação e à adoção da inteligência artificial. Exemplos não faltam, como ficou demonstrado.

Na verdade, o que se espera é que a inteligência artificial possa efetivamente contribuir para uma prestação jurisdicional mais eficiente e eficaz, inclusive no que se refere à celeridade processual, sem, contudo, relegar a segundo plano a cautela quanto a riscos que possam ocorrer pela utilização inadvertida ou ilegal de dados, em desrespeito à LGPD.

17 FARIAS, James Magno Araújo. O uso de meios eletrônicos pelo direito processual brasileiro durante a pandemia da covid-19. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IUR*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1., p. 96-103, 2020. p. 101.

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Notícias do CNJ*: com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. Brasília, 8 ago. 2020.

19 CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Fazendo justiça na pandemia. *Revista GV Executivo*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 34-36, jan./mar. 2021. p. 34.

Por fim, se ao absorver as inovações tecnológicas, o objetivo for contribuir para o desenvolvimento sustentável, na forma preconizada pela Agenda 2030, é premente que seja franqueado à sociedade o devido acesso a internet e a meios eletrônicos, sob pena de o Judiciário 4.0 aprofundar a desigualdade no acesso à justiça.

5. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juízo 100% digital*: tudo o que você precisa saber. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020*: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Notícias do CNJ*: com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. Brasília, 8 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*: Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. Brasília, 30 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>. Acesso em: 3 abr. 2021.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Fazendo justiça na pandemia. *Revista GV Executivo*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 34-36, jan./mar. 2021. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/83458/79220>. Acesso em: 3 abr. 2021.

FARIAS, James Magno Araújo. O uso de meios eletrônicos pelo direito processual brasileiro durante a pandemia da covid-19. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IUR*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1., p. 96-103, 2020. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/10/7>. Acesso em: 2 abr. 2021.

FGV CONHECIMENTO. *Inteligência artificial*: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro. Rio de Janeiro: FGV Conhecimento, 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 29 mar. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Notícias*: TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Belo Horizonte, 8 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.YGkEtuMPiW>. Acesso em: 3 abr.

2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de desenvolvimento sustentável 16*: paz, justiça e instituições Eficazes. Nova Iorque. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 28 mar. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 82-109, jan./jun. 2005. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/5505/3136>. Acesso em: 29 mar. 2021.

RISCOS INERENTES À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A TOMADA DE DECISÃO EMPRESARIAL: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CONTRIBUINDO PARA A DECISÃO (IN)CONSCIENTE

Risks inherent to artificial intelligence and business decision-making: artificial intelligence contributing to (un) conscious decision

MAIQUE BARBOSA DE SOUZA¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Riscos oriundos da evolução tecnológica; 3. Principais desvios geradores de riscos na tomada de decisão; 3.1 Riscos oriundos dos dados de amostragem; 3.2 Riscos relacionados aos vieses dos programadores; 4. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre os problemas advindos da evolução tecnológica para a atividade empresarial. Sabe-se que a adoção por empresas de sistemas de inteligência artificial apresenta-se como uma condição fundamental de adequação as novas exigências de competitividade dos mercados. O problema indagou acerca da possibilidade de sistemas de inteligência artificial incorporarem riscos extras à atividade empresarial. A investigação para responder ao problema voltou-se para a apresentação de dois dos principais desvios identificados em sistemas de inteligência artificial, quais sejam os relacionados aos dados utilizados para informar o sistema; e a possibilidade de os sistemas herdarem vieses cognitivos, heurísticas ou preconceitos dos programadores. Como achado da pesquisa, observou-se a necessidade de análise casuística dos sistemas, com observação diferida no tempo e com a devida observação das respostas ofertadas, com o intuito de viabilizar a possível adoção de instrumentos de mitigação do risco. O objetivo da pesquisa foi alcançado na medida em que demonstra a necessidade de alteração da visão pelos gestores empresariais sobre os modelos de inteligência artificial, sem que haja a atribuição de verdade absoluta para as respostas ofertadas, mudança esta que permitirá a adoção precaucional de instrumentos de mitigação dos riscos, inerentes à adoção de novas tecnologias.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Risco; Tomada de Decisão.

Abstract: The present work aims to present initial reflections on the problems arising from the technological evolution for the business activity. It is known that the adoption by companies of artificial intelligence systems presents itself as a fundamental condition of adaptation to the new demands of market competitiveness. The problem asked about the possibility of artificial intelligence systems incorporating extra risks to business activity. The investigation to answer the problem turned to the presentation of two of the main deviations identified in artificial intelligence systems, which are those related to the data used to inform the system; and the possibility for systems to inherit cognitive, heuristic or prejudice bias from programmers. As a finding of the research, there was a need for a case by case analysis of the systems, with observation deferred over time and with due observation of the responses offered, in order to enable the possible adoption of risk mitigation instruments.

¹ Mestrando em Direito da Empresa e Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle (2009), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio (2018) e Advogado. Email: maique27@hotmail.com

The objective of the research was reached to the extent that it demonstrates the necessity of alteration of the vision by the business managers on the models of artificial intelligence, without the attribution of absolute truth for the offered answers, a change that will allow the precautionary adoption of instruments of mitigation of risks inherent in the adoption of new technologies.

Keywords: Artificial intelligence; Risk; Decision-making

1. Introdução

A evolução tecnológica é uma necessidade constante, especialmente quando se observa a escassez de recursos materiais e o elevado grau de competitividade imposto pelo modelo econômico vigente. Nesse sentido, a adoção de sistemas de inteligência artificial por empresas como forma de melhorar sua atuação no mercado e permitir alçar competitividade é apresentado como uma nova obrigação. Por outro lado, a despeito de a inteligência artificial gozar de elevado grau de confiança em razão de seu resultado apresentado ter sido processado por um mecanismo aparentemente isento e sem qualquer interesse, ela pode incorporar equívocos na análise que atuam por desvirtuar a finalidade pretendida, elevando o risco daquele que a utiliza para a tomada de decisão. Nas palavras de Beck, “[...] a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida”², exigindo, assim, um olhar científico sobre este novo problema.

A noção de veracidade matemática³ que a inteligência artificial carrega consigo é afastada na medida em que se observa que “um algoritmo é tão bom quanto os dados com os quais trabalha”⁴, demonstrando assim, a necessidade de, a partir do problema apresentado, se observar de forma específica determinados fatores externos ao sistema que o influenciam na produção da resposta algorítmica. Assim, como objetivos específicos intenta-se analisar dois dos principais fatores de elevação do risco, quais sejam: os dados utilizados para informar o sistema; e a possibilidade de os sistemas herdarem vieses cognitivos, heurísticas ou preconceitos dos programadores, representando seus pensamentos para repetir resultados que não atendam aos interesses da empresa.

2 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 2010. p. 23

3 ALMOG, Uri. Practical Problems, Math and AI. Medium, 2020. Disponível em <<https://medium.com/@urialmog/practical-problems-math-and-ai-c934a95bde28>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

4 No original “[...] an algorithm is only as good as the data it works with”. Tradução nossa. BAROCAS, Solon. SELBST, Andrew D. Big Data’s Disparate Impact. California Law Review, 2016. p. 671. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899>. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

Quanto à metodologia de pesquisa, esta se dará por meio de uma pesquisa qualitativa de análise bibliográfica da literatura especializada.

2. Riscos oriundos da evolução tecnológica

A chamada modernidade tardia demonstra que no modelo de produção social da riqueza há, ao mesmo tempo, a produção e distribuição de riscos⁵. Dessa forma, o aumento da preocupação com novos riscos ganha importância, especialmente quando não existe consenso sobre os efeitos que podem produzir. A inteligência artificial se insere neste contexto, no qual sua utilização se torna cada vez mais presente e necessária para o acompanhamento e atendimento das novas demandas de funcionamento dos mercados, mas sobre a qual ainda não foi possível absorver todos os riscos gerados por quem as incorpora na atividade diária. Riscos relacionados a violações de dados, de resultados inesperados, ou mesmo de atuação discriminatória já puderam ser observados. Nas palavras de Areosa, “apesar de todos os benefícios que a tecnologia nos proporciona são também gerados, paralelamente, novos riscos graves e assustadores”⁶, pois o risco é observado na sua acepção de continuidade no tempo, onde a racionalidade humana busca exemplos passados para tentar prever eventos futuros, operando sempre em cenários de incerteza, onde os resultados não podem ser totalmente previstos.

Sendo assim, a adoção de sistemas de inteligência artificial produz uma dicotomia interna, pois ao mesmo tempo em que propicia efeito positivo na atividade empresarial, em razão de permitir o progresso, a redução de custos, o aumento da competitividade e o melhor posicionamento dentro dos mercados, também incorpora, na atividade empresarial, riscos não corretamente mensurados. É justamente a incapacidade da correta mensuração do risco que cria o aspecto de caixa preta da inteligência artificial, situação esta que impede à empresa de corretamente adotar medidas que possam mitigar corretamente os riscos. Dessa forma, a identificação adequada das informações utilizadas ou mesmo do processo efetuado dentro do sistema para a produção do resultado pode ser de difícil compreensão, devido à um certo grau de autonomia que a inteligência artificial adquire, especialmente quando baseada no modelo de redes neurais, ocasião em que nem mesmo os programadores são capazes de corretamente justificar o resultado exarado pelo sistema⁷.

5 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 2010. p. 23

6 AREOSA, João. A globalização dos riscos sociais e os acidentes tecnológicos. Pensamento Americano, Vol. 9 N° 17. Colômbia, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/20980>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

7 OLTEANU, *Alexandra*. How Can We Overcome the Challenge of Biased and Incomplete Data? *Knowledge@Wharton. University of Pennsylvania, 2019. Disponível em:* <<https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/big-data-ai-bias/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

Sob esta perspectiva, é possível inferir que devido à complexidade dos sistemas e suas interações com o meio ambiente em que se encontra inserido, o risco da sua adoção deve ser observado e mitigado dentro das possibilidades apresentadas. Assim, não se espera que as empresas sejam capazes de afastar todos os riscos de equívocos e acidentes oriundos dos sistemas, mas que sejam capazes de uma adequação do olhar para a inteligência artificial afastado de prévias atribuições de alto valor de confiabilidade. Cumpre lembrar que o ser humano tende a idealizar o mundo, com um afastamento da realidade, situação esta que opera por criar cenários ilusórios a partir de emoções, preferências e sentimentos, capazes de criar vulnerabilidades no processo decisório⁸.

3. Principais desvios geradores de riscos na tomada de decisão

3.1 Riscos oriundos dos dados de amostragem

Os dados de amostragem utilizados para o treinamento de um modelo de inteligência artificial que possua a capacidade de encontrar e resolver problemas e que atue com a intenção de prever a probabilidade de um comportamento futuro são fundamentais, pois deverá demonstrar, no caso concreto, a capacidade de diferenciar o cliente bom daquele considerado ruim para contratação. Vale dizer, os dados informados ao sistema cumprem a função de construir uma estrutura racional de tomada de decisão que tem como objetivo identificar diferenças para indivíduos que aparentemente são semelhantes, mas que em razão de determinadas qualidades distintivas, apresentam níveis de riscos diferentes. Sob esta perspectiva é possível observar que, “[...] como explicam os estudiosos da ciência da computação, dados de treinamento tendenciosos levam a modelos discriminatórios”⁹, revelando assim a importância da amostra que orienta o sistema de inteligência artificial.

Independentemente do modelo de sistema de inteligência artificial adotado¹⁰, um dos problemas relacionados à amostra se dá em razão de que ainda existem pessoas com elevado

8 KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

9 No original “As computer science scholars explain, biased training data leads to discriminatory models”. BAROCAS, Solon. SELBST, Andrew D. Big Data’s Disparate Impact. California Law Review, 2016. p. 680. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899>. Acesso em: 17 abr. 2021.

10 Podem ser utilizados diversos modelos de inteligência artificial para a definição do risco, sendo alguns deles “regressão linear múltipla, programação linear, algoritmos genéticos, árvore de decisão, análise discriminante, regressão logística, redes neurais e, mais recentemente, a análise envoltória de dados e a análise de sobrevivência”. Para aprofundamento ver: SELAU, Lisiane Priscila Roldão. BECKER, João Luiz. Modelagem para Gestão de Risco de Crédito utilizando Combinação de Técnicas Quantitativas (Ensemble Classifier). III Encontro de Administração da Informação. ANPAD / EnADI. Porto Alegre, 2011. p. 7. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnADI108.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

grau de exclusão digital¹¹, com bancos de dados incompletos e sem informações suficientes sobre seu histórico comportamental para que seja possível aplicar as ferramentas analíticas corretas e encontrar conexões capazes de fazer previsões precisas sobre o risco futuro apresentado. Dessa forma, ao adotar o sistema, a empresa deve observar que pode ocorrer o oferecimento de respostas pelo sistema com base em dados que não abarcam a realidade social, operando em inadequação do risco para a empresa que visa justamente maior segurança na tomada de decisão.

Da mesma forma, outro problema importante que pode ser oriundo da amostra de treinamento do sistema de inteligência artificial é a constituição de grupos representativos de risco, ou seja, devido à capacidade de potencializar padrões, pode ocorrer de o sistema colocar pessoas com atributos diferentes em um mesmo patamar de risco somente por possuírem uma ou mais características específicas em comum. Estas situações, chamadas de condições de equilíbrio “podem ser vistas como generalizações das noções de que ambos os grupos devem ter iguais falsos negativos e falsos positivos”¹². Com este procedimento, estar-se-ia misturando pessoas consideradas aptas para a negociação com aquelas consideradas inaptas na visão da empresa. Este problema, além de afastar a eficiência desejada na implantação do sistema com o aumento do risco na tomada de decisão, ainda induz a distorções de tal monta que pode levar a empresa a sofrer acusações de reprodução de preconceitos¹³ uma vez que o estabelecimento de grupos de risco não está diretamente relacionado a fatos concretos apresentados pela pessoa analisada, mas a generalizações informadas ao sistema de inteligência artificial. Em artigo publicado em 2013, Edith Ramirez, presidente da Federal Trade Commission – Protecting America’s Consumers chama a atenção para tal situação, referindo que:

[...] há outro risco que é um subproduto da análise de big data, a saber, que o big data será usado para fazer determinações sobre indivíduos, não com base em fatos concretos, mas em inferências ou correlações que podem ser injustificadas¹⁴.

11 LERMAN, Jonas. Big Data And Its Exclusions. Stanford Law Review Online. Vol. 66. Symposium Privacy and Big Data, 2013. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data-big-data-and-its-exclusions/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

12 No original “can be viewed as generalizations of the notions that both groups should have equal false negative and false positive rates”. Tradução nossa. KLEINBERG, Jon. MULLAINATHAN, Sendhil. RAGHAVAN, Manish. Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores. Cornell University, 2016. p. 3. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1609.05807>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

13 MIT. É assim que o preconceito da Inteligência Artificial (IA) realmente acontece – e por que é tão difícil de consertar. MIT Technology Review, 2020. Disponível em: <<https://mittechreview.com.br/e-assim-que-o-preconceito-da-inteligencia-artificial-ia-realmente-acontece-e-por-que-e-tao-dificil-de-consertar/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

14 No original “There is another risk that is a by-product of big data analytics, namely, that big data will be used to make determinations about individuals, not based on concrete facts, but on inferences or correlations that may be unwarranted.” Tradução nossa. RAMIREZ, Edith. The Privacy Challenges of Big Data: A View

Nesse sentido, ao adotar a inteligência artificial para a avaliação do risco na operação, a empresa busca uma forma de diferenciar pessoas de acordo com suas características, atribuindo a cada uma um nível de risco estimado. Dessa forma, os dados que compõem a amostra de aprendizagem do sistema de inteligência artificial, devem representar a individualidade de cada pessoa, afastando-se de generalizações e associações de informações por grupos.

3.2 Riscos relacionados aos vieses dos programadores

Atualmente, os sistemas de inteligência artificial foram posicionados como protagonistas no processo de tomada de decisão, atuando de forma direta ou como instrumento auxiliar, justamente a fim de evitar equívocos de análise comumente encontrados nas decisões humanas. Por outro lado, o que fica distante deste raciocínio é que os algoritmos que operam nos sistemas de inteligência artificial também são construídos por humanos, podendo carregar vieses, heurísticas e preconceitos dos programadores para dentro dos sistemas.

Sendo assim, outra situação que gera riscos à empresa na adoção de sistemas de inteligência artificial é a eventual projeção de preconceitos e preferências eminentemente humanas em detrimento da correta análise pretendida, que deve ser observada quando da apresentação dos resultados pelos sistemas de inteligência artificial. Estes equívocos na própria construção do sistema muitas vezes ocorrem em função da replicação do padrão social percebido pelos programadores, os quais se “[...] não forem cuidadosos, o processo poderá resultar em decisões desproporcionalmente adversas concentradas dentro de grupos desfavorecidos de formas que se parecem muito com discriminação”¹⁵.

Nesse sentido, Cathy O’neil em seu livro *Weapons of Math Destruction* afirma que os sistemas apresentarão respostas que irá repetir processos de escolha para os quais foram ensinados. Refere ela que:

Para criar um modelo, então, fazemos escolhas sobre o que é importante o suficiente para incluir, simplificando o mundo em uma versão de brinquedo que pode ser facilmente compreendida e a partir da qual podemos inferir fatos e ações importantes. Esperamos que ele execute apenas um trabalho e aceitamos que às

From the Lifeguard’s Chair. Technology Policy Institute Aspen Forum. Aspen, 2013. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/2013/08/privacy-challenges-big-data-view-lifeguard%E2%80%99s-chair>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

15 No original “[...]are not careful, the process can result in disproportionately adverse outcomes concentrated within historically disadvantaged groups in ways that look a lot like discrimination?”. Tradução nossa. BAROCAS, Solon. SELBST, Andrew D. Big Data’s Disparate Impact. *California Law Review*, 2016. p. 673. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899>. Acesso em: 17 abr. 2021.

vezes funcionará como uma máquina sem noção, com enormes pontos cegos. Às vezes, esses pontos cegos não importam. Quando pedimos direções ao Google Maps, ele modela o mundo como uma série de estradas, túneis e pontes. Ele ignora os edifícios, porque eles não são relevantes para a tarefa. Quando o software aviônico guia um avião, ele modela o vento, a velocidade do avião e a pista de pouso abaixo, mas não as ruas, túneis, edifícios e pessoas. Os pontos cegos de um modelo refletem os julgamentos e as prioridades de seus criadores. Embora as opções no Google Maps e no software aviônico pareçam certas, outras são muito mais problemáticas.¹⁶

Assim, considerando que este processo de preenchimento e lacuna sobre o que é relevante para a análise é uma escolha do programador, se não observado determinados cuidados, os sistemas de inteligência artificial quando do processo de análise interna poderão apresentar equívocos oriundo dos programadores, havendo reprodução de decisões discriminatórias, com nítido aumento do risco para a empresa no processo de tomada de decisão.

Ao observarmos a realidade de utilização destes sistemas, já é possível constatar alguns casos de enviesamento. Um deles é o relativo ao gênero, onde algumas pesquisas demonstram que determinadas atividades estão sendo definidas automaticamente como características inerentes a mulheres e homens, sem qualquer análise da realidade apresentada. Atividades comportamentais como ser dona de casa, estão sendo atribuídas a mulheres, e ser programador de computador a homens, demonstrando o agir do sistema em desconexão com a realidade¹⁷. Isto demonstra que o agir equivocado pode representar para a empresa que adotam a inteligência artificial riscos não esperados, oriundo de vieses na própria construção do sistema.

Sendo assim, vieses, heurísticas e preconceitos, por serem características eminentemente humanas acabam sendo inseridas nos sistemas de inteligência artificial, cabendo às empresas observar o comportamento e a evolução na atuação diária dos sistemas implantados. Algumas empresas grandes como a IBM¹⁸ já estão tomando medidas internas

16 No original “To create a model, then, we make choices about what’s important enough to include, simplifying the world into a toy version that can be easily understood and from which we can infer important facts and actions. We expect it to handle only one job and accept that it will occasionally act like a clueless machine, one with enormous blind spots. Sometimes these blind spots don’t matter. When we ask Google Maps for directions, it models the world as a series of roads, tunnels, and bridges. It ignores the buildings, because they aren’t relevant to the task. When avionics software guides an airplane, it models the wind, the speed of the plane, and the landing strip below, but not the streets, tunnels, buildings, and people.

A model’s blind spots reflect the judgments and priorities of its creators. While the choices in Google Maps and avionics software appear cut and dried, others are far more problematic.” Tradução nossa. O’NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Publishers, 2016. p. 27.

17 BOLUKBASI, Tolga. CHANG, Kai-Wei. ZOU, James. SALIGRAMA, Venkatesh. KALAI, Adam. Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings. Cornell University. New York, 2016. Disponível em: <[arXiv:1607.06520v1](https://arxiv.org/abs/1607.06520v1)>. Acesso em: 17 abr. 2021.

18 IBM. AI bias will explode. But only the unbiased AI will survive. Disponível em: <<https://www.research.ibm.com/5-in-5/ai-and-bias/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

para adequar seus sistemas e também para identificar em outros estes desvios, adotando medidas de mitigação a fim de alcançar a máxima capacidade de assertividade evitando riscos indesejados.

4. Considerações Finais

Os sistemas de inteligência artificial trazem consigo uma ambivalência ao permitir progresso e redução de custos ao mesmo tempo em que atuam por gerar incremento de risco na atividade empresarial, em especial quando utilizado no processo de tomada de decisão. Dentro desse contexto, se indagou acerca do problema de adoção de sistemas de inteligência artificial que podem incorporar riscos extras à atividade empresarial, sendo respondido positivamente à hipótese de que os sistemas incorporam riscos não corretamente avaliados que podem gerar efeitos adversos. Para responder à hipótese abordou-se dois dos principais riscos inerentes a sistemas de inteligência artificial, quais sejam, os relacionados aos dados utilizados para informar o sistema; e a possibilidade de os sistemas herdarem vieses cognitivos, heurísticas ou preconceitos dos programadores. Nesse sentido, a análise dos sistemas deve ser casuística, com observação prolongada no tempo e com a devida observação das respostas ofertadas pelo sistema, a fim de que seja possível a adoção de instrumentos de mitigação do risco.

O objetivo da pesquisa foi alcançado na medida em que demonstra a necessidade de alteração da visão sobre os modelos de inteligência artificial, sem a atribuição de verdade absoluta, a qual permitirá a adoção precaucional de instrumentos de mitigação dos riscos, inerentes à adoção de novas tecnologias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMOG, Uri. Practical Problems, Math and AI. Medium, 2020. Disponível em <<https://medium.com/@urialmog/practical-problems-math-and-ai-c934a95bde28>>. Acesso em: 17 de abr. 2021.

AREOSA, João. A globalização dos riscos sociais e os acidentes tecnológicos. Pensamiento Americano, Vol. 9 N° 17. Colômbia, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/20980>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BAROCAS, Solon. SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. California Law Review, 2016. p. 671. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899>. Acesso em: 17 de abr. 2021.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 2010. p. 23

BOLUKBASI, Tolga. CHANG, Kai-Wei. ZOU, James. SALIGRAMA, Venkatesh. KALAI, Adam. Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings. Cornell University. New York, 2016. Disponível em: <[arXiv:1607.06520v1](https://arxiv.org/abs/1607.06520v1)>. Acesso em: 17 abr. 2021.

IBM. AI bias will explode. But only the unbiased AI will survive. Disponível em: <<https://www.research.ibm.com/5-in-5/ai-and-bias/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLEINBERG, Jon. MULLAINATHAN, Sendhil. RAGHAVAN, Manish. Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores. Cornell University, 2016. p. 3. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1609.05807>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

LERMAN, Jonas. Big Data And Its Exclusions. Stanford Law Review Online. Vol. 66. Symposium Privacy and Big Data, 2013. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data-big-data-and-its-exclusions/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MIT. É assim que o preconceito da Inteligência Artificial (IA) realmente acontece – e por que é tão difícil de consertar. MIT Technology Review, 2020. Disponível em: <<https://mittechreview.com.br/e-assim-que-o-preconceito-da-inteligencia-artificial-ia-realmente-acontece-e-por-que-e-tao-dificil-de-consertar/>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

OLTEANU, *Alexandra*. How Can We Overcome the Challenge of Biased and Incomplete Data? **Knowledge@Wharton. University of Pennsylvania, 2019. Disponível em:** <<https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/big-data-ai-bias/>>. **Acesso em: 17 abr. de 2021.**

O'NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Publishers, 2016. p. 27.

RAMIREZ, Edith. The Privacy Challenges of Big Data: A View From the Lifeguard's Chair. Technology Policy Institute Aspen Forum. Aspen, 2013. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/2013/08/privacy-challenges-big-data-view-lifeguard%E2%80%99s-chair>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SELAU, Lisiane Priscila Roldão. BECKER, João Luiz. Modelagem para Gestão de Risco de Crédito utilizando Combinação de Técnicas Quantitativas (Ensemble Classifier). III Encontro de Administração da Informação. ANPAD / EnADI. Porto Alegre, 2011. p. 7. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnADI108.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

O ATUAL ESTADO DE (IN)SEGURANÇA SOCIAL: ANÁLISE DAS (DES)PROTEÇÕES SOCIAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

The Current State of (In)Social Security: analysis of social (de) protections in the context of the new coronavirus pandemic

SONILDE KUGEL LAZZARIN¹

HELENA KUGEL LAZZARIN²

Sumário: 1. Proteção Social; 2. A Proteção vinculada ao Trabalho Formal; 3. A Atual Conjuntura: os “inimprevisíveis” e “inapensáveis”; Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente estudo, inicialmente, faz uma análise acerca da expressão “proteção social” – ou sobre o que é ser protegido socialmente. Demonstra-se ser indispensável que os indivíduos tenham o mínimo de segurança quanto às incertezas do futuro. Em um segundo momento, evidencia-se que, no Brasil, a proteção social está restritamente vinculada ao trabalho formal – ou seja, é necessário que o trabalhador possua vínculo formal de emprego para que tenha garantias mínimas futuras (como a aposentadoria na velhice ou o auxílio no caso de enfermidade, por exemplo). No seu terceiro tópico, o artigo aborda os alarmantes dados relativos à precarização do trabalho (sobretudo o grande aumento do trabalho informal) e à desigualdade social no Brasil, os quais evidenciam a urgente necessidade de combatê-los. Por fim, o estudo conclui que é necessária uma refundação do modelo de Estado social, um novo pacto social. Este trabalho tem o objetivo de propiciar uma reflexão sobre a sociedade atual e sobre o futuro dos brasileiros – o qual não deve(ria) ser um estado de “imprevidência social” (um estado em que os indivíduos não usufruam de seguridade social). A pesquisa é de cunho bibliográfico e utiliza autores nacionais e internacionais, bem como leituras e pesquisa em livros, artigos de revistas e sites oficiais.

Palavras-chave: (Des)Proteção Social; Trabalho Informal; Desigualdade; Pandemia.

1Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo Human Rights Centre - Ius Gentium Conimbrigae - Coimbra, Portugal. Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora na área de Direitos Sociais na UFRGS. Acadêmica Titular da Cadeira nº 30 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Advogada no Escritório Lazzarin Advogados Associados S/S. E-mail: sonildelazzarin@gmail.com.

2Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora integrante do corpo docente do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS. Advogada no Escritório Lazzarin Advogados Associados S/S. E-mail: helenalazzarin@gmail.com.

Abstract: The present study initially analyzes the expression “social protection” - or what it means to be socially protected. It proves to be indispensable that individuals have the minimum of certainty about the uncertainties of the future. In a second step, it is evident that, in Brazil, social protection is strictly linked to formal work - that is, it is necessary that the worker has a formal employment relationship in order to have minimum future guarantees (such as retirement in old age or the assistance in the case of illness, for example). In its third topic, the article addresses the alarming data regarding the precariousness of work (especially the large increase in informal work) and social inequality in Brazil, which highlight the urgent need to combat them. Finally, the study concludes that it is necessary to refund the social state model, a new social pact. This work aims to provide a reflection on the current society and on the future of Brazilians - which should not be a state of "social insecurity" (a state in which individuals do not enjoy social security). The research is of a bibliographic nature and uses national and international authors, as well as readings and research in books, magazine articles and official websites.

Keywords: Social (Dis)Protection; Informal Work; Inequality; Pandemic.

1. Proteção Social

A *seguridade social* prevista na Constituição Federal de 1988 engloba três áreas, as quais estão interligadas: saúde pública, assistência social e previdência social.

No que diz respeito à saúde, estabelece a Constituição (artigo 196): “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. A Lei nº 8.080/90 – a chamada “Lei da Saúde” –, por sua vez, expressa que a saúde é um direito fundamental inerente aos seres humanos; e, no seu artigo 3º, estabelece: “*Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais*”.

O conceito de “saúde”, portanto, vai muito além da mera ausência de doenças físicas. Trata-se de um bem-estar físico, mental e social.³

Quanto à saúde mental, as rápidas mudanças sociais, como as enfrentadas em função da pandemia, condições de trabalho estressantes, discriminação de gênero, exclusão social, violência e violação aos direitos humanos são fatores que a colocam em risco.

3DEJOURS, Christophe. Por um Novo Conceito de Saúde. In: Revista Brasileira da Saúde Ocupacional, nº 54, vol. 14, abril-junho/1986. p. 8.

Por isso, considerando que saúde não se trata apenas da ausência de doenças físicas, e considerando a atual conjuntura – a sociedade do imediatismo, que vem adoecendo emocionalmente as pessoas –, é necessário discutir a *proteção aos riscos sociais* existentes na sociedade.

Riscos sociais são eventos que comprometem a capacidade das pessoas de assegurarem por si mesmas a sua independência social: são eventos como o adoecimento, a invalidez, o envelhecimento e a morte.

A insegurança social permanente resulta na vulnerabilidade; condena grande parte da população a viver sem qualquer rede de segurança, especialmente aqueles que só tem o trabalho para viver ou para sobreviver.⁴

Esta rede de segurança chama-se *seguridade social*, a qual se tornou um direito para a maior parte da população; e deu origem a várias instituições sanitárias e sociais que se encarregam da saúde, das incapacidades e das deficiências físicas e mentais das pessoas.

Ser *protegido socialmente*, desse modo, certamente não é viver na certeza de poder controlar todos os riscos da vida, mas viver cercado de sistemas mínimos de segurança.

2. A Proteção vinculada ao Trabalho Formal

Antes do surgimento do direito do trabalho, os trabalhadores exerciam suas funções em condições precárias – exploração exacerbada, miséria e morte ocasionavam o denominado fenômeno do *pauperismo*, que é a degradação geral social –, em uma relação puramente comercial para com os empregadores. O direito do trabalho, nas palavras de Mário de La Cueva,⁵ “*nasceu, juntamente com o direito agrário, como um grito de rebeldia do homem que sofria injustiça no campo, nas minas, nas fábricas e nas oficinas [...]. Broto da tragédia e da dor de um povo e foi criação natural, genuína e própria*” dos trabalhadores.

Nas sociedades industriais, o trabalho assalariado regia-se pelo direito comum aplicável a quaisquer outras relações entre sujeitos privados, ou seja, o direito civil. Na prática,

4LAZZARIN, Sonilde Kugel. A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020. p. 9.

5DE LA CUEVA, Mario. Panorama do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969. p. 45.

porém – e conforme assinala João Leal Amado⁶ –, o modelo jurídico liberal adotado teve consequências verdadeiramente dramáticas no que diz respeito ao plano social e humano. Conforme o autor, esse liberalismo “*fez da liberdade e da autonomia o monopólio dos privilegiados e fez da igualdade a lei do mais forte*”. Os trabalhadores estavam abandonados à lógica implacável do capitalismo triunfante, sem qualquer medida de proteção, o que resultou na miséria e adoecimento da classe operária (no *pauperismo*) e na consequente eclosão dos movimentos sociais.

O direito do trabalho nasceu, então, como um direito novo, criador de novos ideais e novos valores; foi expressão de uma nova ideia de justiça, diversa e frequentemente oposta àquela estabelecida nos alicerces do direito civil.⁷

Atribuiu-se à relação de trabalho garantias como salário mínimo, cobertura de acidentes e doenças e direito à aposentadoria – o que fez com que o trabalho fosse transformado em “emprego”. A sociedade passou a ser a “sociedade salarial”, cuja base de recursos e de garantias permitia ao trabalhador controlar o presente e ter meios de planejar o futuro.

Essa transformação permitiu o acesso em massa à chamada “propriedade social”, que seria o equivalente à propriedade privada, uma propriedade para a segurança colocada à disposição daqueles que estavam excluídos das proteções garantidas pela propriedade privada.⁸ São exemplos o auxílio-doença no caso de adoecimento e a aposentadoria na velhice. Em termos de segurança, equivaleria à renda assegurada pelo patrimônio de uma pessoa, evitando ficar jogada à própria sorte e até mesmo à morte.

Surgiram os benefícios, portanto, como direitos criados a partir do trabalho formal. É a propriedade do trabalhador construída não segundo a lógica do mercado, mas através da socialização do salário (uma parte do salário retorna em benefício do trabalhador, seria um salário indireto), que garante a segurança do trabalhador fora do trabalho. Em outras palavras, a “propriedade social” reabilitou a classe não proprietária condenada à insegurança

6AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho: noções básicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 13.

7DE LA CUEVA, Mario. Panorama do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969. p. 45.

8CASTEL, Robert. A Insegurança Social: o que é ser protegido? Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 33-37.

social permanente, concedendo-lhe o mínimo de recursos, de oportunidades e de direitos necessários para o enfrentamento dos riscos sociais.⁹

3. A Atual Conjuntura: os “inimpregáveis” e “inaposentáveis”

Na atual conjuntura social e econômica, ao contrário de uma ampliação das referidas proteções, ocorre a *despadronização do trabalho*, uma dinâmica profunda de *flexibilização*, de *descoletivização*, de *individualização* e, portanto, de *insegurização*. O atual sistema de proteção social continua ainda vinculado ao trabalho formal, porém a grande taxa de desemprego, o aumento do trabalho informal, as novas formas atípicas de trabalho, os subcontratos, o trabalho temporário ou intermitente e todas as demais formas precárias levam a *despadronização do trabalho* e à *responsabilização de cada indivíduo por si mesmo*.¹⁰

No lugar da “sociedade disciplinar”, surge a “sociedade do desempenho”, que é também a “sociedade da autoexploração”. O trabalhador é considerado um “empreendedor de si mesmo”; o trabalhador é livre e luta para trabalhar 24 horas por dia e 7 dias por semana.¹¹ Além disso, os novos meios de comunicação estão destruindo cada vez mais as relações entre as pessoas, pois o mundo digital é pobre em alteridade. Não há mais elos de ligação; as relações são superficiais e passageiras; a alegria se encontra nas redes sociais, em forma de aplausos que dão atenção ao ego exposto, como uma mercadoria.¹²

Para evitar perturbações e alcançar o máximo de desempenho, busca-se dar ao corpo uma vitalidade excessiva através de medicamentos. Esta maximização do desempenho transforma o corpo em uma máquina: *estamos sempre cansados*. E esse cansaço se traduz em uma violência, porque destrói a capacidade de interagir, de proximidade, de pertencimento, de ver e falar – o que aniquila a própria linguagem humana. Por isso, a “sociedade do cansaço” é do cansaço *solitário*. Isso contribui fortemente para o adoecimento emocional que

9CASTEL, Robert. A Insegurança Social: o que é ser protegido? Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 33-37.

10LAZZARIN, Sonilde Kugel. A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020. p. 14.

11HAN, Byung-Chul. A Sociedade do Cansaço. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015. p. 16-17.

12HAN, Byung-Chul. A Sociedade do Cansaço. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015. p. 53.

é, também, decorrente do trabalho.¹³ (De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a depressão é uma das principais causas de problemas de saúde e incapacidade em todo o mundo. E o suicídio é a segunda principal causa de morte de pessoas entre 15 e 29 anos.¹⁴)

Assim, temos essa nova condição humana, que é a *uberização* da vida. E essa é somente uma parte da verdade, pois há também todos aqueles que não têm condições de enfrentar esta redistribuição de cartas e se encontram inválidos dentro desta nova conjuntura econômica. Muitos se tornam *inimpregáveis*, em um universo social recomposto exclusivamente a partir de exigências da eficiência e da performance.¹⁵

Existem faixas da população que foram abandonadas à margem do caminho e são impotentes para controlar seu futuro em um mundo de tantas mudanças; são as chamadas categorias sacrificadas. São consideradas, conforme refere Zygmunt Bauman,¹⁶ o “refúgio humano”, pois em um mundo que avalia pessoas e coisas pelo seu valor, como mercadoria, são pessoas inúteis, são consideradas perigosas ou parasitas sociais.

São indesejáveis aqueles sem competência ou aptidão de consumo e de emprego. Trata-se de uma nova classe, como refere Guy Standing:¹⁷ o *precariado*. O sofrimento não os agrega em uma causa comum; são solitários, não vislumbram na sociedade qualquer grupo social que possa ajudá-los, não acreditam e não esperam ser ajudados. São excluídos da sociedade de humanos, sem qualquer consideração ética.

Os excluídos (os desempregados, desalentados, os jovens da periferia em busca de um improvável emprego, os trabalhadores com mais de 50 anos sem qualificação, os idosos sem aposentadorias) são coleções e não coletivos de indivíduos, porque não têm nada em comum – a não ser a mesma penúria. Não tem o mesmo passado, nem o mesmo presente,

13HAN, Byung-Chul. A Sociedade do Cansaço. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015. p. 101.

14ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Relatório Mundial da Saúde – Saúde Mental: nova concepção, nova esperança. Disponível em: <https://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

15LAZZARIN, Sonilde Kugel. A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020. p. 15.

16BAUMAN, Zygmunt. Vidas Desperdiçadas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 54.

17STANDING, Guy. O Precariado: a nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

nem o mesmo futuro. Suas trajetórias são totalmente diferentes. É como se vivessem fora do social.¹⁸

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *antes da pandemia do novo coronavírus*, os desempregados já representavam mais de 11%; e o número de desalentados (pessoas que desistiram de procurar emprego) era de 4,7 milhões. Mais impactante, da população ocupada, 40,7% estava no trabalho informal, representando um total de 38,3 milhões de trabalhadores sem qualquer vínculo formal e, portanto, sem qualquer proteção social. (Esses números apenas aumentaram com a pandemia do novo coronavírus.)¹⁹

Ainda, de acordo com dados do IBGE, cerca de 3 milhões de pessoas não existem oficialmente, pois não foram registradas quando nasceram. Não são cidadãos. Sem certidão de nascimento, não têm carteira de identidade e cadastro de pessoa física (CPF). Também não têm acesso a serviços públicos, como saúde e educação, e nem aos programas assistenciais. A pessoa será informal a vida inteira, será completamente desprotegida – o que, numa situação de pandemia, implica risco de vida.²⁰

Se são os direitos sociais, decorrentes do trabalho formal, que asseguram a proteção no presente e permitem controlar a incerteza do futuro, o desligamento desses sistemas coletivos lança os indivíduos novamente na insegurança social, pois a ruptura em relação a suas pertencas sociais deixa-os entregues à sua inutilidade.

No sistema brasileiro, um dos pilares de estruturação da seguridade social é sua organização com base na lógica do seguro social. Por isso, é um tipo de proteção limitada, que garante direitos apenas àqueles trabalhadores que estão inseridos no mercado formal de trabalho. Nesta lógica, só têm acesso aos direitos previdenciários (aposentadorias, pensões e auxílio-doença) os chamados “segurados” e seus dependentes, pois esses direitos são considerados como decorrentes do direito do trabalho. Ocorre que essa lógica valeria para

18LAZZARIN, Sonilde Kugel. A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020. p. 15.

19BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua). Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=30227&t=destaques>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

20BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua). Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=30227&t=destaques>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

países em situação de pleno ou quase pleno emprego, de modo que esse padrão de seguridade social só universaliza direitos se universalizar o direito ao trabalho, já que os benefícios são condicionados ao acesso a um trabalho estável que permita contribuir à seguridade social.²¹ (Mas, reconhecer o papel do trabalho e do emprego estável na estruturação da vida e na construção das identidades profissionais e sociais, não significa defender *qualquer* tipo de trabalho.)

Defender a seguridade social em sentido amplo requer reconhecer o espaço da assistência social, sem discriminá-la como um direito incompatível com o trabalho. Basta pensar no auxílio emergencial em tempos de pandemia para entender a importância da assistência social.

Em um contexto de grande desigualdade, pobreza estrutural e fortes relações informais de trabalho, este modelo, que fica entre o seguro e a assistência social limitada, deixa sem acesso aos direitos da seguridade social uma parcela enorme da população.

Ficam sem qualquer proteção as pessoas que poderiam trabalhar, mas que não tem trabalho – porque não se encaixam na previdência e nem na assistência. São os *inempregáveis* e *inapossentáveis*, pois sem trabalho não há contribuição e sem contribuições não há aposentadoria.²² Essa enorme parcela da população não possui nenhuma proteção social. Trata-se de um permanente “estado de mal-estar social”.

Esta situação de desigualdade não foi ocasionada pela pandemia, mas, neste momento, se torna ainda mais grave.

Por fim, é importante compreender que o impacto ocasionado pela precarização do trabalho prejudica desproporcionalmente aqueles que sofrem discriminações identitárias – a precarização das relações de trabalho, como um todo, atinge mais gravemente mulheres negras do que homens brancos, por exemplo. Assim, a precarização laboral atinge, sobretudo, os grupos mais vulneráveis presentes na sociedade.²³

21BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade Social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

22LAZZARIN, Sonilde Kugel. A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020. p. 21.

23LAZZARIN, Helena Kugel. A Reforma Trabalhista e o Princípio da Proteção: uma análise à luz do direito à igualdade e à não discriminação. Porto Alegre: HS Editora, 2021. p. 174.

Nesse sentido, pesquisas apontam que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres. Entre as principais causas, encontram-se: a falta de acesso a serviços de saúde nas regiões periféricas; as condições de vida da população mais pobre (moradias precárias, com maior aglomeração por metro quadrado, falta de estrutura e transporte adequado); a falta de acesso a saneamento básico, especialmente a falta de acesso à água; a falta de auxílio ou auxílio insuficiente do governo federal, o que ocasiona a fome; alimentação inadequada; falta de exercícios e lazer; entre outros.²⁴

Isso significa que fatores como o racismo, desigualdades sociais, acesso desigual a sistemas de saúde, moradia inadequada e impossibilidade de se isolar colocam a população mais vulnerável como a mais afetada pela pandemia.

E a total falta de proteção social ao coletivo de trabalhadores informais brasileiros e aos demais grupos que estão em situação de desigualdade pode levar a uma vulnerabilidade de massa, ou pode ocasionar um *neopauperismo*.²⁵

Considerações Finais

Tendo como base as considerações mencionadas acima, verifica-se que é necessário compreender que a desigualdade, o racismo e as demais formas de exclusão social são realmente um *grave problema enraizado na sociedade*, o qual deve urgentemente ser enfrentado, eficazmente, para que pessoas que se encontram à margem da sociedade (pessoas negras, pobres, trabalhadores informais, entre outros grupos vulneráveis) tenham acesso ao trabalho digno e a serviços de educação e saúde.

Especificamente no caso do Brasil, é preciso reconhecer, valorizar e fortalecer o Sistema Único de Saúde (SUS), cuja importância é autoevidenciada diante da grave crise sanitária ocasionada pela pandemia do novo coronavírus.

É essencial desassociar a proteção social ao vínculo formal de emprego. Faz-se urgente e necessária a proteção ao coletivo de trabalhadores informais brasileiros, na medida em que essa vulnerabilidade de massa pode desembocar em um *neopauperismo*.

24RIBEIRO, Karina Braga. et. al. Social Inequalities and COVID-19 Mortality in the City of São Paulo, Brazil. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ije/advance-article/doi/10.1093/ije/dyab022/6154379?login=true>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

25LAZZARIN, Sonilde Kugel. A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020. p. 84.

Assim, diante dos problemas sociais e da transformação pela qual o mundo está passando, o papel do Estado deve ser reinventado. A nova sociedade que se forma exige uma refundação do modelo de Estado social, um novo pacto social – no qual todos os indivíduos estejam protegidos socialmente, ou seja, *tenham um mínimo de garantias para que possam vislumbrar um futuro sem miséria*.

Referências Bibliográficas

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**: noções básicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade Social no Brasil**: conquistas e limites à sua efetivação. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=30227&t=destaques>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

CASTEL, Robert. **A Insegurança Social**: o que é ser protegido? Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

DE LA CUEVA, Mario. **Panorama do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969.

DEJOURS, Christophe. **Por um Novo Conceito de Saúde**. In: Revista Brasileira da Saúde Ocupacional, nº 54, vol. 14, abril-junho/1986.

HAN, Byung-Chul. **A Sociedade do Cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.

LAZZARIN, Helena Kugel. **A Reforma Trabalhista e o Princípio da Proteção**: uma análise à luz do direito à igualdade e à não discriminação. Porto Alegre: HS Editora, 2021.

LAZZARIN, Sonilde Kugel. **A (In)Seguridade Social em Tempos de Pandemia**: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil. Porto Alegre: HS Editora, 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial da Saúde – Saúde Mental**: nova concepção, nova esperança. Disponível em: <https://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

RIBEIRO, Karina Braga. et. al. **Social Inequalities and COVID-19 Mortality in the City of São Paulo, Brazil**. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ije/advance-article/doi/10.1093/ije/dyab022/6154379?login=true>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

STANDING, Guy. **O Precariado**: a nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

ASSEMBLEIAS DIGITAIS NAS COMPANHIAS BRASILEIRAS

Virtual General Meetings in Brazilian Companies

RICARDO LUPION¹

Sumário: Introdução: O que mudou?; 1. Regulação: Recomendações para a realização da assembleia geral digital e híbrida; 2. DESAFIOS E OPORTUNIDADES; 2.1. De quem é a decisão de realizar a assembleia digital?; 2.2 Assembleia de papel x assembleia real; 2.3. Possibilidade de oposição ao modo digital; 2.4. Estudo de caso; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS;

Resumo: O texto examina os desafios e oportunidades das novas modalidades de realização de assembleias gerais pelas sociedades anônimas, trazidas por recente alteração na Lei 6404/76, regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, permitindo a realização de assembleia digital (todos participam exclusivamente por videoconferência) ou híbrida (parte participam presencialmente e parte por videoconferência). Estas novas modalidades criam a oportunidade de aproximar os acionistas da vida societária das companhias, na medida que permitem a participação online nos debates e na votação nos assuntos de relevância e interesse da companhia. O texto comenta os procedimentos definidos na regulamentação da CVM a serem adotados pelas companhias e aborda alguns dos seus principais desafios, como por exemplo, a possibilidade de oposição ao modo digital por acionistas minoritários, como forma para mitigar eventual uso abusivo dessas novas modalidades de realização de assembleias e eventual prejuízo do exercício do direito de participação e de voto dos acionistas minoritários. Ao final, o texto conclui que a solução intermediária poderia ser a assembleia híbrida ou semipresencial, como modelo que – a um só tempo – vem ao encontro dos interesses dos acionistas em geral, especialmente dos minoritários e dos investidores pessoas físicas, permitindo que, com menor custo, possam participar dos debates e exercer, na assembleia, seu direito de participar e de votar, sem excluir o direito dos acionistas que queiram exercer presencialmente o seu sagrado direito de participar e votar no conclave.

Palavras chaves: Direito e Tecnologia; Sociedades Anônimas; Assembleia Geral de Acionistas; Assembleia Digital; Direito de Voto.

Abstract: The text examines the challenges and opportunities presented by new formats of general meetings held by public limited companies. These were brought about by a recent amendment to Law 6404/76, regulated by the Brazilian Securities and Exchange Commission - CVM, which allows the holding of a digital meeting (everyone participates

¹ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na PUCRS, Advogado. ricardo.lupion@pucrs.br

exclusively by videoconference) or a hybrid format (some participate in person and some by videoconference). These new formats create an opportunity to bring shareholders closer to the corporate life of companies, as it enables online participation in debates and voting on matters of relevance and interest to the company. The text makes comments on the procedures laid out in CVM the regulations to be adopted by and addresses some of the main challenges, such as the possibility of opposition to the digital format by minority shareholders, as a way to mitigate any possible abusive use of these new meeting formats and any loss of the minority shareholders' right to participate and vote. At the end, the text concludes that the intermediary solution could be the hybrid or semi-presential shareholder meeting, as a format that - at the same time - meets the interests of shareholders in general, especially minority shareholders and individual investors, allowing them, at a lower cost, to participate in the debates and perform their right to participate and vote at the meeting, without excluding the right of shareholders who want to exercise in person their sacred right to participate and vote in the conclave.

Key Words: Law and Technology. General Shareholders' Meeting. Digital Assembly. Publicly-held companies. Voting Rights.

INTRODUÇÃO: O que mudou?

No Brasil, as primeiras medidas de isolamento social pelo surgimento da pandemia do COVID-19, declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, foram decretadas pelas autoridades públicas no final do mês de março de 2020, em plena alta temporada para a realização das assembleias gerais ordinárias das sociedades anônimas²

Em 31 de março foi editada a Medida Provisória 931, hoje convertida na Lei 14.030, de 28 de julho de 2020. Referido diploma legal trata de diversas iniciativas para “minorar as consequências negativas da pandemia do Covid-19 para os empreendedores brasileiros”, mas a grande mudança em relação aos conclaves das companhias abertas foi a permissão para companhias realizarem assembleias digitais (todos os participantes por videoconferência) ou híbridas (parte dos participantes presencial e parte por videoconferência), com a

² As assembleias gerais ordinárias deliberam sobre temas de relevância e no interesse da companhia e dos seus acionistas, previstos no artigo 132 da Lei 6.404/76, tendo prazo máximo de realização nos quatro meses seguintes ao encerramento do exercício social e, portanto, na maioria dos casos, como o exercício social coincide com o calendário civil, esse prazo expiraria em 30 de abril de 2020. “Art. 132: Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembléia-geral para: I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos; III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso. IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).”. BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1916. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.**

possibilidade da efetiva participação do acionista à distância, remotamente, como se verificará no item que tratará da regulação.

O presente artigo examinará se o modo de realização de uma assembleia geral, seja digital (todos os participantes exclusivamente por videoconferência) ou híbrida (parte presencial e parte por videoconferência) poderia violar ou restringir o direito do acionista de participar e de votar nas assembleias gerais.

Finalmente, eventuais críticas ou restrições aos modos digitais ou híbridos de realização da assembleia geral que serão apresentadas, não representam entendimento contrário ao uso da tecnologia, tão necessário nos dias de hoje e já incorporado no cotidiano das companhias. Parafraseando o voto do Min. Barroso no julgamento da ADFP nº 49 (restrições ao aplicativo UBER), “a tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar aparar vento com as mãos”.³

1. REGULAÇÃO: Recomendações para realização da Assembleia Geral digital

A novidade do novo diploma legal (lei 14.030, de 2020) em relação às sociedades por ações de capital aberto, foi a possibilidade de realização de assembleias gerais inteiramente digitais, em decorrência da expressa previsão legal § 2-A, do artigo 124, da lei 6404/76.

Em decorrência dessa novidade, a CVM, editou a instrução normativa nº 622, de 17/04/2020. Com a nova regulação, as modalidades de realização de assembleias gerais passam a ser as seguintes:

- (a) Assembleia presencial: realizada exclusivamente com a presença, participação e votação dos acionistas, na sede na companhia ou, por motivo de força maior, em outro lugar, desde que seja no mesmo Município da sede e seja indicado com clareza nos anúncios.
- (b) Assembleia digital: realizada exclusivamente com participação e votação remota dos acionistas, via sistema eletrônico, sem a presença, participação e votação dos acionistas na sede na companhia, e

3 BRASIL. STF. ADF nº 49. Pleno. Relator Min. Luiz Fux. Unânime. J. em 8 de maio de 2019. Em seu voto, o Min. Barroso, apresentou um relato do impacto social das inovações na vida de um país: “Essa não é a única disputa que está ocorrendo entre novas tecnologias e mercados tradicionais: (i) o WhatsApp e as concessionárias de telefonia têm um contencioso próprio; (ii) o Netflix e as empresas de televisão a cabo; (iii) o Airbnb e as redes de hotéis; e, como retratado nesse recurso extraordinário, (iv) entre o serviço de transporte individual por aplicativo e os táxis.

(c) Assembleia híbrida: realizada com a presença, participação e votação dos acionistas na sede da companhia (ou fora da sede da companhia, em caráter excepcional e mediante justificativa apresentada no edital de convocação, inclusive em outro município) e, simultaneamente, com participação e votação remota dos acionistas, via sistema eletrônico.⁴

Essa Instrução CVM nº 622, de 17 de abril de 2020 adotou posição de neutralidade quanto ao sistema eletrônico a ser utilizado pelas companhias para a participação e votação a distância do acionista; apenas fixou as condições para o seu funcionamento.

Conforme a regulamentação, no edital de convocação de assembleia deve constar, obrigatoriamente, as regras e os procedimentos sobre como os acionistas podem participar e votar a distância na assembleia, incluindo informações necessárias e suficientes para acesso e utilização do sistema pelos acionistas.

Essas informações poderão ser divulgadas no edital de convocação de forma resumida com indicação dos endereços na rede mundial de computadores, onde a informação completa deve estar disponível a todos os acionistas.

A companhia também deve diligenciar para que o sistema eletrônico de participação e votação assegure: I - o registro de presença dos acionistas II - o registro dos votos III - a possibilidade de manifestação e de acesso simultâneo a documentos apresentados durante a assembleia que não tenham sido disponibilizados anteriormente; IV – a gravação integral da assembleia; e V – a possibilidade de comunicação entre acionistas.

2. DESAFIOS E OPORTUNIDADES

4 Para a CVM, em qualquer das modalidades de assembleia geral das companhias abertas – presencial, digital ou híbrida - há, também, a possibilidade de votação remota, pelo envio do boletim de voto a distância (BVD). O BVD representa um mecanismo de voto estático, padronizado e antecipado do acionista. Sobre o tema, ver o voto proferido no julgamento da CVM proferido no processo administrativo nº 19957.003630/2018-01, Diretor-Relator Gustavo Tavares Borba, j. em 11/09/2018. Aqui registra-se mais uma divergência da regulação. Enquanto a CVM considera o BVD apenas uma modalidade de votação e o seu envio não caracteriza a realização de assembleia digital ou híbridas, as quais, necessariamente deverão utilizar sistemas eletrônicos para permitir a participação remota dos acionistas, para o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), que regulou as assembleias das companhias de capital fechado, o BVD pode ser uma das modalidades de assembleia híbrida ou digital, conforme Instrução Normativa nº 81, de 10 de junho de 2020, Anexo V - Manual de Registro de Sociedade Anônima, Capítulo II-Procedimentos de registro, Seção VIII-Reuniões ou assembleias semipresenciais ou digitais, item 4-Da participação a distância, subitem 4.2-Do boletim de voto a distância. A regulação do DREI utiliza o vocábulo semipresencial para indicar a assembleia híbrida.

As primeiras experiências das companhias abertas com estas novas modalidades de assembleias gerais são comentadas por Gustavo Gonzalez, ex-Diretor da CVM.⁵ A partir de 1º/05/20, o texto informa que 78% das companhias integrantes do Ibovespa⁶ realizaram assembleias digitais. O autor menciona que a eventual “consolidação da nova dinâmica não pode depender, somente, de uma possível mudança de comportamentos na retomada da normalidade; dependerá, também, do posicionamento que vier a ser adotado pelos investidores, sobretudo os institucionais, e por outros atores relevantes”.

O quadro abaixo procurar demonstrar se na assembleia geral realizada pela Petrobras S/A em 09/07/20 (na modalidade digital), quando comparada com a anterior (30/09/19), se ocorreu (ou não) aumento da participação remota dos acionistas minoritários.⁷

	AGE 1 digital 09/07/2020	AGE 2 - presencial 30/09/2019
Total de votos	6.490.149.440	6.746.923.372
Controle (Gov + BNDESPar)	3.758.171.743	3.758.171.743
BVD	865.243.334	551.029.946
Presenciais	0	2.437.721.683
Participação e votação à distância	1.866.734.772	

5 GONZALES, Gustavo. **Assembleias digitais: impressões iniciais sobre a temporada de AGOS de 2020**. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/artigos/assembleias-digitais-impressoes-iniciais-sobre-a-temporada-de-agos-de-2020/> Acesso em 17 julho 2020.

6 “O Ibovespa é o índice que, basicamente, mede o desempenho das ações de empresas com grande volume de negociação na B3, a Bolsa de Valores oficial do Brasil, ambiente onde ocorre as transações do mercado acionário nacional. Em resumo, o índice é calculado por uma média de performance das ações mais negociadas nos últimos meses pela Bolsa. Disponível em https://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/indice-bovespa/?campaignid=2071412286&adgroupid=80742396641&adid=377608412760&gclid=CjwKCAjw4MP5BRBtEiwASfwALxmITPSruqM9flHTs4yv6pEqWPPVvqppiFEiVsXXbCIFNWWHwAlhBoCfsAQAvD_BwE Acesso em 17 julho 2020.

7 A Petrobrás S/A disponibiliza a totalização dos seus mapas finais de votação, permitindo uma rápida constatação das modalidades de votação em suas assembleias, por isso foi considerada neste estudo. Disponível em <https://www.investidorpetrobras.com.br/governanca-corporativa/assembleias-e-reunioes/> Acesso em 15 julho 2020

Comparando-se a AGE 1 com a AGE 2, verifica-se que os votos presenciais dos acionistas minoritários em 2019 (2.437.721.683 presenciais) foram em quantidade superior aos votos dos acionistas minoritários que participaram e votaram a distância em 2020, na nova modalidade digital (1.866.734.772 votos remotos).

Ainda nessa comparação, verifica-se aumento na votação pelo boletim de voto a distância (BVD), que já era disponível e possível antes da recente regulação da CVM. Na AGE 1 (2020) foram 865.243.334 e na AGE 2 (2019), 551.029.946.

Pelas informações acima, ao menos neste primeiro momento, não é possível afirmar que a nova modalidade digital tenha criado incentivos para aumentar a participação dos acionistas minoritários na assembleia geral de 09/07/2020, a primeira assembleia digital realizada pela companhia durante o período da pandemia do covid-19.

2.1. De quem é a decisão de realizar a assembleia digital?

Em regra, a convocação da assembleia geral é realizada pela administração da companhia (conselho de administração, se houver, ou diretoria), sendo certo, porém, que outras hipóteses de convocação também estão previstas no artigo 123 da Lei 6404/76.⁸

Sendo usual a convocação da assembleia pelos chamados órgãos da administração e, considerando que a maior parte das sociedades anônimas brasileiras de capital aberto possuem controle definido, na prática, a decisão sobre o modo de realização da assembleia será, em última análise, do grupo controlador, porque o órgão da administração, ao usar da sua competência para convocar a assembleia, também definirá o modo da sua realização (presencial, digital ou híbrida).

8 Art. 123. Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia-geral. Parágrafo único. A assembléia-geral pode também ser convocada: a) pelo conselho fiscal, nos casos previstos no número V, do artigo 163; b) por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 (sessenta) dias, a convocação nos casos previstos em lei ou no estatuto; c) por acionistas que representem cinco por cento, no mínimo, do capital social, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas; d) por acionistas que representem cinco por cento, no mínimo, do capital votante, ou cinco por cento, no mínimo, dos acionistas sem direito a voto, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação de assembléia para instalação do conselho fiscal. BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1916. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.**

Se esse direito de escolher o modo de realização da assembleia foi assegurado ao grupo controlador e à administração da companhia, a companhia deveria assegurar e garantir a participação do acionista nas modalidades digital e híbrida, como ocorre na modalidade presencial, considerando que a escolha da modalidade de realização da assembleia digital foi uma decisão da companhia.

Ademais, a lei societária ainda mantém a preferência para a realização da assembleia geral na sede na companhia.⁹ Qualquer outra modalidade não poderia representar limitação aos direitos dos acionistas.

2.2. Assembleia de papel x assembleia real

Talvez a principal função do modo digital de realização da assembleia, permitindo a participação remota dos acionistas, seja a de aproximar minoritários e investidores da vida societária da companhia. Sabe-se que, na prática, algumas assembleias se realizam apenas com a finalidade de cumprir as exigências legais. Poderiam até ser considerados eventos corporativos durante os quais segue-se a liturgia da lei societária, sem nenhuma oposição ou divergência dos acionistas presentes. Aqueles que advogam na área já tiveram oportunidade de participar deste tipo de evento societário, conhecido pelo jargão de “assembleia de papel”.¹⁰

Assim, as modalidades digital e híbrida de realização das assembleias vieram em boa hora, porque poderá permitir a aproximação dos minoritários e investidores do cotidiano das companhias, contribuindo para a mudança de postura de investidores não acostumados a frequentarem as assembleias das companhias, deixando as decisões nas mãos do acionista controlador, “ou, o que é pior, dos especuladores desocupados”.¹¹

9 Art. 124. § 2º A assembleia geral deverá ser realizada, preferencialmente, no edifício onde a companhia tiver sede ou, por motivo de força maior, em outro lugar, desde que seja no mesmo Município da sede e seja indicado com clareza nos anúncios. BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1916. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.**

10 COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254

11 LAMY FILHO, Alfredo. “Considerações sobre a elaboração da lei de s.a. e de sua necessária atualização” **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** | vol. 51 | p. 243 | Jan / 2011.

Já nas companhias abertas com minoritários e preferencialistas detentores de participações relevantes que possam lhes assegurar o exercício de determinados direitos (como por exemplo, adoção de voto múltiplo, eleição em separado, entre outros ou, ainda, quando a deliberação envolver matérias de relevância para a sociedade), nestas hipóteses, as assembleias são reais e a presença, participação e discussão dos assuntos assumem grande importância.¹²

Nestas hipóteses das chamadas “assembleias reais”, com efetiva discussão e deliberação dos assuntos, as modalidades digital e híbrida de realização da assembleia podem representar dificuldades para minoritários e preferencialistas, porque as discussões e deliberações ao vivo, com interação imediata e presencial entre os seus participantes ficarão totalmente prejudicadas e substituídas pela “presença” nas telinhas dos computadores e celulares, sem nenhuma possibilidade de interação, comprometendo o verdadeiro sentido do dito popular “a união faz a força”.

2.3. Possibilidade de oposição ao modo digital

Um aspecto que poderia ter sido objeto de regulamentação, seria a possibilidade de oposição, por minoritários ou preferencialistas, à realização da assembleia digital. Nessa perspectiva de que não caberia à CVM tutelar interesses de acionistas para decidir se e quando seria possível a realização de uma assembleia pelo modo digital, pelo menos a regulação poderia ter estabelecido a possibilidade de oposição, em mecanismo que seria simples e poderia funcionar da seguinte forma.

Convocada a assembleia para realização pelo modo digital, se minoritários ou preferencialistas entendessem que esse modo em nada prejudicaria a sua realização – seja em relação a determinados direitos a serem exercidos, seja em relação à relevância do tema a ser deliberado – a assembleia seria realizada, já que os principais interessados (minoritários e preferencialistas) estariam de acordo.

Agora, convocada a assembleia para realização pelo modo digital, minoritários ou preferencialistas poderiam manifestar sua oposição ou transformação para o modo híbrido,

12 Nesse caso, a sessão do órgão é o local da disputa do próprio controle da companhia; nela, os blocos de acionistas se organizam, medem forças e lutam pela supremacia na condução dos negócios sociais. A celebração do ritual da lei é, então, indispensável à garantia dos direitos dos acionistas”. COELHO, Fabio Ulhoa. *Ibidem*

permitindo a interação presencial nos debates e deliberações. Mas afinal, como seria essa oposição? Quem e como? Apenas a título de sugestão, poderiam ser utilizados os percentuais fixados na recente instrução CVM nº 627, de 22/06/2020 que estabeleceu uma escala, em função do capital social, da participação acionária mínima necessária ao exercício de determinados direitos previstos na referida instrução. Esses percentuais variam de 5% de participação acionária para companhias com capital social de até R\$ 100 mil e de 1% para companhias com capital acima de R\$ 10 milhões.¹³

Se acionistas detentores de determinada participação acionária podem convocar uma assembleia geral, poderiam opor-se ao modo da sua realização escolhido pela administração da companhia.

Do mesmo modo, esses acionistas poderiam solicitar a participação do *case manager*, profissional independente que ficaria responsável pela verificação do cumprimento das providências preliminares e acompanhamento da assembleia com participação remota, do início ao fim, garantindo o bom andamento dos trabalhos.¹⁴ Ficam as sugestões.

2.4 Estudo de caso

Mas como esses desafios e oportunidades estão sendo enfrentados na prática?

O manual para participação do acionista divulgado pela Petrobrás para a AGE, modalidade digital, de 22/07/2020¹⁵, contém os seguintes aspectos controversos:

13 Conforme art. 1º: Esta Instrução fixa escala reduzindo, em função do capital social, os percentuais mínimos de participação acionária necessários a: I – exibição por inteiro de livros da companhia prevista no art. 105 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; II – convocação de assembleia geral na hipótese de que trata a alínea “c” do parágrafo único do art. 123 da Lei nº 6.404, de 1976; III – pedido de informações a administrador de que trata o § 1º do art. 157 da Lei nº 6.404, de 1976; IV – propositura da ação derivada contra os administradores prevista no § 4º do art. 159 da Lei nº 6.404, de 1976; V – requisição de informações ao conselho fiscal sobre matérias de sua competência, nos termos do § 6º do art. 163 da Lei nº 6.404, de 1976; e VI – propositura de ação de responsabilidade contra sociedade controladora sem a prestação de caução, nos termos da alínea “a” do § 1º do art. 246 da Lei nº 6.404, de 1976.

14 Não é nova a proposta da nomeação, pela companhia, de um agente para representar a comunhão de investidores, porque essa situação está prevista na Lei 6404/76, ao exigir, na emissão de debêntures de companhias de capital aberto, a existência do agente fiduciário para representar a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora.

15 https://mz-prod-cvm.s3.amazonaws.com/9512/IPE/2020/ed898736-65e8-41e0-8756-2a95706bfc72/20200608235220202485_9512_767335.pdf

O acionista, após solicitar a sua participação na assembleia, se não receber o convite individual para acesso virtual com até 24 horas da realização do conclave, deverá entrar em contato com a companhia para reenvio de instruções, transferindo para o mesmo as dificuldades e os riscos de participação na assembleia.

Outro ponto de duvidosa legalidade é o controle do direito de voz dos acionistas, que será exercido durante a assembleia digital.¹⁶ Só fala quem e quando autorizado pelo presidente do conclave e durante o tempo fixado, após o áudio será desligado. A lei prevê e autoriza o controle do direito de voz do acionista? Claro que abusos ocorrem e devem ser coibidos, na medida em que ocorrerem e quando comprovadamente prejudiciais ao bom andamento dos trabalhos, mas isto só pode ser aferido e verificado no momento da realização da assembleia e não previamente, como constou no manual de participação.

Esse manual também exige prévia autorização dos acionistas presentes na assembleia para que a companhia, por exemplo, “utilize quaisquer informações constantes da gravação da assembleia para defesa da Companhia, seus administradores e terceiros contratados, em qualquer esfera judicial, arbitral, regulatória ou administrativa”. O direito de participação do acionista na assembleia não poderia ser condicionado à essa prévia autorização.

Conclusão

Os meios tecnológicos empregados nas assembleias digitais devem atender à realidade de cada companhia, considerando a quantidade de seus acionistas, custos envolvidos, etc, mas a utilização do meio exclusivamente digital para realização de assembleia pode criar embaraços para o ingresso do acionistas, para o seu exercício do direito de voto, interação com outros acionistas. Ainda, como forma de mitigar eventual exercício abusivo do direito de realizar assembleias exclusivamente digitais, poderia ser , aos acionistas, o direito de oposição, conforme visto anteriormente.

Embora saudável, não se pode desconsiderar os riscos e os problemas inerentes à participação a distancia (perda de Wi-fi ou energia, dificuldades tecnológicas, falta de desenvoltura das gerações mais antigas nessa seara, dinâmica de participação diversa, etc.), o

16 Consta do Manual: “após a exposição sobre cada matéria constante da Ordem do Dia da Assembleia, o acionista presente poderá se manifestar através do “Webex”, de forma que, na ordem em que os pedidos forem recebidos pela mesa, seja dada a palavra a tal acionista credenciado, através da abertura do áudio. Com o objetivo de manter o bom andamento da Assembleia, poderá ser estabelecido um tempo máximo para a manifestação de cada acionista presente”.

que impõe ponderação e cautela na adoção de mecanismos totalmente virtuais, sem empolgação exagerada com a atual fase da utilização massiva dos novos meios de comunicação. Como diz o ditado: “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”.¹⁷

Então, a solução intermediária poderia ser a assembleia híbrida ou semipresencial, como modelo que – a um só tempo - vem ao encontro dos interesses dos acionistas em geral, especialmente dos minoritários e dos investidores pessoas físicas,¹⁸ permitindo que, com menor custo, possam participar dos debates e exercer, na assembleia, seu direito de participar e de votar, sem excluir o direito dos acionistas que queiram exercer presencialmente o seu sagrado direito de participar e votar no conclave.

Referências Bibliográficas:

BORBA, Gustavo Tavares. **Assembleias virtuais e híbridas**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325751/assembleias-virtuais-e-hibridas>. Acesso em 19 abr 2020

BRASIL. STF. ADF nº 49. Pleno. Relator Min. Luiz Fux. Unânime. J. em 8 de maio de 2019.

BRASIL. CVM. Processo administrativo nº 19957.003630/2018-01, Diretor-Relator Gustavo Tavares Borba, j. em 11/09/2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das Companhias, ou, Sociedades Anônimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

GONZALES, Gustavo. **Assembleias digitais: impressões iniciais sobre a temporada de AGOS de 2020**. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/artigos/assembleias-digitais-impressoes-iniciais-sobre-a-temporada-de-agos-de-2020/> Acesso em 17 julho 2020.

SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luís Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. **Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência**. Porto Alegre, RS. Buquí, 2020

17 BORBA, Gustavo Tavares. **Assembleias virtuais e híbridas**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/325751/assembleias-virtuais-e-hibridas>. Acesso em 19 abr 2020

18 **Bolsa atinge a marca de 2,6 milhões de investidores pessoas físicas em junho**. Foi em julho de 2019 que a B3 alcançou o primeiro milhão de investidores. Esse número, que demorou anos e anos para ser atingido, só precisou de alguns meses para dobrar e chegar aos dois milhões de CPFs, em abril deste ano. Agora, mais um grande salto, 2.648.975 investidores. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/02/bolsa-atinge-a-marca-de-2-6-milhoes-de-investidores-pessoas-fisicas-em-junho> Acesso em 02 jul 2020

QUANTO TEMPO TEMOS? UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MENTE, CORPO E DIREITOS HUMANOS

How much time do we have? An analysis of the reflexes of artificial intelligence in the mind, body and human rights

MAIQUE BARBOSA DE SOUZA¹

WILSON ENGELMANN²

Sumário: 1. Introdução; 2. Cenário atual da inteligência artificial; 3. Riscos para os humanos com a inteligência artificial; 3.1. Redução de Postos de Trabalho; 3.2. Reconhecimento facial; 3.3. Erros comuns dos sistemas; 4. Discussões éticas para preservar direitos humanos; 5. Considerações finais.

Resumo: Este artigo analisa alguns dos modelos de inteligência artificial atuais e como estes estão ganhando espaços ocupados historicamente por humanos. Constatado que existem riscos a direitos humanos, o problema de pesquisa busca responder em que medida pode ocorrer violações dos direitos humanos nos campos onde os sistemas que imitam a inteligência humana estão abrindo caminho para si. Ao se verificar o cenário atual da inteligência artificial se estabelecerá a origem e a conceituação do termo, bem como sua abrangência na sociedade. É observado ao longo do texto sua influência na formatação do mercado de trabalho e como este fenômeno impacta o modelo social. Também é abordado a utilização da inteligência artificial para o reconhecimento facial e como isto pode gerar violações a direitos humanos. Ainda, são expostos alguns dos principais erros cometidos pelos algoritmos e seus impactos sobre a privacidade, a dignidade e própria a vida humana. Através do método fenomenológico hermenêutico, analisa-se os principais riscos que a adoção massiva da inteligência artificial apresenta. Por fim, aborda-se questionamentos éticos que merecem ser discutidos e a necessidade de uma abordagem global para o estabelecimento de regulamentações que imponham limites e modelos a serem seguidos no desenvolvimento destes mecanismos, sob pena de violação de direitos humanos.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Direitos Humanos; Impactos sociais; Limites éticos.

Abstract: This article analyzes some of the current artificial intelligence models and how they are gaining space historically occupied by humans. Having found that there are risks to human rights, the research problem seeks to answer the extent to which human rights violations can occur in fields where systems that imitate human intelligence are opening the way for themselves. When verifying the current scenario of artificial intelligence, the origin

1 Mestrando em Direito da Empresa e Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle (2009). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio (2018). Advogado. Email: maique27@hotmail.com

2 Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; e-mail: wengelmann@unisinos.br

and conception of the term is established, as well as its scope in society. It is observed throughout the text its influence on the format of the labor market and how this phenomenon impacts the social model. Also addressed is the use of artificial intelligence for facial recognition and how it can lead to violations of human rights. Still, some of the main mistakes made by the algorithms and their actions on privacy, dignity and human life are exposed. Through the hermeneutic phenomenological method, the main risks that the massive adoption of artificial intelligence presents are analyzed. Finally, it addresses ethical questions that deserve to be discussed and the need for a global approach for the establishment of regulations that impose limits and models to be followed in the development of these mechanisms, under penalty of human rights violations.

Key-words: Artificial Intelligence; Human Rights; Social impacts; Ethical limits.

1. INTRODUÇÃO

A Inteligência artificial traz uma promessa de evolução social sem precedentes. A possibilidade de acesso à informação, encurtamento de distâncias, além do salvamento de vidas são algumas destas expectativas. No entanto, ela também esconde riscos para a humanidade, especialmente no que tange a valores e direitos humanos historicamente reconhecidos. Com base na constatação da existência de riscos a direitos humanos é que se pretende responder em que medida pode ocorrer violações dos direitos humanos nos campos onde os sistemas que imitam a inteligência humana estão abrindo caminho para si. Estes riscos aos direitos humanos serão apresentados e analisados com o intuito de identificar a influência dos sistemas de inteligência artificial na vida humana e como isto pode afetar direitos humanos. Ainda, buscar-se-á conceituar inteligência artificial, entender sua origem e o que a faz tomar tamanha importância no cotidiano. Também, será analisado sua influência em setores importantes do cotidiano como o mundo do trabalho ou segurança pública e privada. Questionar-se-á sobre uma possível superação da IA em relação aos humanos e as implicações éticas que decorrem de tamanha expansão. A metodologia utilizada será a fenomenológica hermenêutica³, uma vez que se busca compreender e propagar a visão do autor sobre os envolvidos nos acontecimentos.

No primeiro capítulo trataremos de definir o conceito de inteligência artificial, estabelecer suas bases históricas, bem como encontrar quem são os principais interessados na evolução destes sistemas. No segundo capítulo abordaremos alguns dos principais riscos que a inteligência artificial carrega consigo para os humanos, seus erros mais comuns, além de estabelecer um panorama caso ela venha a superar a inteligência humana. Já no terceiro capítulo analisaremos as implicações éticas que a tecnologia de inteligência artificial impõe

3 ENGELMANN, Wilson. Direito natural, ética e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

aos humanos, levando em conta o estado atual das legislações que tratam da matéria bem como a necessidade de discussões globais para a definição de limites comuns a todos os cidadãos do mundo.

2. CENÁRIO ATUAL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial vem ganhando cada vez mais espaço, onde antes era ocupado apenas ou predominantemente por humanos. Este processo nos instiga a questionar o que significa exatamente estas duas palavras que de forma crescente suscita debates e provoca diversos sentimentos, dentre eles conforto, economia, ganho de bem estar e, por vezes, até mesmo medo. Segundo o Léxico da Inteligência Artificial elaborado pela UNESCO⁴, existem dois tipos de IA, sendo elas a IA limitada e a IA sólida. Conforme o dicionário é considerado como Inteligência Artificial limitada ou fraca aquelas “capazes de desempenhar determinadas tarefas precisas de maneira autônoma, mas sem consciência, dentro de uma estrutura definida por humanos, e seguir decisões tomadas apenas por humanos.” Já a “IA sólida ou IAG seria uma máquina que possui consciência e sentimentos, capaz de oferecer soluções para qualquer tipo de problema – o que é pura ficção, por enquanto.”

Já o professor da Universidade de Oxford e do Instituto Alan Turing, Luciano Floridi apresenta a definição da seguinte forma “AI é um termo genérico para uma variedade de técnicas de ciência de dados que permitem a conclusão de tarefas que exigiriam inteligência, caso fossem realizadas por um ser humano.”⁵ No entanto, a inteligência artificial parece-nos ser mais do que o conceito consegue abarcar. Sua permeabilidade no cotidiano encontra-se em um estágio atual tão forte que sua presença passou a ser quase imperceptível.

A inteligência artificial surge, como conhecemos atualmente, em um congresso na Universidade de Stanford em 1955, no qual a ideia era justamente fabricar uma máquina que, se utilizando da linguagem, fosse capaz de formar abstrações, conceitos e resolvesse problemas, além de ter a capacidade de melhorar a si mesma⁶. Atualmente suas aplicações estão em praticamente todas as áreas de influência do cotidiano. Desde mecanismos no celular até programas aplicados à agricultura com o intuito de redução da emissão de gases provocadores do efeito estufa. Segundo o estudo *Sizing the Price of AI* feito pela empresa PwC a inteligência artificial poderá contribuir até 2030, com um aumento de 4,4% do PIB

4 UNESCO. Léxico da Inteligência Artificial. Correio da UNESCO. Muitas vozes, um mundo. Disponível em: <<https://pt.unesco.org/courier/2018-3/lexico-da-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 20 de fev. 2021.

5 FLORIDI, Luciano. An Ethically-Minded Approach To AI For Healthcare By Morley And Floridi. Oxford Internet Institute. 2020. Disponível em: <<https://www.oii.ox.ac.uk/blog/an-ethically-minded-approach-to-ai-for-healthcare/>> Acesso em: 28 fev de 2021.

6 MCCARTHY, John. MINSKY, Marvin. ROCHESTER, Nathaniel. SHANNON, Claude E. A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine* 27, 2006.

global⁷. No entanto, justamente por fazer parte importante do processo revolucionário que a sociedade contemporânea vem experimentando, que algumas aplicações suscitam questionamentos acerca da violação de direitos humanos.

3. Riscos para os humanos com a inteligência artificial

3.1 Redução de Postos de Trabalho

No mercado de trabalho, a tomada de espaço pela Inteligência Artificial já é visível. A indústria automobilística, historicamente grande empregadora de mão de obra, atualmente possui linhas de produção repletas de robôs, alguns deles autônomos, onde o humano não atua nem mesmo no controle das máquinas. Um estudo de 2013 feito pela Universidade de Oxford relatou que cerca de 47% dos empregos nos Estados Unidos iriam desaparecer com a ampliação da utilização de inteligência artificial e robôs nas empresas⁸. Exemplo dessa situação é a empresa C&S, que atualmente é a maior distribuidora de alimentos dos EUA, onde já há um processo de adesão à automação massificada, com a redução a um mínimo de pessoas em sua produção, pois atualmente há mais de 100 robôs que transitam em seu centro de distribuição, sem qualquer intervenção humana⁹.

O pesquisador Italiano Federico Pistono é feliz em definir o atual processo de expansão da inteligência artificial e dos robôs nas empresas demonstrando que a relação havida entre humanos e máquinas passou de uma relação de auxílio onde as máquinas permitiam a geração de conforto e eficiência para uma relação de disputa por espaço proporcionando stress constante ao trabalhador¹⁰. Nem mesmo trabalhos intelectuais escapam da alienação pela inteligência artificial, como demonstrado pela Google com o projeto Google News Initiative que ajuda a editores na construção de notícias utilizando inteligência artificial. Assim, a tomada de espaço nas empresas por mecanismos de inteligência artificial com o afastamento do humano já é realidade.

3.2 Reconhecimento facial

7 PwC. Sizing the prize - What's the real value of AI for your business and how can you capitalise? 2019. Disponível em: <www.pwc.com/ai>. Acesso em: 22 fev. 2021.

8 FREY, C. B. OSBORNE, M. A. The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation? *Technological Forecasting and Social Change*, [s.l.], v. 114, p. 254--280, 2017. Disponível em: <[10.1016/j.techfore.2016.08.019](https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019)>. Acesso em: 23 fev 2021.

9 WJS. The Wall Street Journal. Robôs conquistam os centros de distribuição. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/robos-conquistam-os-centros-de-distribuicao-1474862682?tesla=y>>. Acesso em: 23 fev. de 2021.

10 PISTONO, Federico. Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: 2017. p. 157-158.

A inteligência artificial alcançou tamanha permeabilidade no cotidiano que sua utilização para o reconhecimento facial vai desde canais de TV que se valem dela para identificar convidados do casamento do Príncipe Harry e de Meghan, como ocorreu em 2018 pela Sky News, até mesmo a criação de software com o intuito de identificar a opção sexual dos indivíduos. O Gaydar, como é chamado, foi criado pelos pesquisadores Michal Kosinski e Yilun Wang da Universidade de Stanford e teria a capacidade de identificar a opção sexual do indivíduo pelos traços do rosto¹¹. A utilização desta forma de tecnologia viola o direito das pessoas de guardar para si sua orientação sexual¹², além de fomentar o processo de estigmatização da pessoa. Tal utilização da inteligência artificial, com critérios Lombrosianos para a definição da opção sexual, demonstra a fragilidade da construção dos modelos que informam os algoritmos de inteligência artificial, pois são facilmente suscetíveis a critérios racistas, homofóbicos, de caráter eugênico, que sob a pecha de utilização do que há de mais moderno na ciência, pode esconder projetos de subjugação e opressão eminentemente humanos tão comuns na história.

Também, a utilização de inteligência artificial para o reconhecimento de criminosos não é novidade, pois o Reino Unido já adota a cerca de sete anos o programa Facewatch, que se utiliza das informações alocadas na nuvem para reconhecer possíveis delinquentes¹³. Agora imagine a seguinte situação: uma pessoa furtou um objeto em uma loja de departamentos em 2014. Foi presa e cumpriu sua pena. Mas, após este fato, toda vez que ela entra em qualquer loja de departamentos é seguida por seguranças, podendo ser até mesmo expulsa sob o pretexto de evitar que um novo furto aconteça. Tal situação está a ferir direitos fundamentais básicos como o Direito ao Esquecimento como o buscado no caso Google Spain vs. Mario Costeja González. Ainda que neste caso se tratasse de mecanismos de busca na internet, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que devido à gravidade dos efeitos que poderia resultar das informações lá contidas - no caso de caráter eminentemente civis - a interferência não pode ser justificada apenas por critérios preponderantemente econômicos do operador. Citou ainda a decisão, que deve ser buscado um equilíbrio entre o interesse legítimo de acesso à informação e os direitos fundamentais da pessoa, insculpidos nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Lembra-se que

11 SAM, Levin. New AI can guess whether you're gay or straight from a photograph. The Guardian, 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/07/new-artificial-intelligence-can-tell-whether-youre-gay-or-straight-from-a-photograph>>. Acesso em: 21 fev 2021.

12 DILHAC, Marc-Antoine. Os riscos éticos da IA. Correio da UNESCO. 2018. Disponível em: <<https://pt.unesco.org/courier/2018-3/os-riscos-eticos-da-ia>>. Acesso em: 23 fev 2021.

13 Facewatch. Disponível em: <<https://www.facewatch.co.uk/>>. Acesso em: 21 fev 2021.

o Direito ao Esquecimento¹⁴ baseia-se justamente no direito a não ser obrigado a confrontar-se permanentemente com o próprio passado, o que assume especial importância com as novas tecnologias na chamada sociedade da informação. Assim, questões referentes à possibilidade de ter seus dados apagados dos bancos de dados, ainda que privados, devem ser (re)discutidas.

Situação mais preocupante ainda é a ocorrida na Índia onde a tecnologia de reconhecimento facial está sendo utilizada para reprimir protestos contra o governo do primeiro-ministro Narendra Modi que sofre acusações de aprovar leis que marginalizam os muçulmanos. O Governo se defende dizendo que pretende apenas criar um banco biométrico nacional para ser utilizado pelo Departamento Nacional de Registros Criminais. Fato é que por não haver uma regulamentação global acerca da utilização destas tecnologias, elas podem ser utilizadas como mecanismos de opressão por governos autoritários.

3.3 Erros comuns dos sistemas

A inteligência artificial é sempre apresentada como algo com capacidade superior e infalível. No entanto, tem se observado que erros são mais comuns do que se esperava. Na verdade, os sistemas atuam em termos probabilísticos e não determinísticos¹⁵, sendo ainda construídos por humanos, o que demonstra que estão sujeitos a erros e preconceitos¹⁶ em suas bases. Em 2015 uma foto postada com duas pessoas negras foi etiquetada como sendo de gorilas pelo Google. A empresa levou 15 horas para retirar a etiquetagem e afirmou que ainda há o que melhorar¹⁷. Outras situações mais trágicas também já foram registradas, como a ocorrida com o americano Joshua Brown, que em junho de 2016 sofreu um acidente fatal com um carro autônomo da empresa Tesla¹⁸. Na ocasião, o sistema falhou em reconhecer um caminhão e não freou a tempo, ocasionando a morte do ocupante. Justamente esta incerteza com relação aos resultados obtidos pelos sistemas de inteligência artificial que nos

14 O Direito ao Esquecimento já vem sendo discutido em diversos ordenamentos jurídicos como, por exemplo, nos seguintes casos: Alemanha - BVerfGE 35, 202 (Caso Lebach I - Soldatenmord von Lebach); Áustria - Decisão G 7/12-11; Bélgica - P.H. v. O.G. (C.15.0052.F); Brasil - ARE 833248 RG; Colômbia - Sentencia T - 277/15; Espanha - Joan Antón Sánchez Carreté v. Google; França - Mme Monanges v. Kern (Décision 89-12580); Holanda - Decisão 15.549; Israel - Hashavim H.P.S. Business Data v. Directorate of Courts; Itália - Venditti v. RAI.

15 ENTSMINGER, Joshua. ESPOSITO, Mark. TSE, Terence. GOH, Danny. (2018). What governments need to understand about ethical AI. The European Business Review September - October 2018. p.72

16 Sobre os preconceitos e vieses dos sistemas de IA ver a palestra de Daniel Kahneman: FLI. Future of Life Institute. What makes people happy? Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z1N96In7GUc>>. Acesso em 28 fev de 2020.

17 Informação Disponível em: <<http://mashable.com/2015/07/01/google-photos-black-people-gorillas/#fnSGZ.TVOkqn>>. Acesso em: 23 fev. de 2021.

18 Notícia divulgada em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/30/tesla-autopilot-death-self-driving-car-elon-musk>>. Acesso em: 23 fev. de 2021.

leva a questionar sua aplicação em massa, uma vez que direitos humanos básicos como Dignidade, Privacidade e até mesmo a Vida podem ser violados.

4. Discussões éticas para preservar direitos humanos

Riscos como os observados acima foram abordados por Nick Bostrom e Eliezer Yudkowsky¹⁹ que afirmam ser justificável certo medo de agentes superinteligentes como é definida a inteligência artificial sólida. O medo é fundamentado no fato de que os humanos não teriam mais o controle sobre as máquinas. Estes propõem como caminho possível de convivência a inserção nas máquinas, desde sua origem, de valores humanos como transparência e previsibilidade.

A preocupação com a possibilidade de violação de direitos humanos pela expansão da inteligência artificial não se dá somente por futuristas, mas também por cientistas e representantes de grandes empresas. Em 2015 foi publicada uma carta aberta assinada por nomes influentes da ciência como o físico Stephen Hawking, além de empresários como Elon Musk da Tesla, Steve Wozniak fundador da Apple e Bill Gates da Microsoft onde expressam preocupações consistentes ao desenvolvimento da inteligência artificial demonstrando que a evolução tem se dado somente para torná-la cada vez mais eficiente, sem um foco no desenvolvimento de benefícios sociais²⁰.

No mesmo sentido, outro grupo de pessoas influentes como Jeff Bezos da Amazon, Virginia Rometty da IBM, Satya Nadella da Microsoft, Sundar Pichai do Google e Mark Zuckerberg do Facebook também já manifestaram preocupação com a expansão da inteligência artificial abordando-a em conferência realizada em 2016, ocasião em que discutiram impactos nos empregos, nas estradas e até mesmo na guerra²¹. Segundo divulgado, o objetivo seria estabelecer diretrizes a serem seguidas por cientistas na área, em um modelo de autorregulação que vise beneficiar pessoas e não prejudicá-las.

Atualmente, os sistemas de inteligência artificial não são capazes de definir o que é mais importante quando se trata de valores exclusivamente humanos. Ao sopesar valores humanos, os sistemas precisam pesar quais valores concorrentes gerariam resultados melhores percebidos pelo humano. Neste ponto, parece-nos que nem mesmo as três leis do

19 BOSTROM, Nick. YUDKOWSKY, Eliezer. The ethics of artificial intelligence. The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, 2014.

20 FLI. Future of Life Institute. An Open Letter - Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence. 2015. Disponível em: <<https://futureoflife.org/ai-open-letter/>>. acesso em 23 fev. de 2020.

21 NYT. The New York Times Journal. How Tech Giants Are Devising Real Ethics for Artificial Intelligence. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/09/02/technology/artificial-intelligence-ethics.html?searchResultPosition=5>>. Acesso em: 23 fev de 2021.

escritor Isaac Asimov²² seriam suficientes para gerar tranquilidade quanto à evolução da inteligência artificial, pois, se as previsões de futuro se concretizar, nada nos garante que os sistemas seguirão qualquer lei imposta por humanos. Dessa forma, a fim de prevermos violações a direitos humanos, devemos analisar os avanços da inteligência artificial que suscitam debates sobre a necessidade de criação de regulação específica sobre o tema.

Nesse sentido, a pressão sobre os legisladores é uma das certezas que se tem com o avanço tecnológico da IA²³. Questionamentos sobre a preservação de direitos humanos surgem a todo momento pois, como colocado pelo historiador Israelense Yuval Harari, a verdadeira revolução que a inteligência artificial proporcionará é a biotecnológica onde será possível compreender aspectos do interior do corpo humano. A aliança entre inteligência artificial e biologia permitirá até mesmo a criação de novos seres, como uma forma evolutiva da espécie humana²⁴.

Igualmente, a união da inteligência artificial com o volume de dados que atualmente são gerados por cada indivíduo em conjunto com a revolução biológica que esta por ocorrer possivelmente nos colocará a mercê de ditaduras digitais ou de hackers biológicos merecendo especial atenção sobre a necessidade de criação de instrumentos de proteção globalmente aceitos para que possuam efetividade.

Outro aspecto que merece análise pormenorizada é a responsabilização por atos praticados por mecanismos que carregam inteligência artificial. Questionamentos como quem deve ser responsabilizado por um acidente provocado por carro autônomo? Ou um sistema bancário que após se utilizar de aprendizagem autônoma opta por dar mais créditos a brancos do que negros? Ainda, quem responderá por eventual morte não desejada ocasionada por um drone?²⁵ Questões como estas continuam sem respostas. Pensando nisso, países como a Alemanha já produziram regulamentações internas sobre o uso de drones com poder letal.

Em 2019 o German Institute for International and Security Affairs da Alemanha editou o Preventive Regulation of Autonomous Weapon Systems: Need for Action by

22 As leis propostas pelo autor para a convivência entre robôs e humanos são as seguintes: “1. Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano seja ferido. 2. Um robô deve obedecer as ordens dadas por seres humanos exceto quando estas ordens entrem em conflito com a Primeira Lei. 3. Um robô deve proteger sua própria existência exceto quando tal proteção entre em conflito com a Primeira e Segunda Lei.” Tradução nossa. ASIMOV, Isaac. Robot Visions. USA: ROC, 1991, p. 424.

23 FLORIDI, Luciano. What the Near Future of Artificial Intelligence Could Be. *Philos. Technol.* 32, (2019). Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s13347-019-00345-y>>. Acesso em: 28 fev de 2021.

24 HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Companhia das Letras: 2018. p. 115.

25 ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e Direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149-178.

Germany at Various Levels²⁶ que objetiva justamente estabelecer regras mínimas para a utilização desta tecnologia. Em carta aberta sobre armas autônomas, o instituto Future of Life refere que “a questão chave para a humanidade hoje é se deve iniciar uma corrida armamentista global por IA ou impedir que ela comece?”²⁷ Fica claro, portanto, a necessidade de passarmos por um processo de educação ética baseado nas novas tecnologias.

A União Europeia vem sendo pioneira em discutir o tema e em editar legislações que buscam lidar com a evolução da inteligência artificial. Dentre elas a Lei Geral de Proteção de Dados (GDPR), que permite ao cidadão europeu exigir explicações sobre o algoritmo que levou a máquina às tais decisões. Recentemente, em 5 de fevereiro de 2020, o Tribunal Distrital de Haia publicou sentença que estabelece que um sistema algorítmico usado pelo Governo da Holanda para avaliar o risco de fraude na segurança social age em desacordo com os requisitos de proporcionalidade e transparência necessários, além de violar normas que tratam sobre respeito à privacidade reconhecidas no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Referida decisão é pioneira, por tratar-se da primeira decisão na Europa que declara ilegal um algoritmo de avaliação das características pessoais. Merece destaque, ainda, a Resolução do Parlamento Europeu de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica que refere a necessidade de criação de normas internacionais, com a cooperação de todas as nações a fim de criar padrões de comportamentos esperados pelos mecanismos de inteligência artificial. Nesse sentido, Joshua Entsminger, Mark Esposito e Lisa Xiong propõem pensarmos em meta-ética global como caminho possível para a convivência entre humanos e mecanismos dotados de inteligência artificial²⁸. Para tanto, devemos contar com o interesse de governantes, empresas, cidadãos e os mais diversos setores da sociedade civil organizados e engajados a fim de obter resultados práticos que resguardecem um futuro possível, sob pena de talvez, nem mesmo termos futuro.

5. Considerações finais

No presente estudo buscou-se identificar um conceito que abarcasse os diversos modelos de inteligência artificial, bem como suas aplicações atualmente conhecidas.

26 ALEMANHA. German Institute for International and Security Affairs. 2019. Disponível em: <https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2019RP03_dnn_dkw.pdf>. Acesso em: 23 fev 2021.

27 FLI. Future of Life Institute. AUTONOMOUS WEAPONS: AN OPEN LETTER FROM AI & ROBOTICS RESEARCHERS, 2018. Disponível em: <<https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>>. Acesso em: 23 fev 2021.

28 ENTSMINGER, Joshua. ESPOSITO, Mark. XIONG, Lisa. A Manager's introduction to AI ethics. In PFEFFERMANN, Nicole. *New Leadership in Strategy and Communication: Shifting Perspective on Innovation, Leadership, and System Design*. Springer: 2020, p. 81.

Procurou-se apresentar eventuais riscos aos seres humanos como os concernentes ao fechamento de postos de trabalho, problemas relacionados ao reconhecimento facial, além de erros comuns que os sistemas de inteligência artificial ainda apresentam. Visto que os sistemas de inteligência artificial estão abrindo caminho para si, analisou-se a possibilidade de no futuro, as máquinas superarem os humanos no que tange à inteligência e suas implicações no que se refere à possível violação de direitos e garantias fundamentais.

Consideramos ao final deste estudo, que tais riscos tendem a ocorrer caso não hajam mobilizações conjuntas e em âmbito global no sentido de legislar e estabelecer padrões éticos aceitáveis, respeitando direitos e garantias individuais para a concepção dos mecanismos de inteligência artificial. Intentou-se questionar o estabelecimento regulamentações com padrões éticos globais, sejam em legislações ou mesmo em manifestos e cartas abertas direcionadas a governos, cientistas, empresas e sociedade como um todo, bem como sua influência na construção de modelos de inteligência artificial. Por tratar-se de um tema extremamente dinâmico, agendam-se novos estudos de aprofundamento sobre as implicações da evolução da inteligência artificial nos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. German Institute for International and Security Affairs. 2019. Disponível em: <https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2019RP03_dnn_dkw.pdf>. Acesso em: 23 fev 2021.
- ASIMOV, Isaac. Robot Visions. USA: ROC, 1991, p. 424.
- BOSTROM, Nick. YUDKOWSKY, Eliezer. The ethics of artificial intelligence. The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, 2014.
- DILHAC, Marc-Antoine. Os riscos éticos da IA. Correio da UNESCO. 2018. Disponível em: <<https://pt.unesco.org/courier/2018-3/os-riscos-eticos-da-ia>>. Acesso em: 23 fev 2021.
- ENGELMANN, Wilson. Direito natural, ética e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e Direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149-178.
- ENTSMINGER, Joshua. ESPOSITO, Mark. XIONG, Lisa. A Manager's introduction to AI ethics. In PFEFFERMANN, Nicole. *New Leadership in Strategy and Communication: Shifting Perspective* on Innovation, *Leadership*, and System Design. Springer: 2020 p. 81.
- ENTSMINGER, Joshua. ESPOSITO, Mark. TSE, Terence. GOH, Danny. (2018). What governments need to understand about ethical AI. The European Business Review September - October 2018. p.72
- FLI. Future of Life Institute. Autonomous weapons: an open letter from ai & robotics researchers, 2018. Disponível em: <<https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>>. Acesso em: 23 fev 2021.

- FLI. Future of Life Institute. An Open Letter - Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence. 2015. Disponível em: <<https://futureoflife.org/ai-open-letter/>>. Acesso em 23 fev. de 2021.
- FLORIDI, Luciano. An Ethically-Minded Approach To AI For Healthcare By Morley And Floridi. Oxford Internet Institute. 2020. Disponível em: <<https://www.oii.ox.ac.uk/blog/an-ethically-minded-approach-to-ai-for-healthcare/>> Acesso em 28 fev de 2021.
- FLORIDI, Luciano. What the Near Future of Artificial Intelligence Could Be. *Philos. Technol.* 32, (2019). Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s13347-019-00345-y>>. Acesso em 28 fev de 2021.
- FREY, C. B. OSBORNE, M. A. The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation? *Technological Forecasting and Social Change*, [s.l.], v. 114, p. 254--280, 2017. Disponível em: <[10.1016/j.techfore.2016.08.019](https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019)>. Acesso em: 23 fev 2021.
- HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Companhia das Letras: 2018. p. 115.
- MCCARTHY, John. MINSKY, Marvin. ROCHESTER, Nathaniel. SHANNON, Claude E. A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine* 27, 2006.
- NYT. The New York Times Journal. How Tech Giants Are Devising Real Ethics for Artificial Intelligence. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/09/02/technology/artificial-intelligence-ethics.html?searchResultPosition=5>>. Acesso em: 23 fev de 2021.
- PISTONO, Federico. Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: 2017. p. 157-158.
- PwC. Sizing the prize - What's the real value of AI for your business and how can you capitalise? 2019. Disponível em: <www.pwc.com/ai>. Acesso em 22 fev. 2021.
- UNESCO. Léxico da Inteligência Artificial. Correio da UNESCO. Muitas vozes, um mundo. Disponível em: <<https://pt.unesco.org/courier/2018-3/lexico-da-inteligencia-artificial>>. Acesso em 20 fev. 2021.
- SAM, Levin. New AI can guess whether you're gay or straight from a photograph. *The Guardian*, 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/07/new-artificial-intelligence-can-tell-whether-youre-gay-or-straight-from-a-photograph>>. Acesso em: 21 fev 2021.
- WJS. The Wall Street Journal. Robôs conquistam os centros de distribuição. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/robos-conquistam-os-centros-de-distribuicao-1474862682?tesla=y>>. Acesso em: 23 fev. de 2021.

A DEMOCRACIA DIGITAL NO BRASIL

E-democracy

WEDER LACERDA¹

Sumário: 1. A História da Democracia; 2. Democracia no Brasil; 3. e-Democracia; 4. - Democracia na Câmara dos Deputados; 5. e-Democracia no Senado Federal (e-Cidadania); 6. Considerações finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a maior eficiência que se apresenta a instituição da democracia digital no Estado brasileiro, perspectivando-a como uma ferramenta para o povo exercer de fato o poder que lhe é outorgado desde a promulgação da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Apesar da deficiência na disseminação da informação ao cidadão brasileiro, que acaba por atrasar a efetiva postulação de direitos, apresenta-se a e-democracy como uma forma de instigar a interação social e chamar a ordem o estado democrático de direito. Através da internet, o ponto principal de alavanque para o acesso a informação, bem como meio para debates, tem-se instituído espaços para que o cidadão brasileiro possa expor seus anseios e expectativas de um país mais justo e menos desigual. Outro ponto de muita importância que leva a crer que a democracia digital será a melhor escolha para manifestar direitos, sê dá pela incredulidade – já instalada – na sociedade brasileira diante dos problemas enraizados pela atual forma de governo, onde o representante eleito acaba (por diversas vezes) optando por outro meio para satisfação do dinheiro público, como é o caso da corrupção, assim como a falta de compromisso para com os anseios sociais e outros.

Palavras-chave: Democracia; Democracia Digital; e-democracy; e-cidadania.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate the greater efficiency presented by the institution of digital democracy in the Brazilian State, viewing it as a tool for the people to actually exercise the power granted to them since the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Despite the deficiency in the dissemination of information to the Brazilian citizen, which ends up delaying the effective postulation of rights, e-democracy is presented as a way of instigating social interaction and calling order the democratic rule of law. Through the internet, the main point of leverage for access to information, as well as a means for debates, spaces have been established for the Brazilian citizen to expose his desires and expectations for a fairer and less unequal country. Another point of great importance that leads us to believe that digital democracy will be the best choice for manifesting rights, be it because of the incredulity – already installed – in Brazilian society in the face of the problems rooted in the current form of government, where the elected representative ends (for several reasons) opting for another means of satisfying public money, such as corruption, as well as the lack of commitment to social and other concerns.

¹ Weder de Lacerda Silva, brasileiro, advogado inscrito na OAB/MT, sob n.º 18.773. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, Braga, Portugal. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro – RJ, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Anhanguera Educacional, Rondonópolis – MT, Brasil. E-mail: wederlacerda.adv@gmail.com.

Keywords: Democracy; Digital Democracy; e-democracy; e-cidadania.

1. A História da Democracia

A democracia é um regime político contemporâneo, presente na maioria dos países ocidentais. Seu conceito tem grande importância e também é revestido de grande complexidade. Sua origem tem várias fontes históricas e tem se desenvolvido (aprimorado) ao longo dos anos.

O termo “democracia”, pode ser utilizado para expressar tanto um ideal político, como também a representação do poder emanado do povo. Entretanto, para se compreender melhor o seu significado, faz-se necessário olhar para a forma como o conceito de democracia se transformou e se desenvolveu historicamente.

A democracia, surgiu no primeiro milênio antes de Cristo, nas cidades-estados da Grécia antiga, e teve seu ápice político na cidade de Atenas. Sua etimologia advém dos termos “*demo*” (povo) e “*cracia*” (governo), tem como significado literal “o governo do povo”. Para Aristóteles, em sua obra chamada “*Política*”², a democracia (governo de muitos) se distingue da monarquia (governo de um só) e da aristocracia (governo dos nobres).

A democracia existente nas cidades gregas antigas, era fundada na participação de todos os cidadãos, em forma de assembleia, com o objetivo de juntos, tomarem decisões governamentais. Entretanto, há de se destacar que, muito embora tenha sido reconhecido naquela época que, havia a participação de “todos”³, somente eram considerados cidadãos os homens livres, excluindo assim as mulheres e os escravos, o que acabava por exprimir um número reduzidos de pessoas que tinham o direito de exercer seu direito de voz.

O governo democrático teve grande evolução desde a sua criação e acabou por se refletir nas instituições políticas da República Romana, expandindo-se posteriormente para grande parte da Europa e do Mediterrâneo.

Já na era moderna, a prática desse regime político foi transferida das pequenas cidades-estados para uma escala muito maior, ou seja, o Estado Nacional, que, por consequência disso, acabou por criar um novo conjunto de instituições políticas.

2 Cf. ARISTÓTELES, *Política*, Tradução do grego, introdução e notas do Prof. Mário da Gama Kury, Brasília – DF, Universidade de Brasília – UNB, 3ª ed., 1997, pg. 317.

3 Tinham o direito de participar homens com terras, maiores de 18 anos e filho de pai ateniense, e a partir de 451 a.C., aqueles que fossem filhos de pai e mãe atenienses. Escravos, mulheres e estrangeiros não poderiam participar nas instituições democráticas.

O que antes era gerido a nível de cidades pequenas, agora era pensado no nível do funcionamento de sociedades complexas, dotadas de grandes governos, impessoais e diretos, o que acabou por distanciar o exercício direto da democracia pelos cidadãos, como era realizado outrora nas pequenas cidades gregas.

Com o passar dos anos, foi se afirmando a ideia de que a única forma da democracia ser exercida, seria através de um governo representativo (eleito pelo povo). De fato, atualmente o ato de governar e também no âmbito da criação de leis, é delegado por um grupo restrito de representantes, eleitos pelo povo, por períodos limitados, quer seja de forma direta ou indireta.

Dessa forma, percebe-se que, atualmente, a soberania do povo acontece por meio dos representantes eleitos pela maioria. Importante frisar que, a forma de eleger tais representantes é através de eleições periódicas, onde, o cidadão que, cumprindo requisitos⁴ existentes em lei, exercem seus direitos através do voto.

Afim de evitar a soberania do Estado e a opressão pelos eleitos, bem como o abuso de poder, as decisões legislativas são geralmente tomadas por maioria dos votos (entre os eleitos), visando assim a mais próxima vontade do povo. Ademais, para evitar a concentração de poder, as principais funções legislativas, executivas e judiciais de governo são separadas, visando assim o equilíbrio entre elas.

A democracia tem se baseado em valores tais como, liberdade individual e a igualdade de condições, sendo base de sustentação de um governo. Nesse sentido, a democracia é vista em oposição as formas absolutistas e ditatoriais de governo, e tem sido reconhecida como a melhor forma de exercer o Estado democrático de direito.

A cerca do Estado de Direito, Canotilho dispõe que: *“Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito⁵.”*

Nesse mesmo prisma, Miguel Reale explica que: *“Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal,*

4 No Brasil, a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal, voto direto e secreto, sendo facultativo para os maiores de 16 anos e menores de 18, assim como para os maiores de 70 anos e analfabetos. Contudo, o voto é obrigatório para os eleitores que tenham entre 18 e 70 anos. Vide Artigo 14, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Texto disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html> [24.04.2021].

5 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1999 – CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Lisboa, Almedina, 1999, p. 32.

preferindo falar em Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdadé⁶.”

O que se percebe é que, o Estado democrático, tem como principal objetivo garantir direitos fundamentais à cidadania que, geralmente são divididos em direitos civis, políticos e sociais. Importante frisar que, a luta pela democracia em meio as nações modernas, tem-se de dado no âmbito da conquista, garantia, universalização e ampliação dos direitos civis, políticos e sociais.

Atualmente o sistema democrático é reconhecido por alguns procedimentos, sendo eles: Voto Universal, ou seja, tem direito ao voto o cidadão maior de idade, independente de sexo, raça ou religião; Todos os votos tem o mesmo peso, garantindo a igualdade entre todos; Vence as eleições aquele que tiver atingido a maioria numérica dos votos, entretanto, as decisões tomadas pela maioria não podem ameaçar os direitos básicos da minoria e Instituições Políticas responsáveis pelas funções legislativas e executivas.

No que tange a noção formal de democracia, é de todo oportuno explicar a tipologia das diferentes formas de procedimentos democráticos, existentes nos países ocidentais. A título de conhecimento, podemos apresentar os sistemas presidencialistas e parlamentaristas que, se apresentam conforme a relação exercida entre o legislativo e o executivo.

Outro exemplo a ser exposto é a consideração dos partidos políticos, isso por que, em países, como por exemplo nos Estados Unidos, tem-se a frente os sistemas bipartidários⁷, enquanto em outros países é possível encontrar sistemas pluripartidários, ou seja, onde tem três ou mais partidos que disputam o poder, a exemplo disso, é o que ocorre no Brasil.

Analisando os sistemas políticos existentes no mundo ocidental, tem-se que a democracia representativa é o regime político mais eficaz para garantir a maior liberdade e direitos dos cidadãos, evitando assim, ainda que mínimo o abuso do poder político. Entretanto, há de se mencionar que, existem críticas em relação a democracia representativa, sendo a principal dela a de favorecer uma minoria classificada com maior poder econômico.

De acordo com o atual momento político na maioria dos países, dentre eles o Brasil, considera-se que houve um desvio dos ideais democráticos, pois, os atuais representantes não se preocupam com o bem público (pessoas e bens). Ademais, cresceu a influência da

6 Cf. REALE, Miguel, *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, São Paulo, Saraiva, 3º ed. rev., 2005. p. 15.

7 O atual sistema se consiste dos partidos Republicano e Democrata. No geral, desde a década de 1930 o Partido Democrata se posiciona na centro-esquerda da política estadunidense, enquanto o Partido Republicano se posiciona na Direita.

riqueza frente a enorme desigualdade social, bem como, a atual fase de corrupção que gera uma descrença na democracia e incita o ódio.

Importante salientar que a atual onda de corrupção atinge não somente países como Brasil e Portugal, considerado assim, como um atual problema global. Em relação ao Brasil, apresentamos agora a sua história em relação a democracia.

2. Democracia no Brasil

Na história do Brasil, a democracia teve seu início a partir do século XIX. Aderiu à democracia, ainda que de forma indiscreta, como modelo político a partir do momento em que foi proclamada a república, no dia 15 de novembro de 1889. Permaneceu como um país democrático por vários anos, até que em 1964 iniciou a Ditadura Militar.

Após a Ditadura Militar (1964 - 1985), momento que foi conhecido como um período de repressão e de perseguição de pessoas, situações essa que impedia as pessoas a terem livre arbítrio. Diferente do que acontece atualmente com o advento da democracia no Brasil, durante a ditadura militar era permitido apenas dois partidos políticos⁸, e não se podia fundar novos partidos com pensamentos e ideologias diferentes do que os militares desejassem. Isso reflete uma limitação na escolha da população em um representante.

Mesmo após 20 (vinte) anos do período da Ditadura Militar, o país passava por uma crise econômica, social e política, e a nova era marcada pelo início da Democracia no país, com base em uma nova Constituição, foi ponto chave para contemplar a liberdade de direitos e a igualdade social.

O processo atual de democratização no Brasil, teve início em 1984, e se consolidou com a nova constituição em 1988, bem como, o surgimento de uma república presidencialista.

Por meio do movimento “diretas já”⁹ em 1984, se conseguiu o avanço de algumas questões acerca das eleições democráticas, uma vez que a sua principal reivindicação era a realização de eleições diretas para se eleger o presidente do país. Todavia, o movimento, que

8 Entre 1966 e 1979, o Brasil tinha apenas dois partidos legais, a Aliança Renovadora Nacional (Arena), de apoio ao governo, e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), de oposição consentida. Outros, como o Partido Comunista Brasileiro (PCB), continuaram a existir na clandestinidade. Já nos últimos anos da ditadura, o governo fez uma reforma partidária, para dividir a oposição, ao mesmo tempo em que tentava manter unido o partido do regime.

9 Diretas Já foi um movimento civil de reivindicação por eleições presidenciais diretas no Brasil ocorrido em 1983-1984. A possibilidade de eleições diretas para a ^{Presidência da República no Brasil} se concretizaria com a votação da proposta de ^{Emenda Constitucional Dante de Oliveira} pelo Congresso. Entretanto, a Proposta de Emenda Constitucional foi rejeitada, frustrando a sociedade brasileira. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/diretas-ja> [24.04.2021].

visava eleger um civil e retirar os militares do poder não teve êxito. Foi só então em 1989 que o país pode eleger um presidente através das eleições diretas. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituído direitos como, a liberdade de voto, liberdade de expressão e um sistema de eleições livres.

Importante salientar que, muito embora a finalidade da democracia seja resguardar ao povo direitos, ainda há problemas sociais e políticos que não foram solucionados, estando em ênfase no presente momento a desigualdade e a corrupção, o que nos leva a crer que a democracia no Brasil ainda não é totalmente democrática.

Em que pese os problemas ainda encontrados, apresentamos como uma possível solução a e-Democracy, ou seja, a Democracia digital, que visa uma expansão maior dos direitos aos cidadãos, bem como a possibilidade de exercer seus direitos de forma simples e direta, sem necessidade de terceiros, aproximando assim, a ideia inicial de democracia, qual seja, o “do povo, pelo povo e para o povo”.

3. e-Democracia

O termo “democracia virtual” (muitas vezes também referenciada como democracia digital, e-democracy ou ciberdemocracia) refere-se aos meios e modos de utilização das ferramentas de comunicação digital para fomentar e melhorar as práticas políticas.

Importante salientar que, os estudos e o desenvolvimento de iniciativas ligadas a valores tais como transparência, preservação de direitos, participação e liberdades, dentre outros, deu origem a toda uma literatura nacional e internacional dedicada ao tema. O tema ora tratado tem sido destaque em Portugal desde 2018 (Democracia 4.0 – O Futuro da Democracia na Era Digital¹⁰).

A democracia virtual ou e-democracia é conhecida como o melhor método de comunicação entre o sistema político e cidadãos, isso por que, possibilita uma participação direta do cidadão através da internet. O uso da Internet com essa finalidade no setor público já é uma realidade na Europa¹¹ e nos Estados Unidos, que iniciaram um novo marco no assunto, tendo sido reconhecido a *e-democracy* como uma nova forma de democracia.

Há de se destacar que, em nenhum outro momento da história a tecnologia de comunicações teve um impacto tão rápido e eficiente na sociedade como a internet. Isso por que, atualmente, qualquer pessoa pode ter acesso a rede de dados, quer seja via *Wi-fi*, ou de

10 Cf. “Democracia 4.0 – O Futuro da Democracia na Era Digital”. Matéria disponível em <http://www.unl.pt/agenda/geral/democracia-40-o-futuro-da-democracia-na-era-digital-8-de-maio> e https://www.publico.pt/democracia4_0 [24.04.2021].

11 Cf. Prospects for e-democracy in Europe. Texto disponível em: http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU%282018%29603213 [24.04.2021].

modo móvel através de *smartphones*. Se bem utilizada, e diferente dos meios precedentes, a Internet se apresenta como uma ferramenta democrática inovadora, porque facilita a interação direta com a informação que lhes é apresentada, não existindo assim os limites geográficos.

Pela primeira vez na história, o cidadão tem a possibilidade de interagir com as autoridades do governo mais livremente, podendo se associar com grupos de interesse mais facilmente, exercer o direito de voto e ainda acompanhar todo o trâmite das leis em todos os estágios do processo de decisão.

Uma das vantagens dessa forma de exercício da democracia, além das já citadas, têm-se ainda a: Interatividade; Exatidão ao ponto e às modalidades não-hierárquicas de uma comunicação; Custos baixos para os utilizadores; Rapidez como um meio de comunicação; Não limitação geográfica; e Capacidade (parcial) de manter o anonimato.

Diferentemente da atual democracia conhecida pela sociedade, na democracia-virtual o poder representativo é abolido, isso por que, o povo tem uma autonomia maior para votar nos projetos de leis, assim sendo, todas as leis são aprovadas diretamente pelos cidadãos, fazendo com que o parlamento deixe de existir como órgão legislativo.

A principal vantagem apresentada até aqui, além de facilitar a interação entre o povo e o governo, é o realce das novas tecnologias a antiga democracia, sem restrições de local (limites geográficos), de condições sociais, e resistindo de um modo muito mais eficaz a tentativas oligárquicas.

4. e-Democracia na Câmara dos Deputados

O Projeto *e-Democracia* (<https://edemocracia.camara.leg.br/>) é uma espécie de plataforma virtual, com a finalidade de catalisar opiniões, sugestões, posicionamentos políticos e críticas aos projetos de lei e outras proposições legislativas em trâmite na Câmara dos Deputados brasileira. Órgão pioneiro no Brasil a implantar ferramentas de participação entre o cidadão e o governo, a Câmara dos Deputados, visou a ampliação da participação social entre o povo e seus representantes por meio da interação digital através do e-democracia.

A Câmara dos Deputados do Brasil, tendo por base a filosofia “wiki” da Wikipédia¹², desenvolveu o conceito de “*Wikilégis*”¹³ dentro do portal e-Democracia, uma ferramenta digital que permite com que o cidadão ajude na construção de uma lei. Assim, o cidadão poderá apresentar sugestões diretamente no texto, podendo ainda acontecer de forma colaborativa com outros usuários, bem como votar para que a proposta seja aceita ou rejeitada.

A finalidade de tal mecanismo é a de facilitar a participação responsável e objetiva, ou seja, o cidadão dá sua opinião e a partir daí inicia-se o processo da criação de uma lei. Desse modo, o cidadão, apresenta sugestões de emendas ao texto legal, envia um projeto próprio feito por si, ou em colaboração com outras pessoas. O objetivo do *Wikilégis* é estimular a busca pelo consenso na construção da lei, processo esse que até então está acessível somente a câmara legislativa.

5. e-Democracia no Senado Federal (e-Cidadania)

Muito anterior ao e-democracia e ao e-Cidadania, fora criado o programa Interlegis¹⁴, financiado pelo BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) e administrado pelo Senado Federal desde 1997, que teve como objetivo modernizar e integrar o Legislativo Brasileiro para permitir a participação cidadã e preparar a tecnologia das Casas Legislativas para a e-democracia.

Seguindo o *modus operandi* do portal e-democracia da Câmara dos Deputados, o Senado Federal, em 2012 criou a sua ferramenta de participação, conhecido como o Portal e-Cidadania (<https://www12.senado.leg.br/ecidadania>). O Portal é uma plataforma isenta de

12 A Wikipédia é um projeto de enciclopédia colaborativa, universal e multilíngue estabelecido na internet sob o princípio wiki. Tem como propósito fornecer um conteúdo livre, objetivo e verificável, que todos possam editar e melhorar. (...) Todos os editores da Wikipédia são voluntários. Eles integram uma comunidade colaborativa, sem um líder, na qual os membros coordenam os seus esforços no âmbito dos projetos temáticos e diversos espaços de discussão. (...) Todos podem publicar conteúdo on-line desde que sigam as regras básicas estabelecidas pela comunidade, como por exemplo a verificabilidade da informação ou notoriedade do tema.

13 A ferramenta Wikilegis permite aos cidadãos discutir e sugerir, colaborativamente, alterações de redação de projetos de lei. Isso facilita o amadurecimento do debate, uma vez que o texto legislativo serve de eixo para um debate objetivo e propositivo. Deputados podem publicar no Wikilegis proposições legislativas das quais sejam autores ou relatores. A sociedade participa fazendo comentários ou sugerindo uma nova redação, artigo por artigo. As contribuições coletivas são apresentadas de forma organizada e estruturada, facilitando a sua análise e possível incorporação ao texto final. Por meio dessa funcionalidade, milhares de internautas contribuíram para a redação de projetos de lei, como o Código de Processo Civil, o Marco Civil da Internet, Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Juventude, entre outros. A ferramenta está hospedada no Portal e-Democracia. Texto disponível em <https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/> [24.04.2021].

14 Texto disponível em <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=976993> [24.04.2021].

obrigação com partidos políticos, e tem como objetivo a participação do cidadão de forma mais direta e efetiva do processo legislativo.

Dado importante a se explicar é que, desde sua criação até o primeiro semestre de 2018, mais de 45 milhões de pessoas já haviam acessado o Portal. No ano de 2017 o site contabilizou mais de 130,5 milhões de acessos por mais de 21 milhões de usuários.

Existem três ferramentas de participação disponíveis atualmente no e-Cidadania, que são: **Ideia Legislativa** (Qualquer pessoa pode enviar Ideias Legislativas para criar novas leis ou alterar as leis atuais. Todas as Ideias enviadas passam por moderação. Se estiverem de acordo, são publicadas e abertas para receberem apoios durante 4 meses. Para tramitar na casa, as ideias precisam atingir durante esse período 20 mil apoios e então são formalizadas como Sugestões Legislativas – **SUG** – e enviadas para a Comissão de Direitos Humanos E Legislação Participativa – **CDH** – onde são debatidas pelos senadores e recebem parecer¹⁵); **Evento Interativo** (Os eventos interativos compreendem audiências públicas, sabatinas, seminários, sessões de debate temático e outras reuniões. O cidadão pode participar, enviando comentários e perguntas que são entregues para os senadores durante as reuniões); **Consulta Pública** (Todas as proposições que tramitam no Senado ficam disponíveis durante sua tramitação para receber opiniões do público, favoráveis ou contra os projetos. Quase 11 milhões de votos foram registrados nas Proposições que tramitam no Senado).

6. Considerações finais

O presente artigo teve como finalidade apresentar, ainda que de maneira sucinta a evolução da democracia, no contexto geral, desde as antigas cidades-estados da Grécia até a democracia representativa tradicional, chegando por fim à democracia digital. Fora exposto também os reflexos trazidos pela globalização, pela Revolução Informacional, pelo surgimento do Estado Neoliberal (após a Constituição de 1988) e pela atual perda de credibilidade do governo frente à população.

Como demonstrado, a falta de credibilidade do governo se deu pela limitação do exercício de direito do cidadão pelos seus representantes, bem como os escândalos de corrupção. O cidadão que, antes era resguardado na plenitude de sua cidadania hoje se depara com um modelo de democracia não democrática, ou seja, perante a não existência efetiva de um Estado de Direito.

15 Cf. em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/comofuncionaideia> [24.04.2021].

Como uma possível solução para a atual situação política enfrentada no Brasil, tem-se a apresentação da e-Democracia, pois, essa busca alargar o contato entre o cidadão e o governo, permitindo com que haja maior interação entre eles. Apresenta-se ainda a internet como o principal meio de utilização dessas informações, isso por que, além dos dados serem veiculados em tempo real, atualmente, a custo baixíssimos, tem-se acesso a dados independentemente de limites geográficos.

Com base nisso, o Estado brasileiro tem empenhado esforços no sentido da efetivação desse novo modelo de participação e soberania popular, incentivando a população, através do e-Gov, por exemplo, a exprimirem suas vontades, exercendo assim, realmente a democracia em sentido *latu*.

Nesse sentido, não tendo a intenção de esgotar o assunto, pode-se perceber através desse artigo a importância significativa e o seu grande potencial apresentado pela democracia digital, também conhecida como e-democracy, como principal meio de aproximação entre o cidadão e o governo, realizando assim um sistema democrático mais efetivo.

Conforme citado na introdução desse artigo, a democracia é um governo "do povo, pelo povo e para o povo", dessa forma, nada melhor do que um meio de atuação que devolva o exercício desse governo aos seus verdadeiros donos, que atualmente sofrem com a forma encontrada de democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES, “*Política*”, Tradução do grego, introdução e notas do Prof. Mário da Gama Kury, Brasília – DF, Universidade de Brasília – UNB, 3ª ed., 1997.
- BOBBIO, Norberto, “*Dicionário de Política*”, Brasília – DF, Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BUNNIN, Nicholas e YU, Jiyuan, “*The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*”, Blackwell publishing, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “*Estado de Direito*”, Lisboa, Gradiva, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, Lisboa, Almedina, 1999.
- DAHL, Robert A, “*A democracia e seus críticos*”, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2012.
- MARQUES, Francisco Paulo Jamil, “*Participação política e Internet: Meios e oportunidades digitais de participação civil na democracia contemporânea, com um estudo do caso do estado brasileiro*”, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Tese de Doutorado, 2008, disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11303>
- MARQUES, Francisco Paulo Jamil, “*Ciberpolítica: Conceitos e Experiências*”, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Coleção Lab404, 2016, disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19351>
- MARQUES, F. P. J. A., & MIOLA, E., “*Internet e Parlamento: Um estudo dos mecanismos de participação oferecidos pelo Poder Legislativo através de ferramentas online*”, Brasília, Revista e-Compós, vol. 9, 2007, disponível em <https://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/157>

MITOZO, Isabele Batista, et. al, *“Como se configura a comunicação online entre representantes e representados no Brasil? Um estudo sobre as ferramentas digitais da Câmara dos Deputados”*, Rio de Janeiro – RJ, Universidade Federal Fluminense, Revista Contracampo, Ed. Subcultura e ambientes virtuais, Vol. 35, n.º 2, 2016, disponível em <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/17574>

REALE, Miguel, *“O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias”*, São Paulo – SP, Revista Saraiva, 3ª ed., 20

PRODUTIVIDADE NO TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS E A TRABALHABILIDADE COMO FENÔMENO SOCIAL

Productivity at work in digital platforms and Workability as a social phenomenon

DENISE PIRES FINCATO¹

ANDRESSA MUNARO ALVES²

Sumário: Introdução. 1 - O Labor em plataformas digitais e a tecnologia como propulsora do trabalho no futuro; 2 - O fenômeno Social da Trabalhabilidade como impulso ao desenvolvimento do trabalhador; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: Partindo da ideia de que a sociedade evolui constantemente, analisam-se as iminentes (mas há tempos anunciadas) transformações no cenário sociolaboral, apontando-se, em específico, para os episódios vivenciados no campo do trabalho tecnológico. O estudo propõe o debate acerca do fenômeno social denominado trabalhabilidade e reflete sobre o mesmo como propulsor do trabalho (e catalisador da produção humana). Tomando o avanço tecnológico como fato incontestado, almeja-se responder: a produtividade é/será alterada no trabalho digital? Nesse cenário, como garantir produção e ganhos estáveis aos trabalhadores sem trabalhabilidade? Com base no novo fenômeno social analisado, a pesquisa é trilhada através do método de abordagem dialético³, consoante a investigação de episódios verificados em esfera cotidiana, especificamente, quando observado a realização do labor. Nessa toada, o método de procedimento empregado é o tipológico-estruturalista⁴, permeando a capacidade de produção como aspecto essencial a ser observado frente à rapidez de alteração de cenários sociais. Partindo da premissa que o direito reflete fenômenos sociais que, de forma constante, alteram-se, utiliza-se o método de interpretação sociológico⁵ para o deslinde do questionamento. A pesquisa tem natureza científica e sustenta-se em procedimentos⁶ documentais na construção de suas conclusões. Compreende-se necessária a renovação do profissional, sugerindo o investimento na sua trabalhabilidade para tornar possível a realização do trabalho e, ainda, o incremento de sua produtividade.

¹ Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (Espanha). Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Advogada e Consultora Trabalhista. CEO do Instituto Workab. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

² Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) - Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola Superior Verbo Jurídico Educacional. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas São Judas Tadeu. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas “Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho” (PUCRS). Advogada. andressa.castroalvesadv@gmail.com.

³FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁴FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁵FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁶FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

Palavras-chave: Trabalhabilidade; Produtividade; Plataformas Digitais; Soft Skills.

ABSTRACT Based on the idea that society is constantly evolving, the imminent (but predicted) transformations in the socio-labor scenario are analyzed, pointing specifically to the episodes experienced in the field of technological work. The study proposes a debate about the social phenomenon called ‘workability’ and reflects on it as a propellant of work (and a catalyst for human production). Taking technological advances as an indisputable fact, we aim to answer: is productivity or will it be altered in digital work? In this scenario, how to guarantee stable production and earnings to workers without workability? Based on the new social phenomenon analyzed, the research is conducted through the dialectic approach method, depending on the investigation of episodes verified in the daily sphere, especially when the work is observed. In this sense, the method used is the typological-structuralist method, permeating the production capacity as an essential aspect to be observed given the rapid change in social scenarios. Starting from the premise that the law reflects social phenomena that are constantly changing, the method of sociological interpretation is used to clarify the matter. The research has a scientific nature and is based on documentary procedures in the construction of its conclusions. It is understood that the renovation of the worker is necessary, suggesting the investment in their workability to make it possible to carry out the work and, also, to increase their productivity.

Keywords: Workability; Productivity; Digital Platforms; Soft Skills.

INTRODUÇÃO

O verbo trabalhar pode ser conjugado por uma série de classificações por meio de categorias gramaticais, o fato é que, mesmo juntando todas elas, as complexas alterações vivenciadas em esfera social, ainda assim, se sobressairiam. Partindo de tal consciência, estudar a atividade laborativa é refletir sobre sua constante (re)construção.

Em todos os estágios de evolução, a labuta acompanha os meios de produção e perspectivas sociais/biológicas, assim sendo, as conjecturas trabalhistas refletem a tônica social permeada cotidianamente. Ao passo da evolução em sociedade, as perguntas instauram-se acompanhadas de respostas não prontas, e por vezes, nem mesmo críveis de percepimento imediato.

Neste prisma, em atendimento a inconteste evolução social - e trabalhista -, o presente artigo busca responder ao presente questionamento: a produtividade é/será alterada no trabalho digital? Nesse cenário, como garantir produção e ganhos estáveis aos trabalhadores sem trabalhabilidade?

Para tanto, valendo-se do método de abordagem dialético, o estudo analisa as alterações sociais ocasionadas pelo trabalho realizado em plataformas digitais, o qual, foi potencializado pelas necessidades ocasionadas em razão da pandemia de Covid-19. Com relação ao procedimento, utilizam-se os tipológico-estruturalistas, dispondo sobre o

fenômeno social sondado, para que através de seus aspectos particulares, torne-se possível alcançar soluções para as indagações propostas.⁷

Opta-se pelo método de interpretação sociológico designando a investigação dos acontecimentos sociais, assim como, o fenômeno da trabalhabilidade como (possível) caminho de evolução do trabalhador, nessa jornada, manuseiam-se os procedimentos documentais existentes.⁸ O impacto social do estudo, externaliza-se de forma significativa, em virtude dos pontos que por ele são expostos, tratando-se de pesquisa ainda em andamento, consoante a abrangência de sua repercussão.

1 O LABOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS E A TECNOLOGIA COMO PROPULSORA DO TRABALHO NO FUTURO

O reconhecimento do Estado de Calamidade Pública através do Decreto Legislativo n.º 6, de 2020⁹, acelerou uma série de perspectivas futuristas que fariam-se presentes na sociedade em algumas décadas - portanto, não tão logo. O fato é que o estado de emergência fomentou situações sociais antes não vistas, e obrigou as relações laborais a se reinventarem, tanto no campo normativo, como no tocante à sua ambiência e métodos. Nesta perspectiva, dada a necessária reconstrução, por assim dizer, do investimento na pessoa do trabalhador, parece imperioso voltar luzes mais intensas à trabalhabilidade.¹⁰

Não é à toa que em documento produzido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), o futuro laboral já se encontra atrelado à ideia de trabalho no mundo digital. No referido, a preocupação com a promoção do trabalho digno por meio das plataformas é suscitada de maneira específica, garantindo inclusive aos trabalhadores independentes tal arguição. A indicação do baixo rendimento financeiro aos que trabalham através das plataformas, vem acompanhada de novos critérios para a mudança desta realidade¹¹ e, paradoxalmente, foi possível verificar, durante a pandemia COVID-19, o aumento da produtividade dos funcionários em regime de teletrabalho, em sistema home office.

⁷ FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁸ FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁹ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁰ FINCATO, Denise. **Direito do Trabalho de Emergência** [recurso eletrônico] : Relações Trabalhistas em tempos de Covid-19 Manual de Operações para Empresas – Porto Alegre: Ed. do Autor, 2020. p.7.

¹¹ OIT. Organização Internacional do Trabalho. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**. Promover o trabalho digno no mundo digital. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf>. Acesso em 12 abr. 2021. p.21.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), divulgou recente notícia acerca do acréscimo de processos julgados no ano de 2020. A ministra do TST Maria Cristina Peduzzi, informou que os dados anunciam a superação das expectativas frente ao trabalho remoto, afastando as iniciais incertezas pronunciadas pela nova forma de produção.¹² Tal circunstância, foi relatada em documento emitido pelo TST, discorrendo sobre as medidas adotadas pelo respectivo tribunal no enfrentamento da pandemia. No alegado, o aumento de produtividade é flagrantemente percebida quando os números são confrontados com o ano anterior. A adaptação dos profissionais, soma-se ao papel dos gestores ao incentivá-los no aprimoramento de suas habilidades e o acréscimo na colaboração para o deslinde da produção inerente às atividades.¹³

Ainda, o Conselho Nacional de Justiça igualmente testemunhou a alta produtividade através dos meios remotos, com a utilização do teletrabalho,¹⁴ garantindo o aperfeiçoamento de atos judiciais. No escopo da análise aqui desenvolvida, merece destaque a constatação de atividade e produção até mesmo em dias de ponto facultativo, reforçando a ideia da tecnologia aliada a adaptação dos profissionais à novel realidade.¹⁵

Realizando reflexão que parte de vigas mais antigas, é possível vislumbrar a tecnologia atingindo a seara laboral, e por vias de consequência, as formas de trabalho. Para fins de concepção do estudo aqui alinhado, faz-se elementar rememorar a ascensão dos avanços tecnológicos no auge da Revolução Industrial, que permitiram a substituição do trabalho humano por máquinas, a quais eram capazes de realizar a operação antes executada pelo trabalhador (automação).¹⁶

Hodiernamente, há quem diga que a humanidade está atravessando a quarta Revolução Industrial, complexa e radical, que tem como sua vertente mais impactante a

¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST aumenta em 6,3% a quantidade de processos julgados em 2020**. Produtividade aumentou durante a pandemia e a realização do trabalho remoto. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/produtividade-tst-aumenta-em-2020>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Teletrabalho: o trabalho de onde você estiver**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁴ À título de conhecimento, afora as disposições encontradas acerca da modalidade de teletrabalho na legislação específica aos trabalhadores, já há Projeto de Lei em análise para melhor regulamentação, no arrimo do assunto supramencionado. (BRASIL. **Projeto de Lei 5.581/2020**. Dispõe sobre o teletrabalho, realizado fora das dependências do empregador, e altera disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1953710&filename=PL+5581/2020>. Acesso em: 12 abr. 2021)

¹⁵ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Trabalho remoto: Tribunal tem alta produtividade e economia de até 98% em algumas áreas**. Publicação em: 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/trabalho-remoto-tribunal-tem-alta-produtividade-e-economia-de-ate-98-em-algumas-areas/>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p.36-37.

tecnologia. A fusão entre os meios digitais e biológicos, deixa claro que os movimentos humanos repetitivos, por exemplo, tornar-se-ão automatizados, o que permite concluir que o trabalho criativo ganhará destaque e maior espaço.¹⁷

Somando-se tais abordagens, é possível atingir algumas percepções: a uma, a produção laborativa contemporânea não se afastará do uso da tecnologia; a duas, caberá ao profissional desempenhar/desenvolver atividades com base em habilidades próprias, não passíveis de substituição por maquinário; a três, a produção (e capacidade para a mesma), desenvolver-se-á ao passo da personalidade de cada perfil profissional.

2 O FENÔMENO SOCIAL DA TRABALHABILIDADE COMO IMPULSO AO DESENVOLVIMENTO DO TRABALHADOR

Não é de hoje que a tecnologia estende traços consideráveis na rotina trabalhista. A título elucidativo, não se pode olvidar que a mesma, inicialmente, desenvolvia-se para aumentar a produtividade da matéria prima, amparada pelo auxílio maquinário, e que, posteriormente, serviu de ferramenta de redução do tempo trabalhado, o que, há muito, já era observado por De Masi.¹⁸

Em meio ao avanço tecnológico, a realidade social é metamorfoseada, ocupando as perspectivas contemporâneas com novos questionamentos a serem avaliados. À vista disso, partindo das premissas apontadas alhures, essencial se faz a compreensão do que consiste o fenômeno¹⁹ social aqui indicado, trabalhabilidade.

Entende-se trabalhabilidade por “conjunto de ferramentas (técnicas ou morais), sem as quais o direito fundamental ao (novo) trabalho não se realizará na pós-modernidade. Sua ausência é fato impeditivo ao alcance e exercício de um direito-eixo e, por isto, sua prestação passa a ser oponível ao Estado e, até, à sociedade”²⁰

Projetando o trabalho no cenário tecnológico, far-se-á necessária a adaptação do profissional para a realidade anunciada. Dessa forma, ampara-nos o dizer de FINCATO e

¹⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. 43-44.

¹⁸ DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução: Yadyr A. Figueiredo. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2014. p.128.

¹⁹ Para completa compreensão do estudo, o dicionário define fenômeno como: “Acontecimento passível de observação; manifestação, sinal; aquilo que se consegue explicar de maneira científica; Algo ou alguém cujas características ultrapassam o considerado normal.” (DICIO. Dicionário Online de Português. **Significado de Fenômeno**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/fenomeno/>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁰ FINCATO, Denise. **Trabalhabilidade (workability):um direito ‘VUCA’**. O Estadão. 28 jul. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/trabalhabilidade-workability-um-direito-vuca/>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SILVA²¹ acerca dos impactos da globalização e do incremento tecnológico nas relações de trabalho:

[...] permitindo inovações em todos os ramos da produção e novas técnicas de organização produtiva e empresarial, como as operações transnacionais, pelas quais o capital não conhece pátria. Com o avanço tecnológico, novos postos de trabalho surgem, eliminando outros, que se tornam obsoletos. Novas formas de trabalhar proliferam e as plataformas digitais e o teletrabalho, a exemplo do capital, desterritorializam o trabalho.

Assentadas tais premissas, torna-se possível a concepção da importância das soft skills no cenário pós-moderno. Muito além de sua tradução literal, as soft skills não compreendem pura e simplesmente as habilidades pessoais “para além da técnica”, mas de maneira mais extensa, a habilidade de adaptação em determinadas situações. Não obstante a isso, as soft skills permitem aos profissionais que as possuam, a capacidade de resolução de problemas calcado em seu próprio perfil de gestão organizacional.²²

Partindo do platô de desenvolvimento transnacional, as habilidades necessárias para a produção laborativa do futuro, transbordam o previamente conhecido no mundo trabalhista. O conhecimento interdisciplinar, ganha espaço alinhado aos traços complexos da personalidade humana, exigindo a compreensão de vieses psicológicos para a construção de parâmetros de identificação, assim dizendo, capacidades singulares.²³

Nesse sentido, no cenário tecnológico, imobilizar o trabalho apenas nas chamadas hard skills²⁴ é deixar de compreender requisitos intrínsecos dos profissionais do futuro e abdicar de “aperfeiçoar os processos de produção e distribuição de serviços”.²⁵ A nova realidade laboral “exige uma mudança profunda de postura com relação à realidade organizacional emergente.”²⁶

²¹ FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação Sistêmica e sustentabilidade jurídica: a necessária (re)construção do Direito do Trabalho. **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**. Vol. 10, núm. 19 (2019), p. 1-22. p. 6.

²² KLAUS, Peggy. **The hard truth about Soft Skills**. Workplace Lessons Smart People Wish They'd Learned Sooner. HarperCollins e-book, 2008. p.2.

²³ KRAUSZ, ROSA. **Trabalhabilidade**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2016. p. 25.

²⁴ “hard skills refer to the technical ability and the factual knowledge needed to do the job” (KLAUS, Peggy. **The hard truth about Soft Skills**. Workplace Lessons Smart People Wish They'd Learned Sooner. HarperCollins e-book, 2008. p.2)

²⁵ KRAUSZ, ROSA. **Trabalhabilidade**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2016. p. 8.

²⁶ KRAUSZ, ROSA. **Trabalhabilidade**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2016. p. 8.

O profissional munido de trabalhabilidade, produzirá de forma a proporcionar a sua autorrealização, inovando-se de forma criativa e sustentável.²⁷ A produção laborativa alinhada às premissas de trabalhabilidade, lança a horizontes mais amplos, inclusive, quando contemplados sob uma perspectiva global.

Pois bem, em esfera mais longínqua, permeando a necessária capacitação do trabalhador enquanto realizador da atividade laborativa, a globalização enfatiza o discurso de novas habilidades e preparo profissional. Assentado em novas necessidades, o mundo moderno exigirá qualificações precisas, inclusive, sob o aspecto do manuseio dos meios eletrônicos. A remodelação das habilidades, refletirá seus sinais em parâmetros sociais.²⁸

Alinhado a toda evolução social e tecnológica desenhada, faz-se flagrante o reexame das vetustas pré-concepções do cenário sociolaboral. A meta organizacional atrelada às novas competências, oportuniza o equilíbrio entre a produção de trabalho e o fomento do intelecto humano em sua ampla dimensão evolutiva.²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer deste estudo, na pretensão de responder às perguntas lançadas, tornou-se possível construir primeiras considerações acerca do fenômeno anunciado. Respalhando-se no cenário social e nas medidas adotadas no enfrentamento da pandemia de Covid-19, as quais, exigiram o distanciamento social, acelerando situações que apenas seriam observadas em um futuro ainda distante, percebeu-se que o trabalho do futuro em sua grande maioria, será realizado com tecnologia.

Nessa linha, a forma de produção laboral será alterada, em razão das especificidades dos novos modelos, exigindo dos profissionais habilidades pessoais para o deslinde/possibilidade de trabalho. A expansão de habilidades técnicas antes impreteríveis para o alcance do trabalho, transmutam-se em soft skills, projetando olhos voltados ao futuro, consequentemente, alcançando níveis mais elevados.

Essa vertente de características intrínsecas que, não necessariamente atreladas apenas às tecnicidades antes exigidas, torna verossímil a produção do trabalho no futuro, o desenvolvimento pessoal do trabalhador, garantirá seu espaço no cenário laborativo,

²⁷BULHÕES, Darline Maria Santos; VASCONCELOS, André Brendel de Lemos; LEITE, Emanuel. **Trabalhabilidade: o caminho para o empreendedorismo**. International Journal of Professional Business Review (JBReview), São Paulo, v.1, n.1, 2016 p. 30-29, jan-jun. p. 33-35.

²⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. - São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 308-309.

²⁹ KRAUSZ, ROSA. **Trabalhabilidade**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2016. p. 7.

produzindo suas atividades com o auxílio tecnológico, adaptando-se aos desafios impostos e, sobretudo, evoluindo cada vez mais através de suas próprias capacidades.

Aferindo o fenômeno da trabalhabilidade e o alinhando aos moldes sociais contemporâneos, identificou-se que o trabalho do futuro exigirá novas condutas profissionais para possibilitar a sua realização, a nova estrada em direção a continuidade laborativa, deve ser cada vez mais estudada e externalizada. Portanto, ao trabalhador do futuro, ansiamos pelo fomento de suas habilidades, assim dizendo, o desenvolvimento de sua trabalhabilidade!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020.** Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei 5.581/2020.** Dispõe sobre o teletrabalho, realizado fora das dependências do empregador, e altera disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1953710&filename=PL+5581/2020. Acesso em: 12 abr. 2021

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Teletrabalho:** o trabalho de onde você estiver. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST aumenta em 6,3% a quantidade de processos julgados em 2020.** Produtividade aumentou durante a pandemia e a realização do trabalho remoto. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/produtividade-tst-aumenta-em-2020>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BULHÕES, Darline Maria Santos; VASCONCELOS, André Brendel de Lemos; LEITE, Emanuel. **Trabalhabilidade: o caminho para o empreendedorismo.** International Journal of Professional Business Review (JBReview), São Paulo, v.1, n.1, 2016 p. 30-29, jan-jun. p. 33-35.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Trabalho remoto: Tribunal tem alta produtividade e economia de até 98% em algumas áreas.** Publicação em: 20 de maio de 2020. Disponível

em: <<https://www.cnj.jus.br/trabalho-remoto-tribunal-tem-alta-produtividade-e-economia-de-ate-98-em-algumas-areas/>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução: Yadyr A. Figueiredo. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2014. p.128.

DICIO. Dicionário Online de Português. **Significado de Fenômeno**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/fenomeno/>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

FINCATO, Denise. **Direito do Trabalho de Emergência** [recurso eletrônico] : Relações Trabalhistas em tempos de Covid-19 Manual de Operações para Empresas – Porto Alegre: Ed. do Autor, 2020.

FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. **Interpretação Sistêmica e sustentabilidade jurídica: a necessária (re)construção do Direito do Trabalho**. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Vol. 10, núm. 19 (2019), p. 1-22.

FINCATO, Denise. **Trabalhabilidade (workability): um direito ‘VUCA’**. O Estadão. 28 jul. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/trabalhabilidade-workability-um-direito-vuca/>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

KLAUS, Peggy. **The hard truth about Soft Skills**. Workplace Lessons Smart People Wish They’d Learned Sooner. HarperCollins e-book, 2008.

KRAUSZ, ROSA. **Trabalhabilidade**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2016. p. 17.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**. Promover o trabalho digno no mundo digital. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf>. Acesso em 12 abr. 2021

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. - São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHWAB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

DIREITOS HUMANOS E A INTELIGÊNCIA ORGANIZACIONAL: O EXEMPLO DA MERCEDES-BENZ E A FUNDAÇÃO LAUREUS SPORT FOR GOOD

Human Rights and Organizational Intelligence: The Example of Mercedes-Benz and the Laureus Sport for Good Foundation

RAPHAELLA VIANA SILVA ASFORA¹

MATEUS DAVID FINCO²

Sumário: 1. Direitos Humanos e as Políticas Públicas para o Esporte no Século XXI. 2. Direitos Humanos, Educação e o Esporte no Contexto Organizacional Contemporâneo. 3. Inteligência Organizacional, Direitos Humanos e as Iniciativas para o Esporte no Brasil e no Mundo. 4. O Exemplo da Mercedes-Benz e a Fundação *Laureus Sport for Good*: Direitos Humanos, Educação e a Responsabilidade Social através dos Esportes. Considerações Finais. Referências.

Resumo: Os Direitos Humanos correspondem a um destaque nas organizações contemporâneas ante o Pacto Global das Nações Unidas e do Guia de Sustentabilidade Corporativa (Moldando um Futuro Sustentável), uma iniciativa Organização das Nações Unidas (ONU) e considerado a maior referência de sustentabilidade corporativa mundial no século XXI. O presente estudo possui a finalidade de investigar o emprego de tecnologias e os mecanismos da inteligência organizacional em seus processos de coletas de informações, a defesa dos direitos humanos e a responsabilidade socioambiental num cenário de alta competitividade no mercado global. Os objetivos remetem a identificar os direitos humanos como prioridade na gestão corporativa das organizações mundiais, analisar os mecanismos da inteligência organizacional e compreender o exemplo da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good* ao promover projetos voltados à educação e à prática desportiva. Ademais, a metodologia adotada nesta pesquisa é bibliográfica e documental, com o intuito de uma investigação científica atual e multidisciplinar. Contudo, a compreensão dos direitos humanos e da inteligência organizacional no âmbito da Mercedes-Benz vem a demonstrar as relações e as conexões dos ambientes interno e externo de uma organização de impacto global de forma a gerar novas estratégias para a promoção dos ideais dos direitos humanos, educação e o esporte na vida de crianças e jovens de vários países. Diante do atual cenário econômico, político e social é preciso haver decisões de forma segura e assertiva no que se refere à gestão de projetos inovadores. Sobretudo no que tange a um processo sistemático de coleta, tratamento, análise e disseminação das informações das atividades e das tendências gerais no mercado internacional, a Mercedes-Benz possui destaque no ambiente tecnológico, científico, mercadológico e regulatório. Finalmente, apresentar as iniciativas da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good*, que hoje em dia apoia 200 projetos esportivos em mais de 40 países, usando o poder do esporte para melhorar a vida de jovens em todo o mundo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Inteligência Organizacional; Mercedes-Benz; Laureus Sport for Good.

Abstract: Human Rights are a highlight in contemporary organizations in the United Nations Global Compact and the Corporate Sustainability Guide (Shaping a Sustainable Future), an initiative of the United Nations (UN) and considered the greatest reference in world corporate sustainability in the Century XXI. This present study has the purpose of

investigating the use of technologies and the mechanisms of organizational intelligence in their information collection processes, the defense of human rights and socioenvironmental responsibility in a scenario of high competitiveness in the global market. The objectives refer to identifying human rights as a priority in the corporate management of world organizations, analyzing the mechanisms of organizational intelligence and understanding the example of Mercedes-Benz and the Laureus Sport for Good Foundation in promoting projects aimed at education and sports. In addition, the methodology adopted in this research is bibliographic and documentary, with the aim of a current and multidisciplinary scientific investigation. However, the understanding of human rights and organizational intelligence within Mercedes-Benz comes to demonstrate the relationships and connections of the internal and external environments of a global impact organization in order to generate new strategies for the promotion of human rights ideals, education and sport in the lives of children and young people from various countries. In view of the current economic, political and social scenario, decisions must be made in a safe and assertive manner with regard to the management of innovative projects. Especially with regard to a systematic process of collecting, processing, analyzing and disseminating information on activities and general trends in the international market, Mercedes-Benz has a prominent position in the technological, scientific, marketing and regulatory environment. Finally, to present the initiatives of Mercedes-Benz and the Laureus Sport for Good Foundation, which today supports 200 sports projects in more than 40 countries, using the power of sport to improve the lives of young people around the world.

Key words: Human Rights; Business Intelligence; Mercedes-Benz; Laureus Sport for Good.

(¹) Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Pós-graduada em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela ESMAPB. Membro do Comitê de Internacionalização do PPGCJ/UFPB. Pesquisadora de Direitos Humanos sobre a Organização das Nações Unidas (ONU Brasil), 31º Batalhão de Infantaria Motorizado de Campina Grande (Estado da Paraíba) e a Colaboração da Operação Militar das Nações Unidas (ONU). Plataforma Lattes no Brasil: <http://lattes.cnpq.br/3983814834819029> - E-mail: raphaellasfora1@gmail.com

(²) Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Informática na Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2015). Mestre em Ciências do Movimento Humano pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Pesquisador convidado no Laboratório de Multimídia e Comunicação da Technische Universität Darmstadt (Alemanha), Canadian Exergaming Research Centre da University of Calgary e Mount Royal University (Canadá) em 2013 e no Institute of Education da University College London (Reino Unido). Líder do Grupo de Estudos SPORTSFAN (Educação Esportiva e Atividades Físicas de Aventura e na Natureza). Plataforma Lattes no Brasil: <http://lattes.cnpq.br/5343125597567181> - E-mail: mateusfinco@gmail.com

Introdução

Historicamente, logo após a Segunda Guerra Mundial, as nações passam a ter consciência da importância dos direitos humanos, uma evidência sobre este fato é o reconhecimento de uma cultura de paz e do pleno desenvolvimento dos Estados, sobretudo através da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948.

Coincidentemente, durante esta época, ocorreram significativas mudanças no meio industrial e organizacional, diante dos novos desafios, face aos processos onerosos e as tomadas de decisões no ambiente interno das organizações, diante de uma competitividade crescente e das desigualdades sociais. Portanto, uma necessidade de adotar novos mecanismos para a coleta de informações e novas iniciativas corporativas, que pudessem contemplar os direitos humanos, sejam os mesmos através da educação e também por meio dos esportes.

Entretanto, os Direitos Humanos vem a conquistar um destaque para a criação e implementação de políticas públicas voltadas à educação e aos esportes. Mediante a evolução de tais ideias, o interesse mundial em organizar campanhas de cunho social e ambiental, conforme às Organizações das Nações Unidas (ONU). Os Direitos Humanos, igualmente aos direitos à solidariedade, igualdade e fraternidade são destinados a todos os seres humanos. Este estudo possui o foco na educação e na prática desportiva para as crianças e jovens em diversos países, uma missão da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good*, no tocante à autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente, a paz e a justiça social.

Portanto, os Direitos Humanos e a Inteligência Organizacional estão inseridos no ambiente da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good*, que possuem características da responsabilidade social corporativa, assim buscando divulgá-las nos principais mercados internacionais, que vem a apoiar e promover os objetivos e os valores deste programa mundial sem fins lucrativos e que busca melhorar a vida de crianças e jovens carentes por meio de projetos sociais e desportivos com destaque global.

1. Direitos Humanos e as Políticas Públicas para o Esporte no Século XXI

Os Direitos Humanos no Século XXI representam um destaque na implementação das políticas públicas para o esporte, uma vez que deve precisa haver uma valorização das novas estratégias organizacionais, que fortaleçam o compromisso com a educação através de várias modalidades esportivas. Assim ofertadas para as crianças e jovens através das escolas, creches e fundações desportivas, devidamente especializadas nestas atividades recreativas e com a respectiva extensão para toda a sociedade civil. De acordo Brabo e Reis (2012):

O tema Direitos Humanos tornou-se importante nas últimas décadas do Século XXI e continua sendo foco de preocupações no Século XXI. Tem sido debatido em conferências internacionais, objeto de políticas públicas específicas em muitas nações, uma vez que atinge o cotidiano porque está relacionado com a educação, com o trabalho, a exclusão social, a diversidade, a política, a ética e a cidadania.(BRABO;REIS, 2012, p.08).

Contudo, a realidade dos Direitos Humanos no tocante às políticas públicas para o esporte enfrenta desafios no Brasil e no mundo. Diante dos diversos preceitos que constam nas constituições, tratados e acordos internacionais, que lidam com a valorização e priorizam a vida, saúde, educação, trabalho, lazer e dignidade, muitas vezes não possuem aplicabilidade prática nas sociedades democráticas. Um cenário de incertezas, onde as desigualdades sociais permanecem cada vez mais evidentes e por sua vez, o esporte possui o diferencial de unir nações em prol do bem-estar social. Ante o exposto Vargas e Galvão (2007) enfatizam que:

O esporte é construção humana e teve sua gênese na instância lúdica da cultura através da codificação do próprio homem à humanidade, quando sistematizou o jogo. Ao adjetivar o jogo com valores de seu tempo, o homem construiu e o esporte a ele, emprestou valores e o impregnou de signos culturais. (VARGAS; GALVÃO, 2007, p. 266).

Portanto, o século XXI apresenta esta nova nuance dos Direitos Humanos e a necessidade do compromisso do Estado e das organizações nacionais e internacionais em criar, aperfeiçoar e ampliar as oportunidades de políticas públicas e educação voltadas à prática dos esportes. De acordo com Graciano (2005, p. 14), “nos últimos anos, tem ganhado força a proposta de tratar a educação como um direito humano, graças à qual é possível alterar as opções políticas dos Estados e conceder um caráter prioritário ao desenvolvimento do direito à educação para todas as pessoas.” Neste contexto, a educação possui o papel primordial na salvaguarda dos direitos humanos e nas políticas públicas para o esporte no âmbito social, político, econômico da atualidade.

2. Direitos Humanos, Educação e o Esporte no Contexto Organizacional Contemporâneo

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948, através do Artigo 26 vem a consagrar os valores dos direitos humanos e da educação para as todas as nações:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e

do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Ademais, a Declaração Americana dos Direitos Humanos e Deveres do Homem aprovada na Nona Conferência Internacional Americana em Bogotá também no ano de 1948, assegura o Direito à Educação:

Artigo XII. Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

Mediante os preceitos dos direitos humanos e da educação, o esporte corresponde também aos valores do constante desenvolvimento dos seres humanos, vida, saúde, liberdade, igualdade, fraternidade entre as nações e precisa ter um maior reconhecimento e novas oportunidades para as crianças e adolescentes no Brasil e no mundo para a prática desportiva. Entretanto, cientes de tal importância, as organizações nacionais e internacionais possuem o ideal de promover tais iniciativas, sejam oriundas das nações dotadas de menor ou maior recursos de poder. Sobretudo, Pecequillo (2004, p. 58), sob a perspectiva de Joseph S. Nye Jr. referência mundial nas Relações Internacionais, há “uma distinção de posse e utilização dos recursos de poder, o *hard* e o *soft cooptive power*.”

Hoje em dia no âmbito do estudo e da pesquisa acerca dos direitos humanos, educação e o universo dos esportes é preciso levar em consideração os conceitos do *hard* e do *soft power*, para um reconhecimento dos atributos de um determinado país, estado ou cidade para a devida implementação das políticas públicas voltadas crianças e jovens.

3. Inteligência Organizacional, Direitos Humanos e as Iniciativas para o Esporte no Brasil e no Mundo

Uma maior compreensão da realidade da inteligência organizacional estratégica e sua respectiva aplicabilidade das iniciativas de valorização dos direitos humanos, educação e o esporte depende de uma análise das premissas de poder, sejam eles tradicionais ou mais suaves, assim existentes no Brasil e em diversos países, conforme afirma Pecequillo (2004):

O *hard power* ou poder “duro” refere-se aos recursos de poder tradicionais, passíveis de serem vistos ou sentidos com facilidade, percebendo-se sua influência e importância na prática. Dentre os recursos de poder que associamos aos *hard power* encontram-se o tamanho e a geografia de um país, a sua localização e natureza de fronteiras (se são pacíficas ou conflituosas), a população de um Estado, referente a sua organização interna e estabilidade, quantidade e distribuição desta população no espaço, seu caráter moral e nacional (patriotismo), estado de preparação militar, recursos naturais e matérias-primas e, por fim, a capacidade industrial instalada. No outro extremo, o *soft and coercive power*, definido como o poder “suave” e de cooptação, sustenta-se em elementos de poder intangíveis e que não podem ser percebidos na prática. O poder suave relaciona-se ao poder do convencimento e das ideias, sendo suas principais fontes o desenvolvimento econômico, o conhecimento e tecnologia, a ideologia e a cultura. (PECEQUILO, 2004, p. 58-59)

Todavia, neste cenário de poder das nações e uma análise estatal e organizacional contemporâneas, surgem os modelos de operacionalização da função inteligência. Para Cardoso (2007, p. 60), há o modelo clássico, que está “centrado no poder político e militar das autoridades (governamentais) e representa o exercício permanente de ações direcionadas para a obtenção de informações e avaliação de situações relativas a óbices que venham impedir ou dificultar a conquista ou manutenção dos objetivos nacionais”:

Didaticamente, o modelo clássico de inteligência se desdobra em duas grandes vertentes: o ramo da inteligência, voltado para a produção de informações estratégicas e normalmente direcionado para o ambiente externo e o ramo contrainteligência, destinado à salvaguarda das informações sensíveis, atuando em estreita ligação com organismos de segurança do Estado. Com a democratização da maioria das nações e o advento da globalização, pode ser observado que os atuais serviços de inteligência governamentais estão se modernizando e aperfeiçoando. Tais estruturas vem ocupando um espaço cada vez maior como instrumento do Estado para atender às demandas da soberania nacional, defesa e segurança. Trabalhando dentro dos limites legais, controlada por instâncias legislativas e acompanhadas pela imprensa livre, a inteligência que opera segundo o modelo clássico pode ser utilizada na sua plenitude pelas instituições governamentais. (CARDOSO, 2007, p. 61).

Atualmente, os preceitos do modelo clássico da operacionalização de inteligência, principalmente voltados à coleta de informações ampliam sua atuação para a atuação nas atividades nas quais possam contemplar iniciativas para a valorização dos direitos humanos, diretrizes da educação e a prática desportiva no Brasil e no mundo, promovendo assim a paz e a justiça social como inovação no Século XXI.

O processo de inteligência vem passando por diversas transformações desde o início dos anos 2000, principalmente no que se refere à inovação organizacional, as novas tecnologias de informação, a defesa dos direitos humanos e a responsabilidade socioambiental num cenário de alta competitividade no mercado global. Consoante Tomaél e colaboradores(2006), “a competitividade é influenciada por fatores internos e externos à organização”:

Os internos constituem-se do próprio sistema organizacional, formado pela estrutura técnico-administrativa, política interna, gestão e pessoas que integram as organizações, enquanto os fatores externos referem-se ao ambiente externo (concorrentes, fornecedores, mercados, clientes, fatores econômicos, sociais, políticos e fiscais). A inteligência competitiva (IC), cujo objetivo é investigar o ambiente de atuação da organização (interno e externo),

para levantar novas oportunidades de negócios e reduzir os riscos, é um processo composto por várias etapas, que envolvem a identificação, a coleta, o tratamento e a disseminação de dados, informação e conhecimento. As informações resultantes do processo de inteligência competitiva possibilitam agregar valor aos produtos, serviços, já existentes nas organizações, bem como apoio e suporte para a criação de estratégias competitivas, sustentando o processo de inovação. (TOMAÉL *et al.*, 2006, p. 155-156)

Portanto, a inteligência organizacional do século XXI em seu processo de interação entre os fatores internos e externos e as respectivas interações entre os diferentes mercados, clientes distintos e enfrentando uma realidade cada vez mais complexa, devido às mudanças na economia, política e principalmente no âmbito social. Precisamente através do Pacto Global das Nações Unidas e do Guia de Sustentabilidade Corporativa (Moldando um Futuro Sustentável), como uma iniciativa Organização das Nações Unidas (ONU) e consagrado como a maior referência de sustentabilidade corporativa mundial:

Direitos Humanos: 1.As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de internacionalmente proclamado humanos direitos; e 2.Certifique-se de que eles não são cúmplices de violações dos direitos humanos. Trabalho: 3.As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de barganha coletiva; 4.A eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório; 5.A abolição efetiva da criança no trabalho; e 6.A eliminação da discriminação em relação ao emprego e ocupação. Meio Ambiente: 7. empresas devem apoiar uma abordagem preventiva para desafios ambientais; 8. Empreender iniciativas para promover maior meio ambiente responsabilidade; e 9.Incentivar o desenvolvimento e difusão de produtos ecologicamente corretos tecnologias. Anticorrupção: 10.As empresas devem trabalhar contra corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e suborno. (Os Dez Princípios do Pacto Global das Nações Unidas (ONU), United Nations Global Compact, Guide to Corporate Sustainability, 2015, p.11)

O Pacto Global das Nações Unidas promove os atributos essenciais para ser uma referência nos processos organizacionais pós-modernos, ao salvaguardar os direitos humanos, o trabalho, empreendedorismo, as causas ambientais e o combate à corrupção, uma atual postura das organizações nacionais e mundiais, a exemplo da Mercedes-Benz e através da gestão de projetos inovadores da Fundação *Laureus Sport for Good*,

4. O Exemplo da Mercedes-Benz e a Fundação *Laureus Sport for Good*: Direitos Humanos, Educação e a Responsabilidade Social através dos Esportes

A Mercedes-Benz atualmente representa esta realidade que une este conhecimentos da teoria aliados à aplicabilidade prática dos direitos humanos, inteligência e inovação organizacional, que através das iniciativas mundiais de responsabilidade social da Fundação *Laureus Sport for Good*, que através da máxima *Change The Game For Kids* vem transformando o universo organizacional nos últimos vinte anos através do combate à violência, discriminação, falta de oportunidades e ao provar que o esporte pode mudar o mundo.

A valorização dos direitos humanos está presente em todas as iniciativas da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good*, a partir do momento em que se utiliza uma investigação do *hard power, soft and coercive power* e da inteligência organizacional para a gestão dos projetos humanitários e de cunho desportivo, para o reconhecimento das características dos países e do público-alvo que será beneficiado com as atividades patrocinadas por esta organização de renome global.

Um exemplo desta realidade são os programas patrocinados pela *Laureus Sport for Good* na África do Sul, que demonstram o êxito do esporte que vem a ser uma relevante ferramenta de mudança social e ao educar e ensinar novas lições às crianças e aos jovens através da prática desportiva e ao respeitar os direitos humanos. Segundo Ramos (2018, p.51), os direitos essenciais do indivíduo contam com ampla diversidade de termos e designações:

Direitos Humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. A terminologia varia tanto na doutrina quanto os diplomas internacionais. Há aqueles que ainda questionam o uso da expressão “direitos humanos” por representar uma redundância, uma vez que não direito que não seja titularizado pelo ser humano e suas emanções (pessoas jurídicas). Trata-se, então, de ênfase e valorização da condição humana como atributo para o exercício desses direitos. Assim, o adjetivo “humanos” significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados “direitos de todos”. (RAMOS, 2018, p.51-53).

Os Direitos Humanos e a Inteligência Organizacional na realidade da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good*, representam um diferencial nas atividades no atual contexto social, político e econômico, que correspondem a um diferencial diante das grandes organizações mundiais, ao passo que adotam as regras do Pacto Global das Nações Unidas e do Guia de Sustentabilidade Corporativa (Moldando um Futuro Sustentável), como uma iniciativa Organização das Nações Unidas (ONU) em promover os ideais dos direitos humanos, educação e os esportes em nível mundial

Considerações Finais

Os Direitos Humanos e a Inteligência Organizacional no âmbito da Mercedes-Benz e da Fundação *Laureus Sport for Good* vem a consagrar valores da Organização das Nações Unidas (ONU) com a aprovação de metas referentes à saúde, bem-estar, educação de qualidade, igualdade de gêneros, trabalho digno e desenvolvimento econômico, a redução das desigualdades, a paz e a justiça social. Metas que visam erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir prosperidade para todos em uma nova fase de desenvolvimento sustentável. Portanto, tais objetivos devem ser cumpridos até 2030.

Acerca dos resultados, a partir dos mecanismos de inteligência organizacional voltados às iniciativas dos direitos humanos, é possível expressar que em 2021 a Mercedes-Benz e a Fundação *Laureus Sport for Good* permanecem atuantes com êxito no mundo, através do apoio a 200 projetos esportivos em mais de 40 países, comprovando o poder do esporte para a transformação da vida de crianças e jovens no contexto internacional, a exemplo da África do Sul, Alemanha, Áustria, Brasil, Estados Unidos e Índia.

Respectivamente, o êxito dos projetos da *Laureus Sport for Good* como o *Waves for Change* (África do Sul) *Kickformore* (Alemanha), *Luta pela Paz* (Brasil), *Fight Back* (Estados Unidos) e o projeto *Image* (Índia), que promovem e ensinam os esportes como o surfe, futebol, boxe, artes marciais, Críquete, tênis de mesa, vôlei, basquete, como enfrentamento às desigualdades sociais como incentivar os jovens a confrontá-los conscientemente com sua doença HIV, educação, desenvolvimento pessoal, empregabilidade, o combate à violência, inclusão das crianças das crianças e jovens portadores de deficiência nas atividades recreativas e desportivas, serviços de saúde, transporte e oportunidades profissionais.

Finalmente, os preceitos dos Direitos Humanos aliados aos mecanismos da Inteligência Organizacional proporcionam à Mercedes-Benz e à *Laureus Sport for Good* a chance de criar e implementar cada vez mais novos projetos e de fato mudar a vida dos seres humanos em dezenas de países. Ademais, como Patrono Oficial do *Laureus World Sports Awards em 2000*, Nelson Mandela, fez uma declaração sobre o poder do esporte que inspirou a formação da *Laureus Sport for Good*: "O esporte tem o poder de mudar o mundo. Ele tem o poder de inspirar. Ele tem o poder de unir as pessoas de uma forma que quase ninguém faz", principalmente no que se refere ao acesso ao esporte e à dignidade à milhares de crianças e jovens no Brasil e no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. REIS, Martha dos. *Educação, Direitos Humanos e Exclusão Social*. Oficina Universitária. Marília, São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

CARDOSO, Walter Félix. *Inteligência Empresarial Estratégica* (Método de Implantação de Inteligência Competitiva em Organizações). Brasília, Distrito Federal: ABRAIC, 2ª Edição Revisada, 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. *Declaração Americana dos Direitos Humanos e Deveres do Homem* (Nona Conferência Internacional Americana em Bogotá de 1948). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm> . Acesso em: 26 abr.2021.

GRACIANO, Mariângela. *Educação também é Direitos Humanos*. São Paulo: Ação Educativa, Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento (PIDHDD), 2005.

MERCEDES-BENZ LAUREUS SPORT FOR GOOD. Disponível em: <<https://www.mercedes-benz.com/en/sports/laureus/>>. Acesso em: 26 abr. de 2021.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Introdução às Relações Internacionais: Temas, Atores e Visões*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOMAÉL, Maria Inês; ALCARÁ, Adriana Rosecler; DI CHIARA, Ivone Guerreiro; LENZI, Livia Aparecida Ferreira. *A Contribuição do Processo de Inteligência Competitiva para a Inovação nas Organizações*. In: Informação, Conhecimento e Inteligência Organizacional. Capítulo 09.p. 155-175. 2. Ed. Marília, São Paulo: FUNDEPE Editora, 2006.

UNICEF BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948)*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *Guide to Corporate Sustainability (Shaping a Sustainable Future)*. United Nations (2015). Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/1151>. Acesso em: 26 de Abril de 2021.

VARGAS, Angelo Luis de Souza. GALVÃO, Ana Lilia Ollé. *A Construção do Humano através do Esporte como um Direito Inalienável*. Revista Fitness & Performance. Rio de Janeiro: Universidade Castelo Branco, Colégio Brasileiro de Atividade Física e Saúde. 2007.

AS TECNOLOGIAS E O DIRETO À EDUCAÇÃO 4.0: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A QUESTÃO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E DO ESTADO DO PARANÁ

Technologies and the right to education 4.0: Brief notes on the issue before the portuguese and the issue before the portuguese and the state of Paraná legal order

ANA CAROLINA ASSUMPÇÃO STOFFEL¹

Sumário: 1. Introdução; 2. As tecnologias e o direito à educação 4.0; 2.1. Cenário atual: o âmbito laboral e a necessidade de se implantar o acesso às tecnologias na seara educacional; 2.2. Breves apontamentos sobre a questão perante o ordenamento jurídico português e do estado do Paraná; 3. Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo resulta de estudo realizado na área do direito à educação considerando a inserção das tecnologias introduzidas pela Quarta Revolução Industrial. Tal questão é um desafio, posto que as legislações de diversos países ainda não foram atualizadas no âmbito da educação 4.0, sendo um desafio enfrentado por professores e profissionais vinculados à educação a realização de educação moderna pautada no direito de práticas educacionais que acompanhem a realidade dos educandos e do mercado de trabalho que enfrentarão em um futuro próximo ao se graduarem. Diante disso, no presente artigo analisou-se a necessidade eminente de se efetivar o direito ao aprendizado e acesso às tecnologias considerando que o uso das tecnologias da I4.0 não está mais adstrita ao âmbito industrial, já sendo uma realidade em todas as áreas e em vias de causar desemprego em massa caso a educação não venha a acompanhar as mudanças que estão ocorrendo no mercado de trabalho. Assim, utilizou-se como exemplo as legislações de Portugal e do estado brasileiro do Paraná para demonstrar que, em que pese não serem legislações atualizadas ou que versem sobre tecnologia educacional de forma específica, ambas permitem, por meio de interpretação e hermenêutica jurídica, deduzir a imperiosa obrigação do Estado em fornecer educação moderna e que atenda às necessidades contemporâneas dos estudantes. Por fim, demonstrou-se como a educação da rede pública no estado do Paraná já iniciou a introdução da educação 4.0 para seus estudantes, efetivando, assim, o direito de uso das tecnologias para melhorar a educação, aprender novos ofícios e minimizar os efeitos de desemprego futuro considerando a transição que está-se vivendo em razão da Revolução 4.0.

Palavras-chave: Educação 4.0; Revolução 4.0; Tecnologia.

Abstract: This article is the result of a study carried out in the right to education considering the insertion of technologies introduced by the Fourth Industrial Revolution. Such a question is a challenge, given that the laws of several countries have not yet been updated in the scope of education 4.0, and it is a challenge faced by teachers and professionals linked to education to carry out modern education based on the right of educational practices that accompany the reality of students. students and the labor market that they will face in the near future when they graduate. In view of this, this article analyzed the imminent need to realize the right to learning and access to technologies, considering that the use of I4.0 technologies is no longer restricted to the industrial sphere, but is already a reality in all areas and in the

¹ Pós graduada em Direito Internacional, pós graduada em Direito Tributário, mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense (UPT, Portugal), Email: ac.astoffel@gmail.com

process of causing mass unemployment if education does not keep up with the changes that are occurring in the labor market. Thus, the laws of Portugal and the Brazilian state of Paraná were used as an example to demonstrate that, although they are not updated legislation or that deal with educational technology in a specific way, both allow, through interpretation and legal hermeneutics, to deduce the imperative obligation of the State to provide modern education that meets the contemporary needs of students. Finally, it was demonstrated how public education in the state of Paraná has already started the introduction of 4.0 education for its students, thus realizing the right to use technologies to improve education, learn new trades and minimize the effects of future unemployment considering the transition that is going on due to Revolution 4.0.

Keywords: Education 4.0; Revolution 4.0; Technology.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em uma era de modernização e mudanças nas relações sociais em todas as esferas, diante da introdução das tecnologias trazidas pela Revolução 4.0. Relaciona-se com pessoas desconhecidas e paga-se pelo tempo delas para conversas ao vivo umas com as outras por meio do Live.Me, utiliza-se de inteligência artificial para solicitar que sua música preferida seja tocada pela Alexa, programa-se o robô aspirador (o qual utiliza-se da *Internet of Things* - IoT) para higienizar a casa enquanto os moradores dormem. Porém, a tecnologia de ponta também tem seu lado temerário: o desemprego em razão da substituição ou redução do labor humano.

Diante desse cenário, é imprescindível que as escolas adotem uma postura de modernização do currículo escolar, inserindo o uso das tecnologias trazidas pela Revolução 4.0, para que seus educandos aprendem a maneja-las e estejam aptos a lidar com o mercado de trabalho que está em franca mudança, desenvolvendo novas habilidades e aprendendo os novos ofícios. Tudo isso se revela de suma importância para que não se formem estudantes já fadados ao desemprego por não terem sido instruídos com a nova realidade. Lado outro, a legislação educacional ainda não foi atualizada em vários países, sendo que, ainda sim, é necessário garantir o direito ao aprendizado e acesso às tecnologias, bem como dar respaldo para a situação atual, considerando a morosidade da alteração de lei e a atual necessidade que urge ser resolvida no âmbito escolar.

Em razão do cenário acima explicitado, procurou-se primeiramente verificar, dentre a legislação de Portugal e do estado brasileiro do a existência de alguma legislação que, pode meio de aplicação de técnicas jurídicas de interpretação e hermenêutica, pudesse embasar o direito ao uso de tecnologia e de estudos adequados ao mundo contemporâneo dos educandos. Em seguida, foi analisado como o Paraná tem implementado a educação 4.0, de forma a educar os estudantes da rede pública para enfrentarem o mercado de trabalho em

um futuro breve por terem aprendido as novas habilidades requeridas, de forma a minimizar as possibilidades de se depararem com desemprego ao se formarem.

2. AS TECNOLOGIAS E O DIRETO À EDUCAÇÃO 4.0

2.1 Cenário atual: o âmbito laboral e a necessidade de se implantar o acesso às tecnologias na seara educacional

É inegável que as tecnologias trazidas pela Revolução 4.0 não são exclusivas da Indústria 4.0, pois já estão inseridas no dia a dia das pessoas. Porém, por trás de toda facilidade trazida, há a o assombro eminente do desemprego e da substituição cada vez maior da mão de obra humana pelas máquinas e tecnologias cada vez mais avançadas e autônomas no contexto sob comento.

Conforme dito por Dileep George, pesquisador no ramo de inteligência artificial e neurociências, durante o Fórum Econômico Mundial de 2016: *“Imagine a robot capable of treating Ebola patients or cleaning up nuclear waste”*². Mal sabia o pesquisador que em quatro anos o cenário seria de uso de robô para tratamento, não do Ebola, mas de outro vírus que assolou o mundo: o Covid-19.

Neste cenário pandêmico e demonstrando que as tecnologias de ponta em muito superaram o âmbito industrial, a Siemens desenvolveu para hospitais da China robôs utilizados para desinfecção de locais para evitar-se a proliferação do Corona, os quais são alimentados por baterias de lítio, capazes de desinfetar 20.000 a 36.000 metros quadrados em uma hora, dispensando, assim, a necessidade de pessoas para fazer a limpeza, além de ter um baixo custo, comparado a mão de obra humana³.

Ruanda, país africano, durante a pandemia causado pelo Corona Vírus, também se utilizou de robôs para minimizar o contato de médicos com os pacientes. Os mesmos foram doados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), os quais são responsáveis por fazer atendimentos no leito dos doentes, como aferição de temperatura e pressão e demais atividades básicas, porém essenciais para que os médicos possam se manter fisicamente mais afastados (ou com menor tempo de exposição) com os pacientes infectados

2 WORLD ECONOMIC FORUM. 9 quotes that sum up the Fourth Industrial Revolution [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/9-quotes-that-sum-up-the-fourth-industrial-revolution/>

3 SIEMENS. Robôs de desinfecção inteligentes para combate do coronavírus. [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://new.siemens.com/br/pt/empresa/stories/industria-4-0/corona-virus-siemens-aucma.html>

e, igualmente, possam tomar as decisões clínicas a partir das informações extraídas pelos seus “colegas” robóticos. Adicionalmente, o referido país utiliza drones para fazer entrega de bolsas de sangue e de medicação, minimizando, assim, o contato entre humanos, considerando que o distanciamento é imprescindível para contar a propagação do vírus⁴.

Em que pese, utilizando-se de exemplo concreto e atual, o uso da robótica avançada, IoT e inteligência artificial, para auxílio em uma situação de emergência, o uso das tecnologias da I4.0 traz consigo o receio do desemprego em massa, o desaparecimento de algumas profissões e o surgimento de novos ofícios.

Embora dito pela engenheira biomédica ruandesa, Francine Umutesi, que “isso não remove as tarefas que os médicos deveriam fazer, apenas complementa seus esforços”⁵, não se pode negar que a implantação de robôs para, por exemplo, fazer parcialmente atividades de médicos como apontado anteriormente, reduz a necessidades dos mesmos, podendo apenas um médico ser contratado para tomar as decisões clínicas a partir da leitura das informações obtidas de vários robôs, com custo menor (já que robôs não tem direitos trabalhistas, nem necessidades vitais como um trabalhador humano) e maior tempo de trabalho (uma vez que os mesmos podem trabalhar por mais horas e sem necessidade de pausas ou intervalos entre as jornadas).

E tal situação, de substituição da mão de obra humana pela automatizada não ocorre apenas no cenário de pandemia. Em 2016, quando sequer se cogitava a superveniência de uma pandemia, o Fórum Econômico Mundial já tinha assinalado que de tal ano até 2020 cerca de 7,1 milhões de empregados seriam demitidos em razão da substituição do homem pela automação^{6 7}.

4 WORLD ECONOMIC FORUM. 9 quotes that sum up the Fourth Industrial Revolution [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2020/06/rwandan-medical-workers-robots-coronavirus-covid19-risk/>

5 WORLD ECONOMIC FORUM. 9 quotes that sum up the Fourth Industrial Revolution [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2020/06/rwandan-medical-workers-robots-coronavirus-covid19-risk/>

6 WORLD ECONOMIC FORUM. 9 quotes that sum up the Fourth Industrial Revolution [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_AM16_Report.pdf

7 O relatório do NICVA traz igualmente dados numéricos muito interessantes sobre a questão do desemprego em razão do advento das tecnologias da Revolução 4.0 sobre o emprego: “Many commentators are increasingly talking about the potential impact of the “4 th Industrial Revolution.” It will change how we live and how we work, how the economy works and how we are governed. For example, a Citi and Oxford University joint report in 2016 estimated that 57% of jobs across the OECD are at risk of automation, the Financial Times reported in 2016 1 that between 2000 and 2010, of all the jobs lost in the US, over 85% were lost to new technologies, and the Bank of England estimated that two thirds of all jobs are capable of being automated within 20 years. Regardless of the specific data, an indisputable fact is that the 4th Industrial Revolution has already come, and the current workforce is already feeling the heat”. (NORTHERN IRELAND COUNCIL FOR VOLUNTARY ACTION. The Impacts of the Fourth Industrial Revolution on Jobs and the Future of the Third Sector. [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em https://www.nicva.org/sites/default/files/d7content/attachments-articles/the_impact_of_the_4th_industrial_revolution_on_jobs_and_the_sector.pdf)

Ocorre que tal cenário pode remeter a um cenário semelhante ao ocorrido na grande crise mundial no início da década de 2010. Vários Estados europeus, nos quais se destaca Portugal para um recorte mais apurado, em um contexto de organização político-econômica neoliberal e de globalização, vivenciaram a erosão da cidadania e a desafeição da democracia por parte dos seus cidadãos. Isso se explica pelo fato de que esses Estados passaram a ser financiados por oligarquias econômicas (bancos, petroleiras, grandes empresas, entre outras) e, conseqüentemente, acabaram obrigados a se curvarem aos seus interesses comerciais, em detrimento de seus próprios interesses nacionais e das necessidades de sua população.

Sem muitas opções, os Estados adotaram políticas de arrocho, suspendendo diversos benefícios sociais e em situação de desemprego sistêmico de seus cidadãos, para honrar os acordos com as oligarquias que os sustentavam e tentar saldar suas dívidas com esses grandes credores. Essa situação é denominada por Habermas como sendo uma “política do Estado da dívida”, ou seja, os Estados se curvam aos bancos e demais “financiadoras” em detrimento dos interesses sociais e seu colapso para a democracia⁸.

Ocorre que é temível no atual estágio, com o advento da robótica e demais tecnologias oriundas da I40, a qual é utilizada inclusive pelos governos, que o cenário de desemprego e ausência de políticas públicas para solucionar tal questão venha a trazer à tona novamente um cenário de democracia meramente representativa e erosão da cidadania, tal como vivenciada, especificamente em Portugal, nos anos 2011 – 2015.

É irrefutável que as tecnologias da Revolução 4.0 vieram para fazer parte do dia-a-dia. Diante disso, evidencia-se um, dentre os muitos, desafio do direito no contexto de Revolução 4.0: gerar empregos para as pessoas, treiná-las para suas novas funções e absorver essa realidade para que as novas gerações que ainda estão em idade escolar aprendam ofícios compatíveis com tal cenário.

Nesse sentido, o relatório apresentado pela Northern Ireland Council for Voluntary Action (NICVA) é certo em demonstrar o impacto da Revolução sob o ponto de vista nos empregos e o que é esperado para as próximas gerações:

⁸ “Na Comunidade Monetária Européia, a restrição da capacidade política dos Estados de agir através dos “mercados” pode ser perversamente vista. A transformação do Estado Fiscal para o Estado da Dívida aqui apresenta-se no círculo vicioso entre o resgate dos bancos em dificuldades por causa dos Estados, os quais, por sua vez, são movidos pelos mesmos bancos em falência - com a consequência de que o regime financeiro é dominante prevalece face aos direitos da população. O que isso significa para a democracia, vimos ao microscópio durante a noite de cúpula em Cannes, quando o primeiro-ministro grego, Papandreu, foi forçado por seus braços direito a cancelar um referendo planejado. É de Wolfgang Streeck o mérito pela prova de que a “política do Estado da dívida”, que o Conselho Europeu tem vindo a prosseguir por insistência do Governo Federal alemão desde 2008, está no Essencialmente, o padrão de política favorável ao capital que entra no crise levou” (HABERMAS, Jürgen. *Demokratie oder Kapitalismus?* [em linha] [consult. 07 Abr 2020]. Disponível em https://www.blaetter.de/sites/default/files/downloads/zurueck/zurueckgeblaettert_201509.pdf, citação traduzida do original).

The characteristics of the fourth Industrial Revolution are destined to bring about different impacts on employment, which are no longer confined to one industry, but all industries. At the same time, a lot of jobs will disappear, but there will be a lot of new job requirements. It is expected that more than 65% of children entering primary school today will end up working in completely new jobs that currently do not exist when they enter the workplace 15 years from now. As the changes brought by the social media, digital publications and e-commerce, the most in-demand occupations did not exist 10 or even five years ago. According to the Future of Employment report, around 47 percent of total US employment is in the high risk category. People may be more concerned about what types of jobs are at high risk than specific Numbers. So which jobs are at greatest risk? What jobs will be safe in the future?⁹

Diante da situação exposta é que se passa a pensar na Educação 4.0: o uso das tecnologias dentro do ambiente de escolar e acadêmico, bem como o uso delas para desenvolver as competências profissionais das novas profissões.

2.2 Breves apontamentos sobre a questão perante o ordenamento jurídico português e do estado do Paraná

Em que pese não haver ainda, no âmbito da república portuguesa, legislação específica regulamentando o uso das tecnologias oriundas da Revolução 4.0, verifica-se que não há ausência de legislação possível de ser aplicada para essa seara. Fazendo-se uso da interpretação e hermenêutica jurídica, verifica-se que a Lei de Bases do Sistema Educativo é expressa em dizer que o ensino é uma garantia do Estado Democrático de Direito, ficando, assim, clara a relação dentre o desenvolvimento de políticas públicas educativas e a democracia¹⁰.

Interessante verificar, ainda, que nas alíneas “g”, “h” e “i” do artigo terceiro da supramencionada Lei, ao dispor sobre os princípios organizativos do sistema educacional português, é expresso quanto a necessidade da educação se adaptar à realidade, dar acesso à ciência e proporcionar oportunidade de aperfeiçoamento decorrente das inovações tanto científicas quanto tecnológicas:

Artigo 3.º
(Princípios organizativos)
O sistema educativo organiza-se de forma a:

9 NORTHERN IRELAND COUNCIL FOR VOLUNTARY ACTION. The Impacts of the Fourth Industrial Revolution on Jobs and the Future of the Third Sector. [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em https://www.nicva.org/sites/default/files/d7content/attachments-articles/the_impact_of_the_4th_industrial_revolution_on_jobs_and_the_sector.pdf

10 Art. 1º-1, art. 2º-1, art. 2º-2. PORTUGAL. *Lei 46/1986, de 14 de Outubro* [em linha] [consult. 07 Feb 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70328402/202103071520/70486655/diplomaExpandido/indice?q=+Lei+de+Bases+do+Sistema+Educativo%3B>

- (...) g) Descentralizar, desconcentrar e diversificar as estruturas e acções educativas, de modo a proporcionar uma correcta adaptação às realidades, um elevado sentido de participação das populações, uma adequada inserção no meio comunitário e níveis de decisão eficientes;
- h) Contribuir para a correcção das assimetrias de desenvolvimento regional e local, devendo incrementar em todas as regiões do País a igualdade no acesso aos benefícios da educação, da cultura e da ciência;
- i) Assegurar uma escolaridade de segunda oportunidade aos que dela não usufruíram na idade própria, aos que procuram o sistema educativo por razões profissionais ou de promoção cultural, devidas, nomeadamente, a necessidades de reconversão ou aperfeiçoamento decorrentes da evolução dos conhecimentos científicos e tecnológicos; (...) ¹¹

Ora, considerando a Lei que dita as diretrizes básicas da educação em Portugal, em que pese não ter uma legislação regulamentando como será o uso da tecnologia na educação, tampouco como deverá ser feito o uso da tecnologia no campo laboral para além dos muros das indústrias, é notório que se encontra guarita legal para a introdução das aludidas tecnologias no âmbito educacional, de forma a garantir que as novas gerações estejam preparadas para o novo mercado de trabalho.

No Brasil a situação não é muito diferente: não há legislação específica sobre o uso da tecnologia na educação, porém, utilizando as legislações preexistentes e a hermenêutica jurídica, pode-se extrair que há o direito à educação 4.0. De início, transcreve-se o que determina o Estatuto do Magistério do estado brasileiro Paraná, Lei Complementar n.º 07, de 22 de dezembro de 1976, segundo o qual “a carreira do Magistério caracteriza-se por atividades continuadas e dirigidas à concretização dos princípios, dos ideais e dos fins da educação brasileira” ¹². Interessante, ainda, frisar que a mesma lei dispõe que “o Professor ou Especialista de Educação tem o dever constante de considerar a relevância social de suas atribuições, cabendo-lhe manter conduta moral, funcional e profissional adequada à dignidade do Magistério, observando as normas seguintes: (...) c) utilizar processos de ensino que se não afastem do conceito atual de Educação e Aprendizagem” ¹³.

Para que não restem dúvidas quanto à análise dos textos dos ordenamentos jurídicos citados, esclarece-se que as ciências jurídicas não são estanques e imutáveis, tal como ocorre com as ciências exatas, sendo que o Direito é altamente dinâmico uma vez que é a ciência

11 Art. 3. PORTUGAL. *Lei 46/1986, de 14 de Outubro* [em linha] [consult. 07 Fev 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70328402/202103071520/70486655/diplomaExpandido/indice?q=+Lei+de+Bases+do+Sistema+Educativo%3B>

12 Art. 6. PARANÁ. *Lei Complementar 07/1976, de 22 de Dezembro* [em linha] [consult. 07 Fev 2021]. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=7682&codItemAto=67826>

13 Art. 82.c. PARANÁ. *Lei Complementar 07/1976, de 22 de Dezembro* [em linha] [consult. 07 Fev 2021]. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=7682&codItemAto=67826>

que busca regulamentar as relações sociais¹⁴, as quais estão em constantes mudanças. Portanto, conforme bem ensina Calvo Garcia¹⁵, é imprescindível que a análise do Direito e sua aplicação visem aproximar-se da realidade das relações sociais a que busca reger e seu contexto, sob pena de, assim não sendo, torna-se inócuo.

Ora, considerando o exposto quanto à aludida dinamicidade do Direito e a necessidade de se adequar a educação da rede pública estadual, o Estado do Paraná já começou a implementar formações focadas nas novas necessidades do mercado e nas profissões promissoras para um futuro próximo, de forma a preparar os estudantes para que não enfrentem o desemprego ao concluírem seus estudos.

Um dos programas que se pode citar como exemplo da implantação efetiva da educação 4.0 é o Programa Edutech, o qual, “é uma iniciativa da Secretaria de Estado da Educação e do Esporte, que visa a formação de estudantes na área de tecnologia e inovação para o desenvolvimento de projetos significativos à comunidade. Ao final da formação, os estudantes terão a oportunidade de serem protagonistas na aplicação de estratégias para resolução de problemas, desde suas práticas escolares e vivências pessoais”¹⁶.

Por meio do referido programa, os estudantes dos últimos anos do ensino fundamental e médio tem a oportunidade de aprender durante cinco anos sobre as tecnologias e adquirir habilidades de programação, como desenvolvimento de gamers e animações, criação de jogos 2D, programação front-end com HTML e CSS, desenvolvimento de aplicativos, análise e processamento de dados, programação em Python e demais questões afetas.

Também foi introduzida a inteligência artificial para a correção dos textos dos estudantes da rede pública estadual por meio da ferramenta denominada “Redação Paraná”: “ela é uma plataforma de produção textual que trabalha de forma integrada com o professor. A inteligência artificial corrige a estrutura da língua – Gramática e o professor fica responsável em corrigir a parte discursiva e subjetiva da redação elaborada pelo aluno”¹⁷.

Ora, fica evidenciado pelos exemplos acima que tanto no cenário português quanto no cenário brasileiro há amplo respaldo para se inserir no currículo escolar as tecnologias da

14 Conforme o ilustre jurista Hans Kelsen, expõe “o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4). Nesse mesmo sentido, disserta: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 121).

15 CALVO GARCÍA, Manuel. *Teoría del derecho*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 50.

16 PARANÁ. *EDITAL N.º 01/2021 – DTI/SEED* [em linha] [consult. 02 Mai 2021]. Disponível em: http://www.educacao.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2021-03/edital012021_dti_seed.pdf

17 PARANÁ. *Redação Paraná* [em linha] [consult. 02 Mai 2021]. Disponível em: http://www.escoladigital.aluno.pr.gov.br/redacao_parana#

Revolução 4.0, como uma atitude de responsabilidade não apenas intelectual dos estudantes, mas também como meio de prepara-los para enfrentar o mercado de trabalho que está em franca mudança com o advento das tecnologias da I40.

Com isso, não se pretende afirmar que não seja necessária a superveniência de legislação própria. O que se pretende deixar claro é que, conquanto não há texto legal específico, é possível, utilizando das legislações já existente, fazer a inserção das tecnologias e preparar educacionalmente as crianças e jovens para enfrentarem um mercado de trabalho inovador, evitando, assim, que o desemprego se torne sistêmico por ausência de adaptação às novas realidades e necessidades no campo laboral trazidas pela Revolução Industrial 4.0.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou verificar se há legislação em Portugal e no Brasil que possa ser aplicada, por meio de interpretação e hermenêutica jurídica, visando o direito ao acesso às tecnologias introduzidas pela Revolução 4.0 na seara da educação, tendo em vista a ausência de legislação específica para tal cenário.

Considerando que as legislações portuguesa e paranaense existentes deixam clara a obrigação da Administração Pública em fornecer educação de qualidade e pautada nas melhores práticas da época em que está-se lecionando, verifica-se que é perfeitamente possível utilizar tais legislações para fomentar o desenvolvimento e uso de tecnologias visando a educação 4.0, ou seja, a educação moderna e contemporânea inserida no contexto de necessidade de se desenvolver uma base curricular focada na realidade que os educandos se encontram e que enfrentarão ao graduarem: um mundo marcado pelas mudanças, inclusive no âmbito laboral, pela Quarta Revolução Industrial, sendo imperioso que sejam adequadamente instruídos para enfrentar tal realidade.

Ou seja, tomando como base as legislações colacionadas nos parágrafos anteriores deste trabalho, é há amparo para a implementação de políticas públicas educacionais para aperfeiçoar e atualizar os cidadãos portugueses e brasileiros que começaram a sentir os efeitos do desemprego em razão da inserção das tecnologias, bem como para educar as crianças e jovens em idade escolar para desenvolverem as habilidades que o mercado 4.0 exige, evitando desemprego futuro e impacto social por ausência de labor.

É cristalino que com o uso das tecnologias de ponta há (ou haverá em breve) uma redução de necessidade de mão de obra humana para serviços repetitivos ou “braçal”, sendo importante, assim, utilizar do permissão legal para incentivar os cidadãos dos setores que potencialmente serão mais afetados pelo “desemprego tecnológico” antes do mesmo torna-

se epidêmico a retornarem para o ambiente escolar ou acadêmico, de forma a aprenderem a utilizar as tecnologias e as novas profissões com a maior brevidade possível, bem como introduzir as mudanças no currículo escolar para as escolas lecionem tais habilidades para as crianças e jovens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALVO GARCÍA, Manuel. *Teoría del derecho*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 50.

HABERMAS, Jürgen. *Demokratie oder Kapitalismus?* [em linha] [consult. 07 Abr 2020]. Disponível em https://www.blaetter.de/sites/default/files/downloads/zurueck/zurueckgeblaettert_201509.pdf, citação traduzida do original

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4). Nesse mesmo sentido, disserta: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 121.

NORTHERN IRELAND COUNCIL FOR VOLUNTARY ACTION. The Impacts of the Fourth Industrial Revolution on Jobs and the Future of the Third Sector. [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em https://www.nicva.org/sites/default/files/d7content/attachments-articles/the_impact_of_the_4th_industrial_revolution_on_jobs_and_the_sector.pdf

PARANÁ. *EDITAL N.º 01/2021 – DTI/SEED* [em linha] [consult. 02 Mai 2021]. Disponível em: http://www.educacao.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2021-03/edital012021_dti_seed.pdf

PARANÁ. *Lei Complementar 07/1976, de 22 de Dezembro* [em linha] [consult. 07 Fev 2021]. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=7682&codItemAto=67826>

PARANÁ. *Redação Paraná* [em linha] [consult. 02 Mai 2021]. Disponível em: http://www.escoladigital.aluno.pr.gov.br/redacao_parana#

PORTUGAL. *Lei 46/1986, de 14 de Outubro* [em linha] [consult. 07 Fev 2021]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/70328402/202103071520/70486655/diplomaExpandido/indice?q=+Lei+de+Bases+do+Sistema+Educativo%3B>

SIEMENS. Robôs de desinfecção inteligentes para combate do coronavírus. [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://new.siemens.com/br/pt/empresa/stories/industria-4-0/corona-virus-siemens-aucma.html>

THE ROBOT REPORT. Coronavirus response growing from robotics companies [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://www.therobotreport.com/coronavirus-response-growing-robotics-companies/>

WORLD ECONOMIC FORUM. 9 quotes that sum up the Fourth Industrial Revolution [em linha] [consult. 29 Ago 2020]. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/9-quotes-that-sum-up-the-fourth-industrial-revolution/>

DEMOCRACIA, DIREITOS E EXCLUSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O poder da (des)informação nas democracias contemporâneas

Democracy, rights and exclusion in information Society: The power of (dis)information in contemporary democracies

TATIANA TOMIE ONUMA¹

Sumário: 1. Informação, ignorância e verdade. 2. Infoexclusão e o silenciamento informacional. 3. Direitos Humanos e democracia: participação, representação ou isolamento?

Resumo: As Competências e potencialidades comunicativas insurgem como elementos indispensáveis ao estudo das democracias contemporâneas. Defender a democracia, os direitos humanos, os direitos fundamentais, e buscar combater a desigualdade social, implica em reconhecer a influência das tecnologias de informação e comunicação nesses cenários. A informação se transforma em elemento de poder não apenas comunicativo, mas de poder político, econômico e social. Dessa forma, quais são as ameaças e meios para contenção e adequação às realidades democráticas? O que deve passar a ser considerado quando se analisa a função da informação no contexto de uma democracia que pretende ser deliberativa? Coloca-se como ponto central de discussão a investigação do poder da desinformação, sobretudo no que tange à proteção da democracia, do combate às desigualdades sociais e a valorização da educação. Por meio do método analítico de revisão bibliográfica, utiliza-se da interdisciplinaridade necessária entre escritos jurídicos, filosóficos e sociológicos, com algumas observações sobre o cenário global e brasileiro. Ainda, partindo da análise da relação entre informação, ignorância e verdade, chega-se à problemática dos dois fenômenos destacados: infoexclusão e silenciamento informacional. Por fim, se analisam as consequências desse contexto na proteção dos direitos humanos e da democracia, sinalizando a educação como principal instrumento para o combate à desinformação.

Palavras-chave: Democracia; Informação; Comunicação; Direito.

Abstract: Competences and communicative potentials emerge as indispensable elements for the study of contemporary democracies. Defending democracy, human rights, fundamental rights, and seeking to combat social inequality, implies recognizing the influence of information and communication technologies in these scenarios. Information becomes an element of power that is not only communicative, but political, economic and social. Therefore, what are the threats and means for containment and adaptation to democratic realities? What should be considered when analyzing the function of information in the context of a democracy that intends to be deliberative? Investigating the power of disinformation is a central point of discussion, especially with regard to the protection of democracy, the fight against social inequalities and the enhancement of education. Through the analytical method of bibliographic review, the necessary interdisciplinarity between legal,

¹ Universidade Federal de Mato Grosso. Brasil. Aluna do Mestrado em Direitos Humanos e Fundamentais da Faculdade de Direito da UFMT. tati.tomie@gmail.com.

philosophical and sociological writings is used, with some observations on the global and Brazilian scenario. Moreover, starting from the analysis of the relationship between information, ignorance and truth, arises at the problem of the two highlighted phenomena: infoexclusion and informational silencing. Finally, the consequences of this context on the protection of human rights and democracy are analyzed, signaling education as the main instrument for combating disinformation.

Keywords: Democracy; Information; Communication; Law.

1. Informação, ignorância e verdade

Desde 1964, Marshall McLuhan² aponta que a imprensa era inseparável do processo democrático. Não apenas a imprensa, mas, na realidade contemporânea, é possível afirmar que todo o processo de comunicação é intrinsecamente correlacionado com a democracia, transformando a informação em um elemento de poder não apenas comunicativo, mas também político, econômico e social.

A esfera pública e política, é ampliada de forma exponencial e se mantém ininterruptamente modificada com o desenvolvimento de novos meios de comunicação e redes sociais. Ignorar o papel e a força desses elementos no contexto democrático atual não se adequa à realidade em que esses regimes políticos se encontram instalados. A constituição da opinião e vontade política em democracias que pretendem ser deliberativas perpassam pelas novas tecnologias, cujo surgimento não é acompanhado pela respectiva regulação e compreensão.

Quando Habermas³ sinaliza a mudança estrutural da esfera pública e as novas configurações de publicidade, depreende-se que o potencial deliberativo e comunicativo pode ser prejudicado pelo uso manipulado da capacidade de comunicação dos indivíduos e grupos, bem como pelos meios utilizados.

No Direito, estudos voltados à discussão sobre o impacto de tecnologias por muitas vezes se restringe às legislações ou discussões que versem sobre casos práticos, onde ferramentas tecnológicas e direitos, majoritariamente, privados são ofendidos ou se encontram situações conflituosas ante as novas tecnologias.

² MCLUHAN, Marshall. Understanding media. The extensions of man. Cambridge: The MIT Press.1994, p. 201

³ HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp.2014, p. 467.

No âmbito do direito público, ainda que se discuta a influência de *fake news* e questões relativas à liberdade de expressão, não abrange a esfera da comunicação como elemento de poder político-jurídico, capaz de influenciar e interferir não apenas em relações privadas, mas na própria garantia de direitos, incluindo aqueles ditos fundamentais, além da liberdade de expressão.

A percepção da força da informação dentro de uma sociedade midiaticizada e de processos democráticos não culmina no real valor que deve ser dado ao fenômeno de midiaticização da democracia em si.

A democracia, pois, se apresenta como regime político inicialmente desenhado para representação e participação de todos. No entanto, quando a informação como formadora da opinião e vontade política não é distribuída a todos, se concentra no atendimento de interesses privados, bem como exclui àqueles que dela não tem acesso ou não sabem como utilizar, percebe-se que a informação se torna um elemento constituinte da própria lógica democrática, afetando, de forma direta, a própria essência de uma democracia.

Assim, ao invés da informação, observa-se a ignorância, voluntária ou involuntária acerca de temas discutidos, seja pela impossibilidade de acesso como pela possibilidade, mas com uso acrítico e inconsciente.

Informação, ignorância e a verdade, enquanto elementos que deveriam compor o conhecimento e a vivência de um cidadão dentro de uma democracia, se tornam elementos cada vez mais confusos, sem um corpo definido que permite que não se confundam entre si.

As barreiras da ignorância e da verdadeira informação se tornaram ainda mais tênues, sendo possível conhecer uma informação e permanecer ignorante perante seu real conteúdo e significado, quando desviada sua razão por concepções e interpretações equivocadas.

A verdade, por sua vez, elemento de caráter filosófico, social e ético complexo por sua própria natureza, se torna cada vez mais relativa, ao passo que cada indivíduo assume suas próprias concepções como absolutas, ou transformam inverdades em verdades para fins de atender aos seus interesses pessoais ou de determinado grupo ao qual pertençam.

Assim, ao lado oposto da informação tem-se a desinformação e a ignorância. Isto é, quando se substitui o conhecimento e a boa informação pelo conhecimento superficial, ou

pela ignorância (quase que) irreparável fundada em informações falsas tidas como verdadeiras e que não têm a pretensão ou a capacidade de serem corrigidas.

A verdade e a mentira tornam-se questões relativas e não factuais, permitindo que cada um se considere “dono” de uma verdade própria. Torna-se distante o idealizado consenso habermasiano, bem como a realidade social da sociedade que se autoneia pós-moderna, se revela cada vez mais falha e complexa, como alertado por Boaventura de Sousa Santos⁴.

A verdadeira política deliberativa também se distancia do seu objetivo pretendido, já que não há o mínimo substrato ético-jurídico que permita que o funcionamento das instituições democráticas não seja infectado por essa mesma carga de inverdades, ignorância e desinformação.

Há uma subversão do Estado de Direito e da função das instituições. Se utiliza da própria constituição e dos próprios direitos para tal fim. Politizam-se direitos e judicializam-se questões que não deveriam, a princípio, ser judicializadas.

As mídias disseminam o conteúdo, ora pela ignorância permanente, ora pela desinformação, seja em caráter doloso ou accidental. Não se pode cobrar da sociedade uma postura que não seja o reflexo das suas instituições, que reverberam comportamentos pautados por inverdades, da mesma forma como também parece impossível exigir instituições justas, verdadeiramente democráticas e protetoras da verdade se estas representam a opinião pública que passa a ser construída por mentiras e má-informação.

O poder da informação para a democracia é conceber que ela se encontra dependente da melhora e correção da capacidade informativa e comunicativa da sociedade, do Estado e das mídias, com uso consciente, crítico e coordenado das redes sociais.

Boaventura de Sousa Santos⁵ comenta sobre como a modernidade trouxe um infinito leque de possibilidades, mas não se pode desejar tudo o que é possível apenas pelo fato de ser possível. Logo, não se deve utilizar mídias e o poder das TIC's (tecnologias de comunicação e informação) para o apagamento da consciência crítica de informatização e

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ibid.*, p. 94.

conhecimento, apenas sob a justificativa de que esse é, infelizmente, um uso que se comprovou possível.

Pelo contrário, ainda se deve desejar o utópico uso consciente. A educação informacional, talvez, apesar de incipiente e pouco difundida, seja o início do caminho para construção de racionalidades críticas e éticas, conscientes social e coletivamente do que ocorre na atualidade das sociedades que buscam salvar suas democracias da desconfiguração do regime adotado.

A erosão das democracias, não mais se encontram ameaçadas por “reversões autoritárias”, mas sim por “retrocessos constitucionais”⁶ causados, em sua maioria, pelo uso ardiloso e incorreto das tecnologias de comunicação. Os elementos que ameaçam uma democracia como o populismo, favoritismo e corrupção se tornam elementos que encontram espaço para impulsionamento e ocorrência pelas redes sociais ou, ainda, impulsionados pelo uso desse espaço digital de forma desregulada e descoordenada.

A informação (correta) torna-se raridade ou objeto elitista, situação na qual apenas aqueles considerados aptos e suficientemente pré-informados saberão filtrar as informações que recebem, com a ressalva de que, mesmo aqueles com condições para se informar oportunamente decidem permanecer na ignorância e na inverdade, por ser politicamente e moralmente cômodo quando envolvidas questões polêmicas ou que retirem o privilégio de sua zona de conforto.

Conhecimentos sobre mídia e informação tornam-se competências necessárias para a prática e vida política e social cotidiana, adentrando também à esfera do discurso democrático e da participação social. A compreensão crítica da forma como as mídias e os meios de comunicação e veiculação de informação devem ser tomados como questões de engajamento educacional servem, pois, como instrumentos de garantia, manutenção e proteção da liberdade de expressão e da informação, do direito ao pluralismo, do diálogo e da harmonia intercultural de uma boa governança democrática.

Não é por outras razões que os pilares de uma boa governança elencados pela UNESCO são compostos pela “transparência, prestação pública de contas e participação

⁶ HUG, Aziz Z. GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. UCLA Law Review, Vol. 65, University of Chicago, Public Law Working Paper n. 642. Janeiro/2017. Disponível SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2901776> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2901776>

cívica”, os quais se pondera que, “difícilmente são alcançados sem mídias e sistemas de informação abertos”⁷.

Em simples ilustração da tríade composta pela democracia e boa governança em relação recíproca de benefícios e aperfeiçoamento pelas mídias como provedoras de informação e a formação de uma cidadania alfabetizada nesses meios, chega-se a seguinte imagem:



Fonte: UNESCO, Alfabetização midiática e informacional⁸

É a partir da busca no equilíbrio dessas relações que se deve priorizar a alfabetização midiática e digital não apenas como questão econômica para ingresso no mercado de trabalho cada vez mais tecnológico, mas por compreender o papel desses meios na própria inclusão para participação política e social.

2. Infoexclusão e o silenciamento informacional

As sociedades se organizam de forma cada vez mais complexas e as relações sociais assim as acompanham. Questionamentos e debates de matéria pública, publicações e notas públicas emitidas por políticos de um país, debates não oficiais entre representantes políticos por redes sociais, informações de caráter público e universal repassadas unicamente nos meios digitais, cadastro de serviços públicos exclusivamente por plataformas online⁹, se tornam comuns no cotidiano de democracias contemporâneas.

⁷ WILSON, Carolyn. Alfabetização midiática e informacional: currículo para formação de professores / Carolyn Wilson, Alton Grizzle, Ramon Tuazon, Kwame Akyempong e Chi-Kim Cheung. – Brasília: UNESCO, UFTM, 2013, p. 26.

⁸ WILSON, Carolyn. Ibid., p. 25.

⁹ Neste caso, ressalta-se a situação evidenciada pela pandemia do Covid-19, onde o cadastramento de pessoas para vacinas, notícias e acompanhamento dos números oficiais se tornaram práticas cada vez mais usuais.

Presidentes, ministros, parlamentares que se valem das redes sociais para exprimir, de forma obliterada, posições e ideias, acabam por ultrapassar a esfera da liberdade de expressão e opinião, investidos em cargos políticos e responsáveis por suas próprias ações.

Assim, como consequência direta, temos uma crescente sensação de impotência na responsabilização dos políticos (*accountability*), ao mesmo tempo em que conhecer seus posicionamentos e interagir diretamente com eles pelas redes sociais nunca havia sido tão fácil. *Fake news* se tornaram corriqueiras no cotidiano e a sua repressão e contenção passaram também a ser banalizadas. Com isso, cresce uma tolerância frente às notícias falsas, cenário extremamente perigoso e ameaçador às democracias.

A ausência de certezas sobre a veracidade das informações que se recolhe de mídias, falas de personagens políticos, públicos e atores individuais em redes sociais se torna algo verdadeiramente problemático. A mídia e os meios de imprensa, quando não prejudicados pela informação mercadológica e seletivista e sensacionalista, é contraposta à opressão de fontes seguras de informação quando contrárias às figuras totalitárias, no movimento de repressão da mídia e imprensa típico de líderes populistas e autoritários.

Percebe-se uma dicotomia entre o amplo alargamento das potencialidades comunicativas sem que haja uma regulação e um controle efetivo desses meios, ao mesmo tempo em que também coexistem movimentos de repressão e censura.

A informação deixa de ser um elemento de construção da opinião pública para se tornar ferramenta eleitoral de massificação ou transformação de personalidades acríticas e desinformadas.

O paradoxo da aproximação digital e afastamento político dos cidadãos inseridos em uma democracia é um processo ainda mais agravado quando se percebe o surgimento de dois fenômenos: a infoexclusão e o silenciamento informacional.

Ao mesmo tempo em que se pode pretender culpabilizar os receptores da informação como incapazes de perceber inverdades, é certo que a infoexclusão, com a segregação de grupos sociais dos fluxos de informação, torna ainda mais problemática a desinformação.

Desinformação e ausência de informação são duas coisas distintas e de consequências prejudiciais à democracia também diferentes. A primeira se dá quando as informações inverídicas e distorcidas são orientadas para fins de manipulação, ocultação de

fatos, ou ainda, incitação à movimentos de ódio. Já a ausência de informação, a aqui chamada infoexclusão, se dá quando cidadãos não possuem acessos às ferramentas de tecnologias de informação ou, ainda, quando possuem acesso, mas não possuem educação informacional e tecnológica suficiente para utilizá-las (caso de idosos, crianças, por exemplo).

A infoexclusão é algo que não implica somente em uma exclusão oriunda das condições socioeconômicas (ter ou não recursos para adquirir ferramentas e aparelhos digitais), mas pela seletivização das potencialidades que se deseja incluir no espaço digital.

Idosos, pessoas com deficiência, mulheres, indígenas e negros, por exemplo, geralmente possuem um menor acesso às ferramentas, ainda que possuam recursos suficientes para as adquirir¹⁰. A infoexclusão acompanhada da desinformação e ignorância são condições distintas, mas conjuntamente prejudiciais, que corroem a democracia, os direitos políticos e as atividades institucionais de forma interna, representando um perigo de silenciamento também silencioso.

É neste contexto que aparece o segundo fenômeno mencionado: o silenciamento informacional. Ele significa que, ao contrário do objetivo de expansão comunicativa das mídias e meios de comunicação, quando esta se comporta na forma excludente e seletivista mencionada anteriormente, acaba por ter efeito inverso, isto é, silencia e oprime a potencialidade comunicativa e expressiva de grupos e indivíduos marginalizados.

Não apenas isso, mas o silenciamento informacional também ocorre em modalidade passiva, quando, em razão da leitura acrítica e inconsciente do contexto informacional, silencia-se a autonomia de pensar, agir e falar, criando pessoas e grupos sociais que apenas reproduzem, sem qualquer filtro, mensagens e informações a eles repassadas muitas vezes de forma manipuladora.

A infoexclusão é uma nova forma de exclusão social, onde a informação passa a representar uma commodity¹¹, um elemento econômico de ampla força política e de participação social.

Assim, estar consciente e desenvolver políticas públicas voltadas ao controle dos efeitos da infoexclusão é medida que evita a ampliação das diferenças já existentes, e do

¹⁰ Não obstante, reconhece-se que a falta de condições financeiras também é maior entre esses grupos. Todavia, mesmo entre aqueles que possuem recursos, a educação informacional e tecnológica ainda é defasada.

¹¹ MCLUHAN, Marshall. *Ibid.*, p. 207.

controle dessas diferenças se beneficia para sua própria contenção. Em outras palavras, é importante que se busque “alternativas para a diminuição das diferenças existentes atualmente e, que, essas diferenças não sejam ampliadas em razão do uso das tecnologias”¹².

3. Direitos Humanos e democracia: participação, representação ou isolamento?

Toda a discussão leva a noção de que, para pensar em um governo e administração pública que exerçam suas atividades de forma digital, é preciso que a cidadania também acompanhe referida alteração.

Nos termos utilizados em estudo sobre inclusão digital e educação para competência informacional, não há “governo eletrônico”, sem “cidadãos digitais”. Isso não significa que apenas serão considerados cidadãos aqueles que dispuserem e saibam manusear os recursos tecnológicos, mas implica no dever do Estado na promoção da democratização do uso dessas ferramentas e na formação de competências informacionais, por meio de um processo educacional nesse sentido.¹³

Os direitos humanos como um processo de luta pela dignidade, construídos e reconstruídos a partir da movimentação social de construção da sociedade¹⁴ encontram na liberdade de expressão e opinião, aliada a liberdade de informação componentes essenciais para esses movimentos de emancipação e busca pela redução de desigualdades sociais como um todo.

É, pois, de grande importância, o resgate da ideia da dualidade da liberdade de expressão com o direito à informação, sob o risco de (des)democratização por meio da desinformação político-social, da ignorância política deliberada e tolerada socialmente, e da acriticidade da participação e do exercício do poder político.

¹² OLIVEIRA, Antonio Francisco Maia. BAZI, Rogerio Eduardo Rodrigues. A sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos. Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação, Campinas, v.5, n. 2, p.115-131, jan/jun. 2008, p. 125.

¹³ SILVA, Helena et al. Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. Ci. Inf., Brasília, v. 34, n. 1, p. 28-36, jan. 2005, p. 129.

¹⁴ FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 22.

Esse resgate apenas poderá ocorrer com a educação política, voltada para democracia e para os direitos humanos, fundamentada pela ética da emancipação e pela consciência e sensibilidade crítica ao Outro.

A educação informacional é fundamental para que a alfabetização, letramento e fluência informacional sejam conceitos universalizáveis, não restritos a países ou esferas acadêmicas.

Alfabetização digital como a capacidade de compreensão dos signos linguísticos, codificando-os e decodificando-os no meio virtual é acompanhada e distinguida do letramento digital. Já o letramento digital, seria “a habilidade para construir sentido, capacidade para localizar, filtrar e avaliar criticamente informação eletrônica, estando essa em palavras, elementos pictóricos, sonoros ou qualquer outro”.¹⁵

Educar a população dentro da ótica da sociedade da informação é superar as barreiras de desigualdade e segregação que afetam diretamente a infoestrutura, estando atentos aos obstáculos socioeconômicos, mas também reconhecendo os entraves políticos e sociais.

Na busca pela proteção dos direitos humanos em uma sociedade globalizada pelo uso incessante de tecnologias de informação, a educação a ser promovida é mais do que um adestramento ou treinamento para uso irrestrito dessas ferramentas.

Pelo contrário, é na construção de potencialidades e competências informativas que se amplia a possibilidade de crescimento e desenvolvimento social, sem retrocessos humanitários, democráticos, éticos e políticos. É, ainda, tornar os cidadãos aptos a “aprender a aprender, de modo a serem capazes de lidar positivamente com a contínua e acelerada transformação da base tecnológica”¹⁶.

Por isso, ademais da alfabetização e do letramento, se defende a necessidade de políticas que visem a fluência nessas tecnologias, tornando os usuários verdadeiros criadores,

¹⁵ SILVA, Helena et al. Ibid., p. 33.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Ibid., p. 45.

capazes de reformular e se expressar de forma adequada, não apenas recebendo informações, mas também transformando-as coordenadamente e conscientemente¹⁷.

Ao invés de populismos midiáticos, deve-se popularizar a alfabetização informacional, com a democratização de ferramentas tecnológicas capazes de surtir efeitos democráticos em sociedades informatizadas e mediatizadas.

O uso crítico deve se tornar evidente não apenas por discursos, mas por regulações, não apenas de proteção de dados buscando salvaguardar relações particulares, mas para garantir a própria difusão dos avanços tecnológicos e suas respectivas regulações.

As democracias contemporâneas, sejam de regime presidencialista, semi-presidencialista ou de outras formas de organização política, devem perceber que a participação e a representação política na sociedade da informação, marcada por ferramentas digitais, deve ser o oposto do isolamento de indivíduos que postulam verdades individuais dissociadas da realidade fático-social.

O individualismo marcante da modernidade, e inerente à utilização das ferramentas tecnológicas não pode significar a individualização de consciências que devem estar conscientes da irracionalidade global de regimes antidemocráticos, autoritários e preconceituosos.

A garantia da segurança nos usos de ferramentas tecnológicas cotidianas, em contratos particulares, compras online, migração de procedimentos judiciais eletrônicos deve ser a mesma conferida às informações que chegam e constroem as personalidades, a opinião e a vontade de cada cidadão.

Considerações finais

Perceber a informação e comunicação como questões centrais dos estudos democráticos da atualidade, implica em reconhecer as consequências jurídico-políticas do poder adquirido pela informação no contexto da sociedade da informação vigente.

¹⁷ MACHADO, L. R.; GRANDE, T. P. F.; BEHAR, P. A.; ROCHA LUNA, F. de M. Mapeamento de competências digitais: a inclusão social dos idosos. ETD - Educação Temática Digital, Campinas, SP, v. 18, n. 4, p. 903–921, 2016, p. 606

Revela-se preciso acompanhar e buscar compreender a forma como a informação pode ser manipulada e adquirir efeitos inversos do objetivo comunicativo inicialmente pretendido.

O poder político da informação e a força econômica que existe por trás de dados e conteúdos veiculados pelos meios de comunicação não podem ser ignorados.

Além disso, desigualdades sociais integram a forma como as tecnologias funcionam e se distribuem, bem como podem se valer dessas ferramentas para combater o aprofundamento das disparidades e vulnerabilidades já existentes.

Por isso a educação informacional e midiática desponta não como uma obrigação para uniformização do pensamento e uso sobre as tecnologias de informação, mas como instrumento de potencial emancipatório para um uso cada vez mais consciente dessas ferramentas.

Em outras palavras, atuará como ferramenta para reversão do quadro não emancipatório, para fins de que a democratização do acesso à essas ferramentas, com a respectiva educação para seu uso, atendam às necessidades emergentes e urgentes tanto para fins democráticos, como para própria garantia de direitos fundamentais como à educação (básica, secundária, superior e EAD); direito à saúde (procedimentos e telemedicina, agendamento e cadastro de vacinação online); direito ao mínimo existencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Sociedade da informação no Brasil: livro verde. Tadao Takahashi (org.) Brasília, 2000, p. 45.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 56

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp. 2014

HUG, Aziz Z. GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. UCLA Law Review, Vol. 65, University of Chicago, Public Law Working Paper n. 642. Janeiro/2017.

MACHADO, L. R.; GRANDE, T. P. F.; BEHAR, P. A.; ROCHA LUNA, F. de M. Mapeamento de competências digitais: a inclusão social dos idosos. ETD - Educação Temática Digital, Campinas, SP, v. 18, n. 4, p. 903–921, 2016.

MCLUHAN, Marshall. Understanding media. The extensions of man. Cambridge: The MIT Press.1994.

SILVA, Helena et al. Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 34, n. 1, p. 28-36, jan. 2005, p. 129. Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação, Campinas, v.5, n. 2, p.115-131, jan/jun. 2008– ISSN: 1678-765X.

WILSON, Carolyn. Alfabetização midiática e informacional: currículo para formação de professores / Carolyn Wilson, Alton Grizzle, Ramon Tuazon, Kwame Akyempong e Chi-Kim Cheung. – Brasília: UNESCO, UFTM, 20

RECONHECIMENTO FACIAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O CASO CLAIRVIEW NO CANADÁ E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A EXEQUIBILIDADE DAS DECISÕES SOBRE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

Facial recognition and artificial intelligence: the clairview case in Canada and its implications for the enforceability of privacy and data protection decisions

DIEGO FONTENELE LEMOS¹

Sumário: Introdução. 1. Brevíssimas notas sobre a Sociedade da Informação; 2. Inteligência artificial e Reconhecimento facial; 3. O caso *Clairview* no Canadá e a exequibilidade de decisões sobre proteção de dados no Brasil; Considerações Finais.

Resumo: A inteligência artificial e o reconhecimento facial utilizam dados como principal meio para seu funcionamento. A utilização dos dados de usuários, pelas empresas, deve seguir um caminho que vai da coleta, passando pelo tratamento até culminar na distribuição. Toda etapa deve seguir, a risca, a lei dos países em que a empresa atue, pois estar em conformidade é obrigação legal de cada organização. Assim, tratar dados considerados sensíveis, como é o caso das imagens, deve seguir um protocolo ainda mais rígido, em que cada etapa deve ser verificada com maior rigor devido à importância daqueles dados. O caso Clairview é, sem dúvida alguma, um fato emblemático no pior sentido possível. Não apenas a empresa coletou, de maneira irregular, mais de três bilhões de imagens como tratou e disponibilizou essas imagens em um software de reconhecimento facial que foi vendido para milhares de entidades públicas e privadas, permitindo seu uso sem a autorização de qualquer usuário. Além de violar o direito de cada indivíduo a empresa ainda lucrou com a venda do seu sistema de inteligência artificial recusando-se a cumprir as exigências dos órgãos de proteção de dados no Canadá. Caso a Clairview viesse a atuar no país a Lei Geral de Proteção de Dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderiam proteger os dados dos cidadãos brasileiros? É o que se deseja, de forma breve, discutir neste artigo.

Palavras-chave: Reconhecimento facial; inteligência artificial; proteção de dados; privacidade.

Abstract: Artificial intelligence and facial recognition use data as the primary means of functioning. The use of user data by companies must follow a path that goes from collection, through processing to distribution. Every step must follow to the letter the laws of the countries in which the company operates, since being in compliance is a legal obligation for

¹ Mestrando em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de La Empresa (UDE) – Uruguai. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Comunicação Social – Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: diegofontenelelemos@gmail.com

every organization. Thus, handling data that is considered sensitive, as is the case with images, must follow an even stricter protocol, in which each step must be checked even more rigorously due to the importance of that data. The Clairview case is, without a doubt, an emblematic fact in the worst possible sense. Not only did the company irregularly collect more than three billion images, but it also processed and made available these images in facial recognition software that was sold to thousands of public and private entities, allowing its use without the authorization of any user. In addition to violating the right of every individual the company still profited from the sale of its artificial intelligence system by refusing to comply with the requirements of data protection agencies in Canada. If Clairview were to operate in the country, could the General Data Protection Law and the National Data Protection Authority protect the data of Brazilian citizens? This is what is briefly discussed in this article.

Keywords: Face recognition; artificial intelligence; data protection; privacy.

Introdução

Vivemos em tempos de Big Data, tempos em que os dados de usuários estão disponíveis, por vezes, de forma não autorizada pelos mesmos. A permissão para utilizar os dados deve ser expressa pelo usuário, da mesma forma que o tratamento e utilização devem ser informados para que haja conformidade com a legislação nacional. Os dados sensíveis, como as imagens, devem obedecer a um tratamento ainda mais rigoroso por parte das organizações que as utilizam. O emblemático caso da Clairview no Canadá que se apoderou de mais de três bilhões de imagens de pessoas que estavam disponíveis na internet é um caso clássico de violação da legislação na coleta, uso (tratamento) e divulgação dos referidos dados. Não é porque os dados estão dispostos na internet e redes sociais que eles podem ser coletados, tratados e vendidos sem autorização do usuário. As legislações canadense e brasileira são claras quanto a isso, devendo a empresa estar em conformidade com a lei para poder atuar naquele país. Quanto ao Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados possuem mecanismos que de conformidade podem obrigar as empresas a seguir a legislação no que tange ao assunto em questão.

1. Brevíssimas notas sobre a Sociedade da Informação

A revolução 4.0 averbada aos quatro ventos está ligada à mudança da era social em que vivemos. Especula-se que pós século XX iniciou-se a chamada sociedade informacional, pós-industrial ou pós-moderna. Esse novo tipo de sociedade, conforme Guerra Filho (2014, p. 3), pode ser compreendida:

By "post-industrial society" is not meant, for instance, the original concept proposed by D. Bell (1977), as a society in a development stage where the service sector of the economy is prevalent. What is envisioned here is the emergence of societies where a new, "fourth" sector is developed, since those societies rely basically on the circulation and exchange of information - and that in an increasingly intense and sophisticated way.

Nesse sentido, para Guerra Filho (2014), o processo cibernético de informação é fundamental para que haja a produção de bens e de conhecimento tecnológico. Essa nova sociedade flexibiliza o acúmulo de capital, tendo como característica basilar a fixação da rotação do capital, diferente do que ocorria na fase pós-fordista. Abrusio (2020, p. 23) afirma que essa sociedade é baseada “essencialmente na circulação e na troca de informação”.

Abrusio (2020, p. 34) destaca a importância da frase atribuída a Clive Humby: “*data is the oil*”. Nela pode-se entender a importância que os dados pessoais possuem hoje, comparando-a ao petróleo em sua descoberta. “Os dados pessoais permitem desenvolver psicométrica, quanto ao perfilamento de indivíduos, em aspectos que geram valor [...] Todo esse dilúvio de dados alimenta a máquina algorítmica, formando perfis com especificidades e profundidade até hoje sem precedentes”.

Misugi, Freitas e Efig (2016) asseveram que três fenômenos identificam a revolução informacional, quais sejam: (i) convergência da base tecnológica; (ii) dinâmica da indústria; (iii) crescimento e expansão da internet.

Por sua vez, Costa e Oliveira (2019, p. 2), tomando como base os ensinamentos de Levy e Rodotà, afirmam que no passado a sociedade era baseada essencialmente no presencial, hoje ela é uma sociedade digital, “o que implica sociabilidades amplamente mediadas por tecnologias que fomentam as relações de mercado, pessoais, econômicas, culturais e até mesmo de vigilância, o que se dá por meio da expansão do ciberespaço”.

2. Inteligência artificial e Reconhecimento facial

A inteligência artificial é hoje algo crescente e massificado. Os algoritmos estão por toda parte, controlando da televisão da casa à lâmpada inteligente. Abrusio (2020, p. 206) é taxativa ao afirmar que a cultura do algoritmo, junto à economia de dados e o mercado da atenção, centralizam e controlam diversos aspectos da vida dos indivíduos permitindo-nos inferir que “o cotidiano da vida se desenvolve, em muitos de seus aspectos, por meio da tomada de decisões algorítmicas”. E qual seria o conceito para algoritmo? De modo simplista

pode-se defini-lo como um “conjunto de regras que define precisamente uma sequência de operações para várias finalidades, tais como modelos de previsão, classificação, especializações” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 71).

Horowitz, Sahni e Rajasekaran (1998) definem o conceito de algoritmo como um conjunto de instruções que produzem uma tarefa específica. É composta por cinco critérios: *input, output, definiteness, finiteness e effectiveness*.

An algorithm is a finite set of instructions that, if followed accomplishes a particular task. In addition, all algorithms must satisfy the following criteria: 1. Input: Zero or more quantities are externally supplied. 2. Output. At least one quantity is produced. 3. Definiteness Each instruction is clear and unambiguous. 4. Finiteness If we trace out the instructions of an algorithm, then for all cases, the algorithm terminates after a finite number of steps. 5. Effectiveness. instruction must be basic so that it can be Every very Carried out, in principle by a person using only pencil and paper. It is not enough that each operation be definite as in criterion 3; it also must be feasible (HOROWITZ; SAHNI; RAJASEKARAN, 1998, p.1)

Os autores ainda afirmam que “*An algorithm is composed of a finite set of steps, each of which may require one or more operations. The possibility of a computer carrying out these operations necessitates that certain constraints be placed on the type of operations an algorithm can include*” (HOROWITZ; SAHNI; RAJASEKARAN, 1998, p.1). Tendo como base os conceitos de algoritmo formulados por Peixoto e Silva (2019) e por Horowitz, Sahni e Rajasekaran (1998), pode-se, então, partir para uma breve análise da questão da inteligência artificial.

Freitas e Freitas (2020, p. 28) asseveram que uma inteligência artificial é “um conjunto de algoritmos programados de ordem para cumprir objetivos específicos”².

Para Costa e Oliveira (2019, p. 4) a inteligência artificial é uma “tentativa de reprodução da cognição humana e seus mais variados componentes – como o aprendizado, a memória e o processo de tomada de decisões – mediante o uso de softwares computacionais”.

Assim, a inteligência artificial tem a capacidade de analisar uma vasta coleção de informações que envolvem não apenas dados numéricos. “*AI can gain insights from vast volumes*

² É importante destacar ainda o que dizem Freitas e Freitas sobre a Inteligência Artificial: “o ponto crítico é que os algoritmos de aprendizagem na IA são organizados com maior complexidade do que na automação, pois não apenas seguem regras como também tomam decisões, apreendendo sozinhos sobre os dados coligidos. Implica dizer que, no âmbito da IA, a máquina é um sistema dotado de relativa autonomia. Grife-se: a IA toma decisões. Tal fenômeno não pode ser ignorado” (FREITAS; FREITAS, 2020, p. 29).

of customer and transaction data, involving not just numeric but also text, voice, image, and facial expression data” (DAVENPORT et al., 2019)

A partir da discussão dos conceitos de algoritmo e inteligência artificial formulados acima, é possível analisar a questão do reconhecimento facial realizado por sistemas de inteligência artificial e suas implicações no direito. O reconhecimento facial (ou em inglês Facial Recognition Technology) “consiste no uso de tecnologias por meio das quais se permite a identificação automática de pessoas, como também de objetos” (FILHO, 2021, p. 130).

O sistema funciona por meio de comparações. Quando detectada uma imagem pelo sistema de vigilância ela é comparada com uma outra imagem que foi abastecida em seu banco de dados. Quando a comparação é positiva o sistema alerta para o reconhecimento facial positivo da pessoa ou objeto (FILHO, 2021). O reconhecimento facial opera mediante o uso de biometria para mapear características faciais de uma pessoa presente em uma fotografia ou vídeo, comparando as informações obtidas com um banco de dados de rostos conhecidos para encontrar uma correspondência (COSTA; OLIVEIRA, 2019, p. 6).

Filho (2021) destaca ainda que há limitações pendentes sobre os sistemas de reconhecimento: a) Ainda não há como diferenciar o rosto de uma pessoa de uma fotografia da mesma; b) o segundo diz respeito à dificuldade de analisar imagens de pessoas em movimento, particularmente em relação ao ângulo que está sendo captado pelo sistema de vigilância, isto é, o ideal é que a captura da imagem seja feita com a pessoa parada; c) ainda há a possibilidade do sistema falhar ao reconhecer as pessoas, apontando falsos positivos (FILHO, 2021).

O reconhecimento facial é uma ferramenta que tem a finalidade de identificar pessoas utilizando a face das mesmas e comparando com um vasto banco de dados de imagens. Busca-se encontrar padrões de semelhança entre a imagem capturada e as imagens que constituem o banco de dados objetivando identificar aquele indivíduo. É considerada um meio de reconhecimento menos invasivo, pois utiliza-se da geometria facial “incluindo a distância e a proporção entre os olhos e as sobrancelhas, comprimento da linha da mandíbula, tamanho do crânio, linha do cabelo, largura do nariz, da boca, dos lábios, entre outras 80 bases faciais ou pontos nodais” (CONCEIÇÃO; NUNES; ROCHA, 2020, p. 748-749).

Para os autores, a partir dos estudos de Feldstein (2019) há três categorias de reconhecimento facial: a) detecção de rosto: Não é capaz de identificar a pessoa que teve a

imagem capturada pelo sistema. Diferencia a face de objetos. Tem como objetivo verificar a quantidade e a estimativa de pessoas de um local; b) autenticação facial: Permite a comparação de uma imagem facial com uma única imagem armazenada anteriormente. Não há comparação com várias imagens armazenadas em um banco de dados. Analisa as características do rosto com a finalidade de autenticar algo; c) Correspondência facial: Compara a imagem capturada com imagens que estão armazenadas em um banco de dados com a finalidade de identificar o indivíduo.

Para Mordini e Massari (2008) são quatro os requisitos para que se configure um identificador biométrico, seja ele uma característica biológica ou comportamental: a) colecionabilidade, isto é a capacidade de ser medido; b) universalidade: existência de um elemento em todas as pessoas; c) unicidade: o fato de elementos universais serem distintos em cada pessoa; d) permanência do elemento no tempo³. Da mesma forma que os benefícios trazidos pelos sistemas de inteligência artificial permitem uma maior segurança e conforto, existe também a possibilidade destes mesmos sistemas virem a violar direitos como a privacidade e a honra, impondo um limite claro ao uso dessa tecnologia. O que existe hoje é uma dicotomia entre o uso de sistemas de reconhecimento fácil como forma de proteção da sociedade, por uma propagação de sistemas que permitam maior segurança aos cidadãos e o limitação da utilização dos sistemas de reconhecimento facial como forma de evitar eventuais violações ao direito a privacidade (FILHO, 2021).

3. O caso ClearView no Canadá e a exequibilidade de decisões sobre proteção de dados no Brasil

Em fevereiro de 2021, *The Privacy Commissioner of Canada (OPC)*, *the Commission d'accès à l'information du Québec (CAI)*, *the Information and Privacy Commissioner for British Columbia (OIPC BC)*, and *the Information and Privacy Commissioner of Alberta (OIPC AB)* iniciaram uma investigação conjunta contra a Clearview AI INC's sobre a coleta, uso e divulgação de dados pessoais, por meio de ferramenta de reconhecimento facial da empresa, e a verificação da conformidade da organização com as leis federais e provinciais. De forma específica, os

³ No original: "As far as biometrics for personal recognition is concerned, any biological or behavioral characteristic can be used as a biometric identifier providing it satisfies at least four basic requirements: 1) collectability (the element can be measured); 2) universality (the element exists in all persons); 3) unicity (the element must be distinctive to each person); 4) permanence (the property of the element remains permanent over time). Many body features have been investigated,15 yet for almost a century only finger- prints satisfied all these conditions" (MORDINI; MASSARI, 2008, p. 489).

órgãos de privacidade queriam determinar se a Clearview AI INC's: “a) *obtained requisite consent to collect, use and disclose personal information*; b) *collected, used and disclosed personal information for an appropriate purpose*; c) *Reported the creation of a database of biometric characteristics or measurements*. (JOINT...2021, p. 2).

O sistema de reconhecimento facial da Clearview funciona em quatro etapas:

a) “*scrapes*” images of faces and associated data from publicly accessible online sources (including social media), and stores that information in its database; b) creates biometric identifiers in the form of numerical representations for each image; c) allows users to upload an image, which is then assessed against those biometric identifiers and matched to images in its database; provides a list of results, containing all matching images and meta data. If a user clicks on any of these results, they are directed to the original source page of the image (JOINT..., 2021, p. 2).

Com o referido software, a Clearview obteve mais de 3 bilhões de imagens, incluindo dados de cidadãos canadenses e de crianças. A empresa oferece os seus serviços para diversos setores públicos e privados. Não houve por parte da empresa pedido de permissão para colher os dados, pelo contrário, indicaram que os dados eram públicos, pois estavam disponíveis na internet e redes sociais, indo contra a Lei de proteção de dados do Canadá PIPEDA (*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*) e das províncias da Alberta (PIPA AB (*Personal Information Protection Act* (Alberta))) e British Columbia: PIPA BC (*Personal Information Protection Act* (British Columbia))).

Por outro lado, Clearview AI INC's contestou a jurisdição dos referidos órgãos de privacidade e proteção de dados alegando que suas atividades de coleta, uso e divulgação não ocorreram em território canadense e que isso não implicaria na violação dos estatutos de privacidade daquele país.

Em sua defesa, a Clearview alegou:

Specifically, Clearview argued that the circumstances in the matter at hand were such that no real and substantial connection with Canada existed; a) the content referred to in Clearview's platform was not “uniquely Canadian” and that it has content from “several other countries all over the world”; b) Clearview's services were “not directly and solely directed at Canadians” and that “not many Canadians would have used [its] services”, asserting that “beyond the trial users, the only allegation is that one Canadian entity, the RCMP (Royal Canadian Mounted Police), would have used Clearview's services”; c) “there [appeared] to be no evidence that Clearview's services are mainly felt by Canadians”.

Clearview further argued that it is not subject to any provincial privacy laws as in its view:

a) it did not collect, use or disclose personal information “within the provinces of Alberta, Quebec or British Columbia, but rather in the United States”; b) there was “no evidence or allegation” that Clearview did business within said provinces; and c) collection, use or disclosure had to take

place entirely within each province to be applicable under the acts, and that there is “no evidence or allegation” that this took place (JOINT..., 2021, p. 7)

Quanto às recomendações dos órgãos de privacidade e proteção de dados do Canadá, os mesmos emitiram as seguintes sugestões:

a) cease offering the facial recognition services that have been the subject of this investigation to clients in Canada; b) cease the collection, use and disclosure of images and biometric facial arrays collected from individuals in Canada; and c) delete images and biometric facial arrays collected from individuals in Canada in its possession (JOINT..., 2021, p. 18)

É preciso destacar que até o momento da apresentação do referido relatório, a empresa Clearview não se comprometeu a cumprir as recomendações técnicas exaradas pelas referidas autoridades de privacidade e proteção de dados tanto federais quanto provinciais.

Por fim, conclui o relatório que a Clearview IA INC's violou os princípios 4.3 of schedule 1 e seção 6.1 da Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA); Seção 7(1) da PIPA AB, Seção 6-8 da PIPA BC e seções 6 e 12-14 da Quebec's Private Sector Act. Além disso, houve violação da subseção 5(3) da PIPEDA, seções 11, 16 e 19 da PIPA AB, seções 11, 14 e 17 da PIPA BC e Seções 4 da Quebec's Private Sector Act da mesma forma que não houve compliance com as seções 44 e 45 da Act to Establish a Legal Framework for Information Technology.

A exequibilidade desta decisão se deu a partir da proibição de operações da Clairview IA INC's no Canadá e a necessidade da mesma entrar em conformidade com os referidos dispositivos legais para poder atuar no país. Assim, caso a referida organização continue a rejeitar as recomendações de conformidade dos órgãos de proteção de dados do país, os mesmos podem continuar a proibir a atuação no mercado canadense.

Sob a perspectiva do caso Clairview no Brasil, a exequibilidade das decisões sobre privacidade e proteção de dados recaem sob a égide da nova lei geral de proteção de dados e da recém criada Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

A violação do direito à imagem e à privacidade são princípios basilares da proteção de dados previsto no art. 2 da LGPD. A utilização de imagens, que são consideradas dados sensíveis, recaem sobre a proteção do artigo 11 da LGPD que diz: “O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas”

(BRASIL, 2019). No caso da Clairview não houve o consentimento dos titulares na forma e na finalidade específicas, prevista no dispositivo mencionado da LGPD.

Filho (2021, p. 133) assevera que, em caso semelhante ao da Clairview, “no envio de fotos há evidente coleta de dados sensíveis e o seu tratamento analítico. No entanto, há também o armazenamento dessas fotos e, o mais provável, a comercialização dessas fotos para terceiros, tudo mediante o suposto consentimento do usuário”. A LGPD busca resguardar os chamados direitos de personalidade, dentre eles o direito à privacidade, à imagem, à intimidade através da regulação dos tratamentos destes dados. Para isso, a referida lei distingue dados pessoais⁴ de dados pessoais sensíveis⁵.

Nesse sentido, Filho (2021, p. 134) afirma que

No caso para que se possa executar os softwares dotados de algoritmos de inteligência artificial voltados ao reconhecimento biométrico, é imprescindível a realização de atividades descritas como hipóteses de tratamentos de dados sensíveis, entre os quais a coleta por meio da captura de imagem; a análise, por meio de software; e o armazenamento para fins de retroalimentação do software.

O relatório *White Paper on Artificial Intelligence – a European Approach to excellence and trust* de 2020 destaca a importância dos direitos fundamentais em relação ao uso de dados biométricos:

The gathering and use of biometric data for remote identification purposes, for instance through deployment of facial recognition in public places, carries specific risks for fundamental rights. The fundamental rights implications of using remote biometric identification AI systems can vary considerably depending on the purpose, context and scope of the use.

⁴ Dados pessoais: Art. 5, I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; (BRASIL, 2019)

⁵ Dados pessoais sensíveis: ART. 5, II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2019)

Vale destacar ainda que o artigo 9, inciso II diz respeito ao tratamento de dados que por sua vez englobaria o reconhecimento fácil. A problemática está justamente na questão da proteção dos segredos comercial e industrial, prevista no inciso II, que inviabiliza o acesso a tecnologia pelos detentores dos dados. Nesse sentido, afirma Filho (2021, p. 135): “Não há garantias preventivas de mau uso da tecnologia, pois o questionamento é obstado pela proteção aos segredos de negócios, assim como não há a possibilidade de revisão do sistema em caso de enviesamento no tratamento de dados”. Por fim, faz-se mister destacar a obrigatoriedade da requisição do consentimento na coleta, previsto no artigo 7, inciso I. Importante destacar também a necessidade do consentimento do controlador para compartilhar os dados com outros controladores, previsto no artigo 7⁶, §4º e 5º (BRASIL, 2019). Desta forma, fica claro que há uma proteção dos dados capturados pelos equipamentos de reconhecimento facial na legislação brasileira.

Os desafios para os sistemas reconhecimento facial exigem ainda uma grande avanço, mas a lei brasileira configura-se capaz de regular, minimamente, essa questão, baseando-se nos fundamentos do direito da proteção de dados: à privacidade; à autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; aos direitos humanos, à dignidade presente nos demais artigos da nova lei geral de proteção de dados. Quanto à exequibilidade, a lei geral de proteção de dados e a ANPD possuem dispositivos legais suficientes para forçar a empresa a estar em *compliance* com a legislação brasileira. O artigo 55-J, inciso IV, por exemplo, juntamente com os dispositivos acima mencionados, diz que cabe a ANPD “fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso” (BRASIL, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de sistemas de inteligência artificial vem aumentando exponencialmente em todo o mundo. Da mesma forma que a grande quantidade de dados disponíveis na internet e redes sociais é um problema a ser administrado tanto pelo usuário (com a

⁶ “§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei” e § 5º” O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei” (BRASIL, 2019)

autorização para uso) quanto pelas plataformas (com o tratamento legal dos mesmos) as empresas devem estar atentas à forma como esses dados disponíveis vão ser utilizados, prezando sempre pela permissão e tratamento legal dessas informações. O uso de dados de forma indiscriminada, sem autorização dos usuários e tratada de forma não legal pelas organizações pode acarretar sérios problemas, particularmente nas esferas cíveis e administrativas. Assim como no Canadá com sua Lei de proteção de dados, o Brasil está devidamente atualizado com a LGPD e com a atuação da ANPD no país, permitindo, na medida do possível, um ambiente em que os dados sejam minimamente tratados e utilizados de forma responsável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUSIO, Juliana Cana. **Proteção de dados na cultura do algoritmo**. 1ªed. Belo Horizonte. São Paulo: D'Plácido, 2020

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm Acesso em: 23 abr. 2021

COSTA, R.S.; OLIVEIRA, S.R.D. O uso de tecnologias de reconhecimento facial em sistemas de vigilância e suas implicações no direito à privacidade. In: Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias v. 5, n. 2, p. 01 – 21, Jul/Dez. 2019. Disponível em <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2019.v5i2.5777> Acesso em 12 abr. 2021.

CONCEIÇÃO, V.S.; NUNES, E.M.; ROCHA, A.M. O Reconhecimento Facial como uma das Vertentes da Inteligência Artificial (IA): um estudo de prospecção tecnológica. In: **Cadernos de prospecção**, v.13, n.3, p. 745-758, jun., 2020. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/32818> Acesso em 17 abr.2021.

DAVENPORT, T. et al. How artificial intelligence will change the future of marketing. **Jornal of the Academic Marketing Science**. v. 48, 24–42, 2020. Disponível em <https://doi.org/10.1007/s11747-019-00696-0> Acesso 26 abr. 20

FILHO, E.T. Reconhecimento facial e lesões aos direitos da personalidade. In: BARBOSA, M.M. et al. **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre o Brasil e a Europa**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

FREITAS, J.; FREITAS, T.B. **Direito e inteligência artificial: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020

GUERRA FILHO, W.S. **Immunological theory of law**. Saarbrüchen: Lambert Academic Publishing, 2014.

HOROWITZ, E. SAHNI, S., RAJASEKARAN, S. **Computer algorithms**. New York: Computer Science Press, 1998.

JOINT investigation of Clearview AI, Inc. by the Office of the Privacy Commissioner of Canada, the Commission d'accès à l'information du Québec, the Information and Privacy Commissioner for British Columbia, and the Information Privacy Commissioner of Alberta, 2021. Disponível em <https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2021/pipeda-2021-001/> Acesso em 24 abr.2021.

MISUGI, G.; OBLADEN, C. D.A.F; EFING, A.C. Releitura da privacidade diante das novas tecnologias: realidade aumentada, reconhecimento facial e internet das coisas. In: **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 2, p. 427-453, maio/ago, 2016. Disponível em <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4433> Acesso em 10 abr. 2021

MORDINI, E.; MASSARI, S. Body, biometrics and identity. **Bioethics**, v.9, n. 22, p. 488–498, 2008. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2008.00700.x> Acesso em 21 abr. 2021

PEIXOTO, F.H; SILVA, R.Z.M.D. **Inteligência artificial e direito**. 1.ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

WHITE Paper on artificial intelligence – a European approach to excellence and trust. Comissão Europeia, 19 fev. 2020. Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf Acesso em 17 abr. 2021

O FUNCIONAMENTO DO *MARKETING* DIGITAL E AS QUESTÕES SOBRE ELE EMERGENTES NO BRASIL

The functioning of digital marketing and the questions about it emerging in Brazil

TÁCIO LACERDA GAMA¹

JACQUELINE MAYER DA COSTA UDE BRAZ²

Sumário: 1. Introdução; 2. A definição e o funcionamento do *marketing* digital; 2.1. Que é *marketing* digital? 2.2. Como o *marketing* digital funciona? 3. A tributação da receita do *marketing* digital; 4. As alterações nas configurações de privacidade da Apple e suas consequências quanto à proteção de dados e à concorrência; 4.1. As alterações promovidas pela Apple com o iOS 14 e a LGPD; 4.2. As consequências relacionadas ao direito da concorrência; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O *marketing* digital refere-se à promoção de bens e serviços pela internet com a veiculação de anúncios, normalmente selecionados por leilão em tempo real, a pessoas que tenham perfil e contexto associados ao bem ou ao serviço ofertados. As despesas com *marketing* consomem, a cada ano, uma parcela maior da receita das empresas que contratam a divulgação desses bens e serviços para alcançar com maior assertividade seu público-alvo. A partir disso, questiona-se como tributar as receitas auferidas pelos agentes dessa cadeia econômica, como proteger os dados dos usuários utilizados para obtenção do contexto para o qual as mensagens publicitárias serão exibidas e quais os impactos as alterações de privacidade aplicadas pela Apple provocam no mercado. Qualquer medida legislativa tendente a alcançar os valores auferidos com o *marketing* digital pelas principais empresas que o operam depende da eleição de um nexo que permita ao Brasil alcançar tais receitas, o que, em todo caso, traz inúmeras dificuldades para a fiscalização e controle pelas autoridades fiscais brasileiras. Além disso, as alterações promovidas pela Apple em sua política de privacidade com o iOS 14 estão de acordo com o que determina a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira. Contudo, a medida poderá provocar o esmagamento do maior *player* do mercado de *marketing* digital, ou seja, do Facebook, e o monopólio da Apple em relação à obtenção de dados de seus usuários.

Palavras-chave: *Marketing* digital; Tributação da receita; Proteção de dados; Concorrência.

Abstract: Digital marketing refers to the promotion of goods and services over the internet with the placement of advertisements, usually selected by real-time bidding, to people who have profile and context associated with the good or service offered. Marketing expenses consume, each year, a greater share of the revenue of companies that hire the disclosure of these goods and services to reach their target audience with greater assertiveness. From this, it is questioned how to tax the revenues earned by the players of this economic chain, how to protect the data of the users used to obtain the context for which the advertising messages will be displayed, and what impact the privacy changes applied by Apple have on the market.

¹ Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor da PUC/SP. Advogado. tacio@lacerdagama.com.br

² Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada. jacqueline@barroscarvalho.com.br

Any legislative measure that tends to achieve the values obtained with digital marketing by the main companies that operate it depends on nexus and profit allocation in Brazil, which, in any case, brings numerous difficulties for the inspection and control by the Brazilian authorities. In addition, the changes promoted by Apple in its privacy policy with iOS 14 are in accordance with the Brazilian General Data Protection Law (LGPD). However, the move could lead to the crushing of the biggest player in the digital marketing, that is, Facebook, and Apple's monopoly over obtaining data from its users.

Keywords: Digital marketing; Taxation of revenue; Data protection; Competition.

1. INTRODUÇÃO

A publicidade *online* surgiu em 1994 quando apenas 30 milhões de pessoas estavam conectadas à internet. Nesse primeiro instante, a assertividade dos anúncios era a mesma daquela obtida pelas campanhas tradicionais, ou seja, eles alcançavam não apenas o público esperado pelas empresas que contratam as mensagens publicitárias, mas todas as pessoas que passavam pelo *outdoor*, que folheavam o jornal ou a revista ou que assistiam à TV quando a mensagem fosse veiculada. Em 10 anos, a publicidade *online* cresceu enormemente com os *sponsored searches*, que promovem as empresas contratantes desse serviço para que apareçam em destaque no buscador, ficando separada a publicidade paga daquelas das propagandas de outras empresas que não incorrem nessa despesa. Nesse momento, a assertividade das campanhas começou a ser analisada e perseguida.

No entanto, somente mais recentemente é que o *marketing* digital passou a ser utilizado para a divulgação de bens e serviços com base em dados obtidos anteriormente relacionados às preferências e perfis dos usuários. Hoje ele é promovido por meio de leilões em tempo real para seleção das empresas que anunciarão nos espaços disponibilizados nas páginas na internet ou nas plataformas digitais.

A partir disso, a cadeia de *marketing* digital cresceu e conta com novos atores como os agregadores de demanda e de oferta. Além disso, são notáveis as quantias gastas pelas empresas com ele, o que faz emergir questionamentos sobre a tributação das receitas auferidas nessa cadeia, a proteção de dados os usuários e as questões relacionadas à concorrência entre as empresas que nela atuam. É o que se passa a examinar a seguir.

2. A DEFINIÇÃO E O FUNCIONAMENTO DO *MARKETING* DIGITAL

Numa primeira aproximação do tema, é preciso compreender que o *marketing* digital não se trata de forma de publicidade e propaganda equiparada àqueles modelos antigos como

o *outdoor*, os anúncios feitos no jornal e nas revistas ou as mensagens publicitárias veiculadas na TV. Esses modelos de *marketing* alcançavam não apenas o público esperado pelas empresas que contratam as mensagens publicitárias, mas todas as pessoas que tivessem contato com o anúncio. O *marketing* tradicional tem baixo grau de assertividade quanto ao público atingido se comparado com o *marketing* digital, o que faz com que o modelo atual tenha muito maior grau de conversão, de geração de receita para quem anuncia seu bem ou serviço, se comparado com o antigo modelo. Para analisar o funcionamento do *marketing* digital e evoluir com essa ideia de “assertividade”, torna-se imprescindível defini-lo.

2.1. Que é *marketing* digital?

Para definir *marketing* digital, é preciso estabelecer o que se entende por *marketing*. Philip Kotler o define como um processo social “por meio do qual pessoas e grupos de pessoas obtêm aquilo de que necessitam e que desejam com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com outros”.³ O autor aponta ainda que ele pode ser tido como “a arte de conquistar e manter clientes e desenvolver relacionamentos lucrativos com eles”.⁴

A American *Marketing* Association revê a cada três anos a definição, estando em vigor aquela aprovada em 2017, em que estabeleceu: “*Marketing is the activity, set of institutions, and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for costumers, clients, partners, and society at large*”.⁵

Desse modo, é possível entender que o *marketing* digital se refere às ações de comunicação empreendidas por meio da internet, da telefonia celular ou de outros meios digitais, com o objetivo de os anunciantes divulgarem seus produtos ou serviços para potenciais clientes.

Hoje o *marketing* digital é promovido por meio de leilões em tempo real para seleção das empresas que anunciarão nos espaços disponibilizados na internet. Segundo Jun Wang, Weinan Zhang e Shuai Yuan: “*Unlike traditional ad networks, these ad exchanges aggregate multiple ad networks together to balance the demand and supply in marketplaces and use auctions to sell an ad impression in real time when it is generated by a user visit*”.⁶

³ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10ª ed. São Paulo: Editora Prentice Hall, 2000, p. 30.

⁴ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. 3ª ed. São Paulo: Editora Futura: 1999, p. 155.

⁵ Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/> Acesso em: 01/05/2020.

⁶ WANG, Jun; ZHANG, Weinan; YUAN, Shuai. *Display advertising with real-time bidding (RTB) and behavioural targeting*. Boston: Now Publishers Inc, 2017, p. 4.

Nesse contexto, surgiram plataformas similares com funções distintas para promover o *marketing* digital, incluindo: (i) *demand-side-plataform* (DSP), que atende os anunciantes, gerenciando suas campanhas e enviando lances em tempo real para cada solicitação de lance recebida; e (ii) *supply-side-plataform* (SSP), que atende os donos de inventário, efetuando a gestão do inventário de anúncios de *sites*. Entretanto, uma observação se faz necessária: Os leilões em tempo real (*real-time bidding* – RTB) e a agregação de várias redes de anúncios não alteraram a natureza desses mercados. Eles somente permitem que as transações sejam feitas em tempo real por um mecanismo de lances.⁷

Nota-se que, com o tempo, o *marketing* digital foi se tornando mais assertivo. Isso quer dizer que o anúncio passou a ser veiculado exatamente para as pessoas que compõem o público-alvo do anunciante. Com base no aumento da importância da análise dos dados relativos aos perfis e contextos dos usuários, ganhou cada vez mais relevo o papel do analista de dados nas equipes de *marketing* das empresas, capazes de atuar com precisão nesses leilões em tempo real, decidindo quanto gastar e como alocar esses valores. As equipes de *marketing* deixaram de ser compostas somente por publicitários e passaram a contar preponderantemente com engenheiros e matemáticos. Esses profissionais fazem toda a gestão e veiculação das campanhas criadas pelo setor criativo ou por agências de publicidade terceiras contratadas. Mas como funciona esse fluxo de contratação de espaços para veiculação de anúncios? É o que se pretende responder no próximo tópico deste trabalho.

2.2. Como o *marketing* digital funciona?

Ao contrário do que normalmente se pensa quando se recebe um anúncio publicitário em uma rede social, por exemplo, o anunciante não contrata a rede social diretamente para promover seu produto ou serviço. Nem se pode afirmar que é o anunciante que obtém diretamente os dados do usuário da rede social e que, a partir disso, define a veiculação do anúncio para ele. Esse pensamento é absolutamente simplificador, porque despreza o fato de que a veiculação de um anúncio a um destinatário específico envolve diversas camadas e considerável número de participantes. São eles: (i) os anunciantes, ou seja, empresas que querem dar visibilidade a seus produtos e serviços por meio de veiculação de anúncios (impressões); (ii) os agregadores de demanda, que reúnem todos aqueles que pretendem anunciar, incluindo DSP, anteriormente citados; (iii) os agregadores de oferta, inclusive os SSP antes definidos, e que reúnem os donos de inventário; e (iv) os donos de inventário,

⁷ WANG, Jun; ZHANG, Weinan; YUAN, Shuai. *Display advertising with real-time bidding (RTB) and behavioural targeting*. Boston: Now Publishers Inc, 2017, p. 5.

podendo se enquadrar nessa categoria tanto as redes sociais quanto outras plataformas isoladas, que disponibilizam seus espaços com base nos perfis e contextos dos seus usuários.

Há ainda outro fator que gera bastante confusão quando se analisa o funcionamento do *marketing* digital: Facebook e Google, por exemplo, atuam tanto como donos de inventário quanto como agregadores de demanda. Desse modo, a receita total atribuída às duas atividades pode ser confundida como sendo decorrente apenas da gestão de inventário, que é a reconhecida com mais facilidade, por ser a que “aparece” para os usuários das redes sociais e de outras plataformas que veiculam publicidade digital.

Esse ecossistema de lances em tempo real depende da separação do agregador de oferta e do agregador de demanda em duas partes capazes de realizar as transações e escolher, com base nos lances efetuados, o anúncio a ser veiculado no espaço disponibilizado pelo dono de inventário. Nessa estrutura, o agregador de oferta envia para os agregadores de demanda uma requisição de lance que, se for o melhor, ou seja, o vencedor, receberá a notificação e terá o anúncio a ele correspondente veiculado. Esses leilões normalmente são realizados por meio do OpenRTB (*Real-Time Bidding*) do *Interactive Advertising Bureau* (IAB).⁸

3. A TRIBUTAÇÃO DA RECEITA DO *MARKETING* DIGITAL

O *marketing* digital pode ser cobrado de algumas formas diferentes umas das outras: (i) custo por clique ou pagamento por clique, em que o pagamento pelo anúncio veiculado somente é feito quando alguém nele clica; (ii) custo por impressão, em que o pagamento é feito de acordo com o número de vezes que o anúncio for exibido, independentemente do número de cliques que receber; ou (iii) custo por engajamento, que o pagamento somente será feito quando houver a conclusão de um engajamento pré-determinado, como que as pessoas assistam a um anúncio em vídeo.

A receita gerada por esses métodos de cobrança é distribuída entre essas camadas da cadeia de *marketing* digital. Estima-se que dos 650 bilhões de dólares empregados globalmente em *marketing* em 2020, mais da metade desse valor é alocada em publicidade digital.⁹ No Brasil, de acordo com o Conselho Executivo de Normas-padrão (CENP Meios), o investimento em publicidade tem crescido exponencialmente, alcançando cifras de 3,78 bilhões de reais em 2020¹⁰. Obviamente esse montante chama atenção especialmente dos fiscos que buscam nexos para tributá-los.

⁸ Disponível em: <https://bit.ly/350ICU1> Acesso em: 02/05/2021.

⁹ Disponível em: <https://bit.ly/382I81Q> Acesso em 02/05/2021.

¹⁰ Disponível em: <https://bit.ly/3ugqMqI> Acesso em 02/05/2021.

Como dito anteriormente, Facebook e Google assumem um papel relevantíssimo dentro dessa cadeia atuando tanto como donos de inventário quanto como agregadores de demanda. Além disso, muitas vezes, conectam diretamente os anunciantes aos donos de inventário, que possuem espaço disponível para publicidade em suas páginas ou plataformas digitais. Essas empresas juntas concentram a maior fatia do mercado de *marketing* digital, que é o custo mais representativo dentro da estrutura de inúmeras empresas.

Exatamente por isso, o Brasil e vários outros países no mundo tentam encontrar um nexo que autorize a tributação das receitas auferidas por Google e Facebook principalmente. Em geral, discutem-se os seguintes possíveis nexos: (i) anúncios veiculados para brasileiros ou estrangeiros residentes para fins fiscais no Brasil e que estejam no território nacional; (ii) anúncios veiculados para brasileiros ou estrangeiros residentes para fins fiscais no Brasil, mas que estejam em qualquer lugar do mundo; (iii) anúncios de anunciantes brasileiros veiculados para brasileiros ou estrangeiros residentes fiscais no Brasil ou que estejam em qualquer lugar do mundo; (iv) anúncios veiculados por donos de inventário brasileiros.

Ainda que se estabeleça a tributação desses valores com base em qualquer desses nexos, impõe-se a dificuldade de fiscalização e controle pelas autoridades fazendárias brasileiras da receita tributável com base neles.

Um estudo realizado em janeiro de 2018, por representantes dos anunciantes do Reino Unido (ISBA) juntamente com a PricewaterhouseCoopers (PwC), com o intuito de conferir maior transparência a essa cadeia de *marketing* digital, revela que apenas 51% (cinquenta e um por cento) do montante pago pelos anunciantes chega aos donos de inventário. O restante dos valores pagos pelos anunciantes é distribuído entre as outras camadas da cadeia (agregadores de demanda e de oferta). Todavia, não foi possível precisar a alocação de 15% (quinze por cento) dos valores pagos, ou seja, não foi possível dizer para quem foi esse percentual da receita de *marketing* digital.¹¹ Desse modo, além da dificuldade para estabelecer um nexo que autorize a tributação desses valores pelos países, certamente a receita total não seria alcançada, por não haver transparência na alocação do montante total em cada etapa da cadeia.

Entretanto, além das questões tributárias, emergem outras relacionadas à proteção dos dados dos usuários e de como eles são utilizados nesse contexto para que o melhor anúncio seja exibido para um usuário especificamente considerado. Por isso, faz-se necessário examinar as questões relacionadas à LGPD.

¹¹ Disponível em: <https://bit.ly/3aYZluR> Acesso em: 02/05/2021.

4. AS ALTERAÇÕES NAS CONFIGURAÇÕES DE PRIVACIDADE DA APPLE E SUAS CONSEQUÊNCIAS QUANTO À PROTEÇÃO DE DADOS E À CONCORRÊNCIA

Como foi anteriormente mencionado, nos últimos anos, o *marketing* digital se tornou preponderante para a geração de receita pelas empresas que dele se utilizam para divulgar seus produtos e serviços. Ele passou a ser mais assertivo, para alcançar pessoas especificamente interessadas nos bens ou serviços oferecidos pelo anunciante. E como isso acontece? Como se sabe as preferências e desejos de cada uma das pessoas alcançadas por esses anúncios?

O *marketing* digital é promovido por leilões em tempo real para seleção dos anúncios que serão exibidos para cada pessoa especificamente considerada. O chamado *real-time bidding* (RTB) ganhou força, porque permite que tanto os donos de inventário (*publishers*) individuais quanto as redes de publicidade podem se beneficiar desse modelo. Os donos de inventário vendem seus espaços para os anunciantes interessados em perfis e contextos dos usuários associados. Os anunciantes, por outro lado, se beneficiam por poderem entrar em contato com mais de um dono de inventário para obter a melhor correspondência para seu anúncio e comprar impressões em tempo real, por meio dos dados dos usuários.¹²

Como se vê, a assertividade dos anúncios aumentou enormemente nos últimos anos e, com isso, a receita gerada para os anunciantes em decorrência deles também. Isso significa que as empresas podem atribuir exatamente quanto despenderam com essa despesa de *marketing* para que a receita fosse gerada por um usuário especificamente considerado. Desse modo, há atribuição da despesa à receita gerada.

O Facebook atua como dono de inventário, vendendo os espaços dentro de suas plataformas (Facebook, Whatsapp e Instagram) para que anúncios sejam nelas veiculados. Além disso, ele faz a gestão dos espaços de plataformas de terceiros. Para tanto, é necessário que exponha o perfil e contexto dos usuários para que os anúncios exibidos para um deles, especificamente considerado, reflitam suas preferências, desejos e interesses. Quanto maior a assertividade do anúncio, maior a probabilidade de ele gerar receita para o anunciante.

Mas como o Facebook obtém esses dados? Ele se utiliza de uma ferramenta chamada *Identifier for Advertiser* (IDFA). O IDFA permitia a identificação do perfil do usuário e, com base nisso, procurava outros usuários com as mesmas características e preferências. Essa era uma ferramenta bastante precisa na busca pelos usuários mais suscetíveis à aquisição do bem ou serviço anunciado. No entanto, inegavelmente existe um movimento da indústria para

¹² WANG, Jun; ZHANG, Weinan; YUAN, Shuai. *Display advertising with real-time bidding (RTB) and behavioural targeting*. Boston: Now Publishers Inc, 2017, p. 4-5.

impedir a utilização de informações dos usuários para que eles sejam rastreados por aplicativos terceiros. Tenta-se impedir que os dados sejam analisados no nível de cada usuário, por meio do identificador único do *hardware* utilizado por ele, para que os dados sejam oferecidos apenas por segmento de usuário, ou seja, grupos de usuários com preferências e características comuns, sem aquela individualização anteriormente possível.

A Apple atualizou sua política de privacidade e anunciou que, a partir de então, pedirá explicitamente aos usuários que “optem” (*opt in*) por esse tipo de rastreamento de suas informações. Antes, eles deveriam escolher “desistir” (*opt out*) nas configurações, porque a opção era automática¹³. A primeira expressão (*opt in*) tende a gerar um obstáculo para obtenção dessas preferências e informações dos usuários, uma vez que a maior parte deles tenderá a não clicar em *opt in*, não dando assim seu consentimento para a utilização desses dados por meio do IDFA. A Apple entende que fornecer o IDFA depende de permissão expressa do usuário por se tratar de informação privada.¹⁴

Por outro lado, o Facebook entende que o IDFA seria como a placa de um carro apenas. De fato, se isoladamente consideradas as placas de vários carros, não há nelas informações privadas que, se concedidas, violariam direitos fundamentais daqueles que detém o veículo. No entanto, se essas placas forem usadas para identificar por onde esse carro passou, haveria violação à privacidade do dono do veículo.

Essa modificação torna, sem dúvidas, a tarefa de coleta de dados relativos a essas preferências e contextos dos usuários, para que a eles sejam exibidos anúncios, muito mais árdua. Num primeiro momento, o Facebook anunciou que não utilizará o IDFA dos usuários Apple a partir da implementação dessa atualização, mas isso poderá ser revisto posteriormente com o detalhamento da política de privacidade da Apple¹⁵. Isso impacta sobremaneira o mercado de publicidade digital, não sendo ainda possível precisar o tamanho desse impacto e como ele reagirá a essa modificação.

Por enquanto, o que se sabe é que o Facebook conseguirá medir essas preferências e contextos de usuários dentro de suas plataformas, quando atuar como dono de inventário, por ter o controle interno dessas informações. Mas isso não se aplica à gestão de espaços em plataformas de terceiros. Pode ser que esse modelo de negócio termine em função dessa

¹³ Essa modificação passaria a gerar efeitos a partir do iOS 14. Contudo, dias antes do lançamento dessa atualização, a Apple postergou os efeitos dessa alteração que poderá trazer enorme impacto no mercado de *marketing* digital e ela entrou em vigor apenas em 26/04/2021.

¹⁴ Dentro da política de privacidade da Apple, há a vedação ao chamado *finger printing*, ou seja, ao mapeamento de por onde esse carro passou e essa é a razão dessa alteração anunciada pela Apple.

¹⁵ Vale notar que dentro do Facebook, já existia a ferramenta de controle de anúncios, permitindo que o usuário da plataforma verifique por que um anúncio foi mostrado e permitindo o cancelamento da exibição de anúncios específicos. Essas informações estão disponíveis em: <https://bit.ly/3xHi2vZ>. Acesso em: 02/05/2021.

alteração promovida pela Apple, uma vez que sem o IDFA não é possível precisar os anúncios veiculados aos usuários, segundo seus interesses. Perde-se assertividade.

Essa questão caminha lado a lado com a discussão sobre a necessidade de proteção de dados e em que medida isso deve ser feito, como se verá a seguir.

4.1. As alterações promovidas pela Apple com o iOS 14 e a LGPD

No Brasil, foi editada a Lei 13.709/2018 (LGPD), objetivando harmonizar a legislação e o entendimento dos tribunais sobre as práticas de uso e compartilhamento de dados pessoais de brasileiros ou que tenham sido obtidos ou utilizados no país. Com base essencialmente nos princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência, ela busca impedir o acúmulo de dados pessoais por instituições públicas e privadas que não tenham o que fazer especificamente com isso. Ela busca a obtenção apenas e tão somente dos dados pessoais considerados imprescindíveis para a relação jurídica estabelecida.

A LGPD define quatro agentes: (i) titular, pessoa física a quem os dados pessoais se referem; (ii) controlador, que é a empresa ou pessoa física que coleta os dados pessoais e define a finalidade e forma do tratamento desses dados; (iii) operador, pessoa física que realiza o tratamento e processamento dos dados pessoais conforme determinado pelo controlador; e (iv) encarregado, pessoa física que atua como canal de comunicação entre o controlador, o titular e as autoridades nacionais.

Ela impõe limites para o tratamento de dados, que demandará o consentimento dos usuários, além de o legítimo interesse do controlador que somente poderá usar esses dados para finalidades consideradas legítimas, diante das situações concretas. O intuito não é eliminar a utilização de dados pelo *marketing* digital, mas que se busque trabalhar com grupos menores de dados, provenientes de interações mais significativas e transparentes. Além disso, estimula o engajamento do usuário que ao permitir a utilização de seus dados, está agindo conscientemente, ou seja, participando ativamente desse processo ao invés de ser apenas uma fonte passiva de dados.

Ao entrar em vigor no país, Facebook terá que se preocupar também com as medidas impostas pela LGPD que alcança amplamente usuários de suas plataformas situados no Brasil e que sejam brasileiros. Será que a substituição do IDFA e a utilização dos dados gerados dentro de suas plataformas representa algum tipo de afronta ao que determina a lei brasileira? Provavelmente, serão feitas algumas alterações na política de privacidade da empresa para também se adaptar à LGPD e, nos próximos anos, a jurisprudência definirá expressões de tão largo alcance contidas na lei, como adequação e transparência.

4.2. As consequências relacionadas ao direito da concorrência

Além da questão relativa à privacidade dos usuários, há também outras questões envolvidas nas alterações promovidas pela Apple com o iOS 14. Ela poderá entender que a utilização de dados promovida pelo Facebook dentro de suas plataformas (Facebook, Whatsapp e Instagram) para obtenção dessas informações de preferências e contexto dos usuários afronta a sua política de privacidade, podendo inclusive retirá-lo da App Store.

Essa não é apenas uma questão relacionada à privacidade. Por trás dela, há uma relevante questão concorrencial que deve ser discutida. A Apple está impondo uma regra para o mercado e outra diferente para si, no que se refere à obtenção das informações dos usuários. Ela concentrará a coleta e utilização de dados para si, atuando monopolisticamente. Desse modo, por também fazer a gestão de inventários de terceiros para exibição de publicidade, com as alterações promovidas pelo iOS 14, ela poderá tomar a maior fatia desse mercado. O Facebook, por sua vez, deixará de ser o *player* mais relevante do mercado de *marketing* digital e se tornaria apenas mais entre aqueles que nele atuam.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisado o funcionamento do *marketing* digital, emergem três questões relevantes nesse cenário e para as quais ainda não se tem respostas definidas: (i) a tributação da receita do *marketing* digital, considerando as operações internacionalmente realizadas; (ii) as questões relacionadas à privacidade dos usuários e a LGPD; (iii) os aspectos concorrenciais relativos às alterações das configurações de privacidade feitas pela Apple.

Para a primeira delas, qualquer medida legislativa tendente a alcançar os valores auferidos com o *marketing* digital pelas principais empresas que o operam (Google e Facebook) depende da eleição de um nexos que permita ao Brasil alcançar tais receitas, o que, em todo caso, traz inúmeras dificuldades para a fiscalização e controle pelas autoridades fiscais brasileiras.

Em relação aos outros dois questionamentos, as alterações promovidas pela Apple em sua política de privacidade com o iOS 14 estão de acordo com o que determina a LGPD brasileira. Contudo, a medida poderá provocar o esmagamento do maior *player* do mercado (Facebook) e o monopólio da Apple em relação à obtenção de dados de seus usuários.

6. Referências Bibliográficas

KOTLER, Philip. *Administração de marketing: a edição do novo milênio*. 10^a ed. São Paulo: Editora Prentice Hall, 2000.

_____. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. 3^a ed. São Paulo: Editora Futura: 1999.

WANG, Jun; ZHANG, Weinan; YUAN, Shuai. *Display advertising with real-time bidding (RTB) and behavioural targeting*. Boston: Now Publishers Inc, 2017.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E AS PESSOAS SURDAS NÃO ORALIZADAS

The General Law for the Protection of Personal Data and the non-oral deaf

JULIANA IZAR SOARES DA FONSECA SEGALLA¹

MARCOS CÉSAR BOTELHO²

Sumário: Introdução; 1. Pessoas com deficiência e a conceituação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; 2. Deficiência auditiva, surdez e pessoas surdas não oralizadas: proteção a seus direitos na Lei Brasileira de Inclusão; 3. A era da informação e a Lei Geral de Proteção de Dados; 4. Autodeterminação informativa e as pessoas surdas não oralizadas; Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nos casos em que o titular dos dados é pessoa surda não oralizada. Utilizando-se do método descritivo, bibliográfico, de cunho indutivo, a análise foi desenvolvida a partir do conceito de pessoa com deficiência, a proteção normativa prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão, abarcando nesta proteção as pessoas surdas não oralizadas. Demonstrou-se, a partir de alguns dados, as dificuldades enfrentadas pelas pessoas surdas não oralizadas no que tange a sua inclusão na sociedade e a eliminação de barreiras físicas e culturais que permitam a sua maior integração social. Analisou-se o conceito de dados pessoais enquanto direito fundamental e o tratamento jurídico conferido pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais acerca do princípio da autodeterminação informativa necessário para conferir uma maior força cogente aos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sobretudo quanto aos direitos outorgados pela norma aos titulares de dados pessoais. Foram apresentados dados referentes ao percentual de *sites* eletrônicos brasileiros que dispõe de mecanismos de acessibilidade às pessoas surdas não oralizadas, revelando um cenário de exclusão e ofensa à dignidade da pessoa humana. Por fim, mostrou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados possui mecanismos, juntamente com o princípio da autodeterminação informativa, que podem trazer efetividade nas medidas voltadas à inclusão digital das pessoas surdas não oralizadas.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; surdos não oralizados; Lei Brasileira de Inclusão; Libras; Acessibilidade.

Abstract: This article aims to analyze the incidence of the Brazilian General Law for the Protection of Personal Data in cases where the data subject is a non-oral deaf. Using the descriptive, bibliographic, inductive method, the analysis was developed based on the concept of people with disabilities, the normative protection provided for in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and in the Brazilian Inclusion Law, encompassing this protection non-oral deaf. It was demonstrated, based on some data, the

¹ Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestra em Direito pela ITE-Bauru. Professora de Direito Constitucional. Avaliadora do CONPEDI. Advogada. Endereço eletrônico: juizarsegalla@gmail.com.

² Doutor em Direito Constitucional pela ITE-Bauru. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Professor adjunto vinculado aos programas de mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas da UENP. Endereço eletrônico: marcos.botelho@uenp.edu.br.

difficulties faced by non-oral deaf in terms of their inclusion in society and the elimination of physical and cultural barriers that allow their greater social integration. It was analyzed the concept of personal data as a fundamental right and the legal treatment given by the Brazilian General Law for the Protection of Personal Data on the principle of informational self-determination necessary to give greater force to the precepts of the General Law for the Protection of Personal Data, especially as regards the rights granted by the standard to holders of personal data. Data were presented regarding the percentage of Brazilian electronic sites that have access mechanisms for non-oral deaf people, revealing a scenario of exclusion and offense to the dignity of the human person. Finally, it was shown that the General Data Protection Law has mechanisms, together with the principle of informative self-determination, which can bring effectiveness to measures aimed at the digital inclusion of non-oral deaf.

Key-words: Brazilian General Law for the Protection of Personal Data; non-oral deaf; Brazilian Inclusion Law; Libras; accessibility

Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados foi uma importante conquista no que tange à proteção de alguns direitos fundamentais dos brasileiros, já que se vivencia uma época em que o fluxo de informações ocorre em velocidade meteórica em meio a uma sociedade digital e que, portanto, mecanismos de controle se fazem imprescindíveis.

Todavia, há que se considerar parcela significativa da população que se utiliza de comunicação através da Língua Brasileira de Sinais e, para garantir sua plena compreensão, as informações que chegam até elas devem levar isso em consideração.

Assim, analisa-se no primeiro tópico a conceituação de pessoa com deficiência trazida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como o avanço dessa legislação ao se basear no modelo social da deficiência.

Na sequência, fala-se especificamente sobre as pessoas com deficiência auditiva, diferenciando-as dos surdos e ainda se discorre sobre o que significa ser surdo não oralizado.

No tópico posterior contextualiza-se o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados, destacando sua importância na atualidade.

Por fim, trata-se da autodeterminação informativa e sua relação com o direito das pessoas surdas não oralizadas de acesso às informações em Libras.

A pesquisa se valeu de método descritivo, bibliográfico, de cunho indutivo. Sem a pretensão de esgotar o assunto, fica o convite à reflexão sobre a fundamentalidade de garantir às pessoas surdas não oralizadas a efetivação dos direitos trazidos na LGPD.

1. Pessoas com deficiência e a conceituação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Primeiro que tudo é importante dizer que o Censo de 2010 do IBGE demonstrou que 23,9 % dos brasileiros têm alguma deficiência (mais de 45 milhões de pessoas – quase um quarto da população)³. No mundo, a Organização Mundial de Saúde estima que 10% da população mundial apresente deficiência⁴. Logo, há de se concluir que é um contingente expressivo de pessoas.

O conceito de pessoa com deficiência teve uma importante mudança em termos legislativos com a incorporação em nosso ordenamento (com equivalência de norma constitucional) da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que assim define, em seu artigo 1:

Pessoas com deficiência incluem aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com as diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É de bom alvitre registrar que duas formas coexistem na maneira de ver e entender a deficiência, quais sejam, através de um modelo médico, que enxerga a deficiência descontextualizada, como sendo um “problema” apenas do indivíduo e no máximo de sua família, devendo ele se esforçar para “se normalizar” e se adaptar para a vida em sociedade; ou através de um modelo social, que considera a deficiência como a soma de dois fatores inseparáveis: “as sequelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas sequelas.”⁵ e que, portanto, traz a responsabilidade de construir uma sociedade inclusiva.

Claramente esse conceito de pessoa com deficiência trazido na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prestigia o modelo social da deficiência e é sob essa ótica que se exige a interpretação e aplicação do direito pátrio.

Imperioso registrar que o Brasil tem uma das legislações mais avançadas do mundo no que concerne aos direitos das pessoas com deficiência: a começar da Constituição Federal, que coloca como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma

³ IBGE. Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. IBGE, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm. Acesso em: 01 dez. 2018.

⁴ RELATÓRIO Mundial sobre a deficiência. São Paulo: Governo do Estado. Secretaria de Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. ONUBR, Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <http://uniapae.apacbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/10/RELAT%C3%93RIO-MUNDIAL-SOBRE-A-DEFICI%C3%8ANCIA.pdf>. Acesso em: 28.dez.2020.

⁵ WERNECK, Claudia. Manual sobre desenvolvimento inclusivo. Rio de Janeiro: WVA, 2005, p. 27.

sociedade que promova o bem de todos, sem preconceitos e discriminações (artigo 3º, IV) e que em diversos dispositivos trata especificamente da pessoa com deficiência.

2. Deficiência auditiva, surdez e pessoas surdas não oralizadas: proteção a seus direitos na Lei Brasileira de Inclusão

Oportuno, agora, tratar especificamente da pessoa com deficiência auditiva, da surdez e dos surdos não oralizados.

De acordo com o Censo do IBGE de 2010⁶ (o mais recente que se tem no momento da elaboração deste estudo), no Brasil havia 9.717.318 pessoas que declaravam ter deficiência auditiva. No ano de 2019, contudo, foi feito um estudo⁷ em conjunto pelo Instituto Locomotiva e a Semana da Acessibilidade Surda que revelou dados mais recentes: tem-se no Brasil 10,7 milhões de pessoas com deficiência auditiva, das quais 2,3 milhões apresentam deficiência severa. A pesquisa também mostrou que 91% dessas pessoas adquiriram a deficiência no decorrer da vida (ou seja, apenas 9% nasceu com essa característica) e que 87% do total pesquisado não utilizava aparelhos auditivos.

Interessante destacar que surdo e deficiente auditivo não são termos sinônimos. O deficiente auditivo tem perda de audição em variáveis graus (que pode até chegar a severo), mas faz parte de uma cultura que se aproxima do ouvinte. Já o surdo é aquele que não ouve e que se identifica com uma cultura surda, que apresenta uma língua própria para sua comunicação: a língua de sinais (no Brasil temos a Libras – Língua Brasileira de Sinais).

A Libras foi reconhecida como meio legal de comunicação e expressão pela Lei 10.436/2002 (artigo 1º).

Não é correto, portanto, utilizar a expressão “surdo mudo”, que historicamente se tornou popular, mas sim “surdo não oralizado”, uma vez que essa pessoa se comunica em outra língua (língua de sinais), expressando suas vontades, intenções e autonomia como qualquer um.

É cediço que muitas são as barreiras enfrentadas em nosso país por quem tem deficiência auditiva ou surdez. Acesso a direitos básicos não é algo simples, como se vê em relação a educação escolar: de acordo com a recente pesquisa⁸, somente 7% dos pesquisados

⁶<https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-1,-2,-3,128&ind=4643> Acesso em 02.mai.2021.

⁷<https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/2019/10/14/AG%C3%80NCIA-BRASIL-Pa%C3%ADs-tem-107-milh%C3%B5es-de-pessoas-com-defici%C3%A0ncia-auditiva-diz-estudo> Acesso em 02.mai.2021.

⁸<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/brasil-tem-107-milhoes-de-deficientes-auditivos-diz-estudo> Acesso em 02.mai.2021.

completaram o ensino superior; 15% frequentou o ensino médio; 46% cursou até o ensino fundamental e 32% não possui grau de instrução.

Em razão disso, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI -Lei 13.146/2015), que tem como base o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é um importante marco normativo no que tange aos direitos das pessoas com deficiência.

Assim, tendo em vista o objeto deste estudo, cumpre mencionar algumas das definições trazidas na LBI, em seu artigo 3º:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

V - comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e

alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;

[...]

Dessarte, no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados, para que a pessoa surda não oralizada compreenda corretamente todas as informações, é imprescindível que não haja barreiras e que a comunicação seja efetiva, utilizando a Língua Brasileira de Sinais.

Segundo a Federação Mundial dos Surdos⁹ 80% dos surdos de todo o mundo têm baixa escolaridade e problemas de alfabetização. No Brasil a realidade não é diferente, pois há dificuldade de aprendizado da língua portuguesa escrita por diversos fatores, dentre os quais se destacam a impossibilidade de aprender através da fonética e som, a diferença da estrutura gramatical da Libras e do português, entre outros. Logo, qualquer informação direcionada à pessoa surda não oralizada deve ser feita em Libras, para perfeito entendimento do conteúdo comunicado.

Ademais, é preciso lembrar que a Lei Brasileira de Inclusão previu como crime praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência (artigo 88 da Lei). E, segundo o parágrafo 1º do artigo 4º dessa Lei,

Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Dessa forma, indubitável é que diante do direito de autodeterminação informativa, toda e qualquer comunicação deve ser feita observando o dever de não discriminação das pessoas surdas não oralizadas, bem como seu direito à informação na Língua de Sinais, de maneira que tenha condições de compreender o conteúdo da mensagem, sem barreiras comunicacionais.

3. A era da informação e a Lei Geral de Proteção de Dados

O mundo vive a chamada “era da informação” em que dados e informações figuram como ativos importantes das empresas para a consecução de suas atividades e objetivos. Por outro lado, a sociedade digital trouxe transformações profundas na maneira como as pessoas se relacionam umas com as outras, relacionamentos mediados pelo digital, que expõe a necessidade de respostas adequadas do Direito aos fatos sociais digitalmente mediados.

⁹

https://www.researchgate.net/publication/225469903_Improving_multimodal_web_accessibility_for_deaf_people_Sign_language_interpreter_module Acesso em 02.mai.2021.

Desafios novos surgem neste contexto de dataficação, no qual dados são coletados com grande velocidade suscitando questionamentos quanto a legalidade e moralidade de certas práticas que envolvam a coleta de dados pessoais.

Fato ocorrido em anos recentes foi a manipulação de dados pessoais pela empresa Cambridge Analytica envolvendo informações provenientes do Facebook. Com a utilização de métodos de inteligência artificial e *machine learning*, a manipulação de dados pessoais sem qualquer autorização teve forte impacto no resultado da eleição presidencial americana em 2016 e a votação do Brexit.

Este evento provocou grande influência na criação do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia em 2016, diploma que veio servir de base para o texto da Lei brasileira nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A LGPD promove, portanto, a proteção aos dados pessoais, considerando-os como qualquer informação que esteja relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, sendo que o critério adotado pela LGPD na definição de dados pessoais é o expansionista, isto é:

[...] não define apenas como pessoais os dados que, imediatamente, identifiquem uma pessoa natural (viés do critério reducionista), como poderia ser informações como o nome, número do CPF, imagem, etc., mas abarcou também os dados que tornam a pessoa identificável de forma não imediata ou direta (COTS; OLIVEIRA: 2019, p. 71).

Neste contexto, a proteção aos dados pessoais positivada pela LGPD tem como objeto a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, além da autodeterminação informativa. Neste sentido, a redação do artigo 17 da LGPD, *in verbis*:

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei

A possibilidade de que o indivíduo esteja apto a controlar o fluxo de seus dados pessoais, de ter controle sobre os mesmos, decorre da atribuição de direitos subjetivos oponíveis contra aqueles que sejam responsáveis pelo tratamento de dados pessoais.

Em razão disso, a LGPD dispõe em seu artigo 2º sobre os fundamentos da disciplina relativa à proteção de dados pessoais, elencando como um dos fundamentos a autodeterminação informativa.

4. Autodeterminação informativa e as pessoas surdas não oralizadas

A autodeterminação informativa expressa a ideia de que o controle sobre os dados pessoais pertence ao próprio titular dos dados. A utilização, manipulação dos dados pessoais deve ter seu fluxo submetido ao conhecimento e vontade do titular de dados.

Esse poder de controle pelo titular sobre os seus próprios dados tem reflexos importantes não apenas na esfera íntima do indivíduo, mas tem influência no trato público que deve ser conferido aos dados pessoais de acesso público, que não estão alijados da proteção que a autodeterminação informativa promove.

Como uma decorrência da autodeterminação informativa, a LGPD dispõe no artigo 6º sobre diversos princípios que devem ser observados no tratamento de dados pessoais, dentre as quais o livre acesso, consistente na garantia aos titulares, de consulta que seja gratuita e facilitada sobre a forma e duração do tratamento, além de acesso a integralidade de seus dados pessoais.

Outrossim, o artigo 9º da LGPD dispõe, *in verbis*:

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

I - finalidade específica do tratamento;

II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

III - identificação do controlador;

IV - informações de contato do controlador;

V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e

VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

Ora, o acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados impõe a necessidade de que os agentes de tratamento de dados promovam medidas claras e efetivas de inclusão das pessoas com deficiência.

A concretização do princípio da autodeterminação informativa se dá, à luz das normas protetivas de direitos fundamentais voltadas às pessoas com deficiência, quando são implementadas medidas que se traduzam em verdadeira inclusão, acessibilidade, com produtos, com a eliminação de barreiras físicas, virtuais e comunicacionais.

No caso de pessoas surdas não oralizadas, além de outras medidas, a exigência de implementação de sistemas que se utilizem da Língua Brasileira de Sinais surge na obrigação em promover o princípio da autodeterminação informativa.

A exigência do consentimento por parte do titular de dados, além do dever imposto aos agentes de tratamento de fornecer informações claras e objetivas sobre a manipulação de dados pessoais impõe a necessidade de adoção de medidas aptas a promover a inclusão das

peças surdas não oralizadas, permitindo-lhes o exercício dos direitos fundamentais albergados pela LGPD.

Levantamento pelo Movimento Web para Todos e pelo BigDataCorp realizado em 2020 – ano de início da vigência da LGPD – apenas 0,74% dos *sites* brasileiros eram totalmente acessíveis¹⁰, o que mostra a absoluta ausência de acessibilidade à páginas da web as pessoas surdas não oralizadas, refletindo um cenário de exclusão e ofensa à dignidade da pessoa humana.

E este descaso não está presente apenas em páginas privadas, mas também nos sítios eletrônicos de órgãos públicos, mostrando que a violação ao princípio da autodeterminação informativa é uma realidade que deve ser combatida.

Importante lembrar que a LBI já tipifica como crime a discriminação em razão da deficiência a toda e qualquer forma de distinção, restrição ou exclusão decorrente de ação ou omissão que de qualquer forma venha a prejudicar o exercício de direitos e liberdades fundamentais, abarcando, também os casos em que há a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Além disso, a própria LGPD prevê a aplicação de sanções administrativas nos casos em que não houver a observância dos preceitos da norma, especialmente de seus fundamentos e princípios.

Considerações finais

Restou evidente que as pessoas com deficiência são parcela expressiva da população e que, dentre elas, há os surdos não oralizados, que se comunicam em Língua Brasileira de Sinais (meio legal de comunicação e expressão, reconhecida por norma em vigor).

Ficou claro, também, que a Lei Brasileira de Inclusão, importante marco legislativo no que tange aos direitos das pessoas com deficiência, prevê uma série de garantias para que sejam atendidas às necessidades de quem tem deficiência, visando a concretização de seus direitos. Merece destaque aqui a criminalização da discriminação contra pessoas com deficiência.

Não se pode olvidar que hoje se vivencia a sociedade digital e, por isso, diante da velocidade das informações e fluxo de dados, a vigência da LGPD foi muito bem-vinda, atendendo à necessidade da pessoa natural em meio a era da informação.

¹⁰<https://blog.handtalk.me/o-que-e-acessibilidade-digital/>. Acesso em: 30.04.2021.

Destarte, os dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão somados as garantias trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados, ressaltando o direito ao controle sobre os dados pessoais pertence ao próprio titular dos dados das pessoas não oralizadas (autodeterminação informativa) exigem que as informações e comunicações em todos os meios sejam também disponibilizadas integralmente em Libras, sob pena de discriminar os surdos não oralizados em razão de sua deficiência.

Diante do alarmante índice de que menos de 1% dos *sites* brasileiros são acessíveis em Libras, é urgente a necessidade de alteração e adaptação dessa realidade aos comandos normativos da LGPD e da LBI.

A construção de uma sociedade para TODOS, dentre os quais obviamente também estão incluídas as pessoas com deficiência (como almejou o Constituinte Originário de 1988), pressupõe que todos os espaços sejam acessíveis, inclusive os digitais.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Barrados: pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o quê e de quem cobrar*. Petrópolis: KBR, 2011.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Bebedouro: *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Unifafibe. Vol. 8, Nº 2, p. 197-231, 2020a.

BOTELHO, Marcos César. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Jacarezinho: *Argumenta Journal Law*. UENP. Nº 32, jan./jul., p. 191-207, 2020b.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de dados pessoais comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

KITCHIN, Rob. *The data Revolution: big data, open data, data infrastructure & their consequences*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2014.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coords). *LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTIN, Andreia Garcia; SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. A desconstrução da diversidade por padrões: ponderações entre a igualdade e a diferença. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*. e-ISSN: 2526-0251. v. 4. Nº 2, jul/dez, p. 01 – 28, 2018.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. *Direito à Educação Inclusiva: um direito de TODOS*. São Paulo: Verbatim, 2013.

WERNECK, Claudia. *Manual sobre desenvolvimento inclusivo*. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

A INFLUÊNCIA DAS NOVAS TECNOLOGIAS SATELITAIS PARA O ALCANCE DA COMUNICAÇÃO E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO

The influence of new satellite technologies to reach communication and freedom of expression, in the face of globalization

GABRIELA SOLDANO GARCEZ¹

Sumário: Introdução. 1. A importância da mídia para o incremento da comunicação em massa. 1.1. A contribuição das novas tecnologias para a Era da Comunicação e da Informação. 2. A importância das comunicações para o Direito Internacional. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo (através de uma metodologia crítica-dedutiva, feita através de referencial bibliográfico sobre o assunto) aborda a importância da contribuição das novas tecnologias satelitais para a intensa troca de informações pelos veículos de comunicação hoje existente, numa sociedade do Risco e tecnológica. Tome-se, como exemplo, o uso de satélites, que se tornaram sucesso comercial, além de vantagem política e econômica. Essas novas tecnologias contribuem para a rapidez e segurança da informação, o que tem o potencial de influir no debate (tanto em sua qualidade, quanto em quantidade) realizado através de participação ampliada (pelos clássicos sujeitos de Direito Internacional: Estados e Organizações Internacionais, bem como pelos novos atores não estatais: organizações não governamentais, empresas transnacionais, comunidades científicas, indivíduos, entre outros de suma importância na arena internacional), assim como na determinação da pauta da Agenda internacional de promoção do desenvolvimento sustentável (nos termos dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas). Assim, o artigo avalia a globalização, diante da atual Era da informação, que acelera o processo de aproximação das pessoas e encurtamento das distâncias. E, após, indica ainda a importância das telecomunicações promovidas primordialmente por tecnologias satelitais para o Direito Internacional, tendo em vista a necessidade de cooperação especial entre os Estados, em razão da interconexão global.

Palavras-chave: Informação; Comunicação; Novas tecnologias; Tecnologias satelitais.

Abstract: This article (through a critical-deductive methodology, made through a bibliographic reference on the subject) addresses the importance of the contribution of new satellite technologies to the intense exchange of information by the existing communication vehicles, in a risk and technological society. Take, for example, the use of satellites, which have become commercially successful, in addition to political and economic advantages. These new technologies contribute to the speed and security of information, which has the potential to influence the debate (both in quality and quantity) carried out through expanded participation (by the classic subjects of International Law: States and International Organizations, as well as by the new non-state actors: non-governmental organizations,

¹ Professora permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (mestrado e doutorado) da Universidade Católica de Santos. Pós doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha. Email: gabrielasoldano@unisantos.br

transnational companies, the scientific community, individuals, among others of paramount importance in the international arena), as well as in the determination of the agenda of the international Agenda for the promotion of sustainable development (under the terms of the Development Goals Sustainable Development, of the 2030 Agenda, of the United Nations). Thus, the article assesses globalization, in the face of the current Information Age, which accelerates the process of bringing people together and shortening distances. And, afterwards, it also indicates the importance of telecommunications promoted primarily by satellite technologies for international law, in view of the need for special cooperation between States, due to the global interconnection.

Keywords: Information; Communication; New technologies; Satellite Technologies.

Introdução

Não há como negar a importância dos veículos de comunicação perante a democracia e para a participação de cada cidadão nos debates acerca de seus direitos e deveres (principalmente, nas questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável, promovida pela Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas – ONU, uma vez que, para sua efetiva obtenção, é necessária a participação qualificada de todos). Pois, grande parte da população sabe dos fatos e da realidade que os cerca (não só do Brasil, mas também do mundo) através destes veículos de comunicação, ou seja, da mídia em geral (desde televisão e rádio, até a internet).

Dessa forma, a mídia exerce influência sobre a massa e forma o que se chama de opinião pública. Fenômeno que é impulsionado, na atualidade, pela globalização, que provoca a aproximação das pessoas e o encurtamento das distâncias geográficas, fazendo com que as informações mais longínquas atinjam uma maior quantidade de pessoas nos lugares mais diferentes do mundo, bem como pelas novas tecnologias da informação, que permitem maior rapidez e segurança, tornando o ritmo da comunicação cada vez mais intenso.

Diante dessa realidade, é inegável a importância das telecomunicações para a doutrina referente ao Direito Internacional, tendo em vista a necessidade de cooperação espacial perante a interconexão global vivida (e fomentada pela revolução tecnológica satelital) atualmente.

Nesse contexto, o presente artigo, através de um método crítico dedutivo, feito por meio de referencial bibliográfico sobre os assuntos abordados, visa analisar, primeiramente, os veículos de comunicação de massa, bem como a contribuição das novas tecnologias

satelitais para a Era da Informação. Em seguida, pondera sobre a globalização e seus efeitos e, por fim, sobre a influência das telecomunicações para o Direito Internacional.

1. A importância da mídia para o incremento da comunicação em massa

Onde há vida, há comunicação. Os sistemas de comunicação deram início, ou ao menos contribuíram fortemente, para os avanços da civilização humana, uma vez que, a partir do domínio dos mais variados meios de comunicação de massa, iniciaram-se mudanças críticas na evolução humana.

Foi a crescente capacidade para comunicar-se cabal e perfeitamente que levou ao desenvolvimento de complexas tecnologias e a mitos, lendas, explicações, lógicas, hábitos, e às regras complexas para o comportamento que possibilitaram a civilização.²

A comunicação de massa nasceu com o jornal diário, mas se intensificou e consolidou-se com o surgimento do rádio e, anos mais tarde, com a televisão que é o meio de comunicação de massa por excelência até hoje. Recentemente, ingressou-se na era dos Computadores e da Internet, que contribui para a modificação dos veículos de comunicação que se tem conhecimento atualmente, em razão das chamadas redes sociais.

Assim, os veículos de comunicação de massa quebraram todas as barreiras existentes até então entre as pessoas nos lugares mais distantes do mundo. É, portanto, uma comunicação realizada em série, com o objetivo de atingir a maior quantidade possível de pessoas, ou seja, a “massa”, que é “antes de tudo um comportamento, uma forma de reagir diante de certos acontecimentos [...] como forma massificada, padronizada, automática e repetitiva.”³

Para explicar o que é essa “massa” consumidora de informações diariamente, Mauro Wolf afirma: “a massa é composta por pessoas que não se conhecem, que estão separadas umas das outras no espaço e que têm poucas ou nenhuma possibilidades de exercer uma ação ou influência recíproca”⁴.

² DEFLEUR, Melvin Lawrence. *Teorias da Comunicação de Massa*. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993. p. 22.

³ RITTES, André. *Máquina de fazer doido: reflexões sobre a televisão na era da Absolutização da Imagem*. Santos: Editora Iporanga, 2000. p. 30.

⁴ WOLF, Mauro. *Teorias da Comunicação*. Lisboa: Presença, 1995. p. 30.

A partir de tal entendimento, pode-se concluir que a “massa” nada mais é do que todas as pessoas estão submetidas aos meios de comunicação e que a eles fazem referência, pois retiram o que ali é transmitido para aplicar na vida pessoal e real. De uma forma bem simples, são todos os dependentes e fascinados pelos meios de comunicação.

Nesse sentido, é certo que, a mídia não pode deixar de ser encarada como uma indústria, uma vez que constitui um sistema global, profundamente entranhado em nossa sociedade, e que se comunica direta e/ou indiretamente com as instituições básicas existentes, quais sejam: econômica (dando destaque aos produtos e serviços, inclusive disponibilizando-os aos mais variados consumidores, através de marketing, publicidade e propaganda); política (pois, encontram-se sempre envolvidos no processo eleitoral, sem esquecer que dão destaque para a atuação governamental nas suas respectivas pautas); familiar (vez que fazem parte das horas de lazer e cultura, na modalidade de educação informal, dentro dos mais diferentes lares); religiosa (com programas destinados ao “consumo da religião”); e, até mesmo, educacionais (pois, tem o potencial de ensinar e educar).

Trata-se de um efeito mundial, pois a mídia “desempenha papel chave na batalha para ganhar as mentes e os corações dos segmentos sociais que, no Brasil ao menos, formam o que se chama de opinião pública”⁵, disseminando informações em grande escala e abrangência pelos mais variados veículos, tornando o ritmo da comunicação humana cada vez mais intenso.

Esta revolução nas comunicações tem ocorrido em razão da necessidade das pessoas em dialogar e/ou transmitir informações cada vez mais rapidamente por meios confiáveis, vencendo o aumento da complexidade da sociedade e reduzindo longas distâncias. Dessa forma, à medida que o mundo se transforma numa verdadeira “aldeia global”⁶, unido pela comunicação (onde todos podem interagir e comunicar-se rapidamente), os veículos de comunicação contribuem para a formação de valores e concepções, criando uma Era da Comunicação de massa.

⁵ ROSSI, Clovis. *O que é Jornalismo*. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 8.

⁶ MCLUHAN, Marshal. *The Gutenberg Galaxy*. Canada: University of Toronto Press, 1962.

1.1. A contribuição das novas tecnologias para a Era da Comunicação e da Informação

Esta realidade é, atualmente, um dos fatos mais significativos e inescapáveis da vida moderna, impondo o ritmo do comportamento comunicativo da maioria das pessoas na sociedade, além de proporcionar um meio pelo qual significativas mudanças “poderiam ser trazidas para o pensamento humano, à organização da sociedade e à acumulação de cultura”⁷, representando, assim, mecanismos sociais de mudança social, vez que, a inserção de um veículo de comunicação na residência de um cidadão tem o potencial de representar o acesso à informação, inserindo-o nos problemas da comunidade em que vive, o que, em última análise, pode impactar imediata e diretamente em suas ações cotidianas.

A influência psicológica, social e cultural da comunicação de massa em nível interpessoal pode reorganizar os ditames do interesse público primário, por meio de ações estratégicas, pressão e dependências estruturais entre a mídia e os sistemas sociais, pois a comunicação faz parte dos complexos processos evolutivos que ocorrem na sociedade, que permitem a transformação desta comunicação de meros recursos tecnológicos para formas capazes de serem utilizadas eficazmente pela população.

“Podemos ver desde já que tanto nosso pensamento individual quanto nossa cultura estão sendo intensamente alterados por processos de comunicação de massa”.⁸

Vale salientar que, na atualidade, esse fenômeno é intensificado pelo desenvolvimento de novas tecnologias, que contribuem para a rapidez e segurança da informação.

“Nas sociedades contemporâneas, a tecnologia vai ocupando cada vez mais um lugar de destaque na organização das práticas sociais, gerando efeitos em todo o universo social e criando dinâmicas diferenciadas onde o conhecimento passa a tomar um lugar central”⁹, sendo certo que, nas últimas décadas, o crescimento e o desenvolvimento tecnológico da comunicação ocorreram de maneira surpreendentemente rápida, alcançando, inclusive, o lançamento de satélites voltados exclusivamente à comunicação.

⁷ DEFLEUR, Melvin Lawrence. Op. cit., p. 41.

⁸ Ibid., 59.

⁹ RODRIGUES, Gelze Serrat de Souza Campos; COLESANTI, Marlene T. de Muno. Educação ambiental e as novas tecnologias de informação e comunicação. In: *Revista Sociedade & Natureza*, v. 20, n.º. 1, pp. 51-66. Uberlândia, 2008. p. 60.

“The expansion of information technology embraces satellites, which are providing information services of two kinds: the communication and exchange of information, similar to postal and telephone services; and the accumulation and accessibility to data”¹⁰.

Isso ocorre pois, com a necessidade universal de comunicação, os satélites se tornaram um sucesso comercial, além de uma vantagem política e econômica, sendo certo que as razões para tal sucesso são bastante claras: “communication is as inherent part of human activity, so better communication – faster, easier, more affordable, more flexible, and more extensive – is Always a marketable idea”¹¹. Por isso, o desenvolvimento de novas tecnologias satelitais da informação, seja com a melhora dos serviços já existentes ou a criação de novos, rapidamente recebe atenção da população e dos governantes.

Orbiting satellites are another step in that continuing evolution, so their success should not be at all surprising. For decades, communications satellites have demonstrated greater capabilities and substantial reductions in user costs, what is more, this sector of activity continues to grow as it develops new markets and services around the world. ¹²

Dessa forma, o número e a diversidade de serviços satelitais irá continuar a crescer, de modo que o desenvolvimento de novos mercados irá florescer nos próximos anos, influenciado principalmente pelos efeitos da globalização.

“Satellite communications have a future even more spectacular than its present successes. New markets and new technologies promise new services that echo the science fiction and cartoons of the past”¹³.

Este fenômeno, de forma bastante modesta, consiste na integração do que acontece no mundo, determinando o fim das distâncias geográficas, com real integração veloz e instantânea, e de caráter polissêmico (uma vez que abrange mais de uma área do conhecimento, tais como: cultura, política, jurídica, econômica entre outras).

A globalização tem sido concebida como ação à distância (quando os atos dos agentes sociais de um lugar podem ter consequências significativas para “terceiros distantes”); como compreensão espaço-temporal (numa referência ao modo com a comunicação eletrônica vem desgastando as limitações da distância e do tempo na organização e na interação social); como interdependência acelerada (entendida como a intensificação do entrelaçamento entre economias e sociedades nacionais); como um mundo em processo de encolhimento; e, entre outros conceitos, como

¹⁰ FAWCETT, J.E.S. *Outer Space: New Challenges to Law and Policy*. Oxford: Clarendon Press, 1984. p. 77.

¹¹ VEDDA, James. *Space Commerce*. In: SADEH, Eligar (ed.). *Space Politics and Policy: an evolutionary perspective*. Kluwer Academic Publishers: Netherlands, 2002. p. 203.

¹² Ibid.

¹³ GOLDMAN, Nathan C. *Space Policy: an introduction*. Iowa State University Press: Iowa, 1992. p. 170.

integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional.¹⁴

Dessa forma, a globalização não pode ser reduzida simplesmente a processos tão somente no setor econômico, pois abrange outras dimensões da dinâmica social, num conjunto de processos interligados em todos os campos básicos hoje existentes, impulsionado pela atuação dos veículos de comunicação de massa.

“The control and direction of global communications suggest further social and political as well as scientific and technological implications”¹⁵, o que representa um desafio direto para o princípio territorial da organização social e política moderna.

Esse princípio pressupõe uma correspondência direta entre a sociedade, a economia e a organização política num território nacional exclusivo e delimitado por fronteiras. Mas, a globalização rompe essa correspondência, na medida em que a atividade social, econômica e política já não pode ser entendida como tendo limites idênticos aos das fronteiras territoriais nacionais.¹⁶

Assim, com a globalização da comunicação via satélites, o fluxo de ideias e de informações é constante, retirando os limites territoriais e fomentando (ainda mais) aquela “aldeia global”. “Communications satellites have accelerated the modern movement toward the wired-in global village”¹⁷.

Por conta disso, uma nova arquitetura mundial está em desenvolvimento, onde as distâncias entre as pessoas serão inexistentes, em razão do aumento da cobertura, do incremento da qualidade e das inovações tecnológicas das redes de comunicação, o que faz desaparecer as limitações de tempo e espaço entre as sociedades, colocando-as em constante interação (e integração), o que cria a possibilidade de novas organizações sociais e de reordenação do território, inserindo determinadas comunidades locais em contextos globais.

2. A importância das comunicações para o Direito Internacional

¹⁴ HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 11.

¹⁵ GOLDMAN, Nathan C. Op. cit., p. 156.

¹⁶ HELD, David; MCGREW, Anthony. Op. cit., p. 22.

¹⁷ GOLDMAN, Nathan C. Op. cit., p. 156.

Diante das considerações levantadas, percebe-se que é necessário estabelecer um nível de cooperação internacional, em razão da interconexão global vivida atualmente na Era das Comunicações, proporcionada por tecnologias espaciais.

Estes “benefícios espaciais”¹⁸ que os países obtêm com tal cooperação potencializam o financiamento de pesquisas; adoção de novas tecnologias mais modernas, capacidades e infraestruturas¹⁹, entre outros tópicos de suma importância. Isto é, a promoção desta cooperação internacional leva ao avanço da ciência e da tecnologia espacial e suas implicações (e aplicações), inclusive no que se refere às tecnologias da comunicação.

“At the international level, the government needs do to consider the large space structure as a cooperative effort with other nations to use best the limited orbital slots”²⁰. Pois, de acordo com a “Declaração sobre a Cooperação Internacional na Exploração e Uso do Espaço Exterior em Benefício e no Interesse de Todos os Estados, Levando em Especial Consideração as Necessidades dos Países em Desenvolvimento” (aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1996, através da Resolução 51/122²¹), há o reconhecimento da “necessidade e da relevância do fortalecimento progressivo da cooperação internacional visando alcançar ampla e eficiente colaboração neste campo, em benefício mútuo e no interesse de todas as partes envolvidas”, nos seguintes termos:

A cooperação internacional na exploração e uso do espaço exterior para fins pacíficos (daqui por diante designada de ‘cooperação internacional’) deve ser conduzida de acordo com as normas do Direito Internacional, inclusive a Carta das Nações Unidas e o Tratados sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes. Ela deve ter em mira o bem e interesse de todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico, e é incumbência de toda a humanidade.²²

Ademais, a Declaração mencionada estabelece também os objetivos da ‘cooperação espacial internacional’, tendo em vista a alocação de recursos, como sendo:

Promover o desenvolvimento da ciência e tecnologia espacial e de suas aplicações;

¹⁸ MONTSERRAT FILHO, José. *Direito e política na era espacial*: podemos ser mais justos no espaço do que na Terra?. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007. p. 137.

¹⁹ VEDDA, James. Op cit., p. 227.

²⁰ GOLDMAN, Nathan C. Op cit., p. 173.

²¹ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral, *Resolução 51/122, de 1996* - Declaração sobre a Cooperação Internacional na Exploração e Uso do Espaço Exterior em Benefício e no Interesse de Todos os Estados, Levando em Especial Consideração as Necessidades dos Países em Desenvolvimento. 1996. Disponível em: <<https://sbda.org.br>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

²² Ibid.

Estimular o desenvolvimento das capacidades espaciais relevantes e apropriadas nos países interessados;
Facilitar o intercambio de especialistas e de tecnologias entre os Estados, em base mutuamente aceitáveis.²³

Percebe-se, portanto, a importância de garantir que os benefícios das novas tecnologias espaciais estejam disponíveis aos países, seja qual for o estágio de desenvolvimento econômico²⁴. Diante dessa realidade, é óbvia a necessidade de cooperação, inclusive nas questões voltadas à comunicação, tendo em vista que “satellites communications are extremely importante to developing countries in building na independente national economy and society”²⁵.

Conclusão

Os veículos de comunicação de massa têm o poder (e a facilidade) de construir a opinião pública. Daí, advém a denominação de “4º Poder”²⁶, pois, a partir do momento em que a mídia adentra as mentes das pessoas, pode ser considerada hoje como uma “fascinante batalha pela conquista das mentes e corações de seus alvos: leitores, telespectadores ou ouvintes”²⁷.

Esse fenômeno é ampliado ao extremo na realidade hoje vivenciada das novas tecnologias de informação, que permitem o acesso rápido e quase instantâneo nos mais diferentes lugares do mundo, encurtando as distâncias e tornando o ritmo da comunicação cada vez mais intenso, influenciando a audiência a que estão vinculados: a sociedade. Soma-se a isto os efeitos da globalização, que forçam a integração do que acontece no mundo de forma polissêmica.

Diante deste cenário, há necessidade do Direito Internacional em se adaptar aos interesses globais (seja de sujeitos de Direito Internacional, ou de atores não estatais), tendo em vista a interconectividade imposta pelos meios de comunicação e pelas novas tecnologias.

É necessário, portanto, estabelecer um nível de cooperação espacial internacional, visando os “benefícios espaciais” citados neste artigo, nos termos objetivos dispostos pela “Declaração sobre a Cooperação Internacional na Exploração e Uso do Espaço Exterior em

²³ Ibid.

²⁴ SADEH, Eligar. International Space Cooperation. In: SADEH, Eligar (ed.). *Space Politics and Policy: an evolutionary perspective*. Kluwer Academic Publishers: Netherlands, 2002. p. 170.

²⁵ GOLDMAN, Nathan C. Op. cit., p. 170.

²⁶ TARQUINA, Nelson. *Teorias do jornalismo* – Porque as notícias são como são. 2.ed. Insular: Florianópolis, 2005.

²⁷ ROSSI, Clovis. Op. cit., p. 7.

Benefício e no Interesse de Todos os Estados, Levando em Especial Consideração as Necessidades dos Países em Desenvolvimento”.

Referências Bibliográficas:

DEFLEUR, Melvin Lawrence. *Teorias da Comunicação de Massa*. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

FAWCETT, J.E.S. *Outer Space: New Challenges to Law and Policy*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

GOLDMAN, Nathan C. *Space Policy: an introduction*. Iowa State University Press: Iowa, 1992.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

MCLUHAN, Marshal. *The Gutenberg Galaxy*. Canada: University of Toronto Press, 1962.

MONTSERRAT FILHO, José. *Direito e política na era espacial: podemos ser mais justos no espaço do que na Terra?*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral, *Resolução 51/122, de 1996* - Declaração sobre a Cooperação Internacional na Exploração e Uso do Espaço Exterior em Benefício e no Interesse de Todos os Estados, Levando em Especial Consideração as Necessidades dos Países em Desenvolvimento. 1996. Disponível em: <<https://sbda.org.br>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

RITTES, André. *Máquina de fazer doido: reflexões sobre a televisão na era da Absolutização da Imagem*. Santos: Editora Iporanga, 2000.

RODRIGUES, Gelze Serrat de Souza Campos; COLESANTI, Marlene T. de Muno. Educação ambiental e as novas tecnologias de informação e comunicação. In: *Revista Sociedade & Natureza*, v. 20, nº. 1, pp. 51-66. Uberlândia, 2008.

ROSSI, Clovis. *O que é Jornalismo*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

SADEH, Eligar. International Space Cooperation. In: SADEH, Eligar (ed.). *Space Politics and Policy: an evolutionary perspective*. Kluwer Academic Publishers: Netherlands, 2002.

TARQUINA, Nelson. *Teorias do jornalismo* – Porque as notícias são como são. 2.ed. Insular: Florianópolis, 2005.

VEDDA, James. Space Commerce. In: SADEH, Eligar (ed.). *Space Politics and Policy: an evolutionary perspective*. Kluwer Academic Publishers: Netherlands, 2002.

WOLF, Mauro. *Teorias da Comunicação*. Lisboa: Presença, 1995. p. 30.

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO CONTEXTO VIRTUAL: CELERIDADE NO ATENDIMENTO ÀS DEMANDAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Brazilian judicial power in the virtual context: celerity in service to legal demands through the technological revolution

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO¹

Sumário: Introdução; 1. O acesso à justiça como condição de cidadania; 2. O Acesso à Justiça em Tempos de Pandemia; 3. O Judiciário no Contexto Virtual: Novas Formas de Efetivar o Acesso à Justiça; Considerações Finais.

Resumo: O acesso à justiça constitui um dos princípios mais proeminentes do Estado Democrático de Direito, pois todo cidadão que se sentir alijado das condições que garantem a sua dignidade humana pode promover um processo no sistema judiciário almejando a correção ou reparação dos danos. O ideal é que isto ocorra com equidade e celeridade, garantindo que a decisão seja justa e ocorra em tempo razoável. No entanto, o fato de as pessoas confiarem muito na justiça tem acarretado um número de processos superior à capacidade dos tribunais. A tecnologia desenvolvida para aplicações online tem ajudado a acelerar os processos e as decisões, sendo paulatinamente incorporada nos trabalhos judiciais. A pandemia do coronavírus acelerou este processo mediante a necessidade de distanciamento social, obrigando o Judiciário a se adequar rapidamente. O presente estudo, de natureza qualitativa, tem como objetivo analisar a utilização de tecnologias online no acesso à justiça, debatendo sua eficácia e as questões éticas envolvidas. O trabalho decorre de uma pesquisa bibliográfica e foi construído através do método hipotético-dedutivo. Concluiu-se que o acesso à justiça necessita ser constantemente ampliado e garantido, para que esta seja célere e equitativa, objetivo que será melhor alcançado com o uso da tecnologia, fato que se provou acertado durante a pandemia. Mas é preciso estar atento para que a utilização não contrarie preceitos constitucionais e éticos. A tecnologia representa um novo marco de realização do processo jurídico. Negá-la significa ir na contramão do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Tecnologia; Equidade; Celeridade.

Abstract: Access to justice is one of the most prominent principles of the Democratic Rule of Law, because every citizen who feels relieved of the conditions that guarantee his human dignity can file a lawsuit in the judicial system seeking correction or reparation of damages. Ideally, this will happen with equity and speed, ensuring that the decision is fair and occurs in record time. However, the fact that people rely too much on justice has entailed a higher number of cases than the capacity of the courts. The technology developed for online applications has helped accelerate processes and decisions, being gradually incorporated into judicial work. The coronavirus pandemic accelerated this process through the need for social distancing, and forced the judiciary to adapt quickly. The present study, of a hypothetical-deductive nature, aims to analyze the use of online technologies in access to justice, debating its effectiveness and the ethical issues involved. The work is the result of a bibliographic

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta do Curso de Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Campus Santa Maria, RS. Advogada. E-mail: adrianetoaldo@gmail.com.

research and was constructed using the monographic method. It was concluded that access to justice needs to be constantly expanded and guaranteed, so that it is fast and equitable, an objective that will be better achieved with the use of technology, a fact that proved to be correct during the pandemic. But it is necessary to be careful so that the use does not contravene constitutional and ethical precepts. Technology represents a new one to carry out the legal process. Denying it means going against access to justice.

Words-chave: Access to justice; Technology; Equity; Celerity.

Introdução

Entre os inúmeros direitos previstos na Constituição Brasileira de 1988, como direitos sociais que protegem a dignidade humana, figura o acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do art. 5º, como condição primordial para a que a democracia realmente seja equitativa e proporcione a participação da sociedade nas esferas de decisão pública. Com efeito, o Poder Judiciário também emana do cidadão e sua atuação sempre deve se pautar pelo respeito aos princípios e leis que organizam o Estado Democrático e de Direito.

Desta forma, toda vez que um indivíduo se sentir alijado ou excluído de seus direitos, ameaçado em sua capacidade ou liberdade, expropriado de seus bens, ofendido em sua moral, possui o direito de promover com processo nos tribunais requerendo o reconhecimento e ressarcimento dos danos sofridos.

A tecnologia que vem revolucionando o modo de fazer justiça não alterou estes pressupostos, mas proporcionou condições para que o acesso à justiça pudesse ser feito de maneira mais célere. Este era um processo que estava em fase de implantação, mas que foi acelerado com a pandemia.

Este trabalho tem como objetivo analisar a inserção tecnológica no contexto dos processos judiciais, no Brasil, observando as questões de celeridade e de prestação equitativa dos serviços, no sentido de garantir o acesso à justiça, ao mesmo tempo em que preserva os princípios éticos insculpidos na Constituição. Trata-se de um trabalho de natureza qualitativa, com fulcro na abordagem hipotético-dedutiva e construído através do método bibliográfico.

O estudo apresenta-se dividido em três seções. Na primeira, aborda-se o acesso à justiça como condição de cidadania. A segunda seção analisa as mudanças que a pandemia gerou no sistema judiciário. E o terceiro tópico questiona os parâmetros tecnológicos e éticos desta mudança.

1. O acesso à Justiça como condição de cidadania

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consta, no inciso XXXV do artigo 5º, o princípio constitucional do acesso à Justiça, garantindo que todos os brasileiros e brasileiras tenham acesso aos serviços oferecidos pelo Poder Judiciário para reivindicar seus

direitos. Este primado também é chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição e tem como objetivo permitir que haja acesso irrestrito aos instrumentos do Estado caso haja a violação ou ameaça de algum direito ou garantia, devendo o cidadão acionar o Poder Judiciário para obter a sua tutela jurisdicional, através de sua capacidade de julgar e decidir conflitos de maneira imparcial com base na legislação².

Esta concepção de acesso ao Poder Judiciário sofreu modificações com o decorrer do tempo, uma vez que, modernamente, significa um acesso à uma ordem jurídica, rápida, efetiva e tempestiva. A simples acepção de ingresso ao Poder Judiciário para demandar uma pretensão, não mais encontra espaço. O cidadão, hodiernamente, necessita de satisfação e entrega efetiva de sua pretensão.

O acesso à justiça consiste em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, já que a justiça para todos consiste em uma condição *sine qua non* da democracia; haja visto que todos os cidadãos estão subordinados à lei de maneira igual, também o acesso se viabiliza no mesmo patamar, respeitando o princípio da igualdade. Da mesma forma, todo governante, apesar do cargo que ocupa, também está sujeito a estas leis³.

O acesso à ordem jurídica⁴ funciona como um primeiro direito a ser garantido, pois através dele outros serão efetivados, visto que constitui o mecanismo básico de busca por tutela do Estado para demandas sociais e individuais. Entende-se que todos os cidadãos podem reivindicar seus direitos e cabe ao Poder Judiciário atender todas as pretensões no contexto dos pressupostos da lei, não podendo se esquivar de solucionar as questões postuladas, sendo esta a sua principal função, a de garantir a pacificação social, coordenando esforços para que a sociedade mantenha seu grau de socialização e organização, visando a paz entre seus membros.

Em princípio, todas aquelas pessoas que possuem demandas perante à Justiça podem procurar os serviços de um profissional de advocacia, pois este está legitimamente autorizado a representar o cidadão. De acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁵ e

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

³ SALLES, M. B. *Acesso à Justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law*. São Paulo: Dialética, 2021.

⁴ “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza” (Artigo 8º 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – São José da Costa Rica). CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 30 abr. 2021.

⁵ BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*: Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

do art. 133 da Constituição Federal⁶, o advogado é profissional que está apto a ser representante judicial de seus clientes nas atividades de postulação ao Judiciário, além de consultoria e assessoria em questões legais.

Como nem todas as pessoas possuem recursos para pagar os honorários profissionais, a própria Constituição estabeleceu mecanismos para garantir que todos os cidadãos tenham acesso à justiça. Nesta seara, citam-se os Juizados Especiais⁷, que possuem competência para as causas cíveis de menor complexidade e para as infrações penais de menor potencial ofensivo, no sentido de concretizar o referido acesso de forma célere, em função de sua informalidade, eficiência e rapidez. Dependendo do valor da causa, é possível propor uma ação sem a constituição de advogado.

Outro instrumento disponível para os cidadãos sem recursos é a assistência judiciária gratuita⁸, que possibilita a assistência de advogados do Estado durante todo o processo, mediante a comprovação da incapacidade de pagamento. O cidadão também conta com a defensoria pública⁹, que garante o acesso integral e gratuito em todas as fases do processo. Além disso, existe a prática do *pro bono*, através do qual advogados legalmente capacitados, mas que trabalham na livre iniciativa, possam atender clientes no modo caritativo, sem custos.

Compreende-se, a partir do que foi exposto acima, que o acesso à ordem jurídica está protegido pela legislação brasileira e que mesmo aqueles cidadãos desprovidos de recursos têm este direito garantido pelos mecanismos legislativos implementados.

A partir de 11 de março de 2020, foi decretada a pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em decorrência da Covid-19. Na sequência, analisa-se o efeito que a pandemia do novo coronavírus gerou sobre as demandas judiciais e o acesso à tutela do Poder Judiciário.

2. O Acesso à Justiça em Tempos de Pandemia

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁷ BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9099&ano=1995&ato=efcUzaU5UeJpWT3a7>. Acesso em 01 mai. 2021.

⁸ BRASIL. *Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*: Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060compilada.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

⁹ BRASIL. *Lei complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1984*: organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm#:~:text=Art.,considerados%20na%20forma%20da%20lei. Acesso em: 01 mai. 2021.

O mundo mudou a partir de 2020 quando passou a conviver com a pandemia do novo coronavírus, exigindo dos governos e das sociedades civis diversos procedimentos de prevenção, como o isolamento social, a utilização de equipamentos e insumos de proteção individual e a restrição a uma série de serviços públicos e privados. Contribuiu para o número elevado de casos e de mortes o desconhecimento sobre a nova doença e a consequente falta de vacinas ou medicamentos para seu tratamento. Neste momento, o Brasil já contabiliza mais de 400.000 (quatrocentos mil) mortos e cerca de quinze milhões de casos. Entre as pessoas recuperadas, muitas ainda apresentam sequelas graves que as impossibilitam de exercer suas atividades normalmente. Em muitas regiões do país, houve o colapso do sistema de atendimento de saúde¹⁰.

No plano econômico e social, houve um recrudescimento muito grande das atividades econômicas. Escolas, institutos, universidades e os chamados serviços não essenciais tiveram que fechar ou atender com restrições de horários e limitação de público. Muitos trabalhadores, nos segmentos em que isto era possível, passaram a desenvolver suas atividades no sistema de *home office*. Empresas de diversos segmentos tiveram que fechar suas portas em virtude das restrições. Diversos organismos do poder público passaram a atender de forma virtual, adaptando-se para continuar prestando seus serviços.

No mundo inteiro, o Poder Judiciário teve que fechar suas cortes para impedir a disseminação do vírus. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução 313, de 19 de março de 2020¹¹, estabeleceu o regime de plantão extraordinário, suspendendo o trabalho presencial de magistrados e servidores da justiça, mantendo as atividades essenciais, o atendimento às partes e aos advogados de forma remota.

Felizmente, o Brasil já havia incorporado a tecnologia no sistema processual desde 2006, quando foi criada a Lei do Processo Eletrônico Judicial¹², a qual possibilita que o Poder Judiciário crie sistemas digitais para tratar ações judiciais. No meio jurídico, isto já vinha acontecendo com a digitalização dos processos, que apresenta inúmeras vantagens aos envolvidos, sobremaneira na consulta e acompanhamento das decisões. Assim, além da celeridade, o processo eletrônico também contempla o direito à informação prescrito na lei.

¹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 02 mai. 2021;

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução N° 313 de 19/03/2020*: Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 02 mai. 2021.

¹² BRASIL. *Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006*: Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Acesso em: 01 mai. 2021.

Soma-se a isto as audiências por videoconferências, cuja execução já era autorizada pelo Código de Processo Civil, sendo sancionada também pela Resolução 314 do Conselho Nacional de Justiça¹³, que tornou esse procedimento rotineiro, salvo impossibilidade técnica ou prática, conforme decisão do juiz competente. Posteriormente, com a Resolução 222, o CNJ reforçou este postulado, afirmando que as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a utilização da tecnologia, através do processo eletrônico e das audiências virtuais manteve a Justiça operando em níveis próximos ao da normalidade, gerando, entre abril e agosto de 2020 mais de 360 mil videoconferências para audiências e reuniões¹⁴.

O advento da pandemia acelerou um processo que já estava em andamento no Brasil, levando muitas pessoas a repensarem o acesso à justiça de forma virtual, com a correta utilização da tecnologia e com o apoio de novos aplicativos que tornem a relação entre as partes e com os órgãos da justiça mais simples e céleres, desde que se respeitem os princípios basilares do acesso. Muitas pessoas tiveram que se adaptar e preconceitos com relação ao uso de aparatos tecnológicos tiveram que ser rompidos.

A tecnologia chegou para ficar. Trata-se de um fato inegável para todos os setores da sociedade e para o Judiciário. Graças a ela, os processos continuaram sendo executados, garantindo a função tutelar do Estado. No entanto, sente-se a necessidade de debater esta nova realidade e como esta revolução tecnológica afeta o sistema judiciário.

3. O Judiciário no Contexto Virtual: Novas Formas de Efetivar o Acesso à Justiça

Não há como negar que o mundo se digitalizou e com isto a maneira de viver e de se relacionar. Não há motivos, portanto, para que o mundo jurídico seja excluído desta seara, nem impedimento para que as tecnologias modernizem os meios utilizados para garantir o acesso à justiça e a resolução de conflitos, principalmente quando os recursos tecnológicos podem aperfeiçoar o trabalho das cortes. Assim, verifica-se que a pandemia gerou um efeito positivo sobre as resistências ainda reinantes quanto a adoção de novas ferramentas e meios de trabalho. Entende-se, a partir destas informações, que a mudança de regime de trabalho

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução N° 314 de 20/04/2020*: Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução n° 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 02 mai. 2021.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia.*** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 02/01/2021.

não prejudicou o andamento dos processos, mas que, pelo contrário, viabilizou a manutenção do acesso à justiça. Observou-se, é claro, uma mudança no perfil dos usuários, com mais demandas relativas à pandemia, relacionados com o auxílio emergencial, liberação de depósitos do FTGS, tratamentos médicos, garantia de leitos de UTI, insumos e medicamentos¹⁵.

O advento da tecnologia não se faz presente apenas na forma como o processo é executado, mas também no acesso à ordem jurídica, pois a tecnologia da informação permite que criem máquinas inteligentes que permitem o atendimento eletrônico ao cidadão, através da busca por bancos de dados, favorecendo a difusão de informações sobre as demandas judiciais presentes nas lides. Além disso, através dos meios eletrônicos é possível detectar falhas em contratos, buscar jurisprudências que sirvam ao caso concreto, estabelecer previsões sobre as possibilidades de ação, auxiliando na propositura de uma ação, no fechamento de um acordo ou na continuidade do processo¹⁶, ensejando o que estará acontecendo na advocacia do futuro.

Todos estes procedimentos garantirão a celeridade do processo, incidindo até mesmo sobre as decisões judiciais, que poderão se valer da tecnologia para validar suas sentenças, de modo a responder de forma mais imediata ao cidadão. Há sistemas que conseguem identificar se o assunto atribuído pelo advogado se relaciona com a discussão em questão, se está respeitada a competência do tribunal indicado para a causa, evitando despachos e atos de cumprimento. A tecnologia também está disponível para a admissibilidade de recursos especiais e extraordinários, classificando os mesmos por temas. Estes são apenas alguns exemplos da utilização da tecnologia artificial no auxílio à seleção e decisão dos processos¹⁷.

No entanto, é preciso que a ética seja preponderante na adoção de novas tecnologias, pois a adoção de novos procedimentos não pode estar sujeita a interesses escusos. Foi diante desta necessidade que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 332, de 21 de agosto de 2020¹⁸, que evidencia a preocupação com a garantia de princípios jurídicos e a prestação equitativa da jurisdição. Os artigos deste dispositivo ressaltam a preocupação com os direitos fundamentais, com a igualdade das partes no processo e com a defesa de aspectos

¹⁵ MARTINS, T. C. *Acesso à Justiça e pandemia*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88048/acesso-a-justica-e-pandemia>. Acesso em: 02 mai. 2021.

¹⁶ TOCO, L. *Os 10 motivos pelos quais a revolução tecnológica na área jurídica é um caminho sem volta*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67698/os-10-motivos-pelos-quais-a-revolucao-tecnologica-na-area-juridica-e-um-caminho-sem-volta>. Acesso em: 21 mai. 2021.

¹⁷ BOING, D. H. A.; ROSA, A. M. *Ensinando um robô a julgar*. Pragmática, Discrecionalidade, Heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis, EMais, 2020.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução N° 332 de 21/08/2020*: Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 01 mai. 2021.

importantes, como a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, evitando erros de julgamentos decorrentes de preconceitos.

Considerações Finais

Entende-se que o acesso à Justiça precisa ser constantemente ampliado e garantido, de modo que a justiça não seja apenas acessível, mas que possa resolver as demandas em tempo hábil, garantindo a equidade e a justiça. A tecnologia desenvolvida permite maior agilidade em todas as fases do processo, mas é preciso atentar para os cuidados necessários à sua utilização, da mesma forma que se observar todos os preceitos éticos que condicionam o uso da Justiça.

O advento da pandemia colocou à prova um processo de digitalização que estava em curso e que, de uma hora para outra, teve que substituir práticas seculares de encontros nos tribunais por videoconferências, mudando a rotina dos profissionais do direito e dos servidores da justiça. Apesar de algumas inadequações e de uma certa paralisia no início, em pouco tempo, o Judiciário conseguiu superar as dificuldades e manter um ritmo mais ou menos compatível com o anterior.

A mudança para o cenário virtual exigiu muita disposição de todos, pois nem sempre a tecnologia é vista com bons olhos. Há, inclusive, uma parcela de pessoas que apresentam grandes dificuldades em se adaptar. Mas este é o futuro e dele não se poderá fugir, pois evitar as novas tecnologias consiste em ir na contramão do acesso à justiça, que ficou digitalizado para ser melhor efetivado.

Referências Bibliográficas

- BOING, D. H. A.; ROSA, A. M. *Ensinando um robô a julgar*: Pragmática, Discricionariedade, Heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis, EMais, 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 02 mai. 2021;
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução N° 313 de 19/03/2020*: Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 02 mai. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução N° 314 de 20/04/2020*: Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução n° 313, de 19 de março de

2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia***. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 02/01/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução N° 332 de 21/08/2020*: Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 01 mai. 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 30 abr. 2021.

SALLES, M. B. *Acesso à Justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law*. São Paulo: Dialética, 2021.

TOCO, L. *Os 10 motivos pelos quais a revolução tecnológica na área jurídica é um caminho sem volta*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67698/os-10-motivos-pelos-quais-a-revolucao-tecnologica-na-area-juridica-e-um-caminho-sem-volta>. Acesso em: 21 mai.2021.

O DIREITO DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR DIANTE DOS BUSCADORES DE INTERNET

Consumers' right of choice in the face of Internet search engines

RENATA MOTA MACIEL¹

MATEUS SANT'ANA²

Sumário: 1. Do comércio eletrônico e dos buscadores de internet; 2. Do modelo de negócio e a livre iniciativa; Considerações Finais.

Resumo: O movimento de expansão do comércio eletrônico manteve-se em franco crescimento e nem as crises econômicas do país ou mesmo a pandemia da Covid-19, ao que parece, não conteram esse avanço. É certo que a principal porta de entrada no mercado eletrônico são os sistemas de buscadores de *Internet*, também chamados de motores de busca ou de ferramenta de busca, que são oferecidos por empresas como *Google*, *Yahoo*, *Bing*, entre outras, destacando-se que o buscador da primeira, denominado *Google Search*, apresenta-se como a ferramenta de busca mais utilizada pelos internautas. Com o avanço tecnológico os sistemas de buscadores tornaram-se mais avançados pois diferenciam a publicidade de resultado orgânico, e a publicidade direcionada pelos algoritmos, que consiste em que o consumidor internauta, ao acessar o *Google Search*, procura, na verdade, a intenção algorítmica programada e não o “resultado orgânico” de suas buscas e como consequência colocando em risco a vontade declarada do Consumidor. Assim o buscador intenta direcionar os anúncios de produtos ou serviços similares, que induzem o consumidor médio a agir sem sua vontade. É necessário respeitar a escolha do consumidor. É importante regulamentação jurídica pois a partir do momento que uma empresa detentora de grande parcela do volume de buscas realizadas na *Internet* por meio de tais ferramentas desenvolve modelo de negócio voltado ao oferecimento de anúncios aos internautas, torna-se preocupante pois pode impactar diretamente na concorrência nos mais diversos setores de circulação de bens e de serviços. Assim, a partir do momento em que há um algoritmo direcionando a vontade do consumidor, como ocorre no “*Google Ads*” ou “*AdWords*”, com claro potencial para limitar o exercício livre do direito de escolha do consumidor, somado ao exercício de atividade lucrativa, voltada ao oferecimento de “palavras-chave” a serem adquiridas por concorrentes, para o fim de alavancar suas atividades no comércio eletrônico e consequentemente exercendo práticas de concorrência desleal. O método utilizado neste trabalho de pesquisa é o indutivo com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chaves: Direito do Consumidor; Algoritmo buscador; Concorrência desleal; Lei de proteção de dados.

Abstract: The expansion of e-commerce has continued to grow and neither the country's economic crises nor the Covid-19 pandemic, it seems, will contain this progress. It is true that the main gateway to the electronic market is the Internet search engine systems, also

¹ Juíza Estadual do Tribunal do Estado de São Paulo, professora do Programa de Pós graduação da Universidade Nove de Julho - São Paulo-SP- Brasil - email renatamotamaciel@gmail.com

² Advogado, mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho de São Paulo- SP- Brasil - email mateus.santana.adv@gmail.com

called search engines or search tools, which are offered by companies such as Google, Yahoo, Bing, among others, noting that the first search engine, called Google Search, presents itself as the search tool most used by Internet users. With technological advancement, search engines have become more advanced because they differentiate advertising from organic results, and advertising directed by algorithms, which is that the internet user, when accessing Google Search, seeks, in fact, the algorithmic intention programmed and not the “organic result” of their searches and as a consequence putting at risk the declared will of the Consumer. Thus, the search engine attempts to target ads for similar products or services, which induce the average consumer to act without their will. It is necessary to respect the consumer's choice. It is important legal regulation because from the moment that a company that owns a large part of the volume of searches performed on the Internet through such tools develops a business model aimed at offering advertisements to Internet users, it becomes worrying because it can directly impact competition in the most diverse sectors of circulation of goods and services. Thus, from the moment that there is an algorithm directing the consumer's will, as in "Google Ads" or "AdWords", with clear potential to limit the free exercise of the consumer's right to choose, added to the exercise of lucrative activity, aimed at offering “keywords” to be acquired by competitors, in order to leverage their activities in electronic commerce and consequently exercising unfair competition practices. The method used in this work is inductive with bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Consumer Law; Search algorithm; Unfair competition; Data protection law.

1. Do comércio eletrônico e os buscadores de internet

Inicialmente, é preciso destacar a repercussão do tema em debate na atividade empresarial da atualidade, marcada pelo aumento exponencial da prática do comércio no espaço virtual, que passa a ser regulado pelo direito virtual, o que se convencionou chamar “comércio eletrônico”, assim como sua dinâmica de funcionamento e reflexos para a atividade de produção e circulação de bens e de serviços.

O comércio eletrônico, segundo Newton De Lucca, há muito já se descortinara como uma grande ferramenta para o escoamento da produção de bens e de serviços:

O comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto de relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que têm por objeto a produção e circulação de bens e serviços. [...] Em todas as retroaludidas ocasiões nas quais me pronunciei sobre o tema da proteção ao consumidor, no âmbito do comércio eletrônico, sem exceção, proclamei meu entusiasmo pelas possibilidades de crescimento dessa modalidade de escambo, bastando recordar, entre tantas, a comodidade de poder adquirir produtos ou serviços sem sair da própria casa e por preços menores do que os existentes nos estabelecimentos empresariais dos fornecedores, bem como na possibilidade de comprar coletivas com preços menores regulada pelo Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. (DE LUCCA, 2014, p. 93-94).

Neste ínterim, as relações de consumo estão pouco a pouco se transformando e a atividade comercial, que antes era prioritariamente presencial, passou e passa, cada vez mais, a ser exercida em ambientes eletrônicos.

A GOOGLE por exemplo possui a mais conhecida das ferramentas da Google, o 'Google Search', é o tradicional mecanismo gratuito de buscas de páginas de terceiros na Internet, em que o usuário fornece expressões relacionadas ao resultado desejado e obtém uma lista de links que combinam com os critérios utilizados na busca.

A ferramenta Google Adwords³ que é adicionada a busca, que tem por sua definição um dos serviços que os anunciantes usam para promoção online de seu conteúdo, marca, site, etc. por meio de certas palavras-chave definidas para obter tráfego ou leads. É uma forma de breve texto publicitário com palavras-chave que são exibidas nas páginas da web do Google e em sites parceiros (chamados de editores) depois de combinar seu conteúdo com as palavras-chave.

Diante disso, em que pese os buscadores tentaram diferenciar publicidade de resultado orgânico, o consumidor internauta, ao acessar o *Google Search*, por exemplo, procura, na verdade, a consequência do “resultado orgânico” de suas buscas e não pretende, em essência, ter sua vontade declarada no buscador direcionada a anúncios de produtos ou serviços similares, ao menos quando analisada a justa expectativa de um consumidor médio.

2. Do modelo de negócio e a livre iniciativa

Dessa primeira premissa é possível extrair deveres anexos aqueles normalmente decorrentes do exercício da atividade empresarial, ou seja, a partir de o momento que uma empresa detentora de grande parcela do volume de buscas realizadas na *Internet* por meio de tais ferramentas desenvolve modelo de negócio voltado ao oferecimento de anúncios aos internautas, com evidente aptidão para direcionar a concorrência nos mais diversos setores de circulação de bens e de serviços do mercado interno e externo, não podendo ignorar em face de sua prestação de serviço o exercício do direito à livre iniciativa. No tocante a livre iniciativa e a concorrência desleal, as lições de Eros Roberto Grau são muito oportunas, quando afirma que não se pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1º, IV, do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica.

E prossegue:

³ <https://economictimes.indiatimes.com/definition/adwords> acessado em 27.04.2021

Dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade. Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), podemos descrever a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonhado – aí a acessibilidade. (GRAU, 2017, p. 197).

Ocorre, que para além da ponderação dos valores acima envolvidos, a segunda premissa que deve servir de alicerce é o reconhecimento de que, seja um ou outro valor que se opte por fazer prevalecer, é preciso que seja analisado, também, a partir do reconhecimento de que o direito de escolha do consumidor é decidido pela empresa que oferece o serviço de buscador, ao qual acoplado a prestação de serviço de venda do “produto” voltado aos anúncios patrocinados, o que é feito por meio de algoritmos estabelecidos pela própria empresa, sem que o consumidor tenha qualquer acesso ao modo como é direcionado a este ou aquele resultado de busca.

O poder econômico das empresas de tecnologia também não pode ser desprezado – e esta é a terceira premissa de análise.

O poder econômico e de controle da informação dessas empresas apresenta claramente potencial para mitigar, de forma silenciosa, a autonomia pessoal do usuário, com potencial para impor normas e procedimentos, em prejuízo da capacidade de salvaguardar o pluralismo, assim como formas alternativas de pensar, sem prejuízo da própria autonomia pessoal.

A partir do momento em que há um algoritmo direcionando a vontade do consumidor, como ocorre no “Google Ads” ou “AdWords”, com claro potencial para limitar o exercício livre do direito de escolha do consumidor, somado ao exercício de atividade lucrativa, voltada ao oferecimento de “palavras-chave” a serem adquiridas por concorrentes, para o fim de alavancar suas atividades no comércio eletrônico, ressalta-se a necessária ponderação acerca da ordenação jurídica voltada à regulação dessas atividades empresariais, da qual destaco a proteção à livre concorrência, tanto no plano estrutural como no plano das condutas dos agentes econômicos.

Assim, por um lado, a sociedade digital ou informacional ainda não é capaz de dizer e entender até que ponto autorizará que a vontade do cidadão seja direcionada ou restrita,

embora a recente Lei nº 13.709, de 14 DE Agosto de 2018 - Geral de Proteção de Dados – LGPD pareça apresentar-se como um sinalizador do caminho a ser tomado.

Seria mesmo recomendável que o consumidor médio soubesse de forma esclarecida e inequívoca a que ponto é ou não exercida a sua autonomia pessoal, não só sobre o uso de seus dados, mas também sobre as informações que recebe, ou se está experimentando certo tipo de redução ou direcionamento de informação recebida, sendo, inclusive, esse o ponto nevrálgico da mencionada Lei Geral de Proteção de Dados.

Valérie-Laure Benabou e Judith Rochfeld, destacam que tecnologias que se utilizam de algoritmos devem ser explícitas e, se a era é a do governo dos algoritmos, o mínimo que os sujeitos governados são capazes de esperar é estar ciente das regras aplicáveis de uma maneira inteligível. Não se trata de violação aos segredos comerciais, não se podendo exigir de um operador a publicação de seu *know-how* sem qualquer justificativa.

Ocorre que é preciso conciliar os interesses envolvidos, de modo a estabelecer uma obrigação de revelação útil e proporcional dos processos de tratamento para aqueles que são objetos, no caso, os titulares dos dados pessoais utilizados. (BENABOU, 2015, p.78).

Por se tratar de atividade empresarial lucrativa, não parece haver incentivos, ao menos até o momento e no plano regulatório, para que os buscadores de internet apresente *layout* mais destacado, a ponto de alertar, até mesmo o consumidor mais distraído, de que se trata de resultado de busca direcionado, voltado à estratégia de *marketing* de concorrente do produto que imaginava estar buscando na *Internet* de forma orgânica e livre, sem direcionamento altamente lucrativo realizado por meio de algoritmos.

Em síntese, para reconhecer a ilicitude da conduta, ao adquirir “palavra-chave” contendo parte ou a totalidade dos elementos que compõem as marcas nominativas e mistas registradas, para além da extensão da proteção marcária, que será analisada na sequência, tem-se por premissas antecedentes considerar: 1) que a grande maioria dos internautas médios que utilizam as ferramentas de busca, aparentemente gratuitas, têm a justa expectativa de alcançar um “resultado livre” em suas buscas; 2) que o direito de escolha do consumidor está nas mãos da empresa que oferece o serviço de buscador, ao qual acoplado o “produto” voltado aos anúncios patrocinados, o que é feito por meio de algoritmos estabelecidos pela própria empresa, sem que o consumidor tenha qualquer acesso ao modo como é direcionado a este ou aquele resultado de busca; 3) que a abrangência do poder econômico e de controle da informação dessas empresas, a partir do uso de algoritmos que direcionam a vontade do

consumidor, apresenta potencial para mitigar, de forma silenciosa, a autonomia pessoal do usuário, de modo a impor normas e procedimentos, em prejuízo da capacidade de salvaguardar o pluralismo, assim como formas alternativas de pensar, sem prejuízo da própria autonomia pessoal; e 4) que a forma como são apresentados os anúncios patrocinados, ainda que com indicação de que se trata de “Anúncio”, mostra-se insuficiente a confortar os direitos do consumidor acima mencionados.

A partir de tais premissas, embora não veja-se como reconhecer, de plano e incondicionalmente, a ilicitude da conduta dos buscadores de internet ao desenvolver modelo de negócio voltado à comercialização de produto de aquisição de palavras-chave para fins de apresentação, com precedência no resultado de buscas, de anúncios patrocinados, exatamente por força da estrutura da ordenação jurídica voltada à regulação da livre concorrência e de sua função, em especial o direito marcário, entendo que a licitude da prática, no caso concreto, deva levar em conta o modo e os termos como são oferecidos tais produtos pelas empresas buscadores de internet e que deveriam ser esclarecidos de forma suficiente.

Nem se diga que o destaque apresentado no resultado da busca, com o termo “anúncio”, em letras pequenas e de visualização pouco destacada, seria suficiente a distinguir para o consumidor os já mencionados “resultados orgânicos” dos “resultados publicitários”.

Nessa esteira, quanto à possibilidade de oferecimento de palavras-chave pela *Google* para contratação remunerada de *links* ou anúncios patrocinados no *Google Search*, por meio da ferramenta de publicidade denominada *Google Ads*, contendo total ou parcialmente elementos de marca registrada por terceiro, sem sua anuência, entendemos que trate-se de conduta que viola a proteção marcária garantida pela Lei de Propriedade Industrial, porque extrapola a regular concorrência no mesmo mercado.

Ainda que a ferramenta de publicidade em questão não possa ser considerada, *priori*, ato de concorrência desleal, a utilização da marca alheia para aproximar potenciais clientes, no mesmo ramo e mercado de atuação, constitui verdadeiro modelo de publicidade parasitário, ao exemplo do que se convencionou chamar “efeito carona” ou “free riding”.

Por consequência, a conduta prejudica a função de indicação de origem da marca, pois a publicidade, quando exibida na busca pela palavra-chave que corresponde exatamente à marca titularizada por terceiro, não permite identificar se os produtos ou os serviços oferecidos e identificados pelo anúncio provêm do titular da marca ou de uma empresa

economicamente ligada a este ou, pelo contrário, de um terceiro ou, ao menos, gera considerável dificuldade ao consumidor/internauta, mesmo aquele normalmente informado e razoavelmente atento.

Além disso, no uso de *Adwords* correspondentes à marca alheia há evidente prejuízo da própria função de publicidade da marca, protegida pelo sistema de propriedade industrial a partir do registro por seus titulares, sem desconsiderar os riscos de prejuízo à função de investimento da marca pelo seu titular, assim como à aquisição e reputação da marca, com o escopo de atrair e fidelizar consumidores.

Assim, ainda que se considere a publicidade na *Internet* a partir de palavras-chave como integrante do contexto de mercado e de concorrência sadia, a permitir aos consumidores/internautas alternativas em relação aos produtos ou aos serviços do referido titular, o certo é que, na hipótese de referenciamento de busca a partir de marca de titularidade de um concorrente, sem o seu consentimento, configurada conduta parasitária, com aproveitamento do caráter distintivo ou do prestígio de marca alheia, cuja publicidade tem o potencial de causar danos ao titular da marca nas modalidades diluição (prejuízo ao caráter distintivo da marca) ou degradação (prejuízo ao prestígio da marca), além da importante função de indicação da origem, que fica também prejudicada.

Nesse sentido, aliás, já decidiu este Tribunal de Justiça de São Paulo, ao considerar que a utilização supostamente indevida de marca de terceiro como atrativo para fins de veiculação de anúncios no principal site de buscas causa de confusão aos consumidores, passível de configuração de concorrência desleal:

Agravo de Instrumento. Direito Empresarial. Marca. Ação Inibitória com pedido de indenização por danos materiais e morais. Tutela provisória de urgência. Concorrência desleal. Google AdWords. Utilização indevida de marca alheia como palavra-chave no mecanismo de pesquisa. Manobra realizada com o intuito de desvio de clientela. Art. 195, III, da LPI. Hipótese que autoriza a retirada imediata da palavra do sistema de busca. Desnecessidade de indicação das URLs específicas por parte do agravado. Prova documental que permite a exata identificação das páginas com conteúdo abusivo por parte do provedor. Recurso improvido. (TJSP – 1ª Câmara de Direito Empresarial – Agravo de Instrumento 2085122-20.2018.8.26.0000 – Relator Hamid Bdine – julgamento: 24.10.2018)

Assim, conforme mencionado destacamos o trecho relacionado especificamente à responsabilidade do prestador de serviço, no caso, também a GOOGLE, a qual, segundo o Tribunal europeu, tornar-se-ia responsável pela conduta ilícita no *AdWords* ou *Google Ads*

quando desempenha papel ativo no conhecimento ou controle da informação lançada pelo terceiro⁴:

Cabe salientar que a simples circunstância de o serviço de referenciamento ser pago, de a Google fixar as modalidades de remuneração, ou ainda de facultar informações de ordem geral aos seus clientes, não pode ter por efeito privar a Google das derrogações em matéria de responsabilidade previstas pela Directiva 2000/31. (...)

O artigo 14º da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Directiva sobre comércio electrónico), deve ser interpretado no sentido de que a regra que enuncia se aplica ao prestador de um serviço de referenciamento na Internet, quando esse prestador não tenha desempenhado um papel activo susceptível de lhe facultar um conhecimento ou um controlo dos dados armazenados. Se não tiver desempenhado esse papel, o referido prestador não pode ser considerado responsável pelos dados que tenha armazenado a pedido de um anunciante, a menos que, tendo tomado conhecimento do carácter ilícito desses dados ou de atividades do anunciante, não tenha prontamente retirado ou tornado inacessíveis os referidos dados.”.

Portanto, diante da descrição do funcionamento do “Google Ads”, extrai-se claramente que a GOOGLE tem o conhecimento prévio e o controle das informações. Se o algoritmo da requerida GOOGLE consegue alcançar o conhecimento e o controle das informações que serão mostradas no “Google Search” ao internauta consumidor, o contrário também é verdadeiro, ou seja, consegue controlar e limitar os anunciantes no momento de contratar as palavras-chaves no “Google Ads”.

Logo, não há como afastar a responsabilidade da GOOGLE sobre o seu modelo de negócio, exercido nos moldes da sua atividade econômica, ou seja, a forma como desenvolveu o funcionamento das palavras-chave utilizadas no sistema “Google Ads”, na medida em que exerce papel ativo tanto sobre serviços contratados pelas empresas, quanto sobre os resultados que serão apresentados aos consumidores.

Considerações finais

Não há nenhuma dúvida de que o uso de marca alheia, sem o consentimento de seu titular, para fins de contratação de anúncio, submete-se ao regime de proteção disposto na

⁴disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83961&pageIndex=0&doclang=PT&m ode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=17532824>. Acesso em 22.8.2020).

Lei de Propriedade Industrial, não podendo ser confundido com a hipótese de propaganda comparativa ou mesmo entendido como simples instrumento de aproximação entre produtos similares, como ocorre no sistema de gôndolas em comércios físicos, dos quais os supermercados são os exemplos típicos.

Assim o buscador intento direcionar os anúncios de produtos ou serviços similares, que induzem o consumidor médio a agir sem sua vontade. É necessário respeitar a escolha do consumidor. É importante regulamentação jurídica pois a partir do momento que uma empresa detentora de grande parcela do volume de buscas realizadas na *Internet* por meio de tais ferramentas desenvolve modelo de negócio voltado ao oferecimento de anúncios aos internautas, torna-se preocupante pois pode impactar diretamente na concorrência nos mais diversos setores de circulação de bens e de serviços. Assim, a partir do momento em que há um algoritmo direcionando a vontade do consumidor, como ocorre no “*Google Ads*” ou “*AdWords*”, com claro potencial para limitar o exercício livre do direito de escolha do consumidor, somado ao exercício de atividade lucrativa, voltada ao oferecimento de “palavras-chave” a serem adquiridas por concorrentes, para o fim de alavancar suas atividades no comércio eletrônico e consequentemente exercendo práticas de concorrência desleal.

Referências Bibliográficas:

BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs.). A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e Europa: desafios materiais e eficaciais. Joaçaba: UNOESC, 2012, p. 377-422.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BENABOU, Valérie-Laure e ROCHFELD, Judith. À qui profite le clic? Le partage de la valeur à l'ère du numérique. Collection Corpus dirigée par Thomas Clay et Sophie Robin-Olivier. Paris: Odile Jacob, 2015

DE LUCCA, Newton. A proteção dos consumidores no âmbito da internet *in Estudos Avançados do direito digital*. Lima, C. R. P. e Nunes, L. N. B. T. (Coord.). 1º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 93-94).

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 10.^a ed., Malheiros: São Paulo, 2017, p. 197

SMART JUSTICE E A RESOLUÇÃO DO CNJ n. 378, QUE CRIA O NÚCLEO DE JUSTIÇA DIGITAL 4.0

Smart Justice and CNJ Resolution no. 378, which creates the 4.0 digital justice nucleus

NEWTON DE LUCCA¹

MATEUS SANT'ANA²

Sumário: 1.O uso da tecnologia aplicada ao Poder Judiciário 2.Justiça digital e os núcleos de justiça 4.0; Considerações finais.

Resumo: Dados do Relatório “Justiça em Números 2021” do Conselho Nacional de Justiça revelam que 85% dos processos no Brasil estão concentrados no primeiro grau, representando uma carga muito alta de trabalho para os magistrados de primeiro grau de jurisdição. Na perspectiva prática, é humanamente impossível o ser humano dominar todos os ramos de conhecimentos do Direito. Com isso, a pergunta que não quer calar: A Justiça hoje, no Brasil, é entregue de forma célere, eficaz e transparente, conforme exige o sistema do Estado de Direito? O Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução 378, de 2021, marcou a história do Judiciário brasileiro, promovendo a consolidação da justiça digital brasileira ao autorizar a criação de núcleos de Justiça 4.0, que serão varas especializadas, de competência territorial ampla, que viabilizem a democratização do acesso à Justiça. Com a criação de núcleos de Justiça 4.0, os processos de matérias especializadas poderão tramitar em núcleos temáticos, com estrutura adequada e equipe especializada nos respectivos fatos jurídicos, aumentando a celeridade processual e o acesso à Justiça. O método utilizado neste trabalho foi o indutivo com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. É fundamental a iniciativa do CNJ e dos tribunais que regulam o núcleo de Justiça 4.0 e utilizam as ferramentas tecnológicas em prol do acesso à Justiça de forma transparente, profissional, célere e eficaz. Assim, a tramitação de processos em meio eletrônico aumenta a rapidez e a eficiência da prestação jurisdicional, promovendo o acesso à Justiça a todos os envolvidos e praticando uma justiça inteligente.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Justiça digital; Smart Justice

¹ Desembargador Federal do TRF da 3ª Região, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Nove de Julho -UNINOVE. São Paulo-SP- Brasil - email desnewtondelucca@gmail.com.

² Advogado, mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho de São Paulo- SP- Brasil - email mateus.santana.adv@gmail.com

Abstract: Data from the “Justice in Numbers 2021” report of the National Council of Justice reveal that 85% of the cases in Brazil are concentrated in the first degree, representing a very high workload for the magistrates of the first degree of jurisdiction. From a practical perspective, it is humanly impossible for human beings to dominate all branches of knowledge of law. This way, the question that is left unanswered: Is justice today in Brazil delivered in a swift, effective and transparent way as required by the rule of law system? The National Council of Justice, through Resolution 378 of 2021, marked the history of the Brazilian judiciary by promoting the consolidation of Brazilian digital justice by authorizing the creation of 4.0 justice centers, which will be specialized courts with broad territorial jurisdiction that will make democratization of access feasible to the Justice. With the creation of 4.0 justice nuclei, specialized matters processes can be processed in thematic nuclei with an adequate structure and a team specialized in the respective legal facts, increasing procedural speed and access to Justice. The method used in this work was inductive with bibliographic and jurisprudential research. The initiative of the CNJ and the courts that regulate the 4.0 justice nucleus and use the technological tools in favor of access to justice in a transparent, professional and swift manner is fundamental. Thus, the processing of cases in electronic media increases the speed and efficiency of the judicial provision, promoting access to justice for all involved and practicing intelligent justice.

Keywords: Access to Justice; Digital justice; Smart Justice.

1. O uso da tecnologia aplicada ao Poder Judiciário

O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário no Brasil e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada. Dados do Relatório Justiça em Números 2021³ revelam que 85% dos processos no Brasil estão concentrados no primeiro grau de jurisdição, representando uma carga muito alta de trabalho para os magistrados de primeiro grau. Pois o juiz da vara de competência geral e comum, a exemplo uma vara do interior da Justiça Estadual, tem seu acervo processual integrado a todas as matérias comuns e especiais, como exemplo, a falência na área do direito empresarial; direito de família e sucessões, no âmbito do Direito Civil e tribunal de júri e as demais competências criminais. Na perspectiva prática, é humanamente impossível o ser humano dominar todos os ramos de conhecimentos da Ciência Jurídica. Com isso a pergunta que não quer calar: A Justiça hoje, no Brasil, é entregue de forma célere, eficaz e transparente, bases fundamentais do sistema de Estado de Direito?

Enquanto a tecnologia está desempenhando um papel cada vez mais importante nos tribunais de todo o mundo, porém em grau ainda muito principiante, nos tribunais chineses a informatização do judiciário ocupa posição de importância fundamental e estratégica, sendo

³ CNJ - Conselho Nacional de Justiça- acessado em 07/04/2021 disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/carga-de-trabalho-priorizacao/>

o pilar da reforma judicial que teve início ainda em 2013⁴. Ao estabelecerem uma estrutura de *Smart Courts*, ou justiça digital, esses tribunais estão adotando e experimentando tecnologias profundas em ritmo muito mais rápido e em escala notoriamente maior em comparação com a maioria dos outros países.

2. Justiça digital e os núcleos de justiça 4.0

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pela Resolução 378, de 2021, marcou a história do judiciário brasileiro, promovendo a consolidação da justiça digital brasileira ao autorizar a criação de núcleos de justiça 4.0, que serão varas especializadas, de competência territorial ampla, que viabilizam a democratização do acesso à justiça. Além de oferecer à população um serviço totalmente digital, o novo modelo de atendimento do Judiciário promete qualificar as demandas nas varas de primeiro grau, hoje extremamente sobrecarregadas.

Na prática, as varas únicas das comarcas ou seções do interior, de competência territorial geral, não precisam ficar responsáveis por processos de matérias muito específicas que exigem do juízo uma especial capacitação do juiz e de sua equipe.

Com a criação de núcleos de justiça 4.0, nas suas varas especializadas criadas pelos tribunais, esses processos poderão tramitar em núcleos temáticos com estrutura adequada e equipe especializada nas respectivas matérias jurídicas.

Assim, a edição da Resolução 378, de 2021, do CNJ, propõe melhora no sistema judicial que ajudará o Poder Judiciário brasileiro a desempenhar um papel mais eficaz na administração da justiça. Richard Susskind, em seu livro *Online Courts and the Future of Justice*, defendeu a introdução de tribunais on-line no mundo, especialmente com o objetivo de promover o acesso à Justiça.

Um exemplo prático é que, a partir de agora, será possível a criação de um núcleo de Justiça 4.0, competente para processar e julgar processos, envolvendo conflitos de terra, com

⁴Acessado em 07/04/2021 e disponível em <https://newlaw.com.br/na-china-o-futuro-do-poder-judiciario-esta-na-inteligencia-artificial/>

estrutura adequada de recursos humanos especializados na matéria, e com a aplicação de inteligência artificial específica, com jurisdição em todo estado ou região.

O CNJ já aprovava, anteriormente, em outubro de 2020, a Resolução nº 345, que autorizou os tribunais brasileiros a adotarem o “Juízo 100% Digital”. O “Juízo 100% Digital” é a possibilidade de o cidadão valer-se apenas da tecnologia para ter acesso à Justiça, sem precisar comparecer fisicamente aos Fóruns, uma vez que, no “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela internet. Isto vale, também, para as audiências e sessões de julgamento, que irão ocorrer exclusivamente por videoconferência.

Os tribunais poderão atender a quem procura a Justiça em busca de solução para litígios específicos sem que a pessoa seja obrigada a se deslocar até um fórum para comparecer a uma audiência, por exemplo.

Com a aprovação da Resolução 378, de 2021, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) autoriza os tribunais a instituírem os Núcleos de Justiça 4.0. É importante tecer algumas considerações gerais, ainda que de forma singela, sobre o espectro normativo disposto na referida Resolução. A primeira delas é que o ato normativo em comento dará encaminhamento totalmente digital aos processos, nos quais as videoconferências e outros atos realizados com o auxílio da tecnologia dispensarão a presença física das partes e representantes, pois toda movimentação do processo nessas novas unidades judiciárias ocorrerá pela internet.

Outra consideração é que o Núcleo de Justiça 4.0 de um tribunal dará andamento a todas as demandas especializadas que lhe forem encaminhadas, pois poderá julgar ações vindas de qualquer local do território sobre o qual o tribunal tiver jurisdição, com juízes atuando diretamente, sendo “um instrumento em que a parte pode imediatamente ter o seu acesso à Justiça, tão prometido pela Constituição Federal”, conforme oportunamente destacado pelo ministro Fux, atual presidente do Supremo Tribunal Federal⁵.

Os processos que forem registrados nos Núcleos precisarão ter a aceitação da outra parte envolvida no conflito que deu origem à demanda judicial. Na área trabalhista,

⁵ CNJ - Conselho Nacional de Justiça- acessado em 07/04/2021 disponível em <https://www.cnj.jus.br/nucleos-de-justica-4-0-vao-aprimorar-acesso-ao-judiciario/>

representantes terão cinco dias úteis da intimação para recusar a tramitação no Núcleo da Justiça 4.0. Uma vez iniciada a tramitação do processo, não mais será possível desistir da opção pela via digital.

A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é opcional, ou seja, é uma decisão do cidadão e deverá ser informada no processo. A parte demandada pode, no entanto, opor-se à opção até a contestação ou assim que for notificada para tanto. Após a contestação, e até o advento da sentença, as partes poderão retratar-se da escolha pelo “Juízo 100% Digital” uma única vez. Conforme ressaltado pelo ministro Luiz Fux, “o ‘Juízo 100% Digital’ é optativo, mas acompanha a agilidade do mundo contemporâneo e traz benefícios para os advogados e para todos nós que visamos à duração razoável dos processos, direito fundamental do cidadão”.

Os tribunais que criarem o “Juízo 100% Digital” deverão, após um ano, avaliar sua produtividade. No máximo em 30 dias da sua instituição, deverá o tribunal comunicar o fato ao CNJ. Após um ano, o tribunal poderá optar pela manutenção, pela descontinuidade ou pela ampliação do “Juízo 100% Digital”. Deverá, no entanto, sempre comunicar sua decisão ao CNJ. Conforme ressaltado pelo ministro Luiz Fux⁶, *“no futuro, os fóruns não necessitarão de espaços físicos, pois todos os serviços serão oferecidos on-line. Isso tende a diminuir muito as despesas, pois tudo estará disponível na internet”*.

Outro benefício será o alinhamento entre a inteligência humana e a artificial; também melhorará o gerenciamento de processos e de recursos humanos. Os robôs contribuirão com o trabalho dos servidores.

O CNJ, dentro das diretrizes da Justiça digital, tem em seu escopo institucional o “Programa Justiça 4.0⁷ – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, com o objetivo de promover o acesso à Justiça por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias, como, por exemplo, a aplicação de ferramentas de inteligência artificial.

⁶ CNJ - Conselho Nacional de Justiça- acessado em 14/04/2021 disponível em <https://www.cnj.jus.br/nucleos-de-justica-4-0-vao-aprimorar-acesso-ao-judiciario/>

⁷ Acessado em 07/04/2021 <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>

Assim, a Justiça Digital propicia o diálogo entre o real e o digital para o incremento da governança, da transparência e da eficiência do Poder Judiciário, com efetiva aproximação com o cidadão e redução de despesas.

É importante mencionar que diversas ações fazem parte do Justiça 4.0, como a implantação do Juízo 100% Digital, a implantação do Balcão Virtual, o projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ)⁸, com possibilidade de ampliar o grau de automação do processo judicial eletrônico, e o uso de Inteligência Artificial (IA), bem como o auxílio aos tribunais no processo de aprimoramento dos registros processuais primários, consolidação, implantação, tutoria, treinamento, higienização e publicização da Base de Dados Processuais do Poder Judiciário (DataJud), visando contribuir com o cumprimento da Resolução CNJ nº 331/2020, e, por fim, a colaboração para a implantação do sistema Codex, que tem duas funções principais: alimentar o DataJud de forma automatizada e transformar, em texto puro, decisões e petições, a fim de ser utilizado como insumo de modelo de Inteligência Artificial.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça orienta todos os tribunais a intentarem a regulamentação e a implementação do Justiça 4.0 no Brasil.

O avanço da tecnologia aplicada ao Poder Judiciário é irreversível, devendo todos os tribunais brasileiros adaptar o uso da tecnologia às boas práticas forenses e se amparar na ética, pois “devemos nos inspirar com as iniciativas de grandes empresas de tecnologia privada e públicas, como a iniciativa do grupo da eBay’s *online dispute resolution processes*, *British Columbia Civil Resolution Tribunal*, *the UK financial ombudsman service*, entre outros” (SUSSKIND, 2021, p.43).

É fundamental a iniciativa do CNJ e dos tribunais regularem o núcleo de justiça 4.0 e utilizarem as ferramentas tecnológicas a favor do acesso à Justiça de forma transparente, profissional e célere.

Assim, a tramitação de Processos em Meio Eletrônico aumentam a rapidez e a eficiência da prestação jurisdicional.

⁸Acessado em 07/04/2021 <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/projeto-juizo-100-digital/>

Considerações finais

O avanço da tecnologia aplicada ao Poder Judiciário é irreversível, devendo todos os tribunais brasileiros adaptarem o uso da tecnologia às boas práticas forenses e se ampararem nos referenciais éticos.

Essa melhoria do sistema judicial ajudará o Judiciário a desempenhar um papel mais eficaz na administração da Justiça. “*A introdução de tribunais on-line no mundo, especialmente com o objetivo de promover o acesso à justiça*” (SUSSKIND 2021, p.12).

Diante disso, o sistema de tribunais inteligentes proporcionará, além do acesso à justiça, a base para aumentar o profissionalismo, a transparência e a responsabilidade de seus tribunais e juízes, e talvez o mais importante, aumentará a confiança do público no Judiciário.

É fundamental a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais regularem o núcleo de justiça 4.0 e utilizarem as ferramentas tecnológicas a favor do acesso à justiça de forma transparente, profissional e célere.

Assim, a tramitação de processos em meio eletrônico aumenta a rapidez e a eficiência da prestação jurisdicional, propiciando a *Smart Justice*, ou justiça digital inteligente, como promoção ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça.

Referências Bibliográficas:

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs.). A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e Europa: desafios materiais e eficaciais. Joaçaba: UNOESC, 2012, p. 377-422.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ALEMANHA. Nationale KI Strategie Disponível em: <https://towardsdatascience.com/ai-made-in-germany-the-germanstrategy-for-artificial-intelligence-e86e552b39b6>. Último acesso em 14/3/2021.

ASARO, Peter. Hands Up, Don't Shoot! HRI and the Automation of Police Use of Force. Journal of Human-Robot Interaction. 2016. 5. 55. 10.5898/JHRI.5.3.Asaro. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.5898/JHRI.5.3.Asaro>. Último acesso em: 24/3/2021.

BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY, Eliezer. The Ethics of Artificial Intelligence. Draft for Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, eds. William Ramsey and Keith Frankish (Cambridge University Press, 2011). Disponível em: <https://nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>. Último acesso em: 16/03/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ 378. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/original20261320210312604bce6592fac.pdf>>. Último acesso em: 14/4/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ 345. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>>. Último acesso em: 14/4/2021.

DALY, Angela; HAGENDORFF, Thilo; HUI, Li; MANN; MARDA, Vidushi; WAGNER, Ben; WANG, Wei; WITTEBORN, Saskia. Artificial Intelligence Governance and Ethics: global perspectives. 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1907.03848.pdf>. Último acesso em: 14/3/2021.

DE LUCCA, Newton. Da ética geral à ética empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ETZIONI, Amitai; ETZIONI, Oren. Incorporating Ethics into Artificial Intelligence. Springer Science+Business Media Dordrecht. 2017. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/ETZIEI.pdf>. Último acesso em 16/03/2021.

HUBBARD, F. Patrick. Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation. Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/law_facpub. Último acesso em: 26/1/2020.

POLONSKI, Vyacheslav. Mitigating algorithmic bias in predictive justice: 4 design principles for AI fairness: Algorithms are being used to convict criminals and decide jail time. We need to make sure they are fair. 2018. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/mitigating-algorithmic-bias-in-predictive-justice-ux-designprinciples-for-ai-fairness-machine-learning-d2227ce28099>. Último acesso em: 18/3/2021.

UNIÃO EUROPEIA. 40th Internacional Conference of Data Protection and Privacy Comiissoners. Declaration on Ethics and Protection in Artificial Intelligence. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/icdppc-40th_aideclaration_adopted_en_0.pdf. Último acesso em: 2/2/2021.

UNIÃO EUROPEIA. EU guidelines on ethics in artificial intelligence: Context and implementation. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS_BRI\(2019\)640163_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS_BRI(2019)640163_EN.pdf). Acesso em: 2/2/2021.

UNIÃO EUROPEIA. Ethics guidelines for trustworthy AI. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Último acesso em: 2/3/2021.

SUSSKIND,Richard. Online Courts and the Future of Justice.Oxford University press, 2019.

INOVAÇÃO E DESAFIOS DIANTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: REALIZAÇÃO DAS CONVENÇÕES PARTIDÁRIAS EM AMBIENTES VIRTUAIS

Innovation and challenges before the coronavirus pandemic in the light of the democratic principle: carrying out party conventions in virtual environments

HORÁCIO MONTESCHIO¹

VALÉRIA JULIANA TORTATO MONTESCHIO²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Autonomia partidária e respeito à democracia interna; 3. convenções partidárias para a escolha de candidatos e judicialização; 4. convenções virtuais: desafios e soluções; considerações finais e, referências bibliográficas

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo perquirir acerca da inovação e os desafios das convenções partidárias virtuais diante da pandemia de Coronavírus à luz do Princípio Democrático. A pandemia de Coronavírus impôs, em escala planetária, uma série de adaptações no cotidiano: protocolos de higienização, intensificação da assepsia nos locais de trabalho, utilização de máscaras de proteção, entre outras. Ocorre que, além das eleições propriamente ditas, o processo eleitoral em sentido amplo é composto por atos que precedem o pleito propriamente dito, dentre eles a escolha dos candidatos pelos partidos políticos, o que se dá mediante convenções partidárias. Tal escolha é feita pelos filiados ao partido político que se reúnem e deliberam sobre as candidaturas próprias da sigla ou eventual coligação. Por meio do método hermenêutico, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca-se analisar tais questões à luz do princípio da legalidade e do respeito à democracia interna nos partidos políticos, a fim de analisar questões relacionadas à segurança e regularidade da realização das convenções virtuais. Constatou-se que a ferramenta eletrônica adotada para a realização de convenções partidárias virtuais, em especial quando houver disputa interna, deve atentar-se para uma série de requisitos de segurança e implementação, bem como, que a realização das convenções partidárias de forma virtual é preferível para resguardar a saúde da população, mas a adoção de inovações tecnológicas utilizadas em procedimentos decisórios deve ser adaptada para atender todas as exigências e garantias necessárias à realização dos atos que o compõe.

Palavras-Chave: Pandemia; Inovação; Partidos Políticos; Eleições; Democracia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate the innovation and challenges of virtual party conventions in the face of the Coronavirus pandemic in the light of the Democratic Principle. The Coronavirus pandemic imposed, on a planetary scale, a series of adaptations in daily life: hygiene protocols, intensification of asepsis in the workplace, use of protective masks, among others. It happens that, in addition to the elections themselves, the

¹ Pós-Doutorando, *Mediterranea International Centre for Human Rights Research, MICHR*, Itália. Pós-Doutor na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná - Brasil. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo - FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Professor titular do Programa de mestrado da UNIPAR. Professor colaborador do mestrado do CERS - Pernambuco. Integrante do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). h.monteschio@uol.com.br

² Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Graduação em Pedagogia, pós graduação na área educacional - supervisão e gestão. Mestre em Políticas Públicas da Educação pela Universidade Tuiuti do Paraná. vatortato@yahoo.com.br

electoral process in a broad sense is composed of acts that precede the election itself, among them the choice of candidates by political parties, which occurs through party conventions. Such choice is made by members of the political party who meet and deliberate on the candidatures of the acronym or eventual coalition. Through the hermeneutic method, through bibliographic and jurisprudential research, we seek to analyze such questions in the light of the principle of legality and respect for internal democracy in political parties, in order to analyze issues related to the security and regularity of the realization of virtual conventions. It was found that the electronic tool adopted for the realization of virtual party conventions, especially when there is an internal dispute, must pay attention to a series of security and implementation requirements, as well as that the realization of party conventions in a virtual way is preferable to safeguard the health of the population, but the adoption of technological innovations used in decision-making procedures must be adapted to meet all the requirements and guarantees necessary to carry out the acts that compose it.

Keywords: Pandemic; Innovation; Political parties; Elections; Democracy.

1. Introdução

A pandemia de Coronavírus impôs, em escala planetária, uma série de adaptações no cotidiano: protocolos de higienização, intensificação da assepsia nos locais de trabalho, utilização de máscaras de proteção, entre outras.

Ocorre que, além das eleições propriamente ditas, o processo eleitoral em sentido amplo é composto por atos que precedem o pleito propriamente dito, dentre eles a escolha dos candidatos pelos partidos políticos, o que se dá mediante convenções partidárias. Tal escolha é feita pelos filiados ao partido político que se reúnem e deliberam sobre as candidaturas próprias da sigla ou eventual coligação.

Diante da pandemia, logicamente, a reunião presencial para a realização das convenções partidárias foi dificultada por questões sanitárias. Atento a situação e visando garantir a segurança da população brasileira, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 23.623/2020 (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Acesso em: 17/04/2021).

Pela primeira vez, os partidos políticos brasileiros poderão realizar suas convenções à distância, mas a realização de forma virtual/digital também acarreta uma série de novas questões, tais como, a segurança de dados dos filiados, a garantia do sigilo do voto, a prevenção de fraudes e a garantia da contagem correta de votos; além do próprio acesso à internet e a inclusão digital.

O presente artigo, adotando o método hermenêutico, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscará analisar tais questões à luz do princípio da legalidade e do respeito à democracia interna nos partidos políticos.

2. Autonomia partidária e respeito à democracia interna

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do seu artigo 17, garante a livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, bem como assegura autonomia interna, organizacional e funcional (BRASIL¹. Acesso em: 17/09/2020). A Constituição também exige que os partidos possuam caráter nacional e observem o princípio da legalidade. No tocante ao artigo 17 da Constituição, Orides Mezzaroba ensina que a liberdade de criação dos partidos somada às garantias constitucionais de organização e funcionamento consagram um dos textos mais libertários da história do Brasil (MEZZAROBBA *in* CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2014, p. 691).

No Brasil, a relevância dos partidos também decorre do fato de serem os detentores do monopólio das candidaturas, não sendo permitidas candidaturas avulsas - de candidatos sem filiação partidária.³ A escolha dos candidatos ocorre mediante reunião dos filiados, as chamadas convenções partidárias, regidas pelo estatuto do partido.

O funcionamento interno dos partidos, os deveres dos filiados, a composição e estruturas dos órgãos da sigla, são regulados por seus respectivos estatutos. Carlos Mário da Silva Veloso e Walber de Moura Agra destacam que o estatuto “é a lei que rege a engrenagem dos entes partidários” (VELOSO; AGRA, 2010, p. 107) regulando o funcionamento dos órgãos internos, regendo as deliberações, decisões e obrigações dos filiados.

A autonomia partidária é uma garantia constitucional, no entanto, deve estar em harmonia com o respeito aos direitos fundamentais, conforme defendem Hélio Freitas de Carvalho da Silveira e Marcelo Santiago de Pádua Andrade: a autonomia partidária é mitigada em razão da natureza bifronte dos próprios partidos políticos, pois, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, quando agem voltados para as eleições, atuam imbuídos de múnus público “o que faz com que o respeito às suas normas de escolha de candidatos e aos direitos fundamentais sejam primados que não podem ser olvidados” (SILVEIRA; ANDRADE *in* ALMEIDA GUILHERME; KIM; SILVEIRA, 2012, p. 217).

Uma das razões da perda de prestígio dos partidos decorre de práticas que mitigam a democracia interna, tais como a centralização decisória apontada acima. O autor José Joaquim Gomes Canotilho realiza uma enfática e precisa ressalva, remetendo a dispositivos

³ Em 2017, através da Emenda Constitucional nº 97, a redação do § 1º, do artigo 17, da CF/88, foi alterada, proibindo a celebração de coligações nas eleições proporcionais, permitindo coligações apenas nas eleições majoritárias sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal. Portanto, a deliberação sobre coligações entre os partidos na eleição municipal de 2020 está restrita a eleição majoritária, ou seja, candidatura às Prefeituras.

da Constituição Portuguesa, quanto à necessidade de respeito ao Princípio Democrático, sendo imperiosa a transcrição:

A democracia interna pressupõe, entre outras exigências, a proibição do princípio do chefe (*Führerprinzip*), a exigência da formação da vontade a partir das bases, o direito dos membros do partido a actuação efectiva dentro do partido, o direito a liberdade de expressão, o direito à oposição, o direito de igualdade de tratamento de todos os membros. A exigência de observância dos princípios democráticos não pressupõe uma relação necessária com a ideia de inimidade constitucional. Se é legítimo aludir a uma <<inimidade constitucional>>, ela só pode ter como referente aquilo a Constituição considera a negativa histórica portuguesa do princípio democrático e dos seus elementos (soberania popular, igualdade, respeito dos direitos e liberdades fundamentais, pluralismo de expressão e organização e política democrática), ou seja, as organizações de ideologia fascista(...) (CANOTILHO, 2002, p. 311).

Tais ponderações do constitucionalista português são compatíveis com a Constituição Brasileira, tendo em vista a soberania popular, os princípios da legalidade e da igualdade, além do respeito dos direitos e liberdades fundamentais exigidas dos partidos; restando claro que na Constituição de 1988 também se constata no dever de observância do Princípio Democrático e a proibição do Princípio do Chefe (*Führerprinzip*), bem como o repúdio às instituições totalitárias.

Como se pode constatar, a autonomia partidária é fundamental e deve ser defendida, mas encontra-se condicionada ao respeito dos valores e preceitos constitucionais previstos no caput do artigo 17 da Constituição Federal (BRASIL¹. Acesso em: 17/04/2021), e por decorrência lógica, ao princípio democrático.

3. Convenções partidárias para a escolha de candidatos e judicialização

A necessidade de garantia da democracia interna nos partidos políticos ganha ainda maior relevância nas convenções partidárias destinadas à escolha de candidaturas aos cargos eletivos ou deliberação sobre coligações, em decorrência de sua relação direta com as eleições. A homologação do nome do candidato na convenção partidária é documento obrigatório para o registro de candidatura perante a Justiça Eleitoral (Art. 11, Lei nº 9.504/97, da Lei das Eleições).

Nas convenções partidárias para escolha municipais de candidaturas há participação de todos os filiados, tendo direito a voto os que estiverem em dia com suas obrigações partidárias. A importância das convenções partidárias para escolha de candidatos é tamanha que, para facilitá-las, é garantido o uso de prédios públicos (Art. 8º da Lei das Eleições).

Na prática, no entanto, é comum que os diretórios partidários façam a publicação do edital de convocação estritamente no prazo, visando evitar disputas internas, formação de chapas adversárias ou questionamentos entre os próprios filiados. Quanto ao *quórum*, inexistente padronização entre os partidos, ficando a cargo de cada partido delimitá-lo em seu respectivo estatuto (VELLOSO, AGRA, 2010, p.163).

Mas há casos excepcionais, que dependem de previsão estatutária, onde a convocação não ocorre pelo diretório municipal, sendo permitida a convocação de convenção municipal diretamente pela comissão executiva estadual. Por exemplo, o estatuto do Movimento Democrático Brasileiro – MDB¹, acesso em: 17/04/2021, há permissão ao diretório estadual para convocação de convenção municipal.⁴ Trata-se de hipótese excepcional diante da inércia do órgão municipal com prejuízo às candidaturas, resguardando a participação da sigla no pleito.

A convenção deve obedecer todas as regras estatutárias – ou, na ausência delas, as determinações do órgão nacional – e deve ser formalizada em ata (no livro ata do partido rubricado pela Justiça Eleitoral) onde “todos os atos da convenção precisam ser minuciosamente descritos” (VELLOSO, AGRA, 2010, p. 164) e que deverá ser registrada perante a Justiça Eleitoral, sob pena de anulação por irregularidade.

Feitas tais considerações, pode-se constatar que a realização de convenções partidárias é um ato complexo e possui vários requisitos formais, devendo ser realizadas sob a estrita observância das regras estatutárias.

A inobservância das regras estatutárias pode levar a anulação da convenção. Em alguns partidos, primeiramente é possível o questionamento interno, mediante impugnação perante órgão hierarquicamente superior. Porém, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (BRASIL¹. Acesso em: 17/09/2020), também há possibilidade de questionamento perante o Poder Judiciário.

A aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é decorrência dos desdobramentos sociais, que trouxe grande complexidade à sociedade. Ao afirmar que se trata da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Flávio Tartuce expõe que “nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares” (TARTUCE, 2012, p. 57). Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal:

⁴ Art. 27. O ato de convocação das Convenções e Diretórios deverá atender aos seguintes (...) § 2º. A Comissão Executiva Estadual pode convocar e realizar a Convenção Municipal quando o diretório competente deixar de realizá-la com evidente prejuízo para registro das candidaturas, hipótese em que o prazo de convocação fica reduzido para 5 (cinco) dias. Estatuto do Movimento Democrático Brasileiro.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. (BRASIL⁶. Acesso em: 17/04/2021).

O Tribunal Superior Eleitoral possui jurisprudência consolidada sobre a questão, definindo que processos cujo objeto verse sobre mera aplicação do estatuto, sem ligação direta com as Eleições, constitui matéria de competência da Justiça Comum.

A competência da Justiça Eleitoral se restringe aos processos que possuam influência direta nas eleições. Portanto, as convenções partidárias para escolha de candidatos são muito mais do que meras reuniões de filiados, sendo um ato complexo com inúmeras formalidades, que deve ser registrado, e possui como finalidade a escolha daqueles que disputarão o pleito pela legenda ou se haverá coligação com outro(s) partido(s).

4. Convenções virtuais: desafios e soluções

Com a alteração do calendário eleitoral⁵, o período de realização das convenções partidárias para escolha de candidatos para as Eleições de 2020 ficou estabelecido como sendo do dia 31 de agosto a 16 de setembro de 2020. Mas diante da pandemia de Covid-19, a reunião presencial para a realização das convenções partidárias foi dificultada por questões sanitárias.

É importante frisar que o TSE permitiu a realização de convenções em formato virtual, não impôs aos partidos que adotassem tal forma de realização. O artigo 1º da Resolução nº 23.623/2020 do TSE (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Acesso em: 17/09/2020) é claro ao empregar o vocábulo “podem” e não “devem”; garantindo, em seu parágrafo único, a autonomia dos partidos, que optarem pelas convenções virtuais, de escolherem e utilizarem a ferramenta tecnológica que entenderem mais adequadas para a realização. Portanto, a escolha da ferramenta tecnológica utilizada e questões relacionadas a ela é de responsabilidade do partido.

Sobre o registro de presença, ato essencial para aferição do quórum da convenção, contabilização dos votos e apuração do resultado, o artigo 5º da Resolução nº 23.623/2020 definiu que a lista dos presentes poderá ser registrada na forma de: assinatura eletrônica;

⁵ Emenda Constitucional nº 107, de 2 de julho de 2020, e alteração do calendário eleitoral, através da Resolução TSE nº 23.627/20.

registro de áudio e vídeo; coleta presencial de assinaturas por representante designado pelo partido; ou qualquer mecanismo ou aplicação que permitam a efetiva identificação dos presentes e sua anuência com o conteúdo da ata (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Acesso em: 17/04/2021).

O registro da convenção virtual também foi regulamentado na resolução pelo TSE, que determinou o registro diretamente no Módulo Externo do Sistema de Candidaturas - Candex que funcionará como livro ata da convenção virtual.

A Resolução nº 23.623/2020 também suspendeu, em razão das restrições sanitárias decorrentes da pandemia, a abertura de novos livros-ata físicos visando à realização das convenções (art.7º), determinando que mesmo os partidos que optem pela realização de forma presencial, caso não disponham de livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral, deverão utilizar o sistema Candex para o registro da convenção (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Acesso em: 17/04/2021).

Mas a adoção de convenções virtuais pelos partidos pela primeira vez na história do país levanta várias questões e desafios igualmente novos. O primeiro e mais óbvio desafio quanto à realização de convenções virtuais é a falta de acesso a internet ou aos aparelhos de comunicação aptos a permitir a participação na convenção. Este problema não pode ser minimizado no Brasil, onde 46 milhões de cidadãos não acessam a rede mundial de computadores (TOKARNIA. Acesso em: 08/04/2021). Mas mesmo para aqueles que possuem acesso à internet, há problemas pontuais que podem inviabilizar o acesso, tais como os horários de pico, conexões instáveis, limitação de consumo de internet, possível falta de energia, entre outros.

A pesquisadora Tamy Emily Beppler observa que, em um primeiro momento, deve-se atentar para a imparcialidade do desenvolvedor do software que será utilizado, pois a própria programação pode alterar ou desvirtuar a votação. Beppler observa ainda que os sistemas eletrônicos estão sujeitos a falhas e ataques; ressaltando que as máquinas seguem instruções orientações e havendo brecha de segurança alguém pode inserir novas instruções (BEPPLER. Acesso em: 17/04/2021).

Para evitar tais problemas nas convenções municipais, o diretório nacional do Movimento Democrático Brasileiro – MDB editou resolução, permitindo a realização da forma virtual apenas nos municípios em que não haja disputa de chapas entre os filiados, proibindo a realização de convenções virtuais nos municípios onde haja disputa interna⁶.

⁶ Resolução nº 04/2020 do Diretório Nacional do Movimento Democrático Brasileiro.

Embora as convenções virtuais sejam uma opção inovadora, e em alguns municípios imprescindível em razão da pandemia do Covid-19, acredita-se que tal modalidade deve ser aperfeiçoada.

A Resolução TSE nº 23.627/20, permitiu o registro de áudio e vídeo, como forma de comprovação de presença do filiado e ciência deste do conteúdo da ata da convenção (II, do Art.5º); mas não há permissão para a gravação do voto. Tal permissão seria inconstitucional em virtude da garantia do voto secreto, o que ganha extrema relevância nas convenções partidárias virtuais onde haja disputa interna.

As inovações tecnológicas são uma tendência irreversível no cotidiano, e quando incorporadas pelas instituições, em especial como mecanismos utilizados em processos decisórios, devem ser adaptadas para atenderem todas as exigências e garantias necessárias.

Por fim, deve-se observar que se de um lado há problemas que devem ser prevenidos na adoção de uma ferramenta tecnológica para a realização de convenções virtuais (em especial onde há disputa interna), por outro, a adoção desta ferramenta tende a tornar os dados mais transparentes, facilitando recontagens e auditorias.

5. Considerações finais

No mundo atual, as influências da tecnologia são cada vez maiores em todas as atividades humanas. Com a pandemia de Covid-19, além de facilitadora, a tecnologia demonstrou ser uma aliada da proteção sanitária da população, permitindo a realização de inúmeros atos sem risco de exposição ao contágio. No entanto, a pandemia de coronavírus impôs, visando resguardar a saúde da população, a adoção imediata de muitas ferramentas tecnológicas para a realização de atos formais que, até então, eram realizados presencialmente.

No Brasil, a pandemia coincidiu com o ano de realização das eleições municipais; buscando garantir a segurança da população o Congresso Nacional alterou o calendário eleitoral, e o Tribunal Superior Eleitoral editou a resolução permitindo a reavaliação de convenções partidárias virtuais.

No presente trabalho buscou-se analisar questões relacionadas à segurança e regularidade da realização das convenções virtuais.

Em conclusão, constatou-se que: diante da pandemia de coronavírus, a realização das convenções partidárias de forma virtual é preferível para resguardar a saúde da população, mas a adoção de inovações tecnológicas utilizadas em procedimentos decisórios, devem ser

adaptadas para atenderem todas as exigências e garantias necessárias a realização dos atos que o compõe.

Referências Bibliográficas:

BEPPLER, Tamy Emily. Votação virtual: Riscos de fraude e parâmetros de segurança. *in* **Convenções Partidárias Virtuais: Problemas e Soluções Possíveis**. 2020. Disponível em: <www.facebook.com/institutobaraodoserroazul>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL¹. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emenda Constitucional Nº 97, de 4 de outubro de 2017². Emenda Constitucional Nº 107, de 2 de julho de 2020.**³ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/09/2020.

BRASIL⁴. **Lei Nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL⁵. **Lei Nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL⁶. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 201819 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br>>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL⁷. Tribunal Superior Eleitoral. ARESPE 26412. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL⁸. Tribunal Superior Eleitoral. Edcl no AgRg no Respe nº 23.913. Disponível em: <www.tse.jus.br/>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL⁹. Tribunal Superior Eleitoral. MS nº 2.821. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 17/04/2021.

BRASIL¹⁰. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. de 3.8.2009 no AgR-Pet nº 2.981. Disponível em: <www.tse.gov.br/>. Acesso em: 17/04/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Democracia e partidos políticos: desafios e perspectivas. Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2016.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Aspectos gerais e históricos dos partidos políticos no Brasil. Soberania popular e partidos políticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEZZAROBBA, Orides. Art.17. **Comentários à Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

NAZARIO, Débora Cabral. **Uma análise de segurança da urna eletrônica brasileira.** 206f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Ciência da Computação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

SILVEIRA, Hélio Freitas Carvalho da; ANDRADE, Marcelo Santiago de Pádua. **Direito Eleitoral e Processual Eleitoral:** temas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Gabriel. Abertura: Considerações acerca do evento. *in* **Convenções Partidárias Virtuais:** Problemas e Soluções Possíveis. 2020. (2h14m11s). Disponível em: <www.facebook.com/institutobaraodoserroazul>. Acesso em: 17/04/2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 2 ed. São Paulo: Método, 2012.

TOKARNIA, Mariana. **Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br>>. Acesso em: 08/04/2021.

VELOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRABALHO NA PLATAFORMA UBER: DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO À DECISÃO DA SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO (UBER V ASLAM)

Work on the Uber platform: from the position of the Superior Labor Court to the decision of the United Kingdom Supreme Court (Uber v Aslam)

GILBERTO STÜRMER*

BÓRIS CHECHI DE ASSIS*

Sumário: 1. Introdução; 2. Do trabalho em plataformas; 3. Da comparação das decisões; 3.1. Das decisões brasileiras; 3.2. Da decisão da Suprema Corte do Reino Unido; 4. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o conteúdo das fundamentações do Tribunal Superior do Trabalho e da Suprema Corte do Reino Unido em suas decisões, comparando o exame feito pelos tribunais a respeito da imposição ou não de legislação trabalhista protetiva no caso dos trabalhadores da plataforma Uber. Para tanto, realizar-se-á breve apreciação do trabalho na *gig economy*, com exame a respeito da relação específica entre a plataforma Uber, trabalhador e passageiro, e as características da relação subordinada de trabalho, sem deslembrar as inegáveis diferenças legislativas laborais entre Brasil e Reino Unido. Será abordada, de igual forma, a novel ideia de subordinação algorítmica, pela qual o trabalhador, embora com certa autonomia, estaria submetido à pressão estrutural por meio do algoritmo da plataforma para a qual presta serviços. Serão destacadas as duas formulações diversas de enquadramento de relação jurídica trabalhista, a tripartite, presente no Reino Unido, que separa as espécies autônomo, *worker* e *employee*, e a binária, clássica dicotomia brasileira entre trabalho autônomo e trabalho subordinado – emprego. Por fim, destacar-se-ão os principais aspectos das decisões dos dois países, suas aproximações e suas diferenças, inclusive em termos de abordagem hermenêutica, a fim de possivelmente verificar por quais razões, para uma mesma relação jurídica, em dois ordenamentos jurídicos distintos, há tratamentos diferenciados. A pesquisa tem cunho bibliográfico nacional e internacional, assim como se utiliza de legislação e jurisprudência também nacional e internacional.

Palavras-chave: direito do trabalho; *gig economy*; estudo comparado; uber.

* Advogado e Parecerista. Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho (2018/2020). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000), Doutor, em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação - Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador do Núcleo de Direito Público e Social da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na mesma Escola. E-mail: gsturmer@sturmer.com.br.

* Doutorando em Direito na PUCRS. Mestre em Direito e Ciência Jurídica e Pós-graduado em Ciências Jurídico-Laborais pela Universidade de Lisboa. Sócio do escritório Krieg da Fonseca Advogados. E-mail: borissassis@gmail.com.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the content of the grounds of the Superior Labor Court and the United Kingdom Supreme Court in their decisions, comparing the examination carried out by the courts regarding the imposition or not of protective labor legislation in the case of Uber platform workers. To this end, a brief appreciation of work in the gig economy will be carried out, examining the specific relationship between the Uber platform, worker and passenger, and the characteristics of the subordinate labor relationship, without forgetting the undeniable legislative differences in labor law between Brazil and the United Kingdom. The novel idea of algorithmic subordination will also be addressed, in which the worker, although with a certain autonomy, would be subjected to structural pressure through the algorithm of the platform for which he provides services. The two different formats for framing the legal labor relationship will be highlighted, the tripartite, present in the United Kingdom, which separates autonomous, worker and employee species, and the binary, classic Brazilian dichotomy between autonomous work and subordinate work - employment. Finally, the main aspects of the decisions of the two countries, their approximations and differences, will be highlighted, including in terms of hermeneutic approach, in order to possibly check for what reasons, for the same work relationship, in two different legal systems, received two different treatments. The research has a national and international bibliographic nature, as well as using national and international legislation and jurisprudence.

Keywords: labor law; gig economy; comparative labor law; uber.

1. Introdução

A – nem tão – repentina chegada da indústria 4.0 e suas novas formas de relacionar trabalhadores e (digamos assim) seus tomadores de serviço desencadeou uma série de questões jurídicas relevantes, dentre as quais um debatido desalinhamento à legislação tipicamente protetiva do trabalho.

Embora o presente estudo se volte à análise de decisões relativas ao enquadramento jurídico de trabalhadores da plataforma *Uber*, todos os tipos de plataforma inovadoras da *gig economy* obstaculizam, em alguma forma, seja por sua vontade ou por sua natureza, a utilização plena das legislações trabalhistas e previdenciárias dos ordenamentos jurídicos nos quais pretendem se instalar.¹ Assim, serão analisados os principais aspectos desse tipo de relação e as decisões distintas tomadas pelas cortes superiores no Brasil e no Reino Unido.

2. Do trabalho em plataformas

A ideia primordial é a isenção da plataforma digital nas relações entre os seus *ditos* clientes, ambos os contratantes – o trabalhador que disponibiliza seu serviço pelo *software* e

¹ Nos Estados Unidos da América, *v.g.*, estima-se que a delimitação de um trabalhador como autônomo (ao invés de “*employee*”) gere uma economia de 30% entre todos os custos com os quais a empresa arcará, vide LEBERSTEIN, Sarah; CHRISTMAN, Anastasia. Occupy Our Occupations: Why “We Are the 99%” Resonates With Working People and What We Can Do to Fix the American Workplace. In: **Fordham Urban Law Journal**, volume 39, number 4, p. 1073-1104, 2016.

o interessado em pagar o serviço pela plataforma. É a relação triangular,² cuja descrição oficial da própria Uber consta no site oficial da plataforma³; ou seja, para a própria plataforma, tanto motoristas como clientes são consumidores do aplicativo.⁴

As empresas da *gig economy*, pois, apresentam-se como meras intermediárias entre duas pessoas distintas que contratam determinado serviço por meio de *software* – no caso da Uber, motorista e passageiro.⁵ Diz-se que, mais do que ser complexa estrutura empresarial, a plataforma ofereceria uma “*terceirização pessoal*”⁶, desobrigando, em tese, as pessoas jurídicas responsáveis pela intermediação negocial de responsabilidade legal e social pelos negócios efetivados por meio da plataforma.⁷

As novas ideias impostas pela tecnologia se apresentam como terceira via distinta de relação jurídica entre pessoas, alegadamente diversa (e impassível) do clássico conteúdo de contrato de trabalho típico, o qual, especialmente pela natureza *subordinativa*, norteou e deu autonomia ao direito laboral. Contudo, princípios e regras de um ordenamento jurídico, incluindo os ditames laborais, não são “menu à la carte” à disposição das empresas, como se fosse possível escolher quais normas são menos danosas à sua estruturação.⁸

O principal entrave enfrentado no enquadramento jurídicos dos trabalhadores da *gig economy* é a análise e identificação de subordinação jurídica.⁹ Concorde-se que a utilização de algoritmos na estruturação empresarial traz novas facetas à uma mais clássica e identificável característica subordinativa¹⁰, mas, ainda assim, o pressuposto essencial – a subordinação – para aplicação dos regimes protetivos trabalhistas não teve alterações dogmáticas severas em razão da tecnologia. O que possivelmente ocorre, em razão das novas tecnologias, é a

² KALIL, Renan Bernardi. **A regulação do trabalho via plataformas digitais**. São Paulo: Blucher, p. 99

³ Termos de uso da Uber. Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?country=brazil&lang=pt-br&name=general-terms-of-use>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴ ROSENBLAT, Alex. **Uberland: how algorithms are rewriting the rules of work**. Oakland: University of California Press, 2018, p. 4.

⁵ FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020. P. 59-78.

⁶ DE STEFANO, Valerio. **The rise of the "just-in-time workforce" : on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"**. International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva: ILO, 2016 Conditions of work and employment series; No. 71.

⁷ PIETROGIOVANNI, Vincenzo. Between Sein and Sollen of Labour Law: Civil (and Constitutional) Law Perspectives on Platform Workers. **King's Law Journal**, London, UK, 31:2, 313-323, 2020.

⁸ DE STEFANO, Valerio. **Regulation is not an À la Carte menu: insights from the Uber judgment**. 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://uklabourlawblog.com/2021/03/02/regulation-is-not-an-a-la-carte-menu-insights-from-the-uber-judgment-by-valerio-de-stefano/>>. Acesso em: 30 de abr. 2021. Blog: UK Labour Law Blog.

⁹ SILVA, Paula Jaeger da. **O trabalho nas plataformas digitais de intermediação: estudo sobre a natureza jurídica da relação com os motoristas de aplicativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 113.

¹⁰ FINCATO, Denise Pires; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica?. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 86, n. 3, p. 40-56, jul./set. 2020.

ocultação dos indícios de subordinação para (des)qualificação da relação jurídica.¹¹ A subordinação, de um ponto de vista dogmático do direito laboral, se resume justamente nas faculdades do credor-empregador (do contrato de trabalho) de direção e de disciplina da prestação da atividade pelo trabalhando, possivelmente alterando o rumo e/ou conteúdo da relação jurídica de acordo seus interesses de um ponto de vista organizacional da empresa.¹²

3. Da comparação das decisões

Comparar-se-ão, neste estudo, decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pela Suprema Corte do Reino Unido. Não se pretende avaliar e confrontar sistemas jurídico-laborais ou, ainda, especificidades normativas do direito do trabalho. Não se questiona, aqui, as diferenças entre os ordenamentos jurídicos; porém, alguns pontos de encontro, naturalmente decorrentes da tradicional relação subordinada de trabalho, são comuns.

No Reino Unido, há divisão tripartite de relações jurídicas de trabalho (desde o *Employment Rights Act* de 1996, há divisão entre *employee* [empregado], *worker* [trabalhador] e autônomo)¹³, enquanto no Brasil há mera diferenciação binária (trabalhador subordinado – empregado – ou autônomo).

Mesmo no período pré-1996, os critérios para caracterização da figura do *employee* (empregado) foram construídos jurisprudencialmente pelas cortes britânicas. Com a figura intermediária criada (*worker*), e com parcial aplicação do conjunto protetivo integral garantido ao *employee*, houve confusão na distinção de tais categorias. Diz-se, inclusive, que a diferenciação seria melhor entendida “como uma de grau e não de espécie”.¹⁴ Há inúmeros

¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **A autonomia dogmática do direito do trabalho**. Lisboa: Livraria Almedina, 2000, p. 94.

¹² *Ibidem*, p. 98-99.

¹³ “230 Employees, workers etc.

(1) In this Act “employee” means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a contract of employment.

(2) In this Act “contract of employment” means a contract of service or apprenticeship, whether express or implied, and (if it is express) whether oral or in writing.

(3) In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) —

(a) a contract of employment, or

(b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual;” In: REINO UNIDO. **Employment Rights Act 1996**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>>. Acesso em 30 abr. 2021.

¹⁴ FREEDLAND, Mark R.; ADAMS-PRASSL, Jeremias. Employees, Workers, and the 'Sharing Economy': Changing Practices and Changing Concepts in the United Kingdom. **Oxford Legal Studies Research Paper No. 19/2017**. 14 de mar. de 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2932757>>. Acesso em 01 de maio de 2021.

parâmetros e indícios (chamados *tests*) utilizados pelas cortes trabalhistas do Reino Unido para identificar o *status* de empregado¹⁵ e, também, de *worker*,¹⁶ mas, para os fins desse estudo, importará exclusivamente a fundamentação da decisão da Suprema Corte no caso da Uber.

Também não se esquece, no presente estudo, a possibilidade de contextos probatórios diferentes. Contudo, a plataforma é rigorosamente a mesma em ambos os casos e, conforme a fundamentação das decisões, a forma de prestação de serviços é similar (se não idêntica).

3.1. Das decisões brasileiras

O embate a respeito da natureza jurídica dos trabalhadores da Uber se iniciou no Brasil no Tribunal Superior do Trabalho em fevereiro de 2020, quando finalmente reconheceu-se transcendência jurídica à um recurso de revista interposto pela Uber após derrota no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o qual reconheceu a existência do vínculo de emprego do trabalhador com a empresa.

Foi suscitada, por óbvio, violação aos artigos 2º e 3º da Consolidação do Trabalho, alegando a Uber não se tratar de relação de trabalho subordinada em razão de confissão do trabalhador, que, em seu depoimento pessoal, admitiu poder ficar *off-line* (em outras palavras, desconectado do aplicativo) sem delimitação de tempo. Ou seja, afirmou que poderia não trabalhar caso assim desejasse.¹⁷ Ao entender do julgador, a possibilidade de não se conectar à plataforma corresponde à “ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia”, o que descaracterizaria o elemento subordinativo da relação de emprego.

Além disso, a mesma decisão avaliou como alto o percentual pago pela Uber em contraprestação aos serviços realizados pelo trabalhador. Considerou que um percentual tão alto aproximaria a relação jurídica havida à uma “*parceria*”. Concluiu a decisão, em sua

¹⁵ PRASSL, Jeremias. “What If Your Boss Was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work.” **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Illinois, University of Illinois College of Law, vol. 41, no. 1, 2019.

¹⁶ Como os testes de: (1) controle, verificável nos casos de obrigação de obedecer a ordens, supervisão do modo da forma de trabalho; (2) integração, apurável quando comprovada o poder disciplinar do empregador e a inclusão do trabalhador nos benefícios empresariais; (3) realidade econômica, com a análise do método de pagamento, liberdade de contratação de terceiros, posse dos equipamentos de trabalho etc; e (4) mutualidade de obrigações, conforme a obrigação de trabalhar ou possibilidade de recusar a prestação laboral. Sobre a matéria: DEAKIN, Simon. Decoding Employment Status. **King’s Law Journal**, Londres, vol. 31, nº. 2, 180-193, 2020.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 1000123-89.2017.5.02.0038. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>>. Acesso em 24 de abril de 2021.

fundamentação, que as ferramentas de avaliação, descredenciamento e *feedback* de usuários não caracterizariam subordinação, se não meros instrumentos de interesse público na contratação dos serviços da plataforma. Ao fim, há uma defesa ao trabalho em plataformas e o seu modelo de estruturação empresarial.¹⁸

Uma segunda decisão a respeito do assunto sobreveio em setembro de 2020. Nesse caso, em recurso interposto por trabalhador que não obtivera êxito no Tribunal Regional do Trabalho, houve pouco acréscimo de fundamentos à decisão já proferida pelo TST anteriormente. Novamente e de forma pontual, destacou o TST que a forma de trabalho em plataforma digitais não pode ser enquadrada como relação de trabalho subordinada, pois “o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo”.¹⁹

3.2. Da decisão da suprema corte do reino unido

Tendo sempre em mente as ressalvas comparativas acima feitas, a decisão britânica, em caso semelhante (de trabalhador informal da Uber buscando aplicação da legislação protetiva do trabalho), optou por fundamentos diametralmente opostos ao Tribunal Superior do Trabalho. Mesmo por meio do enquadramento da figura intermediária da classificação britânica (*worker*), o relator do recurso, Lord Leggatt, relembra precedente passado do *Employment Appeal Tribunal* (*Byerne Bros Ltd v Baird*), no qual se considerou que a regulação da figura dos *workers* tem a mesma *ratio legis* da figura do empregado: proteção aqueles em posição de subordinação e dependência a seus contratantes.²⁰

E, contrariamente ao decidido no Brasil na mesma matéria, considerou que havia grau de subordinação dos trabalhadores (recorrentes) à Uber. As zonas cinzentas da relação, a partir do parágrafo 90 da decisão, parecem ter sido bem consideradas.

¹⁸ “O intento de proteção ao trabalhador não deve se sobrepor a ponto de inviabilizar as formas de trabalho emergentes, pautadas em critérios menos rígidos e que permitem maior autonomia na sua consecução, mediante livre disposição das partes”. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 1000123-89.2017.5.02.0038. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>>. Acesso em 24 de abril de 2021.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 10575-88.2019.5.03.0003. Recorrente: Ricardo Ramos de Sá. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 09 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ace750066abb32447598485e6cfcab3e>>. Acesso em 24 de abril de 2021.

²⁰ REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. On appeal from: [2018] EWCA Civ 2748. [2021] UKSC 5. Apelantes: Uber BV e outros. Apelados: Yaseen Aslam e outros. Relator: Lord Leggatt. Londres, 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2021.

Com relação à possibilidade de optar por trabalhar ou não, embora o relator do recurso admita que a intermitência da relação indique, *a priori*, maior autonomia pessoal ou ausência completa de subordinação, a questão foi superada por cinco aspectos diferentes: (1) remuneração, (2) termos contratuais, (3) determinação de corridas, (4) forma de prestação de serviços e (5) comunicação entre trabalhador e passageiro.

Sobre a remuneração, novamente em contrário à decisão do TST, a Suprema Corte britânica considerou a forma de remuneração dos motoristas como tipicamente de natureza de controle sobre o trabalhador: não há possibilidade de descontos aos passageiros (a não ser que o próprio motorista abra mão de sua parte da taxa cobrada) e não há a possibilidade de cobrar valor maior do que o estabelecido pelo aplicativo. Da mesma forma, as decisões sobre reembolso dos passageiros, terceiros na relação, são de total discricionariedade da plataforma.²¹

Os termos contratuais pelos quais são vinculados os motoristas são ditados unicamente pela Uber, inclusive no que se refere à forma de transporte dos passageiros. Assim, mesmo que tenham liberdade de escolher o momento exato do trabalho, o trabalhador, quando ativo no aplicativo, deve aceitar as corridas determinadas pela empresa. Essa imposição se forma tanto na retenção das informações do passageiro pela Uber, como no monitoramento da taxa de aceitação e recusa de corridas pelo motorista.²²

A forma com a qual ocorre a prestação de serviços disponibilizada pela plataforma, na visão da corte britânica, igualmente é ditada pela Uber. O trabalhador deve ser proprietário de determinado tipo de veículo e a tecnologia utilizada para as rotas é de inteira responsabilidade da empresa. A estratégia de pontuação, como analisada na decisão, não foi criada como forma de auxiliar consumidores a escolherem um produto (como em outras plataformas digitais): é unicamente utilizada para desvincular motoristas que não atinjam os patamares pretendidos pela Uber. Conforme o relator, “esta é uma forma clássica de subordinação da relação de emprego” (tradução livre).²³

Finalmente, a Corte Suprema do Reino Unido também levou em consideração a restrição de comunicação e interação entre passageiro e motorista. Como toda a ingerência da relação é feita pela plataforma, incluindo nota fiscal ao consumidor, e a troca de informações entre motorista e passageiro é proibida, notou-se traço de poder diretivo típico de relação subordinada de trabalho.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

Todo a decisão da Corte britânica perpassa pela ideia de “abordagem de propósito” (*purposive approach*) do Direito do Trabalho na *common law*, inicialmente exposta por Davidov. Ou seja, de que o Direito do Trabalho necessariamente deve, como pressuposto de sua existência, servir à proteção dos hipossuficientes.²⁴ Embora aparentemente inovadora na *common law*, esse tipo de interpretação é clássica ao direito do trabalho da *civil law*.²⁵

Por todos esses fatos, em posição exatamente oposta à brasileira, a Suprema Corte britânica entendeu necessária a classificação dos trabalhadores da Uber como *workers*, conferindo a essas pessoas os direitos consequentes da relação protetiva prevista no *Employment Rights Act* de 1996.

4. Considerações finais

Mesmo que em breve análise, pode-se perceber uma distinção de paradigmas entre o direito do trabalho no Brasil e no Reino Unido. O primeiro, popularmente tido como protecionista e altamente litigioso, convergiu, em contrário à sua própria principiologia protetiva, pelas decisões de sua corte superior em matéria laboral, para considerar a situação do trabalhador da empresa Uber como forma autônoma de trabalho, prestigiando as novas formas de trabalho decorrentes do avanço tecnológico.

A contrario sensu, o Reino Unido, com base na tese do *purposive approach* do direito laboral, entendeu ser necessária à concessão de maior proteção a estes trabalhadores da *gig economy*, justificando sua decisão com base em inúmeros elementos indicativos de subordinação desconsiderados pela jurisprudência brasileira.

Ao que tudo indica, há mudança de modelos de concepção jurídico-laboral nos ordenamentos analisados, em contrariedade às tradições estabelecidas, e a questão

²⁴ Conforme o autor: “A critical challenge is to choose the right level of abstraction or generality, in two respects. First, specific labour laws have specific goals. But there is also, as already noted, a general goal behind labour laws. If we want some degree of universalism, rather than complete selectivity (in which the meaning of “employee” is different for each and every law), we need to focus first on the general goal. Later, the scope of specific regulations can be amended, if needed, in line with more specific goals. As for the general goals, they can be articulated at different levels of abstraction. We can explain the need for labour laws in terms of the general values that they advance, such as equality, workplace democracy, distributive justice, autonomy, efficiency (more controversial), non-domination or maximizing capabilities. At another level, we can say that labour laws are needed to correct market failures or (most common) to address the inequality of bargaining power between employer and employee. Also, we can explain labour laws as addressing the vulnerabilities characterizing employment relations, which in my view are democratic deficits (or subordination, broadly conceived) and dependency.” In: DAVIDOV, Guy. *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*. n.º 1-2, vol. 6, novembro de 2017, pp. 6-15.

²⁵ “O protecionismo é uma atitude preservadora do equilíbrio contratual, diante da evidência de ser o trabalho humano produtivo um valor social a ser protegido e de ser o trabalhador um sujeito ordinariamente vulnerado nas relações de emprego.” In: MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 60.

A respeito do tema: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015.

certamente permanecerá em debate mundial: como pode (ou deve) o trabalho na economia compartilhada se ajustar às legislações trabalhistas?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 1000123-89.2017.5.02.0038**. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília, 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>>. Acesso em 24 de abril de 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 10575-88.2019.5.03.0003**. Recorrente: Ricardo Ramos de Sá. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 09 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ace750066abb32447598485e6cfcab3e>>. Acesso em 24 de abril de 2021.
- DAVIDOV, Guy. The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach. **Spanish Labour Law and Employment Relations Journal**. n.º 1-2, vol. 6, novembro de 2017, pp. 6-15.
- DEAKIN, Simon. Decoding Employment Status. **King's Law Journal**, Londres, vol. 31, n.º. 2, 180-193, 2020.
- DE STEFANO, Valerio. **Regulation is not an À la Carte menu: insights from the Uber judgment**. 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://uklabourlawblog.com/2021/03/02/regulation-is-not-an-a-la-carte-menu-insights-from-the-uber-judgment-by-valerio-de-stefano/>>. Acesso em: 30 de abr. 2021. Blog: UK Labour Law Blog.
- DE STEFANO, Valerio. **The rise of the "just-in-time workforce" : on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"**. International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva: ILO, 2016 Conditions of work and employment series; No. 71.
- DRAY, Guilherme. **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015.
- FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020. P. 59-78.
- FREEDLAND, Mark R.; ADAMS-PRASSL, Jeremias. Employees, Workers, and the 'Sharing Economy': Changing Practices and Changing Concepts in the United Kingdom. **Oxford Legal Studies Research Paper No. 19/2017**. 14 de mar. de 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2932757>>. Acesso em 01 de maio de 2021.
- FINCATO, Denise Pires; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica?. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 86, n. 3, p. 40-56, jul./set. 2020.
- LEBERSTEIN, Sarah; CHRISTMAN, Anastasia. Occupy Our Occupations: Why "We Are the 99%" Resonates With Working People and What We Can Do to Fix the American Workplace. In: **Fordham Urban Law Journal**, volume 39, number 4, p. 1073-1104, 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
PIETROGIOVANNI, Vincenzo. Between Sein and Sollen of Labour Law: Civil (and Constitutional) Law Perspectives on Platform Workers. **King's Law Journal**, London, UK, 31:2, 313-323, 2020.

PRASSL, Jeremias. "What If Your Boss Was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work." **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Illinois, University of Illinois College of Law, vol. 41, no. 1, 2019.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **A autonomia dogmática do direito do trabalho**. Lisboa: Livraria Almedina, 2000.

REINO UNIDO. **Employment Rights Act 1996**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>>. Acesso em 30 abr. 2021.

REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. **On appeal from: [2018] EWCA Civ 2748**. [2021] UKSC 5. Apelantes: Uber BV e outros. Apelados: Yaseen Aslam e outros. Relator: Lord Leggatt. Londres, 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2021.

ROSENBLAT, Alex. **Uberland: how algorithms are rewriting the rules of work**. Oakland: University of California Press, 2018.

SILVA, Paula Jaeger da. **O trabalho nas plataformas digitais de intermediação: estudo sobre a natureza jurídica da relação com os motoristas de aplicativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STANDING, Guy. **O Precariado: a nova classe perigosa**. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (OU ALGORITMIZADO) DAS MÁQUINAS: PROJEÇÕES E EQUILÍBRIO

Substantial contradiction and the motivated (or algorithmic) free conviction of the machines: projections and balance

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO¹

MANOELLA MIRANDA KELLER BAYER²

Sumário: Introdução; 1. A inovação disruptiva no direito e os limites das projeções futuras; 2. O Estado Democrático de Direito, as garantias e a condução dialética do processo; 3. Decisões com uso de algoritmos no direito comparado e a aparente mitigação; Considerações Finais.

Resumo: Toda mudança substancial àquilo que foi construído tradicionalmente causa certo receio, pelo simples fato de ser algo novo, sobre o qual não se detém tanto conhecimento *a priori*. A tecnologia, descrita por muitos doutrinadores como uma *inovação disruptiva* no direito, desperta tal sensação: ao passo que representa uma evolução necessária, traz consigo o receio de mudanças paradigmáticas nunca antes vistas. O presente artigo centra-se em analisar os impactos da operacionalização decisória das máquinas no poder judiciário, por meio do *machine learning* e da projeção de decisões tomadas com base em algoritmos de inteligência artificial (IA), cuja problemática é focada na seguinte pergunta: determinadas decisões tomadas por algoritmos de inteligência artificial mitigam, em alguma medida, o respeito ao contraditório substancial e ao livre convencimento motivado? Apresentam-se duas hipóteses como respostas possíveis, sendo uma positiva e outra negativa, porém, ao final, filia-se à primeira, pautando-se nos princípios constitucionais e processuais que regem o direito brasileiro. Para tanto, utiliza-se do método indutivo, partindo da observação de casos concretos advindos de decisões judiciais no direito comparado que utilizaram algoritmos como mecanismos decisórios, fazendo a correlação com a aparente mitigação. Quanto à metodologia de procedimento, faz-se o uso do procedimento histórico, comparativo e monográfico e, como técnica de pesquisa, da bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Inovação disruptiva; Poder judiciário; Algoritmos; Contraditório substancial; Livre convencimento motivado.

Abstract: Any substantial change to what was traditionally built causes a certain fear, for the simple fact that it is something new, about which there is not so much knowledge *a priori*. Technology, described by many scholars as a disruptive innovation in law, arouses such a sensation: while it represents a necessary evolution, it brings with it the fear of paradigmatic changes never seen before. This article focuses on analyzing the impacts of the decision-making of machines on the judiciary, through machine learning and the projection of decisions taken based on artificial intelligence (AI) algorithms, whose problem is focused on

¹Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul - RS. Professora Adjunta do Curso de Direito da ULBRA, Santa Maria, RS, Brasil. E-mail: adrianetoaldo@gmail.com

²Pós-graduanda em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI. E-mail: mmkdbdireito@gmail.com

the following question: certain decisions made by artificial intelligence algorithms mitigate, to some extent, respect for substantial contradictory and motivated free convincing? Two hypotheses are presented as possible answers, one positive and the other negative, however, in the end, it is affiliated with the first, based on the constitutional and procedural principles that govern Brazilian law. For that, it uses the inductive method, starting from the observation of concrete cases arising from judicial decisions in comparative law that used algorithms as decision mechanisms, making the correlation with the apparent mitigation. As for the procedural methodology, historical, comparative and monographic procedures are used and, as a research technique, bibliographic and documentary.

Keywords: Disruptive innovation; Judicial power; Algorithms; Substantial contradictory; Free motivated convincing.

Introdução

Estaria o Direito preparado para essa nova dimensão da realidade, cujas projeções do uso dos algoritmos são amplas? Será que a nova realidade desenvolve o Direito e o *transforma* ou introjeta-se nele, *absorvendo* os seus princípios e conceitos tradicionais de um modo novo? O caminho que se vislumbra é o de inevitável divergência entre o Direito e a tecnologia ou de convergência entre a inteligência natural (humana) e a inteligência das máquinas (artificial)?

Todos esses questionamentos e debates são válidos na atualidade, pois é inegável que o Direito está mudando. Deve-se saber, entretanto, a necessária extensão dessas mudanças, ao ponto de tornarem o Direito condizente com a realidade, mas sem extinguirem preceitos fundamentais da ciência jurídica e, com isso, ao ponto de não defasarem questões atinentes àquilo que chamamos de Estado Democrático de Direito, tal como o devido processo legal, o contraditório substancial e o livre convencimento motivado.

O objetivo geral do presente estudo consiste em trazer à tona um debate de grande relevância, pois a automação das decisões do judiciário é uma realidade cada vez mais presente no mundo inteiro. De forma específica, objetiva contribuir para a ciência jurídica por meio do levantamento de dados concretos advindos do direito comparado e da correlação destes com as teorias, os princípios e os fundamentos essenciais do Direito, os quais ainda subsistem, mesmo diante das projeções tecnológicas.

Utiliza-se do método indutivo ao analisar casos ocorridos no direito comparado, para responder ao questionamento central: sobre se determinadas decisões tomadas por algoritmos de inteligência artificial mitigam, em alguma medida, o respeito ao contraditório substancial e ao livre convencimento motivado. Como conclusão inicial tem-se que, em grande medida, quando há cunho decisório, há a probabilidade de mitigação. O artigo divide-se em três tópicos, nos quais trata da inovação disruptiva, do Estado Democrático de Direito,

das garantias e da condução dialética do processo para, finalmente, citar decisões advindas de algoritmos de inteligência artificial que evidenciam a mencionada mitigação.

1 A inovação disruptiva no direito e os limites das projeções futuras

É notório que “*a ambiguidade e a complexidade do tempo presente, catapultadas pelo impacto das novas tecnologias informáticas, nos remetem a um tempo de importante transição no âmbito do Direito*”³, sendo necessário compreender não só *o que* está surgindo como novo nesse contexto - aqui, as decisões tomadas por algoritmos de inteligência artificial -, mas compreender o que o novo *representa*. Assim, é importante asseverar que a representatividade da nova realidade do judiciário, que abre espaço para decisões algorítmicas, impacta sobremaneira pontos tradicionalmente aceitos e reproduzidos por décadas na ciência do Direito.

Nisso consiste um paradigma: é um modelo ou padrão aceito, alicerçado em determinados pressupostos e conceitos fundamentais. É o pressuposto inicial daquilo que doutrinadores chamam de *inovação disruptiva*, pois esta só se opera diante de um paradigma (modelo-padrão) e atua como um elemento de inovação *a partir* do que já se tem como aceito, sofisticando o que já existe. (PEGORARO; COPETTI; SILVA, 2019)

Muitos estudiosos do direito, tal como os autores acima, consideram que a tecnologia representa uma inovação disruptiva, porque modifica questões tradicionais (uso do processo eletrônico, da penhora *online*, das audiências por videoconferência, etc.), sem afastar-se de elementos processuais tradicionais, mas que, inevitavelmente, indica uma nova forma de prestação jurisdicional.

Em verdade, independente do que se queira chamar essa evolução, as mudanças são reais e, devido à dificuldade de compassar o direito à tecnologia, é imprescindível que haja um equilíbrio entre o tradicional e o novo. Não por apego ao tradicionalismo, mas porque existem questões deveras complexas para pressupor a correção de decisões pautadas no objetivismo dos algoritmos das máquinas.

Sobre essa temática, França (2019) expõe a sua preocupação quanto ao Direito estar preparado para a nova realidade e quanto à ausência de consciência, noção de consequencialidade ou limites dos sistemas decisórios pautados no uso de inteligência artificial. Para o autor, o caminho estaria na fusão da inteligência natural (humana) com a inteligência artificial (das máquinas) em busca de um equilíbrio adequado ao impacto inevitável. Afirma que:

³ Cfr. PEGORARO JR, Paulo; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da. Inovação disruptiva no direito: o exemplo privilegiado do processo eletrônico, in: COPETTI NETO, Alfredo et al, Org (s). *Direito, compliance e tecnologia*. Editora: Tirant lo blach. São Paulo, 2019, p. 157.

Torna-se urgente o enfrentamento dessas questões relacionadas aos impactos da inteligência artificial no ser humano e como será possível regular essas novas realidades interativas [...] Nesse sentir, julgamos que se tornam imprescindíveis a pesquisa e o efetivo empenho de criação e de aperfeiçoamento de formas reguladoras do impacto da IA não só no exercício democrático das nações que ainda consideram o Estado de Direito como o melhor caminho a se trilhar, mas, também, na realidade cotidiana de interação do homem consigo próprio, com os outros e com o meio onde concretiza sua existência física. (FRANÇA, 2019, p. 113-118)

Necessário que existam tais inovações disruptivas, pois trouxeram benefícios aos jurisdicionados. A razoável duração do processo foi otimizada pelo processo eletrônico, o acesso à justiça foi facilitado pelas audiências virtuais, a persecução dos direitos do exequente foi estendida por meio da penhora *online*, apenas para citar alguns exemplos. Todo esse contexto demonstra que o Direito está em consonância com as exigências da atualidade e deve ser assim, pois esta é uma ciência dinâmica.

Entretanto, quando se detém na análise das decisões judiciais, não se está diante de uma mera operacionalização ou de um *modus operandi* unicamente formal. As decisões que impactam os jurisdicionados envolvem análise do mérito, pautam-se na atividade hermenêutica, nos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, nos direitos constitucionais e processuais das partes.

Eis que a grande dúvida é o quanto das mudanças decorrentes da tecnologia são necessárias ao ponto de não extinguirem preceitos fundamentais da ciência jurídica e, com isso, não mitigarem questões atinentes àquilo que chamamos de Estado Democrático de Direito, tal como o devido processo legal, o contraditório substancial e o livre convencimento motivado.

Ou seja, a inovação disruptiva vislumbrada para o futuro, que traz à realidade decisões judiciais tomadas com base em algoritmos de inteligência artificial, é mesmo necessária? Será que há menos evolução se não existirem *decisões* automatizadas ou só se pode falar em evolução se mais essa prática se tornar uma regra nos tribunais? É possível manter o desenvolvimento tecnológico no Direito, com o uso dos algoritmos apenas como um complemento ou facilitador procedimental, sem a obrigatoriedade da existência de “robôs juízes”?

Esse estudo estende que, o uso de algoritmos para manifestações de cunho decisório deve ser cauteloso. Não significa que essa limitação material seja um retrocesso na evolução, tão somente significa que, harmonizando o paradigma à inovação, o tradicional ao novo, os preceitos do direito aos preceitos da tecnologia, determinadas decisões não podem ser tomadas por algoritmos de inteligência artificial. Nas palavras de Cabral (2020): “é preciso

discutir as mudanças, questionar os paradigmas. [...] Se robôs e softwares farão parte do nosso trabalho, a última trincheira é focar naquilo que não pode ser mecanizado”.

Dentre os motivos para a afirmação do parágrafo anterior está a própria ordem jurídica brasileira, porquanto determinadas decisões automatizadas podem mitigar, em alguma medida, o respeito ao contraditório substancial e ao livre convencimento motivado, como se verá adiante.

2 O Estado Democrático de Direito, as garantias e a condução dialética do processo

Na Constituição Federal pátria, em seu artigo primeiro, está expresso que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. No direito comparado, diversos outros países europeus são assim considerados, como Estados democráticos. Por “Estado Democrático de Direito” entende-se a materialização da soberania popular, em um Estado com sistemas de garantias de direitos humanos, em que o Direito positivo respeita os imperativos constitucionais, atento à efetividade dos direitos fundamentais. (MORAES, 2016)

Essa ótica sistêmica inclui todos os ramos do Direito, inclusive o processual. Dessa forma, o processo passa a ser compreendido como instrumento de realização dos direitos materiais. Significa que se deve respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição e tutelar as pretensões levadas ao conhecimento do poder judiciário, com o devido respeito às garantias constitucionais.

O processo ganha então o tom democrático. Deixar de ser “aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos”. Nesse viés democrático do processo, “todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante [...]” (NUNES apud ESPINDOLA; SANTOS, 2011, p. 162)

Nessa senda, vem à lume as garantias de defesa. O devido processo legal, estampado de forma expressa no título II da Constituição Federal brasileira (1988), que trata dos direitos e garantias fundamentais, configura-se como dupla proteção ao indivíduo: atua no âmbito material do direito de liberdade, por exemplo, quanto no âmbito formal, em que se lhe garante a plenitude de sua defesa e a paridade de condições com o Estado. A plenitude de defesa abrange a defesa técnica, a produção ampla de provas, ser julgado pelo juiz competente ou a possibilidade de recorrer. (MORAES, 2016)

Como consectários do devido processo legal existem a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF/88). A ampla defesa é a garantia de que as partes podem trazer ao processo todo e qualquer elemento tendente a esclarecer a verdade dos fatos. Outrossim, o contraditório pode ser compreendido como a exteriorização da ampla defesa e resulta na imposição da condução dialética do processo:

Salienta Nelson Nery Junior que o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório. (NERY JR apud MORAES, 2016)

Das considerações anteriores, extrai-se que, no Estado Democrático de Direito, a forma de o povo expressar a sua soberania é por meio das leis e, processualmente falando, por meio da participação *ativa e substancial* do processo, de modo que as alegações, provas apresentadas e direitos envolvidos sejam efetivamente considerados.

Sob essa ótica, a doutrina apresenta o chamado contraditório substancial. Segundo as lições de Didier Jr. (2015), o contraditório também deve ser substancial para que não seja prejudicado, no sentido de a parte participar do processo e seus argumentos serem considerados na construção da decisão. O contraditório “*há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a ratio decidendi, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado)*”⁴.

Observe-se a relevância disso, pois o contraditório exsurge como um princípio constitucional que procura efetivar a busca pela justiça, considerando que as partes têm o direito de serem ouvidas e de contribuírem, substancialmente, para o convencimento do magistrado na formulação de sua decisão, em uma clara manifestação da condução dialética do processo.

Em julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), datado de 2004⁵, o tribunal ressaltou que o contraditório se desdobra em alguns direitos, dentre os quais está o *direito de ver seus argumentos considerados*. Esse direito exige que o julgador tenha a capacidade de contemplar as razões apresentadas pelas partes, não só tomando conhecimento dos fatos e das razões, mas efetivamente considerando-os.

Diante de tal contexto, inevitável mencionar o princípio do livre convencimento, que regula a apreciação, pelo juiz, das provas e das alegações trazidas ao processo. Tal princípio

⁴ Cfr. DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. Ed. Vol. 2. Editora: Jus Podivim. Salvador, 2015, p. 471.

⁵ STF, Pleno, MS no 24.268/MG, Rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, DJU 17.09.2004, p. 169.

estaria inserido entre a prova legal (análise objetiva dos elementos probatórios) e o julgamento *secundum conscientiam* (possibilidade de decidir sem provas ou contra elas, segundo critérios de racionalidade). O artigo 371 do Código de Processo Civil, por exemplo, explica que as razões do convencimento devem estar indicadas na decisão - o convencimento deve ser motivado (art. 93, IX, CF/88).

A convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária [...] e, sim, condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram. [...] Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas, regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência. (KNIJNIK, 2001, p. 3),

Se as partes e o juiz são os atores e a essência da construção das decisões, fazendo-o de forma consciente e racional, eis que em algumas manifestações de cunho decisório, a substituição do magistrado pelos algoritmos pode, em alguma medida, mitigar os princípios do ordenamento jurídico até então mencionados. Isso porque algoritmos não têm consciência e a sua racionalidade é tão somente matemática, diferentemente da racionalidade humana, aberta ao livre convencimento.

3 Decisões com uso de algoritmos no direito comparado e a aparente mitigação

Com foco nas reflexões anteriores, passa-se a analisar algumas decisões advindas de algoritmos de inteligência artificial que expressam os questionamentos sobre a mitigação do devido processo legal, do contraditório substancial e do livre convencimento motivado. Inicialmente, convém esclarecer o que é algoritmo: *“é uma sequência de instruções codificadas que ensinam a um computador, passo a passo, o que fazer. [...] mas hoje há também algoritmos chamados “aprendizes” [...] desenvolvendo outros modelos (e até outros algoritmos) automaticamente, isto é, independentemente de uma nova programação humana”*⁶.

Esse tipo de sistema tem sido utilizado para a formatação de decisões judiciais. No Brasil, o STF, por exemplo, está aprimorando o desenvolvimento de um sistema de inteligência artificial, que recebeu o nome “Victor”⁷. Na Europa, por seu turno, pode-se tomar como exemplo o investimento vanguardista da Estônia que, desde o ano de 2019, tem

⁶ Cfr. CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências, in: WOLKART, Erik Navarro et al, Org (s). *Direito, processo e tecnologia*. [livro eletrônico]. Editora: Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2020.

⁷ Notícias STF. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>> Acesso em 30 abril. 2021.

desenvolvido ferramentas de inteligência artificial para o julgamento (poder de decisão por “juiz robô”) de disputas judiciais até 7.000 euros⁸.

Cabral (2020) explica que os sistemas artificiais têm tido espaço de aplicação na fundamentação das decisões do judiciário, ao identificar as leis e os precedentes aplicáveis e formular minutas de decisões, pendentes apenas da assinatura dos magistrados. Como ponto positivo, será possível obter uma tramitação processual muito ágil, concretizando, assim, o princípio da razoável duração do processo. Em contrapartida, o autor expõe o lado negativo dessa sistemática decisória: má formulação dos algoritmos, resultados equivocados (*biased*), baseados em dados parciais ou que desconsiderem aspectos relevantes, vieses cognitivos que levem a decisões preconceituosas.

Sobre as decisões equivocadas e viés cognitivo, rememoram-se alguns casos ocorridos nos Estados Unidos. O sistema chamado Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) vinha sendo utilizado para auxiliar na mensuração do grau de periculosidade e probabilidade de reincidência de criminosos, influenciando nas penas dos indivíduos. O *score* de avaliação de risco mostrava “as pessoas negras como de alto risco e as pessoas brancas como de baixo risco [...] os dados eram viciados com informações anteriores, as quais influenciaram negativamente as decisões”⁹.

Os ditos “vieses” podem representar certo risco ético-jurídico, como demonstrado acima, suscitando a análise sobre a necessidade de a IA acontecer em *todas* as atividades jurídicas. Não foram raros os equívocos do Compas, por conta da utilização de dados viciados. Segundo Vieira (2021), é uma tarefa complexa promover a correção dos vieses existentes nas máquinas que usam *machine learning*, porém, se assim não for, pessoas podem acabar sendo afetadas de alguma forma, como o caso do operário Zilly.

Preso por roubar um cortador de grama e algumas ferramentas, o réu (Zilly) lutava contra o vício das drogas e estava em recuperação, quando teve uma recaída e praticou o roubo. Por esse motivo, foi considerado de alto risco pelo algoritmo e preso. O defensor público do caso apelou e o réu alegou que o sistema não considerou as circunstâncias fáticas e todo o esforço que estava fazendo em sua recuperação. Porque, em verdade, “*é da natureza*

⁸ Cfr. CAMARGO, Solano de. Homologação de sentenças estrangeiras cibernéticas e o Direito Internacional Privado. in: WOLKART, Erik Navarro et al, Org (s). Direito, processo e tecnologia. [livro eletrônico]. Editora: Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2020.

⁹ VIEIRA, Leonardo Marques. *A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: Caso COMPAS*. 2019. Disponível em: <<https://www.lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf>> Acesso em 01 maio. 2021.

*humana que os julgamentos sejam proferidos a partir de uma dialética que possa [...] alterar as convicções de um julgador, anda que diante de situações absoluta e reiteradamente já decididas*¹⁰.

No Brasil, o uso da inteligência artificial (IA) ainda não carrega o caráter decisório tal como tratado nessa pesquisa, pois as soluções existentes se amoldam ao conceito da chamada “IA fraca” (apenas auxiliam na automação de atividades menos complexas); nas mais relevantes, como a admissibilidade de recursos, há a supervisão humana. Atualmente, na justiça brasileira, a IA é utilizada na identificação de precedentes, de fundamentos e teses, com o intuito de harmonizar a jurisprudência e garantir maior eficiência à prestação jurisdicional. Logo, o debate ora levantado diz respeito às tendências presentes e às projeções futuras, que podem estar muito próximas e em uma extensão que deva, de fato, ser discutida.

Considerações finais

A utilização de algoritmos e sistemas de inteligência artificial no judiciário são uma oportunidade de otimizar o processo e harmonizar a jurisprudência, constatação pertinente para o Brasil e para o mundo. Entretanto, o desenvolvimento tecnológico pressupõe projeções futuras amplas no que diz respeito ao uso desses sistemas. Os algoritmos possuem pontos negativos que lhes são inerentes, tal como a opacidade (falta de transparência na construção ou na divulgação do código-fonte) ou formatações equivocadas (em razão de falha nos dados ou na programação original). Tais pontos incitam o debate jurídico.

Há quem compreenda que não haverá uma substituição decisória dos juízes por máquinas. Porém, fato é que devem ser analisadas quais atividades podem contar com o sistema algoritmizado e quais não poderiam, ao ter como foco o desafio da construção decisória dentro de paradigmas ético-jurídicos. A experiência de outras cortes demonstra que, quando as decisões são pautadas *apenas* nos algoritmos, revelaram-se eivadas de vícios, mitigando em grande medida princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Por essas razões, portanto, oportuno e legítimo debater sobre os fundamentos da ordem jurídica, sobre os princípios norteadores da atividade do judiciário para compreender qual é a extensão e o ponto de equilíbrio entre a inteligência natural e a artificial, bem como entre as *projeções de mudanças* decorrentes da tecnologia e a *não mitigação* de preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como o devido processo legal, o contraditório substancial e o livre convencimento motivado.

¹⁰Cfr. CAMARGO, Solano de. Homologação de sentenças estrangeiras cibernéticas e o Direito Internacional Privado. in: WOLKART, Erik Navarro et al, Org (s). *Direito, processo e tecnologia*. [livro eletrônico]. Editora: Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2020.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em maio, 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS no 24.268/MG*. Relator: Min. Gilmar Mendes, DF, 17 set. 2004, p. 169.
- CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências, in: WOLKART, Erik Navarro et al, Org (s). *Direito, processo e tecnologia*. [livro eletrônico]. Editora: Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2020.
- CAMARGO, Solano de. Homologação de sentenças estrangeiras cibernéticas e o Direito Internacional Privado, in: WOLKART, Erik Navarro et al, Org (s). *Direito, processo e tecnologia*. [livro eletrônico]. Editora: Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª Edição, Vol. 2. Editora: Jus Podivim. Salvador, 2015, p. 471.
- ESPINDOLA; Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. “O processo civil no estado Democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial”. In: *Estudos Jurídicos Univali*, 2011, p. 162. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3278/2061>> Acesso em maio. 2021.
- FRANÇA, Phillip Gil. Tutela da informação e *compliance* digital na era da inteligência artificial: *case fakenews*, in: COPETTI NETO, Alfredo et al, Org (s). *Direito, compliance e tecnologia*. Editora: Tirant lo blach. São Paulo, 2019, p. 113-118.
- KNIJNIK, Danilo. “Os ‘Standarts’ do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle”. In: *Revista Forense*, 2001, v. 353. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 01 maio. 2021.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª Edição. Editora: Atlas. São Paulo, 2017.
- PEGORARO JR, Paulo; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da. Inovação disruptiva no direito: o exemplo privilegiado do processo eletrônico, in: COPETTI NETO, Alfredo et al, Org (s). *Direito, compliance e tecnologia*. Editora: Tirant lo blach. São Paulo, 2019, p. 157.
- VIEIRA, Leonardo Marques. *A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: Caso COMPAS*. 2019. Disponível em: <<https://www.lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf>>. Acesso em 01 maio. 2021.

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NA ERA DIGITAL: A VIABILIDADE DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O FENÔMENO DESJUDICIALIZAÇÃO

The Alternative Resolution of Conflicts in the Digital Age: The feasibility of use of Artificial Intelligence for the Desjudicialization phenomenon

SAULO CAPELARI JUNIOR¹

RENATO ALEXANDRE DA SILVA FREITAS²

Sumário: 1. Percepções acerca do Acesso à Justiça no Brasil; 2. Os Métodos Alternativos para Resolução de Conflitos e o Fenômeno da DesJudicialização; 3. Resolução Alternativa de Conflitos via Inteligência Artificial: reflexos positivos para a Desjudicialização; Considerações Finais.

Resumo: O Acesso à Justiça constitui um Direito Humano e Fundamental consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todavia, diante das reformas que o sistema processual tem suportado, com a finalidade proporcionar uma maior acessibilidade, tão somente acessá-la não representa mais o problema central, mas sim, a qualidade da resposta de mérito proferida pelo Poder Judiciário. Diante desse impasse, com a edição do Código de Processo Civil (2015) houve uma valorização dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs), mas, frente a baixa adesão destes meios, estão sendo criadas algumas plataformas virtuais com base em Inteligência Artificial (IA) especializadas em resolução de litígios por meio das técnicas de Conciliação e Mediação. Deste modo, qual a viabilidade da utilização desses instrumentos para com o processo de Desjudicialização? A presente pesquisa objetivou averiguar se a implementação de plataformas virtuais pautadas em IA colaboram com o fenômeno da Desjudicialização no Brasil. Em específico, compreender o processo evolutivo do Acesso à Justiça no Estado brasileiro, bem como seus desdobramentos até a atual conjuntura. Entender os MASCs pautados na Mediação e Conciliação como alternativas ao Poder Judiciário. Por fim, pretendeu-se entender qual a relação existente entre as plataformas virtuais de resolução de conflitos e a Desjudicialização. Pois bem, via método dedutivo e pesquisa fundamentalmente bibliográfica, concluiu-se que, diante da sobrecarga dos Juízes e Tribunais no Brasil, os meios alternativos de pacificação de litígios são fundamentais, no entanto, em sua forma tradicional, não apresentaram tanta eficácia nos últimos anos, pois padecem sem adesão. Assim sendo, as plataformas virtuais especializadas em resolução de litígios por Mediação e Conciliação pautadas em IA, são denominadas pela sigla ODR (*Online Dispute Resolution*) e é suficientemente capaz de corroborar com o Fenômeno da Desjudicialização, posto que, tais instrumentos podem ser

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Toledo – UniToledo Araçatuba/SP. Pesquisado pelo Grupo de Pesquisa “Jurisprudência de Direitos Fundamentais” vinculado ao UniToledo. Membro do Grupo de Estudos “Serviços Públicos e Administração Pública Digital” vinculado ao NUPE/PUC-PR. E-mail: saulo.capelari@hotmail.com.

² Doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Coordenador e Professor do Curso de Direitos do Centro Universitário Toledo – UniToledo Araçatuba/SP. E-mail: renatoasfreitas@hotmail.com.

utilizados tanto em demandas em curso como principalmente para gerir conflitos antes de se recorrer ao Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Inteligência Artificial; Desjudicialização.

Abstract: Access to Justice is a Human and Fundamental Right enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, however, in view of the reforms that the procedural system has endured, with greater affordability, just accessing it no longer represents the problem central, but rather, the quality of the merit response given by the Judiciary. In view of this impasse, with the edition of the Civil Procedure Code (2015) there was an appreciation of Alternative Methods of Conflict Resolution (MASCs), but, due to the low adhesion of these means, some virtual platforms based on Artificial Intelligence are being elevated (IA) specialized in dispute resolution through Conciliation and Mediation techniques. So, what is the feasibility of using these instruments for the process of dejudicialization? This research aimed to investigate whether the implementation of virtual platforms based on AI collaborate with the phenomenon of Judicialization in Brazil. Specifically, including the evolutionary process of Access to Justice in the Brazilian State, as well as its unfolding up to the current conjuncture. Understand MASCs based on Mediation and Conciliation as alternatives to the Judiciary. Finally, it is intended to understand the relationship between the virtual conflict resolution platforms and Judicialization. Well, using a deductive method and fundamentally bibliographic research, it was concluded that, in view of the overload of Judges and Courts in Brazil, alternative means of pacifying disputes are fundamental, however, in their traditional form, as they suffer without adherence. Thus, as virtual platforms specialized in dispute resolution through Mediation and Conciliation in AI, they are called by the acronym ODR (Online Dispute Resolution) and are able to corroborate the phenomenon of Judicialization, since such instruments can be used both in ongoing demands as mainly to manage conflicts before resorting to the Judiciary.

Keywords: Access to justice; Alternative Conflict Resolution Methods; Artificial intelligence; Judicialization.

1. Percepções acerca do Acesso à Justiça no Brasil

O surgimento de conflitos entre indivíduos em uma sociedade é inevitável, tal fato constata-se desde os primórdios das civilizações, quando as desavenças eram solucionadas pela *Vingança Privada*. Porém, tal modelo entrou em decadência, a partir do momento em que o Estado avocou para si não somente o poder para resolver tais conflitos, mas principalmente, o dever, de assim fazê-lo, noutras palavras, o que se entende hoje por acesso à justiça surgiu no mesmo momento em que negado a pessoa o direito de mediante sua própria força, satisfazer o conflito de interesses³.

Ora, com a promulgação da Carta Cidadã em 1988, a Dignidade da Pessoa Humana fora consagrada como um princípio estruturante deste Estado, assim, deste, decorrem todos

³ TAKEYAMA, Celina Rizzo; RUIZ, Ivan Aparecido. O acesso à Justiça e o direito da personalidade ao conhecimento da origem biológica. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio **Luiz de. Acesso à Justiça e concretização de direitos**. Birigui: Boreal, 2014, p. 42.

os demais direitos e garantias fundamentais⁴. A partir desse movimento, fora consagrado, dentre tantos direitos, o *Devido Processo Legal* no art. 5º, LIV da CRFB/88. Deste, decorrem todos os demais princípios responsáveis por estruturar o exercício jurisdicional⁵. Não obstante, o art. 5º, XXXV da CF/88, consagra o princípio do *Acesso à Justiça*, uma das mais importantes garantias - Individuais e/ou coletivas.

Por assim ser, o exercício do poder jurisdicional pelo Estado mostrou-se falho e ineficaz em relação a resolução de conflitos, e nesse sentido, atualmente, há uma busca por novas técnicas de pacificação de litígios, sejam eles individuais ou coletivos⁶. Nesse ponto, ao tratar de Acesso à Justiça, é de salutar importância apresentar brevemente as denominadas *Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça* consagradas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Em síntese, a Primeira Onda de renovação do Acesso à Justiça concentrou-se em proporcionar acesso à justiça aos vulneráveis economicamente⁷, no Brasil, esse momento está consubstanciado na Lei n. 1.060/1950 (Assistência Judiciária Gratuita). Ademais, a Segunda Onda renovatória do Acesso à Justiça, enfrentou a problemática da representatividade dos interesses difusos, também denominados de interesses coletivos ou grupais⁸. Para tanto, foram editadas nesse período diversas leis que tinha por escopo a adequação do Poder Judiciário e da sociedade diante desta necessidade, assim surgiu a Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), a Lei n. 7.347/1985 (Lei das Ações Cíveis Públicas) e a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Consequentemente, houve um aumento na judicialização da vida cotidiana assim, a preocupação deixou de ser o *Acesso*, dando ênfase à qualidade da prestação jurisdicional,⁹ característica da Terceira Onda renovatória, onde não há um abandono das técnicas apresentadas pelas duas primeiras, mas sim, são compreendidas como possibilidades¹⁰. Portanto, a essência dessa etapa foi encontrar novos caminhos para a resolução de conflitos,

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Repositório de Periódicos e Revistas (FGV)**, v. 240, 2005, p. 03.

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61.

⁶ VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 19.

⁷ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Greice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-49.

⁸ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Greice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49.

⁹ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Greice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67.

¹⁰ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Greice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-68.

deixando de seguir tão somente pelas vias judiciais, a Lei n. 13.140/2015 por exemplo, consagrou os MASCs, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, como indispensáveis.

Pois bem, em relação a duração do trâmite processual, salienta-se em um primeiro momento que as formalidades dos atos atinentes aos processos são provenientes da razão legislativa e da prudência, deste modo, respeitando tais exigências, o sistema jurídico aproxima-se de um efetivo respeito à Dignidade da Pessoa humana¹¹. O surgimento do Devido Processo Legal remonta, como visto, à *Magna Charta Libertatum* (1215) e encontra-se consagrado no art. 5º, inciso LV. Durante a evolução processual, sempre houve uma oscilação entre a Celeridade Processual Segurança Jurídica, pois se o processo for excessivamente rápido, não haverá um efetivo respeito aos atos processuais, em contrapartida, se for excessivamente seguro, não será célere¹².

Ante o que fora exposto, não há que se associar a celeridade à um processo impaciente e desrespeitoso, muito menos confundir segurança jurídica com uma excessiva morosidade, portanto, é preciso haver um equilíbrio entre esses dois extremos, pois o tramite processual deverá tutelar todas as garantias atinentes ao trâmite processual, devendo alcançar sua plena resolução em um tempo razoável.

2. Os Métodos Alternativos para Resolução de Conflitos e o Fenômeno da (Des)Judicialização

O ser humano possui a tendência inata pela vida em sociedade, desse modo, os conflitos são uma consequência inevitável. Nesse sentido, a definição clássica de *Litígio* cunhada por Franchesco Carnelutti aduz que uma lide, nada mais é do que um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida¹³. Assim, houve a necessidade da criação de instrumentos de resolução de conflitos, sendo que o principal deles atualmente é a função jurisdicional do Estado, assim, a busca intensa pelo Poder Judiciário para pacificação da situação propiciou o denominado movimento de *Judicialização*.

Por consequência, diante dos elevados índices de judicialização, o Poder Judiciário brasileiro encontra-se abarrotado, de tal modo que, não tem proferido uma resposta de mérito em um prazo razoável¹⁴. Com isso, há uma sobrecarga na atuação dos Juízes e

¹¹ LEITE, Larissa. **O devido processo legal para o refúgio no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 105.

¹² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de no Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.48, n. 190, 2011, p. 176-177.

¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 18º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 06.

¹⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, 2014, p. 165.

Tribunais de acordo com o Relatório *Justiça em Números*¹⁵, há cerca de 80 milhões de processos em trâmite, sob a responsabilidade de pouco mais de 18 mil Juízes. Diante deste cenário, as técnicas alternativas de resolução de litígios representam um processo de *Desjudicialização*.

Esse processo consiste, na verdade, em um movimento de transferência de atos que até então eram desempenhados exclusivamente pelo Poder Judiciário, para órgãos extrajudiciais, como os Cartórios. Nessa mesma direção, a Lei n. 11.441/2007 instituiu a possibilidade de que se um determinado conflito puder ser resolvido extrajudicialmente ou administrativamente, a prestação jurisdicional não mais se apresenta como necessária¹⁶. Ademais, a Emenda Constitucional n. 66/2010 consagrou uma importante redução da intervenção estatal no instituto do casamento¹⁷.

Pois bem, a disseminação indeterminada de conflitos representa um fator de instabilidade e desorganização da sociedade¹⁸. Não obstante, potencializou os métodos alternativos de resolução de litígios, mas, nem sempre fora desta maneira, o percurso foi longo e complexo, partindo da vingança privada, até se assentar na moderna função jurisdicional, e com esta lei, o Estado brasileiro finalmente adentrou definitivamente no terceiro movimento de renovação¹⁹.

Salienta-se que, o Poder Judiciário ainda representa o principal instrumento de resolução de conflitos no Brasil, no entanto, os meios alternativos muito tem contribuído para a *Desjudicialização*. Com efeito, os métodos autocompositivos por Mediação e Conciliação são muito incentivadas, cabíveis quando se tratar de direitos disponíveis²⁰. Outrossim, tais meios conferem celeridade à resolução dos litígios, posto que as próprias partes irão buscar a pacificação da lide.

A Autocomposição surge como uma solução altruísta, traduzindo uma atitude de renúncia ou mesmo de reconhecimento em favor da parte contrária,²¹ não havendo a participação de um terceiro com poder decisório para solucionar o atrito. Pois bem, de maneira sucinta, a Mediação consiste em uma técnica de solução de conflitos, onde há a presença de um terceiro neutro e capacitado para auxiliar as partes a reatar o diálogo,

¹⁵ BRASIL [Relatório, 2018]. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021, p. 73.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, uma abordagem psicanalítica**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 157.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

¹⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 32.

¹⁹ LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 09.

²⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 51.

²¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 18º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 09.

portanto, presume-se que as partes já tenham um vínculo prévio, assim, os próprios indivíduos protagonizarão saídas produtivas para os impasses²². Assim sendo, o mediador não poderá em hipótese alguma coagir as partes a aceitarem determinado resultado, muito menos impor decisão alguma.

Em relação a resolução de conflitos pela técnica da Conciliação, ressalta-se que o novo Código de Processo Civil incentiva que tais práticas devam ser perseguidas a todo momento, por todos os sujeitos da relação processual. A Conciliação é uma espécie de autocomposição em que há um terceiro (conciliador) responsável por auxiliar as partes na obtenção de um acordo apto a solucionar o litígio existente, assim, conciliador deve ter uma postura neutra, deve dialogar com as partes e direcioná-las a construção de um resultado consensual, pois presume-se que não há um vínculo anterior entre elas, portanto, nessa modalidade, o terceiro deve ter uma postura ativa e propositiva, diferente da mediação²³.

Em síntese, observa-se que a Terceira Onda de renovação do Acesso à Justiça tem por escopo a valorização de novos métodos de resolução conflitos diversos do Poder Judiciário. Assim, com o avanço da Quarta Revolução Industrial e consequente aprimoramento das Inteligências Artificiais, válido observar qual a viabilidade da implementação da resolução de conflitos pela Mediação e Conciliação on-line, bem como, as contribuições dessa inovação sobre o fenômeno da Desjudicialização.

3. Resolução Alternativa de Conflitos via Inteligência Artificial: reflexos positivos para a Desjudicialização

Em pese o atual nível de desenvolvimento do ramo das Inteligências Artificiais (IA), tal *status* somente foi possível graças às possibilidades que a Quarta Revolução Industrial tem proporcionado. Tal processo, não se refere tão somente a sistemas ou máquinas inteligentes e ao mesmo tempo conectadas, mas sim, representa um processo de novas descobertas simultâneas, em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia. Isso torna essa Revolução substancialmente diferente de suas antecessoras, pois tem tido a capacidade de fundir tais inovações com os domínios físicos, biológicos e digitais²⁴.

A IA é um ramo da Ciência da Computação, onde há uma busca pela criação de uma estrutura algorítmica semelhante à racionalidade humana, consubstanciando-se em um sistema capaz de analisar e processar grandes quantidades de dados, aprender, errar, corrigir,

²² TARTUCE, Fernanda. **Mediação dos conflitos civis**. 5º ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 178.

²³ SOUZA, André Pagani de *et al.* **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2021, p. 15-16.

²⁴ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. – São Paulo: Edipro, 2016, p. 16.

melhorar, encontrar padrões e até mesmo realizar algumas atividades praticadas até então unicamente por seres humanos²⁵.

Outrossim, em relação ao objeto central da presente pesquisa, observou-se que há um excessivo número de demandas judiciais que sobrecarregam os Juízes e Tribunais, desta maneira, iniciou-se no Brasil, principalmente a partir de 2015 com a edição do Código de Processo Civil, um substancial incentivo aos métodos alternativos de resolução de conflitos, característica indissociável do terceiro movimento de renovação do acesso à ordem jurídica justa.

Por conseguinte, tendo por base esse incentivo do Poder Público aos meios alternativos a Mediação e a Conciliação alcançaram um *status* de suma importância, tanto com a demanda em andamento como até mesmo antes dela se instaurar pelo meio judicial. No entanto, mesmo diante dos incentivos do CPC/2015, o Conselho Nacional de Justiça apontou que em 2019 apenas 12,5% das demandas judiciais foram solucionadas por autocomposição²⁶, representa um aumento, no entanto, um tanto quanto baixo diante do excessivo número de demandas existentes.

Com efeito, diversas *startups* jurídicas (*Lawtechs*) estão sendo criadas tendo por base uma Inteligência Artificial, sendo utilizadas unicamente para a resolução consensual de conflitos por autocomposição, com o objetivo precípua de através da tecnologia conferir uma maior adesão a tais meios alternativos, são denominadas pela sigla ODR (*Online Dispute Resolution*) e ADR (*Alternative Dispute Resolution*). No Brasil já existem algumas plataformas como essas, como por exemplo, a Acordo Fechado, Juster, Melhor Acordo, Mediação Online, Sem Processo e a Leegol. Nesse sentido, a plataforma ODR do eBay, por exemplo, resolve cerca de 60 milhões de conflitos todos os anos, com taxa de satisfação próxima de 90%.²⁷

Assim, diante da possibilidade de resolução de conflitos de maneira on-line, a implementação de Inteligências Artificiais com tal objetivo, apresenta-se como uma opção viável por alguns fatores, menciona-se: com o cenário instaurado pela Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) houve uma valorização necessária do uso das novas tecnologias; a baixa adesão à mediação e conciliação tradicionais; a acelerada virtualização da Poder Público brasileiro; as ferramentas online possuem inegavelmente uma maior adesão pelos

²⁵ FACELI, Katti. **Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina**. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 02-03.

²⁶ BRASIL [Relatório, 2020]. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021, p. 06.

²⁷ FEITOSA, Gustavo R. Pereira; LIMA, Gabriela Vasconcelos. Online Dispute Resolution (ODR): A solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista de Direito**, UNISC, v. 3, n. 50, 2016, p. 60.

indivíduos. No Brasil, válido apontar em um último momento que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº 358/2020 regulamentou a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, determinando que todos os Tribunais deverão disponibilizar um sistema online para a resolução de conflitos²⁸.

Em suma, observa-se que diante das inovações tecnológicas à disposição, torna-se evidente que a difusão dos *Online Disruptive Resolution* pelas técnicas de Mediação e Conciliação, se apresenta como uma ferramenta necessária, pois, evidencia um bom nível de adesão e eficiência, culminando, inexoravelmente, em um fator determinante para o processo desjudicialização, pois representa uma possibilidade de adequação cultural, elevando os níveis de altruísmo, consubstanciando-se em uma mudança cultural, fortalecendo os métodos alternativos de resolução conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, depreendeu-se que o movimento de Acesso à Justiça encontra-se em constante desenvolvimento, conforme observou Mauro Cappelletti e Bryant Garth, as Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça são fenômenos responsáveis por suprir certas necessidades que surgiram no transcorrer da história, a fim sempre tutelar tal garantia. Assim, constatou-se que o Poder Judiciário brasileiro é excessivamente moroso, no entanto, diante do impasse entre Celeridade Processual e Segurança Jurídica, sempre deve haver um equilíbrio, para que deste modo, seja entregue uma efetiva resposta de mérito em um prazo razoável.

Não obstante, como consequência desse processo evolucionar, a facilidade de acessar à justiça e os altos índices de litigiosidade na sociedade brasileira, culminou em uma inexorável sobrecarga dos Juízes e Tribunais em todos os graus de jurisdição, conforme apontou o CNJ. Desta maneira, a fim de reverter tal cenário, o Poder Público tem incentivado os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos pela Conciliação e Mediação, como é o caso da Resolução n. 358 do CNJ.

Tal resolução, determina que os Tribunais disponibilizem plataformas virtuais para resolução de conflitos por autocomposição, além disso, atualmente já existem diversas plataformas privadas que zelam pela solução de litígios por métodos autocompositivos, a nível internacional, o sistema do eBay, como dito, soluciona cerca de 60 milhões de demandas todos os anos, com um índice de satisfação de 90%. Com isso, depreende-se que de fato, a

²⁸ BRASIL [Resolução, 2020]. **Resolução nº 358 de 02 de dezembro de 2020**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>. Acesso em: 01 mai. 2021.

valorização de tais instrumentos, podem, a médio-longo prazo, corroborar para uma desobstrução do Poder Judiciário brasileiro, portanto, sim, há uma indiscutível colaboração para com o Fenômeno da Desjudicialização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 18º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Repositório de Periódicos e Revistas (FGV)**, v. 240, 2005.
- BRASIL [Relatório, 2018]. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAnmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- BRASIL [Relatório, 2020]. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Greice Northefleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- FACELI, Katti. **Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina**. Rio de Janeiro: LTC, 2011
- FEITOSA, Gustavo R. Pereira; LIMA, Gabriela Vasconcelos. Online Dispute Resolution (ODR): A solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista de Direito**, UNISC, v. 3, n. 50, 2016, p. 60.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, 2014.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8º ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.
- LEITE, Larissa. **O devido processo legal para o refúgio no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de no Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 190, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, uma abordagem psicanalítica**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. – São Paulo: Edipro, 2016

SILVA, Enio Moraes da. A garantia da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 43, n. 172, 2006.

SOUZA, André Pagani de *et al.* **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

TAKEYAMA, Celina Rizzo; RUIZ, Ivan Aparecido. O acesso à Justiça e o direito da personalidade ao conhecimento da origem biológica. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luiz de. **Acesso à Justiça e concretização de direitos**. Birigui: Boreal, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação dos conflitos civis**. 5º ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

A PROTEÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: BREVES APONTAMENTOS NA RELAÇÃO LABORAL

The protection of intimacy and privacy and the General Data Protection Law: brief notes on the employment relationship

MARINA SILVEIRA FRANK¹

MARIANY TRESPACH²

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito à intimidade e à privacidade como direito fundamental; 3. Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD; 4. LGPD e as relações de trabalho; 5. Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo busca analisar os direitos da personalidade, da intimidade e a da privacidade que são resguardados pela Constituição da República Federativa do Brasil, frente à Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018 também conhecida como LGPD, cujo os objetivos são proteção de dados pessoais, o livre desenvolvimento da personalidade, assim como a proteção dos direitos fundamentais de privacidade e de liberdade. Preliminarmente, será apresentada uma visão do direito à intimidade em seu contexto mundial, relacionando ainda o tema com um breve histórico dos principais marcos internacionais que tutelam a proteção de dados. Serão também analisadas as normas criadas através da Lei brasileira. Ao final, serão abordados quais foram os impactos trazidos pela LGPD e sua real aplicação no âmbito das relações trabalhistas, a partir da análise das fases da seleção e contratação, da extensão do contrato de trabalho e do pós-contrato. O estudo aqui apresentado foi realizado através de método qualitativo caracterizado como pesquisa exploratória bibliográfica, sendo iniciado a partir de estudo exploratório sobre o tema proposto, através de consultas e revisões bibliográficas de livros e artigos científicos de diversos autores, bem como das legislações aplicáveis, quais sejam, LGPD, GDPR, Constituição Federal de 1988, Código Civil e Marco Civil da Internet.

Palavras-Chave: Era Digital; Direitos da Personalidade; Lei Geral de Proteção de Dados; Direito do Trabalho.

Abstract: This article provides an analysis of the right to personality, intimacy and privacy protected by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, in light of the General Data Protection Law No. 13.709 / 2018 (LGPD), whose objective is the protection of personal data. Preliminarily, a view of the right to privacy in the global context will be presented, also relating the topic to a brief history of major data protection laws. The rules created by Brazilian law will also be analyzed. At the end, the impacts brought by the LGPD and its real application in the scope of labor relations, within the scope of the penalties provided for, will be addressed. The study carried out here using the qualitative method characterized as exploratory bibliographic research, starting from an exploratory study on the proposed theme, through consultations and bibliographic reviews of books and scientific

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora no Centro Universitário Metodista (IPA). Advogada inscrita na OAB/RS sob nº 79.608. E-mail para contato marinasilveirafrank@gmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista (IPA). Advogada inscrita na OAB/RS sob nº 121.927. E-mail para contato mariany.trespach@yahoo.com

articles by different authors, as well as applicable legislation, that is, LGPD, GDPR, Federal Constitution of 1988, Civil Code, Civil Framework of the Internet.

Key-words: Digital age; Personality Rights; General Data Protection Law; Labor Law.⁴

1. Introdução

A portentosa revolução técnica e científica que levou ao engendramento da rede mundial de computadores, também conhecida como Internet, mudou a forma de comunicação, bem como de distribuição de informação e de conhecimento. Tais como os livros impressos que em suas primícias auferiam um número muito exíguo de pessoas, mas que com o tempo passaram a representar uma das mais importantes formas de disseminação de conhecimento, a internet tornou-se essencial para o mesmo fim, interconectando bilhões de pessoas e otimizando o tempo de distribuição das informações. Conforme Rover³, estamos atravessando um longo período de transição, de um sistema onde as bases eram na produção industrial para uma produção cultural, onde o importante não mais é a propriedade do bem, mas sim o acesso a ele.

Inicialmente, serão abordados os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade garantidos pela Constituição Federal do Brasil, os quais inserem-se no rol dos conhecidos direitos de personalidade, frente a Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/2018 (LGPD). Sobre isso, o Código Civil, em seu art. 11⁴, dispõe de forma inequívoca as principais características dos direitos de personalidade, as quais têm no rol: intransmissibilidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade, inatos, absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados.

De igual forma, será analisada a perspectiva mundial do direito à intimidade, assim como seus principais marcos legais que deram início a preocupação das nações em se legislar a proteção de dados pessoais, sem deixar de tutelar o direito constitucional à privacidade e intimidade.

A partir disso, serão analisadas a *General Data Protection Regulation 2016/679* (GDPR) da União Europeia, criado em 2016, a qual é considerada um marco legal para a proteção de dados pessoais para todos os cidadãos da União Europeia, como também a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nº 13.709, com o intento de tutelar e robustecer a privacidade, determinando como e quando deverá ocorrer a coleta e o tratamento dos dados

³ ROVER, Aires José. **Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Paradoxos.pdf>. Acesso em: 16/07/2019.

⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil: art. 11. “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

por terceiros, sancionada no Brasil em 2018. Ao final busca-se compreender quais os efeitos trazidos pela LGPD dentro das relações trabalhistas, ao longo do vínculo empregatício, como também nas fases pré e pós contratual.

2. Direito à intimidade e a À privacidade como direito fundamental

Deparar-se com notícias sobre vazamento de dados e seus impactos, vêm se tornando cada vez mais corriqueiro, uma vez que a velocidade com a qual os dados são propagados pode ocasionar muitas vezes na perda do controle do titular das informações a seu respeito, inclusive as mais íntimas.

Muito embora o termo *privacidade* seja frequentemente utilizado nas mais diversas esferas das sociedades, culturas, assim como em discussões filosóficas, antropológicas e sociológicas, não existe uma conceituação unificada para o termo. Importante também destacar, que, diretrizes no contexto filosófico do entendimento de privacidade também foram esboçadas por Aristóteles, na idealização das peculiaridades entre *polis* (esfera pública) e *oikos* (esfera familiar).

Mesmo a privacidade possuindo ampla discussão histórica, somente incorporou-se ao direito americano a partir da década de 1890, quando se deu início aos primeiros tratados que passaram a regular a sua proteção. A evolução do direito à privacidade somente incorporou-se ao ordenamento jurídico após o reconhecimento em âmbito internacional no ano de 1890 com a publicação, na *Harvard Law Review*, do artigo intitulado *Right to privacy*⁵ de Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis. Posteriormente obteve reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos do Homem no ano de 1948 e, em 1966, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e, em 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶. Semelhantemente, o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem trouxe a previsão referente ao direito ao respeito pela vida privada e familiar⁷. Já no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à intimidade e à vida privada são resguardados

⁵WARREN, SAMUEL D., AND LOUIS D. BRANDEIS. “The Right to Privacy.” *Harvard Law Review*, vol. 4, no. 5, 1890, pp. 193–220. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/1321160.

⁶ Art.11: Proteção da honra e da dignidade. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. In.: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Art. 11, **Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969.**

⁷1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2. Não pode haver ingerências de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e prevenção dos direitos e das liberdades de terceiros. In.: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Art. 8º. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950.**

dentro de normas expressas na Constituição Federal de 1988, no Código Civil, no Código Penal, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸ e em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O entendimento jurídico dado à privacidade converte-se com o surgimento das necessidades a serem resguardadas. Partindo desta premissa, a literatura apresenta o entendimento de que o conceito atual de privacidade abrange também “o direito de controle sobre as informações de alguém e determina como a esfera privada deve ser construída”⁹. Para que se possa garantir a privacidade como direito fundamental, pressupõe um ordenamento jurídico no qual os regramentos sejam interpretados em harmonia com a pessoa humana.

Nota-se que, para muitos doutrinadores, o direito à privacidade está entrelaçado ao direito à vida privada e à intimidade, em seu sentido mais amplo. O autor Dotti, por sua vez, traz a definição de intimidade como sendo “a esfera secreta do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁰.

O anseio de se estar só que no pretérito era atribuído como exotismo, uma vez que a privacidade não era uma necessidade, o que diferentemente ocorre nos dias atuais. Pode-se conceituar o direito à intimidade como aquele que pretende preservar as pessoas dos sentidos alheios, ou seja, o direito do indivíduo de suprimir do conhecimento de terceiros tudo que é alusivo a ele. Por sua vez o direito à intimidade, vem a ser o poder equivalente ao múnus de todos os demais indivíduos de não interferência na intimidade de outrem.

A partir de uma nova ótica mais abrangente, tanto a proteção de dados quanto as garantias ao princípio da privacidade, passam a ser consideradas em consonância com as diversas formas de controle, devendo tais interesses ser apreciados pelo operador do direito pelo que representam¹¹. Resta evidente que a evolução técnica e científica, as intercessões

⁸ Art. 12 Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. In.: ⁸ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Art. 12, **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**.

⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje**. p.17. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução de: Danilo Doneda, Luciana Cabral Doneda.

¹⁰ DOTTI, Renê Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. p.69. São Paulo: RT, 1980.

¹¹ Importante vinculação do tratamento de dados pessoais com o controle ficou caracterizada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar em decisão no ano de 1995: A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituindo em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar a devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando em particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode

tanto na intimidade como na vida privada, tende-se a agravar-se, podendo gerar uma vulnerabilidade maior na esfera da intimidade dos indivíduos.

3. Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD

Para que se possa alcançar uma melhor compreensão acerca da temática do presente artigo, passa-se a conceituar as definições consagradas na LGPD, realizando um paralelo junto às definições contidas no GDPR. Partindo do ponto de vista material, a LGPD possui aplicabilidade a qualquer pessoa natural ou jurídica, sendo de direito público ou privado, que venha a realizar o tratamento de dados pessoais (coleta, armazenamento, compartilhamento, exclusão), se estendendo também aos meios digitais e não se restringindo aos limites geográficos do Brasil.

Tendo larga similitude com a regulação europeia em proteção de dados, também conhecida como *General Data Protection Regulation* (GDPR), a lei brasileira que foi promulgada em 14 de agosto de 2018 recebendo a denominação de Lei Geral de Proteção de Dado – LGPD (Lei 13.709/2018) foi instituída com o intento de uniformização das legislações brasileiras sobre o uso de dados pessoais. Pretendeu-se elevar o Brasil a um nível de prestígio internacional, garantindo a continuidade de processamento de dados oriundos de outros países, atendendo, dessa forma, aos níveis de exigências ligadas à proteção de dados pessoais. Originária de uma consulta pública realizada no ano de 2015 pelo Governo Federal, a LGPD recebeu mais de 2.500 colaborações nacionais e internacionais durante o período de sua tramitação no Congresso Nacional, sob Projeto de Lei (PL 5276/2016) sendo renumerada para PLC 53/2018)¹².

Partindo do ponto de vista material, a LGPD constitui normas a respeito ao tratamento de dados pessoais, com objetivo de proteção dos direitos fundamentais, de personalidade e de fomentar o desenvolvimento econômico, tecnológico e de inovação. Trazendo em seu bojo a aplicabilidade a qualquer pessoa natural ou jurídica, sendo ela de direito público ou privado, e que venha a realizar o tratamento de dados pessoais (coleta,

servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários a moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrado nos disquetes de computadores. In.: STJ, **Recurso Especial n. 22.337/RS**, rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar, DJ 20/03/1995, p.6119.

¹² Projeto de Lei Complementar que possui propósito de atender as orientações acerca da proteção de dados contidas na General Data Protection Regulation (GPDR), Lei de Proteção de Dados da União Europeia, instituída em 25.05.2018.

armazenamento, compartilhamento, exclusão), se estendendo também aos meios digitais e não se restringindo aos limites geográficos do Brasil com fim financeiro ou econômico.

Para Doneda, o reconhecimento da proteção de dados dentro do ordenamento jurídico brasileiro se dá como direito autônomo e fundamental, não se derivando de uma dicção explícita, mas sim dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade, considerando as garantias constitucionais de igualdade material, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada¹³.

O mesmo Autor ainda ressalta que a origem do direito à proteção de dados pessoais na legislação brasileira não se estrutura a partir de um complexo unitário, visto que a Constituição Federal contempla o problema da informação a partir das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, as quais deverão ser confrontadas com a proteção da personalidade e com a privacidade, se necessário for¹⁴.

Múltiplos foram os fatores que fomentaram o Brasil a adequar suas legislações ao contexto de uniformização de regras sobre o uso de dados pessoais, levando em tendo como pontos fundamentais a hodiernidade e extraterritorialidade, sendo um deles o próprio GDPR, que criou barreiras para transferência internacionais de dados pessoais, para países que não possuam legislação adequada, com garantias de adequação e segurança similares aos previstos no regulamento europeu.

Mesmo sendo uma legislação da União Europeia, no contexto comercial internacional, possui muita força, tendo como finalidade o atendimento as diretrizes contidas no GDPR, que foi promulgado em 25 de maio de 2018. As disposições estabelecidas pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁵ também contribuíram para a criação da LGPD no país.

Sendo a primeira legislação federal específica a regular o uso de dados pessoais e a criar conceitos jurídicos específicos da temática no Brasil, a LGPD, de sorte que, o encargo de fixação de políticas que garantam a integridade e segurança de dados, suceda de imposição legal já em vigência, tem apresentado proeminentes desafios para seu cumprimento.

4. LGPD e as relações de trabalho

Como já observado nos capítulos progressos, a LGPD repercute diretamente nas mais distintas searas jurídicas, se analisada pela perspectiva constitucional do direito à

¹³ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. p.13. IN: Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], v. 12, n. 2, p. 91-108, 11.

¹⁴ Ibid.,p.13.

¹⁵ Organização Econômica Intergovernamental com 37 países membros, fundada em 1961 para estimular o progresso econômico e o comércio mundial.

intimidade e a privacidade. Inversamente ao que ocorreu no regulamento europeu (GDPR), a lei brasileira não excluiu as relações trabalhistas do seu âmbito de incidências, estendeu a obrigatoriedade de proteção aos dados laborais, em seus artigos primeiro e quinto¹⁶.

Na realidade atual, o avanço tecnológico no sentido do desenvolvimento de novas ferramentas que possibilitam os empregadores controle e fiscalização mais efetivos das funções desempenhadas por seus colaboradores, vem a colaborar para a necessidade de tutelar dois direitos fundamentais: o direito de propriedade do empregado (art. 5º, XX, da Constituição Federal) e o direito à intimidade do trabalhador (art. 5º, X, da Constituição Federal). Por ser fonte de dilatado fluxo de coleta e tratamento de dados pessoais, a LGPD impacta diretamente nas relações trabalhistas no Brasil, independentemente do porte da empresa ou do seu segmento, precisarão adaptar-se ao novo regramento jurídico em todas as suas fases da relação empregatícia.

Na **fase pré-contratual**, tanto pelo recebimento de currículos ou requisição do recrutador, a empresa passa a ter acesso a informações pessoais do candidato, tais como endereço, estado civil, muitas vezes dados pessoais e dados sensíveis. Existindo aqui a necessidade de autorização do candidato, caso não recrutado, para que a empresa possa armazenar seu currículo para novos processos de recrutamento. Já na fase de formalização, através da coleta de informações cadastrais do agora funcionário (CPF, RG, PIS, endereço, filiação, dados do cônjuge, de filhos menores). Devendo aqui ser realizada a coleta granularizada apenas de dados estritamente necessários para a efetivação de sua contratação. Existindo situações não abarcadas pela base da obrigação legal, fazer uso do consentimento expresso, neste caso.

Por sua vez na fase contratual, documentação quanto a jornada de trabalho, remuneração, dados biométricos para utilização em sistemas de controle de jornada, informações salariais, de medicina do trabalho. Identifica-se a necessidade da realização de controles de acesso as informações e mapeamento do trajeto realizado pelo dado pessoal na empresa. Assim como na fase pós-contratual, que também exige a atenção da empresa em relação aos dados contratuais e rescisórios quanto ao seu período de guarda e controle de acesso e compartilhamento com terceiros.

Aventura-se a afirmar que nas relações trabalhistas, os titulares de dados serão os empregados, por conseguinte, o tratamento de dados neste contexto, geralmente é realizado, em favor do empregado, atribuindo ao empregador a obrigação legal de proteção das

¹⁶PLANALTO, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Lei nº 13.709/18**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em 29 abr. 2021.

informações. Justamente pela desigualdade fático-jurídica pungente entre as partes nas relações trabalhistas, onde o objeto contratual em tela, mostra-se essencial para a sobrevivência de um dos sujeitos, se faz preciosa a proteção imposta pela lei.

Considerando o agrupamento de dados pessoais coletados pelas empresas em seus processos de contratação, assim como os presentes em documentações rotineiras, faz-se necessário a revisão de política de privacidade, formulários de contratação de colaboradores, tais como fichas de registro dos colaboradores, quem contém todos os dados pessoais e muitas vezes dados sensíveis, acredita-se que seja crucial a reanálise das práticas até então exercidas por empresas brasileiras.

5. Considerações finais

Como se pode observar após todos os tópicos abordados, que o uso de dados na contemporaneidade transpõe nas mais diversas relações entre os titulares e quem as utiliza com finalidade econômica. A realização do tratamento de dados pessoais tornou-se primordial para o desenvolvimento da sociedade como um todo, essencialmente nas relações empregatícias.

Ao mesmo tempo que, se identifica que a LGPD é omissa quanto a forma de proteção de dados pessoais deverá se dar nas relações trabalhistas, o que pode fomentar antagonismos, espera-se que sejam sanados através de regulamentações subsidiárias editadas pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que por sua vez possui função fiscalizatória do devido cumprimento do disposto pela LGPD. Legislar especificamente sobre proteção de dados pessoais, tornou-se uma premissa para sobrevivência empresarial, essencialmente após a promulgação do regulamento europeu (GDPR) e no Brasil após a LGPD, que coloca o país em posição de prestígio internacional por visar a proteção de dados.

Por fim, considerando o denso rol de direitos tutelados aos titulares de dados pessoais assim como as responsabilidades por parte das empresas que tratam dados pessoais de seus colaboradores da fase pré-contratual à fase pós-contratual.

Infer-se sendo de extrema necessidade a rápida adequação de sistemas que possibilitem a adequada proteção de dados pessoais tutelada na LGPD em todos os processos operacionais da empresa, justamente por trata-se de uma obrigação legal.

Sendo de responsabilidade do controlador dos dados pessoais, a busca pela forma mais eficiente para que sua empresa encontre a conformidade com a referida Lei, podendo dar-se por meio de contratação de pessoa ou empresa qualificada, até a revisão de

procedimentos internos de coleta, tratamento e expurgação de dados pessoais por parte do RH da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCASSA, Flávia. O papel da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) nas relações de trabalho. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 31, n. 375. p. 58-65, set. 2020.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: A função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965** de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709** de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.853** de 8 de julho de 2019, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 mai. 2019.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. IN: Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n. 2, p. 91-108, 11. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro; Renovar, 2006.

DOTTI, Renè Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: RT, 1980.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 26 mai. 2019.

_____. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. **Revista de PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil**. 18 ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PONTINI, Milena Souza. **Compliance trabalhista: impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no direito do trabalho**. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_0407_0427.pdf>. Acesso em: 01 maio de 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução de: Danilo Doneda, Luciana Cabral Doneda.

SANTOS, Flávia Alcassa dos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a exposição de dados sensíveis nas relações de trabalho. **Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 10ª Região, 24(2)**. 145-151. Recuperado de <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/419>. Acesso em: 01 maio de 2021.

STJ – REsp 794.586, rel. Min. Raul Araújo 15.03.2012

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)**. Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1557959077088&from=PT>. Acesso em: 10 fev. 2019.

WARREN, Samuel D., and Louis D. Brandeis. **“The Right to Privacy.”** Harvard Law Review, vol. 4, no. 5, 1890, pp. 193–220. JSTOR, www.jstor.org/stable/1321160.

A PRÁTICA JURÍDICA BASEADA NO DESIGN THINKING E NAS METODOLOGIAS ÁGEIS

Legal Practice Based on Design Thinking and Agile Methodology

VITÓRIA TAVARES DELLA VALENTINA¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A Abordagem do Design Thinking; 3. Métodos Ágeis: uma Análise sobre o Kanban; 4. União entre Abordagem e Operacionalização; 5. Considerações finais; 6. Referências.

Resumo: O desenvolvimento tecnológico culminou em uma mudança no mercado de trabalho, exigindo maior rapidez e flexibilidade dos profissionais. Dessa forma, as metodologias ágeis, caracterizadas pela entrega incremental de resultados com valor agregado, equipes auto-organizáveis e flexibilidade, ganharam espaço e geraram competitividade no cenário comercial. Nesse sentido, o objetivo da presente pesquisa é apontar um framework que reúna o design thinking, com a solução centrada na experiência do usuário, e sua operacionalização por meio das metodologias ágeis, considerando neste estudo o kanban, a partir de uma estrutura visual com as etapas de produção das tarefas inseridas na rotina do advogado, a fim de incentivar uma inovação na prática jurídica. Assim sendo, o framework será desenvolvido a partir do método de abordagem empírico, por meio da técnica qualitativa, com objetivo exploratório e procedimento bibliográfico, com base na doutrina nacional e estrangeira. O estudo conclui que o design thinking pode ser utilizado como forma de elaboração das soluções jurídicas a serem oferecidas, modeladas a partir da experiência dos usuários-clientes e, após a prototipação, com um desenvolvimento inicial do conteúdo a ser oferecido, são inseridos passos para a conclusão do objetivo no quadro visual do kanban, permitindo que a equipe visualize as demais etapas com facilidade e adote a metodologia para finalizar a solução, de maneira a ganhar qualidade no conteúdo e rapidez na entrega.

Palavras-chave: Design Thinking; Metodologias Ágeis; Kanban; Prática Jurídica.

Abstract: Technological development culminated in a change in the labor market, requiring greater speed and flexibility from professionals. Thus, agile methodologies, characterized by the incremental delivery of results with added value, self-organizing teams and flexibility, gained space and generated competitiveness in the commercial scenario. In this sense, the objective of the present research is to point out a framework that brings together design thinking, with the solution centered on the user experience, and its operationalization through agile methodologies, considering in this study the kanban, from a visual structure with the stages of production of the tasks in the lawyer's routine, in order to encourage an innovation in legal practice. Therefore, the framework will be developed from the empirical approach method, through qualitative technique, with an exploratory objective and

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Contato: vitoriadellavalentina@gmail.com

bibliographic procedure, based on national and foreign doctrine. The study concludes that design thinking can be used as a way of elaborating the legal solutions to be offered, modeled after the experience of user-clients and, after prototyping, with an initial development of the content to be offered, aiming the completion of the objective, steps are inserted in the kanban visual framework, allowing the team to easily view the other steps and adopt the methodology to complete the solution, in order to gain quality in content and speed in delivery.

Keywords: Design Thinking; Agile Methodology; Kanban; Legal Practice

1. Introdução

A prática jurídica se insere em um cenário de contínua inovação tecnológica, que exige atualização dos profissionais, especialmente em relação à análise jurídica e estratégica a ser desenvolvida. Desse modo, a execução de projetos e de tarefas é atividade essencial à atuação dos profissionais no mercado de trabalho.

Diante dessa evolução tecnológica, o conhecimento passou a ser ainda mais valorizado no mercado, com a especialização e experiência dos profissionais. Dessa forma, a fim de aprimorar o conhecimento, foram desenvolvidas abordagens técnicas, tal qual o design thinking, que tem como valor essencial sua centralidade na pessoa e a criatividade. Não obstante, além dos conhecimentos intrínsecos à profissão, a fim de se destacar no mercado de trabalho, se faz necessário aos profissionais jurídicos a implementação da tecnologia na sua forma de atuação, seja por meio da utilização de novas ferramentas ou pela inovação no negócio e na entrega de valor aos clientes.

Assim sendo, em razão da rapidez das mudanças tecnológicas e dos negócios, foram desenvolvidas novas metodologias, que buscam acelerar a entrega dos produtos, com a possibilidade de correção de erros de maneira mais assertiva, as quais são conhecidas como metodologias ágeis. As metodologias ágeis se baseiam na flexibilidade do projeto e da sua execução, tendo como princípio-guia a autonomia das equipes e priorização de tarefas, afastando, assim, a linearidade de entrega e hierarquia entre os participantes do projeto, características tradicionais do modelo cascata para entrega de produtos.

Nesse sentido, se faz essencial avaliar a prática jurídica inserida no desenvolvimento tecnológico e de valorização do conhecimento, motivo pelo qual se pretende estudar o design thinking, como método de abordagem para melhoramento de soluções de problemas, com conteúdo mais especializado e técnico, e o kanban, como metodologia ágil apta a

operacionalizar essa abordagem, e melhorar o desempenho da prática jurídica dos profissionais do direito.

Para tanto, a presente pesquisa pretende apresentar um framework de integração do design thinking e do kanban para implementar a inovação na prática jurídica, por meio do método empírico, bem como por meio da técnica qualitativa, com objetivo exploratório, visto que se trata de prática ainda rara no contexto jurídico, e procedimento bibliográfico, colhendo fundamentos teóricos na literatura nacional e internacional sobre o tema.

Assim, primeiramente, apresenta-se a abordagem do design thinking, seu conceito, suas etapas e sua aplicabilidade prática, bem como o kanban como metodologia ágil, seus princípios e aplicação, para, por fim, apresentar uma proposta de estrutura de união entre o design thinking e o kanban para ser implementada na prática jurídica como forma de inovação na prática jurídica e tecer considerações finais sobre a pesquisa.

2. A Abordagem do Design Thinking

Diante das evoluções do mercado, com a migração da predominância da manufatura de produtos para trabalho intelectual, por meio de prestação de serviços², a inovação pode fazer uma diferença decisiva na atuação negocial. Nesse contexto, o Design Thinking ganha destaque na proposição de soluções como um procedimento adaptável e flexível, podendo ter seu período e suas etapas ajustadas de acordo com as necessidades do usuário.

O Design Thinking pode ser definido como uma metodologia que contempla atividades de inovação relacionadas com características da área de Design centrado no ser humano³, buscando a combinação entre o que o usuário precisa e o que é tecnologicamente factível, bem como o que uma estratégia empresarial pode converter em valor ao cliente e oportunidade de mercado⁴. Assim, essa metodologia é baseada em quatro valores centrais, o primeiro elenca as necessidades humanas como o ponto de partida, o segundo aponta como

² BROWN, Tim. **Design Thinking**. Harvard Business Review, jun. 2008, p. 2.

³ BROWN, Tim. **Design Thinking**. Harvard Business Review, jun. 2008, p. 1.

⁴ BROWN, Tim. **Design Thinking**. Harvard Business Review, jun. 2008, p. 2.

valor as equipes multidisciplinares, já o terceiro se refere ao ambiente criativo e, por fim, tem como valor os processos iterativos⁵.

Inicialmente, Brown aponta 3 fases na abordagem, a inspiração, que motiva a procura pela solução, ideação, para o processo de desenvolver e testar ideias, e implementação, que busca um caminho para o mercado⁶. Mais recentemente, Ambrose e Harris⁷ indicam sete etapas no Design Thinking, quais sejam, definir, pesquisar, gerar ideias, testar protótipos, selecionar, implementar e aprender.

A abordagem do design thinking tem como ponto inicial a definição do problema a partir de um resumo (*briefing*) do usuário/cliente sobre o que é necessário resolver, aprofundando o entendimento das necessidades deste, desenhando o objetivo buscado e garantindo o alinhamento de expectativas. A partir da definição do objeto, a próxima etapa é pesquisar, ou seja, coletar informações pertinentes que possam dar suporte à geração de ideias. Após isso, inicia-se a fase de gerar ideias, na qual a equipe do projeto utiliza as informações coletadas na fase anterior para gerar o maior número de ideias possível. Nessa etapa geralmente utiliza-se a técnica de *brainstorming* para auxiliar na produção de ideias em um curto espaço de tempo, ainda sem a preocupação de ter ideias factíveis.

Assim sendo, diante das diversas ideias apresentadas, tem-se a etapa de prototipação, que é o momento no qual o time do projeto se debruça sobre as ideias para averiguar quais seriam as soluções mais factíveis e estratégicas dentro do que foi proposto, para então testar a viabilidade da ideia. Nesse bojo, em conjunto com a prototipação, há o efetivo teste das soluções criadas, buscando sua adequação ao problema inicial. Após selecionar a melhor solução, a próxima etapa é implementar, finalizando a solução dentro das especificações necessárias.

Por fim, os autores apontam a aprendizagem como último momento da abordagem do design thinking, no qual há a avaliação do andamento do projeto e do que pode ser melhorado para projetos futuros ou mesmo para utilização na etapa de pesquisa.

⁵ SCHALLMO, Daniel; WILLIAMS, Christopher A.; LANG, Klaus. An Integrated Design Thinking Approach-Literature Review, Basic Principles and Roadmap for Design Thinking. Conference: **ISPIM Innovation Conference** – Innovation, The Name of The Game, Stockholm, Sweden on 17-20, June 2018.

⁶ BROWN, Tim. Design Thinking. **Harvard Business Review**, jun. 2008, p. 4.

⁷ AMBROSE, Gavin; HARRIS, Paul. **Design Thinking**. Porto Alegre : Bookman, 2011.

3. Metodologias Ágeis: Uma Análise sobre o Kanban

No ano de 2001, um grupo de desenvolvedores de software, insatisfeitos com os modelos de projetos utilizados na área, se reuniu e publicou o “Manifesto Ágil”⁸, no qual foram apresentados quatro objetivos - indivíduos e interações, software em funcionamento, colaboração com o cliente e responder a mudanças - e doze princípios⁹ em que se baseiam as metodologias ágeis. Dessa forma, essas metodologias se opõem à tradicional e propõem o desenvolvimento incremental do produto, disponibilizando novas versões para testes e evoluções¹⁰ em cada etapa de produção.

Os princípios e ferramentas utilizadas nos métodos ágeis se disseminaram e são aptos a auxiliarem em diversas demandas, visto que inserem flexibilidade no desenvolvimento dos projetos e possibilitam que as equipes trabalhem com maior eficiência¹¹, pois, monitoram o andamento dos projetos e das atividades, com melhor definição dos responsáveis e dos prazos¹².

Nesse contexto está inserido o kanban, uma metodologia ágil de origem japonesa, decorrente do Sistema Toyota de Produção de automóveis, que foi implementado para a gestão de estoque e produção, a fim de conferir maior assertividade no *pull system*, no qual não há acumulação de estoque e o ritmo da produção é ditado pela demanda¹³.

O kanban é composto por um quadro com as informações necessárias de produção e de entrega, separado em colunas conforme o desenvolvimento das atividades do projeto,

⁸ FONTES, Marcelo Henrique Ferreira. **Implantação de metodologia ágil de projetos com uso de Scrum e Kanban na produção de conteúdos educacionais**. 2020. 71 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração do Desenvolvimento de Negócios) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020, p. 36.

⁹ BECK, K. et al. **Manifesto para Desenvolvimento Ágil de Software**. 2001. Disponível em <<http://agilemanifesto.org/iso/ptbr/manifesto.html>>. Acesso em 20 fev. 2021.

¹⁰ SOMMERVILLE, Ian. **Engenharia de Software**. 9. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2011, p. 39

¹¹ MARUPING, Likoeb M; VENKATESH, Viswanath; AGARWAL, Ritu. A Control Theory Perspective on Agile Methodology Use and Changing User Requirements. **Information Systems Research**, v. 20, n. 3, p. 377-399, 2009, p. 378.

¹² FELIPE, Danilo Almeida; PINHEIRO, Tânia Saraiva de Melo. Seleção de tecnologias digitais para a gerência de projetos em disciplinas de projeto integrado. **#Tear: Revista de Educação, Ciência e Tecnologia**, v. 7, n. 1, 2018, p. 7.

¹³ MONDEN, Yasuhiro. **Sistema Toyota de Produção**. Porto Alegre: Grupo A, 2015, p. 9.

entre “a fazer”, “fazendo” e “feito”, no qual são inseridos cartões, que remetem a cada atividade que deve ser realizada visando o cumprimento da tarefa dentro do prazo estipulado e obedecendo a qualidade de entrega. Cada atividade é adicionada em uma coluna de acordo com seu andamento¹⁴, de modo que, quando a atividade é concluída, seu respectivo cartão é realocado no quadro de acordo com seu estado atual. Assim, verifica-se que o kanban perfaz uma ferramenta bastante visual e adaptável, de modo que pode ser utilizado em situações de gerenciamento de projetos no acompanhamento do fluxo de trabalho, facilitando a visualização de possíveis obstáculos na produção¹⁵ e, por consequência, a condução dos processos por parte da equipe.

Tendo em vista sua simplicidade e eficiência, essa metodologia ágil busca sua disseminação na equipe de trabalho, de modo que todos os participantes do processo de produção conheçam a utilização da ferramenta e suas proposições¹⁶. Nessa metodologia não há funções obrigatórias a serem desempenhadas entre os membros da equipe, mas sim uma igualdade de importância, onde todos podem colaborar para uma melhoria do desenvolvimento do projeto¹⁷.

O kanban tem como pilares essenciais a visualização do fluxo do trabalho, a limitação desse fluxo e seu acompanhamento e o gerenciamento durante o processo¹⁸. A visualização do fluxo de trabalho deve se limitar ao fluxo que ocorre na realidade, não ao que é virtualmente definido pela organização, pois diversas equipes definem seus próprios processos internos, divergindo do modelo determinado pela organização. Já a limitação do fluxo de trabalho torna necessário que estejam explícitos os itens de trabalho que compõem cada fase do processo, sendo um dos pontos-chave do método, pois é o responsável por

¹⁴ Ibidem, p. 274.

¹⁵ FONTES, Marcelo Henrique Ferreira. **Implantação de metodologia ágil de projetos com uso de Scrum e Kanban na produção de conteúdos educacionais**. 2020. 71 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração do Desenvolvimento de Negócios) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020, p. 47.

¹⁶ MONDEN, Yasuhiro. **Sistema Toyota de Produção**. Porto Alegre: Grupo A, 2015.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BOEG, Jesper. Kanban em 10 passos. **C4Media**, 2010, p. 5.. Disponível em: <http://www.gianfratti.com/WP/wp-content/uploads/2018/04/InfoQBrasil-Kanban10Passos.pdf>. Acesso em: 06 Mar 2021.

tornar o kanban um sistema puxado (*pull system*), no qual a capacidade de produção é definida pela demanda¹⁹.

Por fim, o acompanhamento e gerenciamento do fluxo de trabalho tem o objetivo de tornar evidentes os problemas, indicando adaptações e propondo formas de evitá-los ou resolvê-los. Para sua efetividade, é necessário uma política sólida de garantia de qualidade e acompanhamento contínuo da cadência de produção - ou elaboração das atividades - associada com um fluxo otimizado visando a produtividade²⁰.

O kanban como metodologia ágil já possui evidência de impactos positivos nas equipes, tanto em razão do aumento da velocidade na execução das atividades em conjunto com a redução das despesas²¹, quanto a melhora do alinhamento das prioridades e objetivos organizacionais²².

4. União entre Abordagem e Operacionalização

Diante da constante inovação tecnológica, a prática jurídica e mesmo as atividades dos advogados estão sofrendo alterações, de acordo com a necessidade do mercado de trabalho, dos clientes e das ferramentas disponíveis. Desse modo, verifica-se que “é necessário que os profissionais da área jurídica se reinventem, aproveitando o movimento da Revolução 4.0 com vistas a oportunizar para a sociedade um serviço jurídico de alta qualidade”²³. Nesse sentido, aponta-se que a implementação do design thinking aliado ao kanban perfaz estrutura adequada para melhoria da produção intelectual na prática jurídica.

O kanban não possui interação com os clientes, de modo que sua metodologia não oferece soluções voltadas à adoção da melhor estratégia a ser oferecida ao cliente, mas sim para a agilidade da equipe. Nesse sentido, a implementação do design thinking, todos seus

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BOEG, Jesper. Kanban em 10 passos. **C4Media**, 2010, p. 5.. Disponível em: <http://www.gianfratti.com/WP/wp-content/uploads/2018/04/InfoQBrasil-Kanban10Passos.pdf>. Acesso em: 06 Mar 2021.

²¹ AZANHA, Adrialdo et al. Agile project management with Scrum: A case study of a Brazilian pharmaceutical company IT project. **International Journal of Managing Projects in Business**, v. 10. n. 1, p. 121-142, 2017, p. 138.

²² IAMANDI, Oana et al. A critical analysis of project management models and its potential risks in software development. **Calitatea**, v. 16, n. 149, p. 55, 2015. p. 60.

²³ TREVISANUTO, Tatiene Martins Coelho. A Revolução 4.0 e os Impactos na Área Jurídica. **Revista Juris FIB**, v. 9, n. 1, Edição Especial 20 anos FIB, p. 183 -193, fev. 2018, p. 191.

passos e valores, altamente centrada na solução a ser oferecida ao cliente, na metodologia ágil, tem a possibilidade de melhorar o desempenho da equipe. Isso porque, conforme Gonçalves et al., as principais características das equipes ágeis são o “conhecimento técnico especializado, conhecimento de métodos ágeis de projetos, comunicação, saber trabalhar em equipe, capacidade de execução, flexibilidade, liderança, colaboração e proatividade”²⁴.

Nesse sentido, diante de um problema jurídico, o profissional da área é chamado a aplicar as sete etapas do design thinking, inserindo-as no quadro do kanban, com a alocação das atividades, à título exemplificativo, da pesquisa, do *brainstorming* e da prototipação, nas colunas “a fazer”, “fazendo” e “feito”. Nesse bojo, como ferramenta a ser utilizada na implementação dessa estrutura, aponta-se que o Trello demonstra evidências na melhora de apresentação de resultados na área educacional²⁵.

Diante desse cenário, há a escolha das melhores ideias para implementação e conteúdo técnico a ser utilizado de maneira mais estratégica na solução jurídica, bem como há o compartilhamento de todas as informações acerca das tarefas a serem realizadas, o que culmina em maior transparência nas prioridades, metas e prazos.

Desse modo, verifica-se que as características da aplicação das metodologias ágeis são híidas a melhorar o prazo e escopo dos projetos em decorrência de “fixação de metas compatíveis, auxílio de mudanças necessárias no projeto, comprometimento da equipe e facilitação de fluxo de trabalho”, bem como aumentar o grau de satisfação do cliente e da própria equipe²⁶.

5. Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo principal apresentar uma estrutura para união da abordagem do design thinking, voltada à experiência do cliente, ao método ágil do kanban,

²⁴ GONÇALVES, Laila Cristina Couto et al. Competências requeridas em equipes de projetos ágeis: um estudo de caso em uma Edtech. **Revista de Gestão e Projetos**, v. 11, n. 3, p. 72-93, 2020, p. 90.

²⁵ ISABELLA, Anderson de Ramada; SCAFUTO, Isabel Cristina. IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO ÁGIL COM A UTILIZAÇÃO DA PLATAFORMA TRELLO NO GERENCIAMENTO DE PROJETOS EDUCACIONAIS. **Revista CESUMAR**. v. 25, n. 1, p. 228-239, jan./jun., 2020.

²⁶ OLIVEIRA, Ricardo Lair Franco; PEDRON, Cristiane Drebes. Métodos Ágeis: Uma Revisão Sistemática sobre Benefícios e Limitações. **Brazilian Journal of Development**. v. 7. n. 1, p. 4520 - 4535, 2021, p. 4531.

como forma de operacionalização flexível e inovadora na prática jurídica, a fim de buscar melhora do conteúdo técnico e especializado em menor tempo.

Em um contexto de desenvolvimento tecnológico e mudanças no mercado de trabalho, surgiram os métodos ágeis, focando na entrega do produto e em seu incremento por fases, com base em transparência, flexibilidade e equipes auto-organizadas. Nesse bojo, o kanban, como uma das metodologias ágeis, permite melhor visualização de pendências das atividades desenvolvidas, a partir do contínuo compartilhamento de informações, auxiliando na priorização e alocação de recursos nas etapas adequadas.

O design thinking tem como ponto de partida as necessidades humanas e se desenvolve por sete passos, nomeadamente, definir, pesquisar, gerar ideias, testar protótipos, selecionar, implementar e aprender. Dessa forma, aponta-se o design thinking como abordagem adequada para elaboração de soluções técnicas qualificadas.

Nesse sentido, uma estrutura que unifique os passos do design thinking à operacionalização por meio do kanban, permite a visualização integral dos processos e, por consequência, a priorização das atividades intelectuais de alta relevância, o que melhora a produtividade e torna mais eficiente a entrega das tarefas, bem como agrega valor à prestação de serviços aos clientes.

6. Referências Bibliográficas

AMBROSE, Gavin; HARRIS, Paul. **Design Thinking**. Porto Alegre: Bookman, 2011.

AZANHA, Adrialdo et al. Agile project management with Scrum: A case study of a Brazilian pharmaceutical company IT project. **International Journal of Managing Projects in Business**, 2017.

BECK, K. et al. **Manifesto para Desenvolvimento Ágil de Software**. 2001. Disponível em <<http://agilemanifesto.org/iso/ptbr/manifesto.html>>. Acesso em 20 fev. 2021.

BOEG, Jesper. Kanban em 10 passos. C4Media, 2010, p. 5. Disponível em: <http://www.gianfratti.com/WP/wp-content/uploads/2018/04/InfoQBrasil-Kanban10Passos.pdf>. Acesso em: 06 Mar 2021.

BROWN, Tim. Design Thinking. **Harvard Business Review**, jun. 2008.

FELIPE, Danilo Almeida; PINHEIRO, Tânia Saraiva de Melo. Seleção de tecnologias digitais para a gerência de projetos em disciplinas de projeto integrado. #Tear: **Revista de Educação, Ciência e Tecnologia**, v. 7, n. 1, 2018.

FONTES, Marcelo Henrique Ferreira. Implantação de metodologia ágil de projetos com uso de Scrum e Kanban na produção de conteúdos educacionais. 2020. 71f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração do Desenvolvimento de Negócios) - **Universidade Presbiteriana Mackenzie**, São Paulo, 2020, p. 36.

GONÇALVES, Laila Cristina Couto et al. Competências requeridas em equipes de projetos ágeis: um estudo de caso em uma Edtech. **Revista de Gestão e Projetos**, v. 11, n. 3, p. 72-93, 2020.

IAMANDI, Oana et al. A critical analysis of project management models and its potential risks in software development. **Calitatea**, v. 16, n. 149, p. 55, 2015.

ISABELLA, Anderson de Ramada; SCAFUTO, Isabel Cristina. IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO ÁGIL COM A UTILIZAÇÃO DA PLATAFORMA TRELLO NO GERENCIAMENTO DE PROJETOS EDUCACIONAIS. **Revista CESUMAR**. v. 25, n. 1, p. 228-239, jan./jun., 2020.

MARUPING, Likoebe M; VENKATESH, Viswanath; AGARWAL, Ritu. A Control Theory Perspective on Agile Methodology Use and Changing User Requirements. **Information Systems Research**, v. 20, n. 3, p. 377-399, 2009.

MONDEN, Yasuhiro. **Sistema Toyota de Produção**. Porto Alegre: Grupo A, 2015.

OLIVEIRA, Ricardo Lair Franco; PEDRON, Cristiane Drebes. Métodos Ágeis: Uma Revisão Sistemática sobre Benefícios e Limitações. **Brazilian Journal of Development**. v. 7, n. 1, p. 4520 - 4535, 2021, p. 4531.

SCHALLMO, Daniel; WILLIAMS, Christopher A.; LANG, Klaus. An Integrated Design Thinking Approach-Literature Review, Basic Principles and Roadmap for Design Thinking. In: **ISPIM Innovation Conference** – Innovation, The Name of The Game, Stockholm, Sweden on 17-20, June 2018.

SOMMERVILLE, Ian. **Engenharia de Software**. 9. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2011.

TREVISANUTO, Tatiene Martins Coelho. A Revolução 4.0 e os Impactos na Área Jurídica. **Revista Juris FIB**, v. 9, n. 1, Edição Especial 20 anos FIB, p. 183 -193, fev. 2018.

UMA ANÁLISE GEOPOLÍTICA SOBRE O MONITORAMENTO DO ECOSISTEMA AMAZÔNICO POR MEIO DE SATÉLITES

A Geopolitical Analysis on The Monitoring of the Amazon Ecosystem Through Satellites

CAMILA FRADE¹

MARALUCE MARIA CUSTODIO²

Sumário: introdução. o emprego do *big data* e da inteligência artificial (ia) para a proteção do meio ambiente. 3. programa de detecção do desmatamento em tempo real (deter). 4. *planet labs* e o monitoramento do globo terrestre 5. geopolítica da amazônia. 6. geopolítica e o monitoramento amazônia legal por meio de satélites. 7. considerações finais

Resumo: A presente investigação tem por principal objetivo analisar a existência de um conflito geopolítico no que tange ao monitoramento do ecossistema amazônico por satélites. Para tanto, o artigo apresentou o *Big Data* e a Inteligência Artificial (IA) como tecnologias aptas a promover a tutela dessa floresta tropical por meio do processamento de dados não estruturados coletados por satélites e nanosatélites. A partir disso, a pesquisa busca compreender as disputas geopolíticas ligadas à floresta Amazônica, que representam um entreve para a implementação de melhoria das tecnologias de monitoramento ambiental. No mais, é perceptível a insegurança dos dados nacionais, que devido aos conflitos geopolíticos, acabam gerando desconfiança e questionamentos, tanto em âmbito interno, quanto em âmbito internacional. No desenvolvimento da investigação, utilizou-se uma metodologia jurídico-teórica baseada em um raciocínio dedutivo, com uma análise qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A investigação selecionou como marco teórico o texto “Geopolítica da Amazônia”. Por fim, constatou-se que atualmente existe um grande conflito geopolítico no que tange ao monitoramento da Amazônia e para a solução desse problema faz-se necessário um maior investimento no Programa de Detecção do Desmatamento em Tempo Real (DETER), um sistema de satélites brasileiro que fiscaliza as áreas florestais do país.

Palavras-Chave: Amazônia; *Big Data*; Geopolítica, Inteligência Artificial, Satélites.

Abstract: The main objective of this investigation is to analyze the existence of a geopolitical conflict regarding the monitoring of the Amazon ecosystem by satellites. Therefore, the article presented Big Data and Artificial Intelligence (AI) as technologies capable of promoting the protection of these tropical florets through unstructured data collected by satellites and nanosatellites. Consequently, the research seeks to understand the geopolitical disputes related to the Amazon rainforest, which represent a barrier to the implementation and improvement of environmental monitoring technologies. Besides, the insecurity of national data is noticeable, which due to geopolitical obstacles, ends up generating distrust and questions, both internally and internationally. In the development of the article, a legal and theoretical methodology based on deductive reasoning was used with a qualitative and

¹ Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara

² Doutora em Geografia pela Universidade Federal de Minas Gerais em cotutela com a Université d'Avignon. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da graduação e do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara.

technical analysis of bibliographic and documentary research. As the theoretical framework, the investigation selected the paper “Geopolitics of the Amazon”. Finally, it was found that there is a currently geopolitical conflict regarding the monitoring of the Amazon and, to solve this problem, greater investment is required in the Deforestation Detection program in Real-Time, a Brazilian satellite system that oversees the forest areas of the country.

Keywords: Amazon Rain Forest; Big Data; Geopolitics; Artificial Intelligence, Satellites.

1. Introdução

Atualmente, o grande volume de dados (*Big Data*) capturados por satélites podem ser “minerados” (processados) por programas de Inteligência Artificial³ (IA) viabilizando-se a fiscalização das áreas florestais. Um exemplo do emprego desse recurso trata-se do programa de Detecção do Desmatamento em Tempo Real (DETER) criado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). Esse sistema constatou que a degradação na área da Amazônia Legal, no mês de junho de 2019, somou cerca de 2.072,03 km².

A publicação desses dados gerou grande repercussão internacional e, por esse motivo, o presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, contestou a veracidade desses dados. No mesmo sentido, o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, corriqueiramente, apresenta críticas sobre os relatórios publicados pelo INPE. Nesta direção, em entrevista veiculada na *British Broadcasting Corporation* Brasil (*BBC News* Brasil) o Ministro alertou sobre a necessidade de contratação de uma empresa privada capaz de monitorar a Amazônia com mais eficiência.

À vista disso, em agosto de 2019, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) publicou um edital licitatório para a contratação de uma entidade especializada no fornecimento de serviços de vigilância por satélite. Todavia, o projeto não obteve êxito. Por sua vez, em junho de 2020, a Polícia Federal (PF) assinou um contrato com a empresa Santiago e Cintra Consultoria, representante da empresa *Planet Labs* no Brasil, responsável pela coleta de diversos dados de satélites no país.

Nesse cenário conturbado, o artigo investiga a existência de conflito geopolítico, no que tange ao monitoramento da floresta Amazônica por satélites. Desta forma, a pesquisa justifica-se na medida em que há na comunidade nacional e internacional a busca pela proteção da biodiversidade amazônica. Para tal, o estudo emprega uma metodologia jurídico-teórica apoiada em um raciocínio dedutivo com uma análise qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

3 Os programas de Inteligência Artificial (IA) são programas informáticos capazes de aprender a executar determinadas tarefas a partir de experiências práticas de aprendizagem (MOLINARO, LEAL, 2018).

Com esse olhar, o presente trabalho definiu como marco teórico o artigo “Geopolítica da Amazônia” de Becker (2005) para explicar a possível controversa geopolítica existente na Amazônia.

De forma não exaustiva, a primeira parte da pesquisa abordará a aplicação do *Big Data* e dos programas de IA para a proteção do meio ambiente. Posteriormente, o trabalho apresentará um sistema nacional que monitora as mudanças na vegetação das florestas brasileiras. Além disso, a investigação analisará o serviço de fiscalização por satélites fornecido pela empresa *Planet Labs*, fazendo, por conseguinte, uma conceituação do termo geopolítica. Para, por fim, examinar a existência de um possível conflito geopolítico no que concerne ao monitoramento da Amazônia Legal por meio de satélites.

2. O Emprego Do *Big Data* e da Inteligência Artificial (Ia) para a Proteção do Meio Ambiente

O *Big Data* pode ser interpretado como um imenso número de dados dispersos no ciberespaço. Os dados que o compõe podem ser: (a) estruturados e (b) não estruturados. O primeiro apresenta um formato padrão, como as tabelas e as planilhas. Já o segundo é constituído por um conjunto de códigos indefinidos e dinâmicos, por exemplo, as fotos, vídeos e mensagens de texto.

Esses códigos não estruturados estão espalhados pela *Internet* em *posts* de mídias sociais (p. ex. *Twitter*, *Facebook* e *Instagram*), *e-mails* (correio eletrônico) e imagens coletadas por satélites.

Outrossim, McClauley (2016), Pós-Doutor em biologia pela Universidade de *Stanford*, defende que esses dados não estruturados produzidos por satélites podem ser utilizados para o monitoramento do espaço terrestre e marítimo. Eles permitem a localização de focos de degradação ambiental e auxiliam o monitoramento da migração de aves e outros animais ameaçados de extinção.

No entanto, Molinaro e Leal (2018) alertam que não basta apenas o reconhecimento da existência do *Big Data*. De acordo com eles, atualmente, se faz necessário o desenvolvimento de ferramentas capazes de interpretar essa grande quantidade de códigos. Nesse cenário, são criados os programas de IA para processar esses dados. Esses sistemas são responsáveis pelo processamento de diversos dados possibilitando a identificação de pontos que sofreram algum impacto ambiental.

Sob esse viés, McClauley (2016) acredita que essas informações obtidas pela IA devem ser disponibilizadas de forma gratuita na *Internet* para toda Comunidade, assim,

permitindo-se que todos interessados fiscalizem as mudanças ocorridas no planeta. Por essa razão, o próximo capítulo da pesquisa analisará as peculiaridades do DETER, um sistema nacional que monitora as mudanças na vegetação das florestas brasileiras e disponibiliza os dados de forma gratuita.

3. Programa De Detecção Do Desmatamento Em Tempo Real (Deter)

O DETER, sistema de detecção do desmatamento desenvolvido pelo INPE, é um grande avanço no que concerne a proteção da Amazônia. Essa ferramenta é baseada em um complexo de dados coletados por satélites que realizam a vigilância de áreas florestais, emitem alertas diários com um mapeamento detalhado dos locais que sofreram alguma degradação ambiental por corte raso e, ainda, disponibiliza gratuitamente essas informações na *Internet*.

Entre maio de 2004 a dezembro de 2017, o INPE realizou suas operações com uma cobertura de dados MODIS⁴ (*Moderate-Resolution Imaging Spectroradiometer*) de aproximadamente 250 metros. Por essa razão, esse instrumento realizava o monitoramento do desmatamento de forma limitada, visto que somente cobria a fiscalização de áreas superiores a 25 hectares (ha). Logo, o sistema não captava todas as alterações ocorridas na vegetação das florestas.

Por conseguinte, em agosto de 2015 o INPE iniciou o processo de aprimoramento desse programa. Nesse cenário, o DETER começou a monitorar e mapear, em tempo real, todas modificações ocorridas nas vegetações com uma cobertura mínima de aproximadamente 3 ha. No entanto, o programa só coleta parte das alterações ocorridas nas áreas florestais, devido à baixa resolução de suas imagens e as limitações de seus sensores.

Já em 2021, o INPE lançou o primeiro satélite produzido exclusivamente pelo Brasil. Esse novo sistema foi batizado como Amazônia 1 e seu principal objetivo é monitorar o desmatamento na Amazônia legal. Atualmente, ele coleta imagens do globo terrestre a cada cinco dias em uma resolução de aproximadamente 64 metros.

Assim, nos últimos anos, observou-se um grande avanço no que concerne a fiscalização do território Amazônico. No entanto, os sistemas brasileiros, ainda, apresentam algumas funções que devem ser aperfeiçoadas, como a resolução das imagens e incremento na distância de detecção das zonas degradadas. Assim, o próximo capítulo do artigo

4 MODIS (*Moderate-Resolution Imaging Spectroradiometer*) é um instrumento responsável por detectar incêndios e mudanças na vegetação de uma determinada área (INPE).

apresentará outro sistema de satélites que promete salvaguardar as florestas brasileiras com mais eficiência.

4. Planet Labs E O Monitoramento Do Globo Terrestre

A *Planet Lab* é uma empresa norte-americana que desenvolveu uma tecnologia baseada em nanosatélites acoplados com câmeras de alta resolução lançados no espaço com a função de coletar imagens do planeta. O principal objetivo do sistema é realizar o monitoramento diário dos vários pontos da Terra.

Em sua página digital a empresa declara que possui aproximadamente 150 satélites dispersos na órbita terrestre e, cotidianamente, essas ferramentas coletam imagens de alta resolução de diversos locais. Eles, ainda, afirmam que detém a propriedade de um banco de dados digital com informações armazenadas desde o ano de 2009. Além disso, o empreendimento possui um programa informático capaz de analisar e apresentar relatórios detalhados sobre todas as imagens capturadas pelos satélites.

A plataforma digital da *Planet* alega que o seu sistema de satélites é capaz de detectar as pequenas alterações em ecossistemas marinhos ou terrestres. Ela fornece uma resolução de até três metros, enquanto o sistema DETER possui uma resolução inferior. No entanto, o acesso a essas informações é restrito aos usuários que efetuam o pagamento do serviço.

Esse serviço de monitoramento por satélite está sendo utilizado no Brasil por empresas particulares e alguns órgãos públicos. O Portal Amazônia (2020), por exemplo, relata a atuação da empresa no Mato Grosso.

De acordo com o periódico, o Estado do Mato Grosso já utiliza o sistema de monitoramento por satélite da empresa desde o ano de 2019. O serviço foi contratado no ano de 2019 e renovado até o ano de 2021. Os satélites monitoram as zonas florestais diariamente analisando as alterações na cobertura vegetal do ambiente. Conforme o *site* da *Planet Labs* os mecanismos permitem a detecção do desmatamento e incêndios.

Atualmente, o serviço fornecido pela *Planet Labs* representa um grande avanço para a sociedade. Todavia, disputas geopolíticas, no território brasileiro, sobre a utilização dessa tecnologia no monitoramento da floresta Amazônica, parecem representar um grande empecilho à implementação dessas avançadas tecnologias. Isto posto, o presente artigo, no capítulo seguinte, se propõe a analisar tal situação.

5. Geopolítica Da Amazônia

A geopolítica é conceituada pela autora Bertha K. Becker (2005, p. 71) como “um campo do conhecimento que analisa relações entre poder e espaço geográfico”. Conforme a estudiosa, a geopolítica sempre se pautou na existência de conflitos diversificados.

Antigamente, essas disputas tinham como fundamento a preservação da soberania estatal em um determinado território ou a conquista de novos territórios, visto que apenas os Estados detinham o poder político. Neste momento, a geopolítica abarcava o estudo de questões referentes a geoestratégia e assuntos militares.

Atualmente, no entanto, o objeto de estudo da geopolítica tornou-se mais amplo, analisando fatores políticos, econômicos e geográficos que influem na tomada de decisão sobre o uso de um determinado espaço territorial.

Hoje, percebe-se o fortalecimento da coerção velada. Um conjunto de pressões de diferentes naturezas que influenciam o processo decisórios dos Estados sobre a gestão e uso de seus territórios. De acordo com Becker (2005), essa alteração de paradigma está intrinsecamente interligada a evolução da tecnologia. Nesse momento o espaço-tempo ganha uma estrutura irregular, corroborando para a ampliação na circulação de informações que impactam diretamente na gestão de diversos espaços geográficos.

Assim, globalização e o desenvolvimento das tecnologias da informação influenciaram a reformulação da conceituação de geopolítica. Agora, esse ramo do saber abrange o estudo dos aspectos econômicos, políticos e históricos de um determinado local e seus impactos no cenário global. Por essa razão, Becker (2005, p. 72) entende que a floresta amazônica apresenta várias características dessa nova geopolítica, “[...] não se trata mais apenas de conflito pela terra; é o conflito de uma região em relação às demandas externas”.

Conforme Becker (2005, p. 74), no âmbito internacional existe a percepção de que a Amazônia é “uma imensa unidade de conservação a ser preservada, tendo em vista a sobrevivência do planeta, devido os efeitos do desmatamento sobre o clima e a diversidade”. O fundamento desse ponto de vista tem gênese no advento da tecnologia dos satélites, que viabilizam, por meio da coleta de imagens, uma visão mais precisa da superfície do planeta Terra. Além disso, as fotos originárias de satélites permitem um olhar mais crítico no que tange a percepção de esgotamento dos recursos presentes na natureza.

Em sentido contrário, existe uma perspectiva de que a Amazônia Legal é um território que detém uma grande diversidade de recursos naturais a serem explorados de forma sustentável em prol da economia do país. Portanto, verifica-se a presença de um conflito no que tange a gestão dessa floresta tropical. À vista disso, o próximo capítulo

procura desvendar os principais aspectos que cerceiam a disputa geopolítico no que tange ao monitoramento da floresta Amazônica por satélites.

6. Geopolítica E O Monitoramento Amazônia Legal Por Meio De Satélites

Em agosto de 2019, o IBAMA publicou no Diário Oficial da União (DOU) o Edital de Chamamento Público nº 01/2019 para a contratação de empresas privadas especializadas no fornecimento de serviços de monitoramento por satélite para identificação de possíveis focos de desmatamento no território brasileiro (BRASIL, 2019). Isto posto, conforme demonstrado no capítulo anterior, um serviço muito semelhante já é realizado pelo INPE por meio do DETER. Inclusive, em junho de 2019, o sistema registrou diversos alertas da degradação da vegetação na Amazônia Legal que somam cerca de 2.072,03 km².

A publicação desses dados causou grande repercussão internacional e, por essa razão, o presidente Jair Bolsonaro contestou a veracidade dessas informações publicadas na plataforma digital do INPE (FOLHA DE S. PAULO, 2019). Além disso, a notícia “Amazônia precisa de ‘soluções capitalistas’, diz ministro do Meio Ambiente” veiculada pela plataforma da BBC News Brasil (2019), afirma que o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, corriqueiramente vinha criticando os dados e relatórios coletados pelo DETER. Destarte, nessa mesma entrevista, o ministro Salles reforça a necessidade de contratação de uma empresa privada com um sistema de satélites em boa resolução de imagem para monitorar o território amazônico.

Nesta conjuntura, o edital de licitação nº 01/2019 do Ibama apresenta como justificativa para a convocação do certame a necessidade de aquisição de uma tecnologia capaz de fornecer dados e imagens de satélites “confiáveis” sobre os principais pontos de desmatamento ilegal da Amazônia.

Nas especificações técnicas do produto o edital dispõe que os satélites devem coletar imagens “[...] com resolução espacial igual ou melhor que 3,0 metros, sendo que a resolução espacial nativa das imagens deverá ser igual ou melhor que 4,2 metros em todas as bandas das imagens” (BRASIL, 2019, p. 5). Nesta direção, de acordo com notícia veiculada no jornal Folha de São Paulo (2019), percebe-se que tal especificação descreve o serviço prestado pela *Startup Planet Lab*, ela seria um dos únicos empreendimentos no mercado capaz de coletar imagens de satélites diariamente com uma resolução de três metros.

Os jornalistas do periódico buscaram os parceiros da *Planet* no Brasil. Todavia, eles não se manifestaram sobre o assunto. Porém, a página digital da empresa descreve a prestação de serviços semelhantes aos descritos no edital, por exemplo, imagens

ortorretificadas, fiscalização em tempo real e relatórios diários de mudanças da paisagem monitorada.

Em virtude das especulações mencionadas acima, o Ministério Público Federal do Pará (MPF) instaurou um inquérito para investigar os possíveis interesses do Ibama em iniciar a abertura do processo licitatório nº01/2019. O Diário de Pernambuco (2019), um jornal da região, em sua página digital declara que “a investigação busca identificar ‘motivos que justificam o abandono ou a substituição’ dos sistemas de monitoramento de imagens do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais.” Tal questionamento fundamenta-se na qualidade do serviço prestado por um órgão nacional e na possibilidade de atualização do sistema DETER.

Diante de toda controversa o projeto de licitação nº 01/2019 não obteve sucesso, porém em junho de 2020 a Política Federal (PF) assinou um contrato com a empresa Santiago e Cintra Consultoria, representante da *startup Planet Lab* no Brasil, que é responsável pela coleta de diversos dados de satélites no país. Salienta-se que tal acordo foi firmado com a alegação da inexigibilidade de licitação, pois entendeu-se que o serviço da empresa é o único no mercado.

No entanto, a PF reiterou que o serviço prestado pela *Planet* não irá “substituir” a atuação do Inpe de fiscalizar e fornecer dados estatísticos sobre a degradação do meio ambiente. O órgão alega que o monitoramento da *Planet* será empregado para auxiliar as operações policiais.

7. Considerações Finais

O INPE, uma organização brasileira, desenvolveu um sistema de satélites responsável pelo monitoramento do desflorestamento denominado DETER. Essa ferramenta é capaz de coletar e processar um grande volume de informações (*Big Data*) gerando vários relatórios e mapas que demonstram os principais focos de degradação ambiental da vegetação presente nas áreas florestais. No entanto, no ano de 2019, o programa emitiu diversos dados que constataram o aumento desmatamento na Amazônia Legal.

A publicação dessas informações apresentou grande repercussão negativa para o governo Bolsonaro no âmbito da Comunidade Internacional que considera a Amazônia uma unidade de conservação a ser preservada para as presentes e futuras gerações. Por essa razão, o artigo constatou que existe um grande conflito geopolítico no monitoramento da floresta amazônica por meio de satélites. Tal situação justifica-se pela perda de prestígio e apoio do presidente brasileiro de diversos países.

À vista disso, Jair Bolsonaro, contestou a veracidade de dados compartilhados pelo DETER. Por sua vez, o Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, em entrevista para a *BBC News* criticou a qualidade dos relatórios emitidos pelo DETER e alertou a importância de contratação de um serviço privada capaz de fiscalizar a Amazônia com mais eficiência e qualidade.

Nesta direção, em agosto de 2019, o IBAMA veiculou no DOU Edital o Chamamento Público nº 01/2019 para a contratação de uma empresa especializada no fornecimento de serviços de monitoramento por satélite. Contudo, a licitação não obteve êxito, tendo em vista a existência de especulações sobre possíveis fraudes no processo licitatório. Em junho de 2020, no entanto, a PF fechou um contrato com um representante da *Startup Planet Labs*, uma empresa norte-americana que criou um conjunto de satélites acoplados a câmeras que são capazes de coletar imagens da órbita terrestre em alta resolução.

Apesar de toda a repercussão, a PF afirma que o serviço fornecido pela *Planet Labs* não irá inutilizar ou substituir a atuação do DETER. O órgão alega que o monitoramento empregado pela *Planet* será utilizado apenas com o objetivo de auxiliar as investigações políticas.

Não obstante, o artigo verificou que o equipamento disponibilizado pela *Planet* apresenta um grande potencial para o monitoramento da floresta amazônica. Essa ferramenta pode rastrear qualquer alteração ambiental com uma resolução de 3 metros de distância. Todavia, todas informações coletadas pelo sistema são restritas aos usuários que efetuam o pagamento do serviço. Em contrapartida, o DETER possibilita acesso gratuito e imediato a todos os dados coletados por satélites, porém as suas imagens não apresentam uma qualidade de resolução inferior ao sistema disponibilizado pela *Planet Labs*, o que demanda investimentos para o aprimoramento da plataforma.

No mais, a pesquisa demonstrou que o compartilhamento democrático de dados sobre o desmatamento florestal, promovido pela plataforma DETER, é ineficiente, tendo em vista os diferentes interesses geopolíticos ligados à floresta. Outrossim, caso exista a contratação de empresas com objetivo de monitoramento ambiental da Amazônia, essas informações devem estar disponíveis de forma imediata, para que as autoridades ambientais, como o IBAMA, possam prosseguir com a análise e publicação dos dados no ciberespaço.

Referências Bibliográficas

AMAZÔNIA precisa de ‘soluções capitalistas’ diz ministro do Meio Ambiente. *British Broadcasting Corporation News Brasil*. São Paulo, 15 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49363387>. Acesso em: 9 set. 2020.

BECKER, Bertha K. (2005). Geopolítica da Amazônia. *Estudos Avançados*, vol.19, n.53, p. 71-86. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v19n53/24081.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Edital de Chamamento Público nº 1/2019. Objeto: Prospecção de empresas especializadas no fornecimento de serviços de monitoramento contínuo utilizando-se do imageamento diário por imagens orbitais ortorretificadas de alta resolução espacial para geração de alertas diários de indícios de desmatamento (revisita diária). *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 ago. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/edital-de-chamamento-publico-n-1/2019-211747193>. Acesso em: 9 set. 2020.

FLORESTAS de Mato Grosso seguem vigiadas por satélites de alta resolução até 2021. *Portal Amazônia*. 23 ago. 2020. Disponível em: <https://portalamazonia.com/noticias/meio-ambiente/florestas-de-mato-grosso-seguem-vigiadas-por-satelites-de-alta-resolucao-ate-2021>. Acesso em: 9 set. 2020.

GOVERNO Bolsonaro abre edital para empresa privada monitorar Amazônia. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/fac-simile/2019/08/22/>. Acesso em: 8 set. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/deter>. Acesso em: 8 set. 2020.

MCCAULEY, Douglas. How Satellites and Big Data Can Help to Save the Oceans. *YaleEnvironment* 360. Connecticut, abr. 2016. Disponível em: https://e360.yale.edu/features/how_satellites_and_big_data_can_help_to_save_the_oceans. Acesso em: 28 ago. 2020.

MOLINARO, Carlos Alberto; LEAL, Augusto Antônio Fontanive. Big Data, Machine Learning e a preservação ambiental: instrumentos tecnológicos em defesa do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 31, p. 201- 224, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1142>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PLANET LABS. Disponível em: <https://www.planet.com/company/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PROCURADORIA investiga contratação de novo monitoramento de desmates. *Diário de Pernambuco*. Pernambuco, 27 ago. 2019. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2019/08/procuradoria-investiga-contratacao-de-novo-monitoramento-de-desmates.html>. Acesso em: 9 set. 2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO

Artificial Intelligence in the Judiciary

LEILA BIJOS¹

YHASMIN OLIVEIRA²

Sumário: 1. Inteligência Artificial e Cultura de Valores; 2. Contexto contemporâneo: disponibilidade de meios tecnológicos e estruturais para desenvolver a inteligência artificial ancorada no Direito; 3. Perspectivas Futuras; 4. Conclusões Finais.

Resumo: O artigo em apreço visa apresentar as mudanças contemporâneas no uso de novas tecnologias nas atividades do judiciário. Insta discutir a posição contemporânea e a situação do judiciário e como ela pode ser melhorada com o uso da tecnologia LegalTech em todas as fases dos casos: desde a análise inicial dos fatos, passando pela determinação da condução do julgamento, até a sentença final. A fim de elucidar esta problemática de pesquisa a pergunta central é: de que forma a democracia digital pode contribuir para o aperfeiçoamento dos julgamentos, do controle social de políticas públicas? A inovação como política pela qual o Estado opta beneficiará os mecanismos da democracia participativa, em especial, da participação popular nos conselhos de direitos no âmbito municipal e do controle efetivo dos julgamentos? Para realização da pesquisa, adotou-se como metodologia científica a dedução, a partir de técnica de pesquisa bibliográfica e documentação indireta. Foi realizado aporte teórico acerca dos conceitos que envolvem a Inteligência Artificial, o uso de robôs, bem como o estudo das formas que se manifestam através da utilização de recursos tecnológicos nesses espaços, especialmente, nos julgamentos, e efetivação de políticas públicas. A partir do presente estudo, foi possível concluir que, a partir do alinhamento da Tecnologia Artificial e dos recursos da tecnologia da informação e comunicação (TICs), bem como das técnicas de engenharia de software no contexto democrático, alcunhado de democracia digital ou eletrônica ou 4.0, a democracia participativa pode caminhar no mesmo sentido e aumentar o grau de alcance dos seus mecanismos participativos e de controle e reduzir ou eliminar obstáculos existentes pela sua forma tradicional de exercício.

¹ Pós-Doutora em Sociologia e Criminologia pela Saint Mary's University, Halifax, Nova Scotia, Canadá. Doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Professora Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e Relações Internacionais (PPGCPRI), Universidade Federal da Paraíba (2020). Coordenadora de Pesquisa do Centro de Estudos Estratégicos (CEEEx), Núcleo de Estudos Prospectivos (NEP), Ministério do Exército (2019-2020). *Aigner-Rollet-Guest Professor at Karl-Franzens-University of Graz*, Áustria Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia, Uni-Graz (2018/2019). Pesquisadora Visitante no International Multiculturalism Centre, Baku, Azerbaijão (2018). Professora do Mestrado *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília (2000-2017). Oficial de Programa do PNUD (1985-1999). Professora do Programa de Pós-Graduação em Propriedade Intelectual Transferência de Tecnologia para a Inovação – PROFNIT, Universidade de Brasília (UnB), CDT, Brasília, DF desde 2016. E-mail: leilabijos@gmail.com.

² Yhasmin Martins de Oliveira. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Propriedade Intelectual Transferência de Tecnologia para a Inovação – PROFNIT, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF. Pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMPDFT. Bacharel em Direito, Universidade Católica de Brasília. E-mail: yhasminmo@gmail.com.

Palavras-chave: Judiciário; Inteligência Artificial; Democracia participativa; Democracia eletrônica.

Abstract: The present article aims to present contemporary changes in the use of new technologies in the activities of the judiciary. It urges to discuss the contemporary position and the situation of the judiciary and how it can be improved with the use of LegalTech technology in all phases of the cases: from the initial analysis of the facts, through the determination of the conduct of the trial, until the final sentence. In order to elucidate this research problem, the central question is: how can digital democracy contribute to the improvement of judgments, of social control of public policies? Will innovation as a policy by which the State chooses to benefit the mechanisms of participatory democracy, in particular, popular participation in rights councils at the municipal level and effective control of judgments? In order to carry out the research, deduction was adopted as a scientific methodology, based on bibliographic research technique and indirect documentation. A theoretical contribution was made about the concepts that involve Artificial Intelligence, the use of robots, as well as the study of the forms that are manifested through the use of technological resources in these spaces, especially in judgments, and the implementation of public policies. From this study, it was possible to conclude that, from the alignment of Artificial Technology and the resources of information and communication technology (ICTs), as well as software engineering techniques in the democratic context, nicknamed digital or electronic democracy or 4.0, participatory democracy can move in the same direction and increase the extent of its participatory and control mechanisms and reduce or eliminate existing obstacles through its traditional form of exercise.

Keywords: Judiciary; Artificial intelligence; Participatory democracy; Electronic democracy.

1. Inteligência Artificial e Cultura dos valores

O uso da Inteligência Artificial (IA), está cada vez mais difundido entre os diversos campos de atuação e é apontado como protagonista nos processos de inovação, principalmente na área jurídica.

Contudo, formular um conceito exato de IA ainda é um desafio. IA para John McCarthy, um dos primeiros a empregar a expressão “Inteligência Artificial”:

“It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs” (2007).

Na verdade, trata-se da ciência e engenharia que faz máquinas inteligentes, especialmente programas inteligentes de computador (2007). Para Urwin, “inteligência artificial é uma ferramenta construída para auxiliar ou substituir o pensamento humano” (2016, p. 92). E para Wildisen (2015) “IA é a teoria e o desenvolvimento de sistemas de computador que irão realizar tarefas que normalmente requereriam inteligência humana”.

Por sua vez, para a ciência do Direito, IA é a capacidade de atuação racional com o objetivo de realizar previsões, o que vai acontecer a partir do uso de algoritmos. Na definição

de Pedro Domingos, algoritmo é uma sequência de instruções que diz a um computador o que fazer (DOMINGOS, 2015, p. 2). Quanto ao seu funcionamento, os algoritmos podem ser definidos em duas espécies: os programados e os não programados. Algoritmos programados seguem as operações definidas, a informação é adicionada ao sistema, o algoritmo trabalha essa informação e o resultado (output) é gerado.

Os algoritmos não programados, conhecidos por usarem a técnica *machine learning*, operam de modo que os dados e o resultado desejado são carregados no sistema (*input*), que por sua vez produz o algoritmo (*output*) que transforma um no outro (FERRARI; BECKER, 2017). Então, é formada uma cadeia de aprendizagem da máquina onde ela vai criando a própria programação.

A forma mais conhecida de *machine learning*, é aquela que emprega algoritmos supervisionados, na qual o sistema é alimentado com dados selecionados por seres humanos. Um exemplo são as redes neurais artificiais (com *back propagation*). Como o próprio nome sugere, são espelhadas no cérebro humano e têm um modelo de aprendizagem baseado em erros e acertos que vai, progressivamente, detectando as decisões mais alinhadas com os objetivos que se pretende atingir. Nestes casos, o sistema é carregado com um objetivo (*output*) e diversos *inputs*, que serão testados em múltiplos cenários. Quando se atinge o resultado almejado, o roteiro mais eficiente recebe um peso na programação e, dessa forma, as camadas neurais internas (*hidden layers*) mais assertivas passam a dominar a tarefa e a entregar resultados mais precisos (RUMERLHART; HILTON; WILLINANS, 1986, p. 533).

Uma segunda categoria é a dos algoritmos não supervisionados. Nesse grupo, os dados que alimentam o sistema não são rotulados, deixando o algoritmo de aprendizagem encontrar estrutura nas entradas fornecidas por conta própria. Pode ser utilizado tanto como um objetivo em si mesmo, quanto como um meio para atingir um fim.

Há ainda uma terceira categoria que se refere aos algoritmos de reforço (*reinforced learning algorithms*), que são treinados para tomar decisões. Os acertos ou erros do *output* são computados e utilizados para refinar o algoritmo, focando na performance.

Essa sofisticação dos algoritmos de *machine learning*, por um lado ilustra a capacidade e o nível de evolução tecnológica já alcançada pela sociedade, por outro, gera novas demandas aos principais atores no campo da inovação, notadamente, governos, indústrias e universidades.

2. Contexto contemporâneo: disponibilidade de meios tecnológicos e estruturais para desenvolver a inteligência artificial ancorada no Direito

No ano de 2013, em Wisconsin, EUA, ocorreu o caso que se tornaria paradigmático à discussão do uso de IA e seus limites. Em fevereiro do referido ano, após furtar um veículo, ser perseguido pela polícia e se envolver em um tiroteio, Eric Loomis foi preso em flagrante. Ao ser levado à presença de um juiz, determinou-se que respondesse ao processo em liberdade e, posteriormente, em seu julgamento, como resultado dos atos descritos somados a um passado já conhecido pela justiça, foi condenado a seis anos de prisão.

O que chamou atenção no caso foi o fato de a negativa da liberdade provisória e o patamar aumentado da pena terem sido definidos a partir do parecer de que Loomis apresentaria alto risco de violência, reincidência e evasão. Entretanto, esse parecer não foi emitido pelo juiz da causa, mas sim por um software de origem privada chamado COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), que à época, era alugado pelo Poder Judiciário e que funcionava a partir de um algoritmo secreto, ao qual os julgadores não tinham acesso, o que não impediu, entretanto, que a decisão pela prisão de Loomis fosse fundamentada apenas com base no resultado do algoritmo (ISRANI, 2017).

A defesa, diante de tal resultado, recorreu à Suprema Corte de Wisconsin, requerendo o acesso aos critérios que levaram o software a classificá-lo como uma pessoa de alto risco, ao que obteve uma resposta negativa sob o fundamento de que a questão ainda não estaria madura para julgamento por se tratar de tema ainda muito recente. Desta forma, foi negado a Loomis pela justiça acessar o código-fonte do algoritmo, e na mesma linha, os representantes legais da Northpointe Inc. (atualmente, Equivant), desenvolvedora do COMPAS, defenderam que a forma de operação do sistema estaria protegida por segredo industrial.

Ainda durante o julgamento na Suprema Corte de Wisconsin, através de um relatório emitido pela ONG ProPublica, se descobriu que o COMPAS era enviesado contra afro-americanos (ANGWIN, 2016). Mas, apesar desse exemplo de distorção no viés do algoritmo, a Suprema Corte de Wisconsin negou o recurso de Loomis, declarando que a sentença recebida por ele seria a mesma que pudesse porventura decorrer de uma avaliação humana. Loomis, então, recorreu à Suprema Corte Americana, apresentando o *writ of certiorari*, que também foi negado.

O caso em questão ilustra o papel de agente decisório que os sistemas de IA estão protagonizando na sociedade. Com essa nova realidade sendo implementada em diversos setores, novos questionamentos e desafios surgem, reforçando a necessidade de uma sólida base regulatória que assegure um patamar de responsabilização pelas decisões tomadas por meio de máquinas.

Um dos aspectos que geram preocupação é a opacidade, que surge através da janela entre a programação humana na base do algoritmo e o comportamento autônomo desenvolvido por este, de modo a criar a própria programação.

[...] os problemas relacionados à falta de transparência dos processos e os resultados viciados por dados de baixa qualidade vêm levantando muitas discussões e preocupam a comunidade jurídica (SANTOS; PEREIRA; GANDRA, 2019).

Sobre o problema da opacidade/transparência, analisa Joshua A. Kroll (2018):

O antídoto natural para a opacidade é a transparência, e a transparência é frequentemente citada como, pelo menos, um componente de uma solução para problemas de governar sistemas de computador. Embora transparência seja muitas vezes tomada para significar a divulgação de código-fonte ou dados, [...], isso não é necessário nem suficiente para melhorar a compreensão de um sistema, e não captura o significado completo de transparência [...] a transparência exige uma mistura de entendimento de como um sistema funciona, de entender por que ele funciona dessa maneira e de uma percepção por parte das pessoas afetadas de que os mecanismos e processos de um sistema funcionam para atingir os objetivos corretos. (tradução nossa)³

Cumprе salientar que a divulgação de código-fonte citada no trecho acima, por si só, mostra-se apenas parcialmente eficaz aos fins pretendidos, pois o código de programação dos algoritmos que operam em *machine learning* carregam tão somente as regras de aprendizagem do *software*, e a decisão surge da interação entre essas regras e os dados. Motivo pelo qual a IA está em constante mudança.

Relacionado ao conflito da opacidade, surge a problemática do viés do algoritmo, uma vez que este, a partir dos dados coletados, aprende e replica o que está acontecendo na sociedade, gerando, por vezes, padrões enviesados de dados. A esse respeito:

Sem controle da qualidade desses dados, estamos sujeitos a codificar nossos preconceitos e vieses. A inteligência artificial criada por *machine learning* não deixa de ser, por isso, uma extensão da cultura e do senso comum. (FERRARI; BECKER, 2017, p. 01)

Portanto, a ausência de controle sobre a qualidade desses dados, pode gerar sérias consequências.

³ “The natural antidote to opacity is transparency, and transparency is often cited as at least a component of a solution to problems of governing computers systems. While transparency is often taken to mean the disclosure of source code or data, [...], this is neither necessary nor sufficient for improving understanding of a system, and it does not capture the full meaning of transparency [...] transparency demands a mix of understanding how a system works, understanding why it works in that way, and a perception on the part of affected people that the mechanisms and processes of a system function to achieve the correct goals. To that end, sufficient transparency may simply mean disclosing the fact and scope of data processing in a computer system, as is required by the GDPR in the EU. However, When transparency is demanded, it is important to be clear over what transparency is required na to whom that transparency is intended.” KROLL, Joshua A. the fallacy of inscrutability. Philosophical Transactions of the Royal Society, London, n. 376, p. 9, 2018. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rsta.2018.0084>. Acesso em: 20 mar. 2021.

[...] algoritmos muitas vezes criam ou acentuam assimetrias de poder e oportunidades, afetam a meritocracia e induzem resultados, de modo que a regulamentação deve garantir que seu uso não seja traduzido em decisões ou diretrizes de política pública injustas e ilegais. (COUTINHO; KIRA, 2019, p. 01)

Tais facetas da IA (dentre outras), impulsionam um esforço, em especial da esfera jurídica, no sentido de regular, sem cercear, a disponibilidade de meios e estruturas para desenvolver a IA. Neste sentido, tem se observado uma onda de iniciativas regulatórias por parte de diversos países a fim de estabelecer uma relação harmônica entre a promoção de inovação e os direitos individuais e coletivos, sem violar os direitos constitucionais (POSNER, 2014, p. 116).

Em maio de 2018, o Comitê de Ciência e Tecnologia da *House of Commons* do Reino Unido, publicou o parecer “*Algorithms in decision-making*” (2018), fruto da inquietação quanto à repercussão jurídica, política e social do crescimento de inovações e tecnologias que tem propiciado a tomada de decisões algorítmicas. Pavlich (2011, p. 168) infere acerca do que tais desenvolvimentos podem significar para o futuro do campo do direito e da sociedade demarcado pela jurisprudência, a sociologia do direito, os estudos sócio jurídicos.

Na oportunidade, o governo do Reino Unido apresentou ao Comitê o plano para a criação do “*Centre for Data Ethics and Innovation*”, cujo objetivo será a “supervisão do futuro desenvolvimento de algoritmos e das ‘decisões’ que eles tomam” (LONDON, 2021).

Em outubro de 2020, Margrethe Vestager, comissária digital e antitruste da União Europeia, comunicou as novas regras dirigidas às plataformas digitais com vultuosa base de dados e negócios lucrativos de publicidade *online*, com o fim de esclarecer o funcionamento dos algoritmos e de fornecer a pesquisadores e agentes reguladores acesso aos dados e aos arquivos de anúncios (FORBES, 2020).

Na mesma direção, complementando o pacote de ações para promover um espaço digital mais seguro e transparente na União Europeia, que possibilite a responsabilização por atos em desacordo com direitos fundamentais e boas práticas de mercado, foram lançados os programas *Digital Services Act* e *Digital Markets Act* (EC.EUROPA).

A política de tecnologia e inovação vem sendo um processo de real intensificação na União Europeia, com a missão de que inovar é preciso (BIJOS; NASCIMENTO, 2019, p. 53)

No Brasil, por sua vez, foi elaborada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, 2018), Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com o fim de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e

o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Isto é, a LGPD surgiu como uma ferramenta de tutela coletiva para a proteção de direitos individuais e promoção de modelos econômicos. Para efetivar essa proteção, foi criada também a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Percebe-se, portanto, um movimento conjunto por parte de países e blocos em tutelar a evolução da implementação da IA no cotidiano, de modo que ela se torne uma aliada, e não uma ameaça. Com a internacionalização dos direitos humanos, cumpre ao Estado proteger o direito dos indivíduos, que estão acima dos direitos do Estado e independem do status de cidadão de um Estado particular (AMARAL JUNIOR, 2015, p. 206).

3. Perspectivas futuras

Outra faceta da promoção de inovação, para além das ferramentas de defesa, é a inovação como política pela qual o Estado opta, conforme entrevista do Embaixador Lewi de Israel no Paraguai (LEWI, 2017). Isto é, a inovação como parte da agenda política de um país. A partir desse ideal, surge a ideia de GovTech, aliando a tecnologia a demandas governamentais.

Com a aplicação deste processo, a Estônia tornou-se referência em governo digital. Com isso, os cidadãos podem acessar a maioria dos serviços públicos *online*, deixando a burocracia de filas e longos prazos no passado. Dado o alto tráfego de dados, a arquitetura de informação também passou por transformações.

Na Estônia, é utilizado uma sistema chamado X-Road, uma camada de dados distribuídos sem um banco de dados central e cujas informações só podem ser acessadas com a autenticação de dois fatores. Cada agência governamental administra seus próprios dados e acessa aqueles que lhe são pertinentes conforme a necessidade e as possibilidades de acesso oferecidas pelo sistema. Isso garante privacidade, evitando que pessoas não autorizadas possam ver ou copiar os dados de outras pessoas, e também integridade, de modo que os dados não possam ser alterados maliciosamente. (GOVTECH BRASIL, 2018).

Apesar da discrepância em proporção, a Índia também tem trabalhado sobre essas bases e obtido êxito desde 2010. A partir da criação do *Aadhaar*, foi possível mapear e incluir pessoas que até então estavam fora do radar, na vida econômica e no acesso a tecnologias de comunicação. Outra medida importante foi a redução do uso de dinheiro vivo a partir de uma interface de pagamento unificada. Quanto à arquitetura de informação para suportar tal conjunto, o país também defende o uso de um sistema em camadas, ao contrário de uma arquitetura monolítica, reproduzindo um sistema já ultrapassado (INDIA, 2018).

Outro exemplo de sucesso no processo de inovação é Israel, com o diferencial de que, para alcançar êxito, o país optou por estimular o crescimento de todo o ecossistema por meio de financiamentos e aproximação entre os interesses governamentais e startups focadas no desenvolvimento de novas tecnologias (LEVY, 2017). Aliado a isso, a peculiaridade de ser um país jovem, cercado por conflitos, com uma população de imigrantes que, independentemente do sexo, obrigatoriamente cumprem o serviço militar, de modo a proporcionar aos cidadãos vasta experiência em tomadas de decisão, liderança e estratégia, além de diminuir barreiras sociais, dada a atuação na mesma unidade de pessoas provenientes de contextos sociais diversos, fazem o perfil do povo de Israel ser compatível com as qualidades necessárias para o empreendedorismo e a inovação (LEWI, 2018).

Nesta escalada rumo à inovação, o Brasil vem caminhando de forma contínua. Em 2000, houve o marco do governo eletrônico; em 2014, o marco civil da internet; em 2016, a estratégia de governança digital e a lei da informação; em 2018, a tecnologia começou a ser aplicada no serviço público, a exemplo do robô VICTOR, IA nascida de uma parceria entre a Universidade de Brasília e o Supremo Tribunal Federal com o fito de dinamizar a tramitação de processos com temas de repercussão geral sob sua jurisdição:

O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial. Os pesquisadores e o Tribunal esperam que, em breve, todos os tribunais do Brasil poderão fazer uso do VICTOR para pré-processar os recursos extraordinários logo após sua interposição (esses recursos são interpostos contra acórdãos de tribunais), o que visa antecipar o juízo de admissibilidade quanto à vinculação a temas com repercussão geral, o primeiro obstáculo para que um recurso chegue ao STF. Com isso, poderá impactar na redução dessa fase em 2 ou mais anos (STF, 2018).

Apesar de representar um avanço, o robô VICTOR gera também desconfiança, principalmente quando contraposto ao aspecto do viés da máquina (tendência de adesão por parte do ser humano à sugestão dada pelo *software*). Entretanto, é inegável que ele representa uma tendência, daí a necessidade de aliar os movimentos de inovação às leis, sistemas e processos que regulem o acesso e o uso dessas tecnologias.

4. Conclusões Finais

Como marcos conclusivos ressaltamos o impacto da utilização da Inteligência Artificial (IA) em tribunais nacionais e internacionais. Os processos em questão balizam a funcionalidade e a situação atual da tecnologia. O impacto gerado pela IA no judiciário

compreende a identificação, leitura e análise inteligente de documentos e imagens. Através da implementação de processos inteligentes será possível verificar a integridade, a celeridade e transparência na condução dos julgamentos. O resultado final apontará os relevantes benefícios para tornar a justiça mais efetiva, visando ao bem-estar social dos cidadãos envolvidos.

Referências

- AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
- ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. *Machine Bias*. Wisconsin, Texas, USA: **Pro Publica**, May 23, 2016. Disponível em <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>. Acesso em 16 mar. 2021.
- BIJOS, Leila; NASCIMENTO, Risoleide de Souza. **Tecnologia, Inovação e Desenvolvimento na União Europeia**. Goiânia, Goiás: Editora Espaço Acadêmico, 2019.
- COUTINHO, Diego R.; KIRA, Beatriz. Por que (e como) regular algoritmos? In: Jota, São Paulo. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/por-que-e-como-regular-algoritmos-02052019#:~:text=Espa%C3%A7o%20voltado%20%C3%A0%20an%C3%A1lise%20e,o%20desenvolvimento%20socioecon%C3%B4mico%20do%20Brasil.&text=Algoritmos%20s%C3%A3o%20cada%20vez%20mais,diversas%20esferas%20do%20mundo%20modern>o. Acesso em: 19 mar. 2021.
- DEFESA. Acesso à Informação. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/acesso-a-informacao/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em 22 mar. 2021.
- DOMINGOS, Pedro. The master algorithm: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015.
- EC. EUROPA. Digital Act. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package#:~:text=The%20Digital%20Services%20Act%20and,European%20values%20at%20its%20centre>. Acesso em 22 mar. 2021.
- ESTÔNIA. Como a Estônia construiu uma sociedade digital. GovTech Brasil. Disponível em: <https://govtechbrasil.org.br/>. Acesso em 23 mar. 2021.
- FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à Explicação e Decisões Automatizadas: Reflexões sobre o Princípio do Contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos;
- FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Algoritmo e preconceito: é preciso que se crie uma política de *accountability* dos algoritmos. In: **Jota**, São Paulo. 12 dezembro 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/algoritmo-e-preconceito-12122017>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- FORBES. Disponível em > <https://www.forbes.com.br/negocios/2020/10/gigantes-da-internet-terao-que-abrir-dados-a-reguladores-antitruste-da-ue/>. Acesso em 22 mar. 2021.
- ÍNDIA. *Panorama da Índia Digital*. BrasilTech, 2018. Disponível em: <https://govtechbrasil.org.br/>. Acesso em 23 mar. 2021.
- ISRANI, Ellora. Algorithmic due processes: mistaken accountability and attribution in State v. Loomis. Edited CHANG, Evelyn. **JOLT Digest**. Harvard Journal of Law and Technology, August 31, 2017. Disponível em

- <<https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>>. Acesso em 16 mar. 2021.
- LEVY, Nuria. Israel comparte conocimiento y experiencias en innovación con Costa Rica. Generación de Innovación, la experiencia de Israel. **Revista Summa**, 08/08/2017. Disponível em: <https://revistasumma.com/israel-comparte-conocimiento-experiencias-innovacion-costa-rica/>. Acesso: 02/05/2021.
- LEWI, Peleg. Embaixador de Israel em Guangzhou, China. *Generación de Innovación, la experiencia de Israel*, 10/04/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VCFcfwp5TJQ>. Acesso: 02/05/2021.
- McCARTHY, John. What is Artificial Intelligence? Stanford University: Revised November 2007. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/whatisai.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.
- NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual*. 2ª edição. Salvador, Bahia: Editora JusPodium, 2021.
- LONDON. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Science and technology committee. **Algorithms in decision-making**: fourth report of session 2017–19. 2018. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmsselect/cmsctech/351/351.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- LONDON. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. UK Government. Centre for Data, Ethics and Innovation-. Consultation. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/organisations/home-office/about>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- PAVLICH, Eric. **Law & Society Redefined**. Oxford University Press, 2011.
- POSNER, Eric A. **The Twilight of Human Rights Law**. Oxford University Press, 2014.
- RUMERLHART, David E.; HILTON, Geoffrey E.; WILLINANS, Ronald J. Learning Representations by back-propagating errors. **Nature**, v. 323, issue 9, p. 533, Oct. 1986.
- SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>. Acesso em 19 mar. 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estratégia de Governança Digital e a Lei da Informação: robô VICTOR. Brasília: Notícias STF, 30/05/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- URWIN R. Artificial Intelligence: The Quest for the Ultimate Thinking Machine. London: Arcturius, 2016. Arquivo Kindle, p. 92.
- WILDISEN, Greg. Is artificial intelligence the key to unlocking innovation in your law firm? Legal Week, 12 Nov. 2015. Não paginado. Disponível em <https://www.law.com/international-edition/2015/11/12/is-artificial-intelligence-the-key-to-unlocking-innovation-in-your-law-firm/?slreturn=20210216150814>. Acesso em 16 mar. 2021.
- WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual**. 2ª edição. Salvador, Bahia: Editora JusPodium, 2021, pp. 277-297.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O FUTURO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Artificial intelligence and the future of the judiciary in Brazil

HELOÍSA ALVA CORTEZ GONÇALVES¹

BRUNA FERRARIN PASQUINI PASSOS²

Sumário: 1. A Morosidade do Poder Judiciário Brasileiro. 2. Eficiência, Inovação e o Poder Judiciário. 3. Inteligência Artificial e a Virada Tecnológica. 4. O futuro do Poder Judiciário brasileiro e seus desafios. Considerações finais

Resumo: O presente artigo propõe-se a avaliar o uso da Inteligência Artificial com o intuito de implementar os princípios constitucionais da Efetividade e da Duração Razoável do Processo, como corolários do princípio do Devido Processo Legal e, com isso, oferecer ferramentas tecnológicas para redução do tempo de tramitação dos processos nas cortes de justiça pátrias, sem, contudo, que haja perda da qualidade dos serviços prestados. Para tanto, objetiva-se expor dados estatísticos que demonstram o atual panorama do Poder Judiciário Brasileiro e as possíveis causas de sua morosidade, ainda, revisão doutrinária para definir de que forma o emprego da Inteligência Artificial pode contribuir para a redução de taxas de congestionamento, para a liberação do tempo dos magistrados e servidores públicos a fim de que se concentrem em funções mais estratégicas e que exijam maior exercício intelectual, sem perder de vista que existe a necessidade de monitoramento constante dos sistemas para que não haja a desvirtuação da “*machinelearning*” para a reprodução de padrões discriminatórios, sobretudo, por ser a democracia brasileira ainda muito recente, e ainda haver debates calorosos sobre a discriminação de minorias, assim como desafios de ordem sociológica e do futuro dos cursos jurídicos. Outrossim, vale-se de uma abordagem qualitativa de análise descritiva e método dedutivo por procedimento bibliográfico e documental.

Palavras-Chave: Morosidade; Inteligência Artificial; O futuro do Poder Judiciário Brasileiro.

Abstract: This article proposes to evaluate the use of Artificial Intelligence to implement the constitutional principles of Effectiveness and Reasonable Time, as consequences of the

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Mestre em Direito (UNICESUMAR), Especialista em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Formação Especializada em Direito pela Universidade Pablo de Olavide – Espanha, Professora Universitária, Advogada. Contato eletrônico: heloisagon@hotmail.com.

² Graduada em Direito – Universidade Estadual de Maringá (UEM), especialista em Direito Público pela Universidade Anhangüera - Uniderp. Atualmente exerce o cargo de Assessora de Gabinete pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Contato Eletrônico: brunafpassos@gmail.com.

principle of Due Process, and, with this, offer technological tools to reduce time procedures in the national courts of justice, without losing the quality of the services provided. The objective is to show statistical data that demonstrate the current prospect of the Brazilian Judiciary and the possible causes of its delay, as well as a doctrinal review to define how the use of Artificial Intelligence can contribute to reduction of congestion rates, for the release of time of judges and public servants in order to concentrate on more strategic functions and which require greater intellectual exercise, without losing sight of need for constant monitoring of systems so that there is no distortion of machinelearning for the reproduction of discriminatory patterns, mainly because Brazilian democracy is still very recent, and there are still heated debates about discrimination Against minorities, as well as sociological challenges and the culture of law schools. Furthermore, it uses a qualitative approach of descriptive analysis and deductive method by bibliographic and documental procedure.

Keywords: Slowness; Artificial Intelligence; The future of the Brazilian Judiciary.

1. A Morosidade do Poder Judiciário Brasileiro

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O princípio do devido processo legal possui duas acepções: formal (*procedural due process*) e substantivo (*substantive due process*), esta última relacionada a ideia de um processo legal justo e adequado, materialmente formado pelos princípios da justiça, “com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei”.³

A ideia de processo adequado também se relaciona à efetividade da justiça; por esse motivo, a Emenda Constitucional n.º 44/2005 - sobre a Reforma do Poder Judiciário Brasileiro, incluiu no rol de direitos e garantias individuais do cidadão o inciso LXXVIII, com o intuito de assegurar, tanto em sede judicial como administrativa, a razoável duração do processo, assim como meios que garantam essa celeridade. O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, por sua vez, ratificou esse espírito, ao prever, em seu art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.⁴

Em que pese previsão constitucional e legal sobre a duração razoável dos processos, o Poder Judiciário Brasileiro possui grandes dificuldades em dar uma resposta estatal a todas

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.482.

⁴ BRASIL, Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em 01 abril de 2021.

as demandas jurídicas dentro de um prazo razoável, o que deságua, via de consequência, em altíssimas taxas de congestionamento dos Tribunais de Justiça pátrios.

A morosidade do Poder Judiciário Brasileiro é multifatorial. Entretanto, longe de querer esgotar o tema, percebe-se que algumas causas impactam de forma mais severas do que outras nas altas taxas de congestionamento. Apesar do incremento anual no número de novas lides, os quadros de pessoal (servidores e magistrados) encontram-se defasados. Consoante Relatório Justiça em Números 2020, de autoria do Conselho Nacional de Justiça⁵, somente no ano de 2019, foram distribuídos 30.214.346 (trinta milhões, duzentos e quatorze mil, trezentos e quarenta e seis) novos casos, os quais somados aos que já se encontravam em andamento, totalizaram o montante aproximado de 77.096.939 (setenta e sete milhões, noventa e seis mil, novecentos e trinta e nove) de processos, um aumento de 6,8% (seis vírgula oito por cento) em relação ao ano de 2018.

Em compensação, o Brasil apresenta um déficit de 4.615 (quatro mil seiscentos e quinze) juízes, tendo em vista que, dos 22.706 (vinte e dois mil, setecentos e seis) cargos existentes, apenas 18.091 (dezoito mil e noventa e um) encontram-se providos.⁶ Cotejando-se esses números, tem-se um valor aproximado de 1.520 (um mil quinhentos e vinte) novos casos por magistrado brasileiro, os quais, acrescidos ao número de processos pendentes, chegam ao patamar de 6.962 (seis mil, novecentos e sessenta e dois) processos por magistrado.

Deveras, a quantidade de juízes de um país deve ser proporcional à quantidade de processos em trâmite, porquanto o quadro deficitário na magistratura, pode fazer com que um único magistrado responda por mais de uma Unidade Judiciária, o que prejudica a prestação jurisdicional.

A mesma correlação pode ser feita quanto aos servidores públicos do Poder Judiciário, pois, dos 276.331 (duzentos e setenta e seis mil) cargos existentes, apenas 230.135 (duzentos e trinta mil, cento e trinta e cinco) encontram-se preenchidos, perfazendo um déficit de 46.196 (quarenta e seis mil, cento e noventa e seis) cargos vacantes⁷. Ao confrontar esses dados, tem-se o equivalente a 126 (cento e vinte e seis) novos casos anualmente para

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAnmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. > acesso em 22 de abril de 2021. pp. 47/49.

⁶ Idem. Op. cit. p. 50.

⁷ Ibidem. Op. cit. p. 46.

cada servidor, os quais, somados ao estoque processual vigente, alçam o importe de 579 (quinhentos e setenta e nove) processos por servidor⁸.

Some-se a isso, a burocracia dos ritos processuais. Com efeito, Egas Dirceu Moniz de Aragão alertava para a necessidade de simplificação dos procedimentos judiciais e, citando Roscoe Pound, salientou a indispensabilidade e a urgência de modernizar, adequar o procedimento judicial à ciência, compatibilizando-o com as exigências da sociedade⁹

Diagnóstico realizado pelo CNJ também apontou como como variável externa à estrutura do Poder Judiciário, o elevado número de advogados que entram todos os anos no mercado de trabalho e fazem uso de ferramentas ostensivas para captação de clientes, contribuindo com o incremento das macrolides. Nesta perspectiva, o Ministro Sidinei Beneti¹⁰ aponta que as macrolides são as grandes responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário Brasileiro. Justamente por ser multifatorial, a morosidade do Poder Judiciário Brasileiro não pode ser solucionada por uma única via.

Apesar disso, o Conselho Nacional de Justiça tem envidado esforços para estimular o uso de IA pelos tribunais pátrios com o objetivo de reduzir o tempo de tramitação processual, com a consequente diminuição do tempo no qual os processos aguardam na mesa de juízes ou servidores para a prática de atos processuais rotineiros. Souza¹¹ ressalva sobre a necessidade de se realizar o desenvolvimento e o uso colaborativo de ferramentas de IA para a produção de conteúdo jurídico.

2. Eficiência, Inovação e o Poder Judiciário

Conforme exposto anteriormente, a morosidade é um dos grandes problemas da justiça brasileira, para a melhoria da eficiência, mudanças são necessárias; e a adoção de

⁸ Ibidem. Op. cit. p. 49.

⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Procedimento: Formalismo e Burocracia**. Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 1, jan/mar 2001. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52485/005_aragao.pdf?sequence=1. Data de acesso: 20 abril 2021. p. 120.

¹⁰ BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e fast-track recursal**. RePro 171. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio de 2009. p. 10.

¹¹ SOUZA, Weslei Gomes. **Inteligência artificial e celeridade processual no judiciário: mito, realidade ou necessidade?** Disponível em: <Repositório Institucional da UnB: Inteligência artificial e celeridade processual no Judiciário: mito, realidade ou necessidade?> Acesso em: 21 abril de 2021.

tecnologias capazes de suprir parte desta demanda é uma alternativa viável, na qual a inteligência artificial pode ser incluída.

A eficiência, como princípio, pode ser definida como gestão do poder público para alcançar o fim almejado, e é um dever que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.¹²

Neste sentido, é evidente que o princípio aplica-se ao poder judiciário, não somente no exercício da função atípica administrativa, mas também como função típica jurisdicional. A lei orgânica da magistratura, em seu art. 35, III, VII estabelece dentre os deveres do magistrado, a necessidade de determinar providências para que os atos processuais se realizem nos prazos legais, assim como o exercício da fiscalização sobre seus subordinados.¹³

Para garantir a eficiência, é necessário inovação e propositura de novos vértices, a inteligência artificial como ferramenta capaz de integrar estratégia, competência, e eficiência pode ser utilizada, objetivando melhorias ao aparato judicial, em que pese a necessidade de adoção com cautela.

3. Inteligência Artificial e a Virada Tecnológica

As máquinas estão assumindo o trabalho de pessoas em todos os lugares. Em um passado não muito distante, a verificação ortográfica e os motores de busca eram considerados por muitos como tecnologia da informação “inteligente”.¹⁴ O uso da inteligência artificial compreende os mais variados setores da sociedade mundial, conforme Dierle Nunes¹⁵ está-se diante de um momento denominado “virada tecnológica.” E, é

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 102.

¹³ BRASIL, **Lei complementar n. 35 de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a lei orgânica da magistratura nacional. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em 28 de abril de 2021.

¹⁴ REILING, AD (Dory)., 2020. Courts and Artificial Intelligence. *International Journal for Court Administration*, 11 (2), p.8. DOI: <http://doi.org/10.36745/ijca.343>

¹⁵ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v.285, p. 421-447, nov. 2018, p. 426.

necessário, trazer para o judiciário as “ferramentas tecnológico-algorítmicas, que há muito, são de uso comum em outras áreas do conhecimento.”¹⁶

Há alegações de que os algoritmos podem prever com precisão as decisões do tribunal e que por isso não será mais necessário juízes humanos. A sociedade aprecia fantasiar sobre o futuro e como a vida será mais fácil.¹⁷ Mas o que se sabe até o momento sobre inteligência artificial?

Conceitualmente, a “IA” consiste na capacidade de um computador pensar e ter consciência da mesma forma que o ser humano, para tanto, se utiliza de algoritmos, que são expressões textuais das etapas da decisão de algum problema, que se vale de um conjunto de dados disponibilizados, combinadas com o processamento de hardware das máquinas computacionais.¹⁸ É permitir que uma máquina se comporte de tal forma que seria considerada inteligente se um ser humano se comportasse dessa forma.¹⁹ O sistema de “*machinelearning*” caracteriza-se como um subgrupo de IA, nele a máquina aprende sozinha, como solucionar o problema proposto. O sucesso do método depende dos dados disponíveis em sua base, que opera por meio de algoritmos. O sistema surge da capacidade dos computadores de examinarem uma grande quantidade de base de dados, assim, quanto maior a base, mais assertiva será a decisão tomada pela “máquina”.

Conforme aponta Wolkart, no sistema “*machinelearning*” o software consegue adaptar-se a novas situações, assim, as etapas são executadas repetidas vezes até atingir um resultado confiável.²⁰ Salienta-se, que a inteligência artificial mostra-se como ferramenta útil para uma análise jurídica eficiente, tendo em vista a possibilidade de automatizar pesquisas, auxiliar na redução de tempo, na otimização de funções e na melhor identificação de termos para consulta. Nos EUA por exemplo, sistemas de inteligência artificial, como o Ross e o Watson, são usados por escritórios advocatícios para efetuar pesquisas jurídicas, analisar documentos, redigir contratos e prever resultados.²¹

¹⁶ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de Direitos e Garantias fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018, p. 223.

¹⁷ REILING, AD (Dory)., 2020. Courts and Artificial Intelligence. **International Journal for Court Administration**, 11 (2), p.8. DOI: <http://doi.org/10.36745/ijca.343>.

¹⁸ COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: LTC, 2010, p. 29.

¹⁹ MCCARTHY, John. A proposta para o projeto de pesquisa de verão de Dartmouth em Inteligência Artificial. 1955. In: Jerry Kaplan. **Inteligência Artificial: O que todos precisam saber**. Oxford: Oxford University Press. 2016.

²⁰ WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil. São Paulo: **RT**, 201, p. 706.

²¹ KATZ, DM, B.; MJ II, J. **A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States**. 2017. Disponível em: <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>>. Acesso em 21 abril de 2021.

Quem define os dados a partir dos quais a IA irá fazer a análise é um indivíduo e, portanto, cabe a reflexão de que neste processo existe a possibilidade de que ele desvirtue a máquina a reproduzir padrões discriminatórios que eventualmente possua.²² Para evitar esta incidência, é importante que tais ferramentas alimentadas por indivíduos sejam auditáveis, a fim de evitar critérios de tomada de decisão injustos e não transparentes.

4. O futuro do Poder Judiciário brasileiro e seus desafios

O emprego da Inteligência Artificial no Poder Judiciário é pósterio, apesar de possuir realidades diferentes, em reforma do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Popular da China está promovendo o sistema de “julgamentos semelhantes para casos semelhantes”, por meio do uso de inteligência artificial, a fim de assegurar o respeito aos precedentes e aumentar a segurança jurídica das decisões judiciais.²³ É possível a aplicação da IA nos tribunais, pois o software é capaz de pesar evidências legais e questões morais de certo e errado, e pode prever com precisão o resultado em centenas de casos da vida real. O juiz da “AI” pode chegar aos mesmos veredictos que os juízes do tribunal europeu de direitos humanos em quase quatro em cinco casos envolvendo tortura, tratamento degradante e privacidade. Conforme artigo publicado no *The Guardian*, em 78% dos avaliados, o veredicto da AI foi o mesmo que o proferido pelo tribunal.²⁴

Alguns tribunais brasileiros se valem de IA para auxílio na triagem de processos e julgamentos. Os primeiros passos foram dados²⁵, dentre eles destacam-se o TST (Tribunal Superior do Trabalho), STJ (Superior Tribunal de Justiça), e o STF²⁶ (Supremo Tribunal

²² BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fatima da F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos Tribunais brasileiros. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019, p. 68.

²³ INSTITUTO NEW LAW. Grupo Uniftec. **Inteligência Artificial e o Poder Judiciário na China**. 2019. Disponível em: < <https://newlaw.com.br/na-china-o-futuro-do-poder-judiciario-esta-na-inteligencia-artificial/> > acesso em 29 abril de 2021.

²⁴ THE GUARDIAN. **Artificial intelligence “judge” developed by UCL computer scientists**. 2017. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists> > acesso em 20 abril de 2021.

²⁵ Diversos Tribunais de Justiça, como os dos Estados do Acre, Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Rondônia, desenvolveram a sua própria ferramenta. Conforme: D’ALMEIDA, André Correa; BREHM, Katie; HIRABAYASHI, Momori; LANGEVIN, Clara; MUÑOZCANO, Bernardo Rivera; SEKIZAWA, Katsumi; ZHU, Jiayi. **Futuro da IA no sistema judiciário brasileiro: mapeamento, integração e governança**. New York, 2020. P. 13-14.

²⁶ No âmbito do STF, foi criado – VICTOR, capaz de analisar os casos de repercussão geral, prometendo decidir aproximadamente dez mil processos e remetê-los às instâncias inferiores. A devolução para o Tribunal de origem se dá tanto na aplicação de tese já aprovada pelo STF, quanto para as hipóteses de sobrestamento (art. 1.036 do CPC). Esta última entrega da ferramenta está em fase de homologação, mas já encontra uma média de acerto de aproximadamente 90% (noventa por cento). Fonte: TEIXEIRA, Matheus. **STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos**. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/stf-investe-em-inteligencia-artificial-para-dar-celeridade-a-processos/>> acesso em 28 abril de 2021.

Federal).²⁷ Contudo, em países como o Brasil, de democracia “recente” e em constante ameaça, o uso da Inteligência Artificial pelo judiciário, demanda análises e discussões ainda mais profundas.

Isso pois, na implementação da IA uma gama de desafios a serem enfrentados são apresentados: do reconhecimento de padrões éticos, e decisões tendenciosas tomadas por algoritmos baseados em IA, transparência e responsabilidade.²⁸ Desta forma, questiona-se; o que a IA pode fazer pela administração da justiça brasileira e o que isso exige? A redução da complexidade está no cerne dos processos judiciais, independentemente do assunto. Em que pese os avanços produzidos, resta muito a evoluir, máxime, durante o processo de “*machinelearning*”, para evitar que preconceitos e estereótipos do operador humano sejam reproduzidos pela máquina e, com isso, façam do Poder Judiciário um agente promotor de desigualdades, reforçando-se a necessidade de um sistema auditável.

Não se discute que dentre as alternativas para o Poder Judiciário alcançar a eficiência e celeridade processual a IA é a mais promissora. Entrementes, para além do seu aperfeiçoamento do ponto de vista ético, moral e de transparência, exsurtem desafios, inclusive, de nível sociológico. Por um lado, o desenvolvimento da IA poderia compensar em parte o déficit de juízes e servidores do Poder Judiciário, pois os já existentes poderão se dedicar às atividades que ensejam desenvolvimento intelectual inalcançável, ao menos por ora, pela máquina.

Desponta, igualmente, uma tendência a maior qualificação dos serventuários da justiça, enquanto operadores da tecnologia de IA, pela necessidade de aprimoramento em conhecimentos em tecnologia da informação, o que levará paulatina e inexoravelmente, à redução da necessidade de existência de cargos de menor escolaridade. A redução do quadro de servidores impactará positivamente nas despesas com folha de pagamento e previdência a longo prazo²⁹. Por outro lado, por se tratar de solução mais barata, com igual ou maior qualidade e conveniente, a IA pode acarretar alterações nos estilos de vida, e experiências culturais, com possíveis efeitos na vida privada, no sistema educacional, no desenvolvimento

²⁷ BRITO, Thiago Souza; FERNANDES, Rodrigo Saldanha. Inteligência Artificial e a Crise do Poder Judiciário: Linhas Introdutórias sobre a Experiência Norte-Americana, Brasileira e sua Aplicação no Direito Brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, v.91, n.2, p. 84-107 Set. 2020. ISSN 2448-2307. p. 10.

²⁸ UNESCO. *AI and the Rule of Law: Capacity Building for Judicial Systems*. Disponível em: <<https://en.unesco.org/artificial-intelligence/mooc-judges>> Acesso em 28 abril de 2021.

²⁹ HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG. **Inteligência Artificial como Oportunidade para a Regulação Jurídica**. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756> >. Acesso em 10 abril de 2021. p. 14.

da opinião pública e, por meio dela, também nos processos de tomada de decisões políticas³⁰, sendo imprescindível o desenvolvimento de estudos nesse setor para aprimorar a aplicação da IA.

Considerações finais

Os benefícios da implementação da IA no Poder Judiciário são inexoráveis. O efeito principal é promover a celeridade processual, com a consequente redução das taxas de congestionamento processual, na medida em que há a liberação de servidores e magistrados para que exerçam atividades com maior desenvolvimento intelectual, deixando para a máquina a prática de atos burocráticos, prolação de decisões e sentenças em processos de baixa complexidade ou em macrolides, mediante aplicação de posicionamentos reiterados dos tribunais superiores. Contudo, o uso da IA possui desafios que vão desde o *machinelearning*, a fim de que a máquina não reproduza preconceitos e estereótipos do seu “treinador” humano, até efeitos secundários de longo prazo, tais como, a barateamento das despesas com a folha de pessoal, com a redução do número de servidores; maior qualificação dos servidores e juízes para o manuseio do sistema, notadamente na área de tecnologia da informação, sendo plausível o início de estudos a respeito da possibilidade de inclusão de disciplinas referentes a essa área nos cursos jurídicos e as alterações de cunho sociológico no estilo de vida, educacional, experiências culturais na vida privada dos servidores, Juízes, advogados e jurisdicionados para que se adaptem a pujante realidade da IA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Procedimento: Formalismo e Burocracia**. Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 1, jan/mar 2001. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52485/005_aragao.pdf?sequence=1>. Acesso: 20 abril de 2021. p. 120.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e fast-track recursal**. RePro 171. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio de 2009. p. 10.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos**. Disponível em: <<https://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/NovaTecnica.pdf>>. Acesso em 22 abril de 2021. p. 02.

³⁰ Idem. Op. cit. p. 22.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. *Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos Tribunais brasileiros. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, jul./out. 2019, p. 68.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL, **Lei complementar n. 35 de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a lei orgânica da magistratura nacional. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em 28 de abril de 2021. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 482.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inteligência artificial no Poder Judiciário Brasileiro**. 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf. Acesso em 15 de abril de 2021. pp. 29-32.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. > acesso em 22 de abril de 2021. pp. 47/49.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: LTC, 2010, p. 29.

D'ALMEIDA, André Correa; BREHM, Katie; HIRABAYASHI, Momori; LANGEVIN, Clara; MUÑOZCANO, Bernardo Rivera; SEKIZAWA, Katsumi; ZHU, Jiayi. **Futuro da IA no sistema judiciário brasileiro: mapeamento, integração e governança**. New York, 2020. P. 13-14.

HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG. **Inteligência Artificial como Oportunidade para a Regulação Jurídica**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

INSTITUTO NEW LAW. Grupo Uniftec. **Inteligência Artificial e o Poder Judiciário na China**. 2019. Disponível em: < <https://newlaw.com.br/na-china-o-futuro-do-poder-judiciario-esta-na-inteligencia-artificial/> > acesso em 29 de abril de 2021.

KATZ, DM, B.; MJ II, J. **A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States**. 2017. Disponível em:<<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>>. Acesso em 21 de abril de 2021.

MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. **Revista de Direitos e Garantias fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018, p. 223.

MCCARTHY, John. A proposta para o projeto de pesquisa de verão de Dartmouth em Inteligência Artificial. 1955. In: Jerry Kaplan. **Inteligência Artificial: O que todos precisam saber**. Oxford: Oxford University Press. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 102.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v.285, p. 421-447, nov. 2018, p. 426.

REILING, AD (Dory)., 2020. Courts and Artificial Intelligence. *International Journal for Court Administration*, 11 (2), p.8.

SOUZA, Wesley Gomes. **Inteligência artificial e celeridade processual no judiciário: mito, realidade ou necessidade?** Disponível em: <[Repositório Institucional da UnB: Inteligência artificial e celeridade processual no Judiciário: mito, realidade ou necessidade?](#)> Acesso em: 21 abril de 2021. p. 02

THE GUARDIAN. **Artificial intelligence “judge” developed by UCL computer scientists.** 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists>> acesso em 20 abril de 2021.

UNESCO. ***AI and the Rule of Law: Capacity Building for Judicial Systems.*** Disponível em: <<https://en.unesco.org/artificial-intelligence/mooc-judges>> Acesso em 28 abril de 2021.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil.* São Paulo: **RT**, 201.

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE IMPACTOS DE NOVAS TECNOLOGIAS DIGITAIS EM PROCESSOS DE RECRUTAMENTO

Legal Analysis About The Impacts Of New Digital Technologies In Recruitment Processes

THAÍS DE OLIVEIRA MARTINS¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Dever de informação; 3. Proteção de Dados Pessoais; 4. Dever de não discriminação; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Em uma sociedade marcada pelo surgimento e constante evolução das novas tecnologias da informação e comunicação, não há dúvidas quanto ao fato de que elas vieram para ficar. O processo de recrutamento, então, não ficou de fora da incidência dessas tecnologias digitais que, por um lado, apresentaram inúmeras vantagens, mas, por outro, tornaram-se uma grande ameaça aos direitos do candidato a emprego, gerando a necessidade de se garantir um equilíbrio. Nesse contexto, o presente artigo torna-se relevante para a sociedade hodierna, tendo em vista que o assunto transcende a realidade da sociedade, “invadindo” o espaço acadêmico, provocando novos questionamentos que precisam ser estudados, analisados e debatidos. Dessa feita, será realizada uma análise jurídica sobre os impactos das novas tecnologias digitais em processos de recrutamento; abordando, portanto, o dever de informação, de proteção de dados e de não discriminação. Tal estudo nos remeteu a conclusão de que há um elevado nível de proteção garantido pelo ordenamento jurídico nacional e comunitário, mas que é preciso que seja desenvolvida uma proteção também em nível de representação coletiva para que essa proteção tenha maior eficácia em termos práticos. Para tanto, visando a chegar a esse resultado, foi feita uma análise dos princípios e da legislação que envolvem a proteção de direitos passíveis de violação no âmbito do recrutamento, comparando-os com exemplos práticos e doutrina existente sobre o tema.

Palavras-chave: Processo de recrutamento; Proteção de Dados; Novas Tecnologias.

Abstract: In a society characterized by the rise and continuous evolution of new information and communication technologies, one thing is a fact: they are here to stay. The recruitment processes were not excluded from the impact of these digital technologies, on one hand contributing with countless advantages, although on the other one, behaving as a serious threat to the rights of candidates applying, leading to the need to ensure a balance. In this context, the present article is relevant for today's society, since the subject transcends the reality of society, permeating the academic sphere, raising new questions that need to be researched, analyzed, and debated. Following, a legal analysis on the impacts of new digital technologies on recruitment processes will be conducted, addressing, therefore, the duty of information, data protection and non-discrimination. This study has led us to the conclusion that there is a high level of protection guaranteed by the national and community legal systems, although protection must also be developed at the level of collective representation, to be more effective in practical terms. To achieve this outcome, an analysis of the principles and legislation involving the protection of rights that may be violated in the scope of

¹ Advogada, mestranda em ciência jurídica – especialidade Direito Laboral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes e Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense, email: thais-martins@edu.ulisboa.pt

recruitment was performed, comparing them with practical examples and existing doctrine on the subject.

Key words: Recruitment Process; Data Protection; New Technologies.

1. Introdução

Com o surgimento e a evolução das novas tecnologias da informação e comunicação, as modalidades de recrutamento sofreram inúmeras alterações. O ato frequente de entregar currículos em papéis diretamente a empresas que processavam os mesmos de forma manual, presencial e individual foi progressivamente substituído por redes sociais profissionais, plataformas de cadastramento de currículos e um processamento auxiliado por algoritmos, que passaram a facilitar toda a atividade.

Na nova sociedade informática, as tecnologias digitais se tornaram um recurso frequente em todas as fases do processo de seleção de trabalhadores, independentemente se essa seleção é feita de forma direta pelo contratante ou pelo setor de recursos humanos (RH). É possível identificarmos a presença de meios tecnológicos, por exemplo, desde o momento em que uma assistente virtual a ajuda responder a questões do candidato no momento de inscrição no processo seletivo, até a seriação de candidatos por meio de algoritmos que cruzam informações do perfil considerado ideal para o posto de trabalho com as competências, formações e experiências do candidato. Esses e diversos outros procedimentos têm contribuído para tornar o processo mais célere, eficaz e com menos custos operacionais.

Entretanto, apesar de o cenário parecer extremamente benéfico e promissor, muitas são as questões que se põem diante da facilidade do acesso à informação dos candidatos e da atividade exclusiva dos algoritmos. Colocam-se, como exemplos, a dificuldade em garantir que o algoritmo seja justo, já que a subjetividade do recrutador pode ser passada para o algoritmo, ou o mesmo pode criar outro parâmetro não pensado, a falta de transparência no processo automatizado e a exposição do trabalhador a novas formas de violação de direitos.

Tendo em vista esse contexto, o presente trabalho visa a realizar uma análise jurídica dos impactos de novas tecnologias em processos de recrutamento, abordando, em três diferentes tópicos, o dever de informação, a proteção de dados pessoais e o dever de não discriminação. Para tanto, foi feita uma análise dos princípios e da legislação os quais envolvem a proteção de direitos passíveis de violação no âmbito do recrutamento, comparando-os com exemplos práticos e com doutrinas existentes sobre o tema.

2. Dever de Informação

Na fase pré-contratual, com fundamento no princípio da boa-fé (art. 102º do CT), o dever de informação previsto no art. 106º e seguintes do Código do Trabalho (CT) deve ser observado. Esse dever incidirá tanto para o empregador (art. 106º, nº 1 do CT), quanto para o trabalhador (art. 106º, nº 2 do CT) e deve ser interpretado em conjunto com os artigos 16º e 17º do CT que tratam sobre a reserva da intimidade da vida privada e a proteção de dados pessoais. Devem ser levados em consideração, ainda, os direitos fundamentais constitucionais e os direitos da personalidade previstos no Código Civil (CC) nos artigos 70º e seguintes².

Assim, no contexto do recrutamento, o empregador não poderá exigir que o candidato preste informações relativas à sua vida privada, à sua saúde ou a um eventual estado de gravidez (art. 17º, nº 1 do CT), estando vetado, no decorrer de uma entrevista ou de um questionário on-line, inquirir, por exemplo, sobre convicções políticas e religiosas, etnia, gravidez ou planeamento familiar. No entanto, caso essa informação constitua um requisito objetivo estritamente necessário e justificado para o desempenho da atividade³, é possível que sejam requeridas tais informações ao candidato. Logo, os limites do dever de informação devem ser analisados caso a caso.

Analisado isso, caso o empregador atue ilicitamente, insistindo em perguntas que invadam a vida privada do candidato, este pode se recusar a responder sem que incida qualquer sanção. No entanto, na prática, a situação não se põe com tamanha simplicidade. O silêncio, inevitavelmente, comprometerá a oportunidade de emprego, afastando o candidato do processo de seleção, pois, de fato, a falta de resposta ou a contestação ao questionamento serão, certamente, entendidas pelo empregador como um indício de que a resposta não lhe seria vantajosa, originando, desde logo, práticas discriminatórias.

Portanto, para evitar a eliminação do candidato no processo seletivo, a doutrina tem defendido o “direito” à mentira⁴. Apesar de parecer contraditório ao princípio da boa-fé

² Destaca RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Tratado de Direito do Trabalho**. Volume II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019, p. 141.

³ Anota RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Tratado de Direito do Trabalho...**, p. 141.

⁴ Conforme LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho. **Reformas do Código do Trabalho**, Coimbra, (2004), p. 186; AMADO, João Leal - **O Contrato de Trabalho**, Coimbra: Almedina, 2019, p. 181; APOSTOLIDES, Sara Costa - **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade no contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 255-261. Além de ampla doutrina, o Tribunal da Relação de Lisboa também se posicionou favoravelmente no proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-4, de 18 de Abril de 2012, em que julgou ilegítima a inquirição relativa à atividade profissional do cônjuge ou familiares do trabalhador. No entanto, posiciona-se contrariamente, MARTINEZ, Pedro Romano [et al.] - **Código do Trabalho Anotado**. 13.ª edição. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 285-286, afirmando que, por imposição do princípio da boa fé, a mentira parece ser inadmissível.

contratual, a prática pode ser utilizada quando for a única forma de preservar sua esfera privada e posição negocial, sem que seja possível o empregador alegar quebra do dever de lealdade por apresentação de informação falsa⁵, uma vez que se trata de um pedido de informação ilícito e o empregador não pode se beneficiar do mesmo.

A solução apresentada pela doutrina, por anos, pareceu resolver o problema das inquirições ilícitas, no entanto, com as novas tecnologias da informação e comunicação, o questionamento que antes era feito, diretamente, aos empregados no momento das entrevistas presenciais, deu lugar a uma enorme recolha de dados que, em razão da *Big Data*, podem ser usados conjuntamente. Vejamos, por exemplo, se ao invés de o empregador questionar a candidata se ela está grávida, ou se tem interesse em engravidar; ele, por meio de algoritmos, passasse a buscar, nas redes sociais da mesma, essa informação por intermédio das páginas que ela segue ou compartilha, ou ainda dos comentários realizados e dos conteúdos curtidos; isso faria com que não houvesse uma comunicação direta com a candidata.

Nos EUA, por exemplo, há empresas especializadas em realizar o chamado *employment background check*, ou seja, sem que os candidatos saibam, essas empresas dedicam-se a apurar os seus hábitos de vida, bairro em que cresceram, a existência de cadastros criminais, de dívidas em banco e até sobre o uso controlado ou não do cartão de crédito. A partir disso, com base em algoritmos, montam o perfil dos candidatos com todas as informações. Nessa nova perspectiva, não depende mais de o candidato prestar a informação, mas, sim, do conteúdo que o mesmo dispõe na internet ou das informações encontradas em cadastros de empresas a que se encontre vinculado, tornando os meios supracitados menos eficazes.

Dessa forma, apesar de não existir, no ordenamento jurídico português, uma norma específica para esses casos, o art. 17º do CT, que trata da proteção dos dados pessoais, é capaz de tutelar o empregado nessas situações; e, uma vez verificada a atuação ilícita da entidade empregadora, esta pode vir a incorrer em responsabilidade pré-contratual por violação do princípio da boa-fé na formação do contrato de trabalho, conforme art. 102º do CT e do art. 227º do CC.

3. Proteção de Dados Pessoais

⁵ Conforme RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho...*, pp. 141 e 142.

O primeiro desafio que discutiremos em matéria de privacidade e proteção de dados é o consentimento dado pelo candidato a emprego para o tratamento de seus dados. O art. 4º, nº 11, do RGPD define consentimento como “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”. Dessa forma, como já mencionado pelo Grupo de Trabalho do artigo 29º (GT29), se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, sem se sentir fraudado, coagido ou intimidado a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, o consentimento não constituirá fundamento jurídico válido⁶. Ademais, o considerado 43 do RGPD também assegura que, em casos de manifesto desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, o consentimento não constituirá fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais⁷.

No entanto, pode haver situações excepcionais em que é possível ao empregador demonstrar que o consentimento foi dado livremente. Atendendo ao desequilíbrio de poder entre candidato ao posto de trabalho e entidade empregadora, estes só podem dar o seu consentimento livremente quando o ato de dar ou recusar o consentimento não produzir nenhuma consequência negativa.

Nesses casos, será usado, como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais, o respeito pelo princípio da finalidade, observando sempre o princípio da proporcionalidade. Isso porque, ainda que o consentimento do trabalhador tenha sido prestado, se o tratamento não respeitar esses princípios, ou seja, se não for pertinente, necessário, ou não tiver finalidade lícita, será sempre ilícito⁸.

Feitas essas considerações, não podemos ignorar o art. 28º, nº 3 da Lei 58/2019 que trata, também, sobre o consentimento. Contudo, o referido artigo parece não ter a melhor redação e trouxe algumas questões que vieram a ser discutidas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD). Vejamos.

⁶ Apontamento realizado pelo Grupo de Trabalho do artigo 29.º no seu Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento (WP 187), p. 14.

⁷ Posiciona-se o GT29, em sua orientação relativa ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, p. 7, no sentido de que é considerada problemática a questão de os empregadores procederem ao tratamento de dados pessoais dos seus trabalhadores atuais ou futuros com base no consentimento, uma vez que é improvável que esse consentimento seja dado de livre vontade, pois, em regra, a sua recusa vem acompanhada de medo ou risco real de consequências negativas. Relativamente à maior parte deste tratamento de dados no local de trabalho, o fundamento legal não pode nem deve ser o consentimento dos trabalhadores, devido à natureza da relação entre empregador e trabalhador.

⁸ Nesse mesmo sentido, MOREIRA, Teresa Coelho - Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho. **Estudos APODIT 6 – O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho**. Lisboa: Editora AAFD, 2020, p. 28.

O referido artigo estabelece que “salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais se: do tratamento resultar uma vantagem ⁹ jurídica ou económica para o trabalhador”, ou se esse tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular de dados.

Como se pode observar na primeira parte (alínea a), esta acaba por ser incompatível com a previsão do art. 4º, nº 11 do RGPD e o considerado 42/43, pois, apesar de ser consolidado o entendimento de que o consentimento individual em âmbito laboral não deve ser considerado com fundamento jurídico válido por não estar verdadeiramente livre em razão da própria natureza da atividade, existem casos excepcionais em que a manifestação do candidato a emprego não apresenta qualquer risco para os seus direitos e interesses.

Dessa forma, a CNPD decidiu por desaplicar a norma por considerar uma restrição excessiva do direito fundamental à autodeterminação informacional ou à proteção dos dados enquanto direito ao controle dos seus próprios dados, para além do que é necessário à salvaguarda dos direitos e interesses dos trabalhadores ¹⁰.

Quanto à segunda parte da norma (alínea b) que remete para o artigo 6.º, n.º 1, alínea b) do RGPD), não há grandes questionamentos a serem levantados, uma vez que o tratamento dos dados necessários para a execução do contrato ou de diligências pré-contratuais serão, em regra, impostos por lei, sendo irrelevante o consentimento do titular dos dados ¹¹.

Depois do que foi até aqui analisado sobre o consentimento do candidato a emprego, cabe investigarmos o período de conservação dos dados pessoais apresentados em decorrência de uma candidatura. Cumpre ressaltar, inicialmente, que a candidatura pode ser apresentada de forma espontânea ou em decorrência do anúncio de uma vaga a emprego específica. Isso se mostra relevante, porque tanto o considerado 39 do RGPD, como o art. 5º, nº 1, alínea e) do RGPD asseguram que os dados disponibilizados devem ser conservados durante o período necessário para alcançar as finalidades em que incide o tratamento.

⁹ Ressalta MOREIRA, Teresa Coelho - Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho..., p. 30 que o termo “vantagem” deve ser entendido como uma verdadeira vantagem inequívoca e considerável, já que o legislador não apresentou nenhuma noção da mesma e há muitas dúvidas sobre a verdadeira liberdade do consentimento prestado por um trabalhador e, ainda mais, por um candidato.

¹⁰ Deliberação 2019/494, de 3 de setembro de 2019, da CNPD, p. 5v.

¹¹ VASCONCELOS, Joana - RGPD e Contratação Coletiva. **Estudos APODIT 6 – O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho**. Lisboa: Editora AAFD, 2020, p. 44 desperta, ainda, certa estranheza para o fato de que o legislador transpôs para a Lei 58/2019 apenas uma das duas hipóteses de licitude do tratamento de dados aplicáveis no âmbito da relação laboral, deixando de fora o artigo 6.º, n.º 1, alínea c) do RGPD que assegura ser lícito o tratamento de dados quando “necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica e a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito”.

Buscando compreender o que seria entendido como “período necessário” e levando em consideração a desatualização rápida dos dados que foram disponibilizados pelo candidato, entendemos que, no caso das candidaturas para vagas específicas, esse período será a duração do processo de recrutamento e seleção. Sendo admitido, ainda, que, desde que haja concordância das partes, os dados disponibilizados na candidatura sejam conservados pelo período de um ano contado do momento da disponibilização, com vista a uma nova oportunidade de emprego¹². Já nos casos de candidaturas espontâneas, o período de um ano parece-nos suficiente, visto que o reconhecimento de um prazo maior, consequentemente, acarretaria em desatualizações dos dados presentes no CV.

Por fim, cumpre salientar a impossibilidade de realização de processos de recrutamento totalmente automatizados (considerado 71 e o art. 22º do RGPD), isto é, que sejam capazes de traçar perfis e/ou tomar decisões sem que haja interferência humana. Contudo, a decisão automatizada será permitida¹³ nos casos em que se mostre realmente necessária ¹⁴ (art. 22º, nº 2, alínea a) do RGPD) para o cumprimento de diligências no processo de recrutamento.

Feitas todas essas considerações, conclui-se que os recrutadores devem levar sempre em consideração a irrelevância do consentimento para tratamento dos dados pessoais dos candidatos a emprego, fundamentando o tratamento/recolha dos dados, conforme já analisado, em fundamentos jurídicos válidos. Ademais, é de suma importância que o tratamento desses dados ocorra de forma transparente. Portanto, caberá às empresas de RH ou entidades empregadoras serem proativas na informação prestada aos candidatos (artigo 5.º, nº 2 do RGPD)¹⁵.

¹² O Conselho da Europa, Recomendação CM/Rec (2015) 5 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, ponto 13.2, anota que, nos casos em que o empregador pretenda conservar os dados com vista a uma nova oportunidade de emprego, o titular dos dados deverá ser informado desse facto e de lhe ser dada a possibilidade de se opor a esse tratamento posterior.

¹³ Também será permitida a tomada de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, nos casos autorizados pelo direito da União ou dos Estados-Membros a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados, ou mediante consentimento explícito do titular dos dados (artigo 22.º, nº 2, alíneas b) e c) do RGPD). Quanto a essa última hipótese, considerar o que foi até aqui tratado sobre consentimento.

¹⁴ Nota o GT29, em sua Orientação sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, pp. 25-26, que o responsável pelo tratamento deve ser capaz de demonstrar que esse tipo de tratamento é necessário, avaliando se seria possível adotar um método menos intrusivo para a privacidade.

¹⁵ Esse dever de informação da entidade empregadora sobre o tratamento de dados dos candidatos consiste em um meio desenvolvido para reequilibrar a relação de trabalho, evitando a assimetria na informação sobre as condições de trabalho e, portanto, protegendo o trabalho por essa via.

4. Dever de Não Discriminação

Ao inserirmos as TICs no processo de recrutamento, em um primeiro momento, imaginamos que as mesmas serão extremamente benéficas, tornando o processo mais justo e menos subjetivo; reduzindo, assim, diversas formas de discriminação. No entanto, não podemos considerar que os algoritmos sejam completamente neutros, pelo contrário, eles podem refletir o preconceito de quem os programa, ou o próprio algoritmo, baseando-se em dados históricos armazenados, pode prosseguir com discriminações estruturais.

Esse cenário pode ser visualizado no caso da Amazon.com que, em 2015, reconheceu que o seu sistema desenvolvido para recrutar candidatos discriminava mulheres nas funções de desenvolvedor de software e outros cargos técnicos na empresa. Isso porque o sistema de IA, que revisava rapidamente os currículos e pontuava os candidatos, foi desenvolvido a partir da base de arquivos com perfis dos candidatos selecionados nos últimos 10 anos, os quais, em sua maioria, foram homens; um reflexo do domínio masculino em toda a indústria da tecnologia. Com isso, a IA aprendeu que os homens eram preferíveis e começou a discriminar as mulheres ¹⁶.

Observa-se, então, que, na verdade, a tecnologia em si mesma é neutra, mas as pessoas que a utilizam não são e, sendo assim, por intermédio da linguagem que é transmitida ao algoritmo, é possível, conscientemente ou não, discriminar grupos de pessoas que, em regra, já enfrentam problemas de desigualdade. Nesse contexto, TERESA MOREIRA defende que é possível melhorar, consideravelmente, a discriminação por algoritmos se a TIC for desenvolvida desde o início por meio de uma aproximação com os direitos humanos, inserindo a defesa da igualdade e da proibição da discriminação, de transparência e de sustentabilidade¹⁷. Deve-se buscar uma tecnologia que desenvolva a igualdade desde a conceção e por defeito, semelhante ao previsto no art. 25º e no considerado 78 do RGPD.

No entanto, apesar da garantia vislumbrada e a ética exigida das empresas, provavelmente, estaremos diante de uma orientação utópica, tendo em vista que a tecnologia é desenvolvida pela parte mais forte da relação jurídico laboral que possui o poder econômico. As empresas de desenvolvimento tecnológico contratadas pelas entidades empregadoras, na prática, não possuem grande preocupação com os direitos fundamentais

¹⁶ Conforme REIS, Beatriz de F. R.; GRAMILHO, Vivian M. C. - A Inteligência Artificial no Recrutamento de Trabalhadores: o Caso Amazon Analisado Sob a Ótica dos Direitos Fundamentais. **XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. vol. I, 2019, pp. 4-5.

¹⁷ Anota MOREIRA, Teresa Coelho - Igualdade de Género no Trabalho 4.0. **Estudos APODIT 5 – Igualdade nas Relações de Trabalho**. Lisboa: Editora AAFD, 2019, p. 65.

do candidato a emprego, mas apenas refletem o poder da entidade empregadora em várias de suas manifestações. Isso pode ser observado na falta de transparência, violação de dados pessoais e condutas discriminatórias, por exemplo.

Diante disso, entendemos que todas as medidas protetivas apresentadas no RGPD são extremamente importantes para a proteção dos direitos fundamentais dos candidatos ao posto de trabalho. Contudo, isoladamente, essas podem não apresentar uma eficácia tão elevada quanto esperada. Por conseguinte, defendemos que, em complemento à proteção conferida pelo legislador, deve ser garantida uma proteção a ser exercida pela representação coletiva dos trabalhadores, com especial relevo pelas associações sindicais.

Atualmente, apesar da importância, não é comum verificarmos a presença de representações coletivas no processo de recrutamento. Essa afirmação pode ser confirmada pelo estudo do Centro de Relações Laborais¹⁸ que, ao questionar sobre a participação dos trabalhadores nos processos de recrutamento, só obtiveram duas respostas positivas: uma informando da audição do sindicato, pelo Ministério da Educação, no regime de concursos de professores, e outra, dando nota do envolvimento dos trabalhadores no processo de seleção e contratação de novos trabalhadores (empresa do setor hoteleiro).

De fato, é de suma importância que esse cenário seja alterado e que as representações coletivas dos trabalhadores se ponham mais atentas ao acompanhamento dos processos de recrutamento, bem como nas especificidades dos algoritmos usados, para que não seja desenvolvido nenhum tipo de medida discriminatória, nem seja tomada nenhuma decisão automatizada, por exemplo. Ademais, ressaltamos aqui a possibilidade prevista no art. 88º do RGPD de, na ordem interna de cada Estado-Membro, as convenções coletivas estabelecerem normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores.

Dessa forma, acreditamos que a combinação da legislação com a proteção em âmbito coletivo pode se mostrar eficiente em termos teóricos e práticos para compor a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

5. Conclusão

Em uma sociedade marcada pelos avanços constantes da tecnologia, não há mais dúvidas quanto ao fato de que elas vieram para ficar e, no processo de recrutamento, não foi

¹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **A Economia Digital e a Negociação Coletiva**. Centro de Relações Laborais. 2019, p. 93. [03 Maio 2020]. Disponível em: <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Estudo/d0ffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486>

diferente. Contudo, ao mesmo tempo em que devemos buscar aprimorá-las e usufruir dos benefícios que nos proporcionam, é preciso que o Direito do Trabalho não fique à margem desses avanços e proteja os direitos fundamentais dos trabalhadores. Haja vista que, tendencialmente, essas TIC podem vir a violar dados pessoais, gerar discriminação, além de inúmeras outras possibilidades negativas.

Diante desse contexto, tornou-se necessário encontrar um equilíbrio entre a garantia dos direitos do candidato ao emprego, especificamente no processo de recrutamento, e o gozo dos benefícios oferecidos por essas tecnologias. Assim, conforme analisado, no âmbito do dever de informação, o CT, nos art. 16º e 17º, dedica-se a estabelecer uma limitação do mesmo, inviabilizando questionamentos que invadam a vida privada do candidato a emprego.

Na sequência, observamos a proteção prevista no RGPD, destacando a irrelevância do consentimento em decorrência da natureza da relação jurídica existente entre candidato a emprego e entidade empregadora; devendo, assim, o tratamento dos dados ocorrer com fundamento no princípio da finalidade, observando sempre o princípio da proporcionalidade.

Para além disso, destacamos também a proibição da definição de perfis e tomada de decisões automatizadas, ou seja, sem a presença humana. Isso se mostra de importância vital, pois é desse contexto que, em regra, decorre a falta de transparência e o desenvolvimento de inúmeras possibilidades de práticas discriminatórias, apesar de ambas serem protegidas legalmente. Somado a tudo isso, o RGPD prevê que os empregadores desenvolvam a sua tecnologia desde a concepção e por defeito (considerado 78 e artigo 25.º ambos do RGPD), exigindo, portanto, uma postura ética que evite a violação de direitos.

Assim, observamos que, mesmo diante desses desafios impostos pelas TIC, um elevado nível de proteção é garantido pela combinação das normas nacionais com as normas comunitárias. Porém, torna-se necessário, a termos práticos, que seja realizada uma proteção, em caráter mais específico, pelas representações coletivas, em especial as associações sindicais, que já possuem amparo legislativo para tal.

Referências Bibliográficas

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - **Deliberação n.º 2019/494**. 03 de setembro de 2019.

CONSELHO DA EUROPA - **Recomendação CM/Rec (2015) 5 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral.**

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - **Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679.** 28 de novembro de 2017, última redação revista e adotada em 10 de abril de 2018, 17/PT, WP259 rev.01.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - **Orientação sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679.** 03 de outubro de 2017, última redação revista e adotada em 06 de fevereiro de 2018, 17/PT, WP251 rev.01.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - **Parecer 2/2017 sobre o tratamento de dados no local de trabalho.** 08 de julho de 2017, 17/PT, WP249.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - **Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento.** 13 de julho de 2011, 17/PT, WP187.

MOREIRA, Teresa Coelho - Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho. **Estudos APODIT 6 – O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho.** Lisboa: Editora AAFD, 2020.

___ - Igualdade de Género no Trabalho 4.0. **Estudos APODIT 5 – Igualdade nas Relações de Trabalho.** Lisboa: Editora AAFD, 2019.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **A Economia Digital e a Negociação Coletiva.** Centro de Relações Laborais. 2019. [03 Maio 2020]. Disponível em: <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Estudo/d0ffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486>

___ - **Tratado de Direito do Trabalho.** Volume II. 7.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.

REIS, Beatriz de F. R.; GRAMILHO, Vivian M. C. - A Inteligência Artificial no Recrutamento de Trabalhadores: o Caso Amazon Analisado Sob a Ótica dos Direitos Fundamentais. **XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea.** vol. I, 2019.

VASCONCELOS, Joana - RGPD e Contratação Coletiva. **Estudos APODIT 6 – O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho.** Lisboa: Editora AAFD, 2020.

O CONTROLE SOCIETÁRIO, A TEORIA *BUSINESS JUDGEMENT RULE* E A INFLUÊNCIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Corporate Control, Business Judgment Rule theory and the influence of Artificial Intelligence

FABRIZIO BON VECCHIO¹

DÉBORA MANKE VIEIRA²

Sumário: 1. *Business Judgment Rule* e o Controle Societário; 2. A Inteligência Artificial na tomada de decisões empresariais; Considerações Finais.

Resumo: Nos últimos anos, muito se tem discutido sobre as possibilidades de interação entre o ser humano e a inteligência artificial, bem como de que forma essa nova tecnologia pode auxiliar no desenvolvimento e gerenciamento das atividades empresárias. Sistemas e robôs comandados por inteligência artificial vêm sendo utilizados diretamente em ambientes empresariais, e a tendência é que essa interação se torne cada vez mais presente e sofisticada, fazendo parte tanto do dia a dia quanto das mais variadas relações humanas. Diante disso, eventualmente, tais tecnologias terão que tomar decisões e definir caminhos, os quais, muitas vezes, esbarrarão em questões éticas. Nos dias de hoje, vemos aumento significativo de decisões baseadas em algoritmos e grandes bancos de dados, o que acaba por fazer com que muitos dos processos atuais tornem-se automatizados. Esses parâmetros possuem muito mais precisão quando manipulados por inteligência artificial, visto que não ocorre o manejo direto dos seres humanos, acabando por diminuir as possibilidades de falhas. Isto desenha uma nova realidade em que o uso de inteligência artificial pode ser mais eficaz e mais barato que antigos sistemas, ainda, muito mais fiável e seguro. Não surpreende, portanto, que cada vez mais se decida com apoio exclusivo dos algoritmos. Decisões das organizações são delegadas às máquinas, mas oferecem elas a segurança necessária para tarefas de tanta importância? Será que não estamos buscando que a inteligência artificial desenvolva padrões

¹ Advogado, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA), Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios – UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos), Especialização em União Bancária e Regulação Financeira em Portugal e na União Europeia - Universidade de Coimbra (UC), Portugal, Pós Graduação em Direito Tributário Internacional e Europeu - Universidade Maastricht (UM), Especialização em Compliance e Direito Penal - Universidade de Coimbra (UC), Portugal, Especialista em Direito Tributário pela ESMAFE/UCS. É membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), da Comissão de Defesa, Assistência e das Prerrogativas da OAB/RS (gestão 2019-2021), da Comissão Especial de Compliance da OAB/RS (gestão 2019-2021), da Comissão Nacional de Compliance da Associação Brasileira de Advocacia, do Conselho Editorial da E3 - Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP, Portugal e do Conselho Editorial da J2 - Jornal Jurídico, Portugal; - Revisor da J2 – Jornal Jurídico, Portugal. Presidente do Instituto Ibero-Americano de Compliance. E-mail: fbvecchio@hotmail.com

² Pesquisadora. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Instituto de Estudos Tributários. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Membro-Associada Fundadora do Instituto Ibero-americano de Compliance. Membro do Comitê Público da Associação Nacional dos Profissionais de Proteção de Dados. Integrante do grupo de estudos "O compliance e as atuais práticas de gestão de riscos, mitigação e prevenção de crises" do Instituto Ibero-americano de Compliance. É Revisora do Periódico científico Jornal Jurídico- J2 (Portugal). E-mail: deboramanke@gmail.com

próprios e assim possa desenvolver técnicas avançadas de controles estratégico negocial sobre as organizações?

Palavras-chave: Algoritmos; Decisões Empresariais; Inteligência Artificial; Riscos Mercadológicos; Responsabilidade Civil dos sócios administradores.

Abstract: In recent years, much has been discussed about the possibilities of interaction between human beings and artificial intelligence, as well as how this new technology can assist in the development and management of entrepreneurial activities. Systems and robots controlled by artificial intelligence have been used directly in business environments, and the tendency is for this interaction to become more and more present and sophisticated, being part of everyday life as well as of the most varied human relationships. In view of this, eventually, such technologies will have to make decisions and define paths, which will often come up against ethical issues. We are facing a significant increase in decisions based on Big Data and algorithms, which means that many processes are automated. These parameters are better controlled when used by artificial intelligence, since there is no direct involvement of human beings and, consequently, less chance of intentional or unintentional error. This illustrates a scenario where the use of artificial intelligence can be more efficient and less costly than other tools, in addition to being more accurate. It is not surprising, therefore, that there is more and more talk about algorithmic decisions. Although there are already several studies on cognitive biases, there are several difficulties in dealing with the topic, as many of those involved in organizational decisions are considered partial and may not reflect the expected ethical standard. Corporate decisions are being assigned to machines, but are they the most qualified beings for this type of activity? Aren't we demanding that artificial intelligence create its own standards and develop advanced techniques of business control over an organization?

Keywords: Algorithms; Business Decisions; Artificial intelligence; Market Risks; Liability of the managing partners.

1. Business Judgement Rule e o Controle Societário

A tomada de decisões pela administração corporativa (diretores, membros do conselho de administração, gerentes e sócios) nada mais é que uma dentre as diversas alternativas para a resolução de um possível impasse à atividade empresarial, tendo em vista que depois da alocação de recursos, a possibilidade da reversão fatalmente acarreta em grandes perdas.

Decisões devem ser tomadas com base em critérios de qualidade e avaliadas com base nos efeitos por elas produzidas³ – estudar os comportamentos dos *stakeholders*, consumidores, credores, devedores e fornecedores, de forma *latu sensu*, para que as ações possam minimamente onerar o mercado competitivo; sob pena de fragilizar a atividade empresarial e, mesmo que de maneira indireta, causar desequilíbrio e contribuir para o retrocesso financeiro nacional.

³ ABRAMCZUK, André A. *A Prática da Tomada de Decisão*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

O *Business Judgement Rule* é uma teoria desenvolvida no direito estadunidense com o intuito de proteger os sócios administradores contra eventual responsabilidade por erros de julgamento em negócios realizados de boa-fé e de forma consciente (sejam em atividades organizacionais ou negociais, propriamente). Em termos técnicos, é uma “descrição básica dos princípios aplicáveis à tomada dos administradores com razoabilidade e devidamente informados, que não lhes permitem a responsabilidade no caso de a decisão se tornar, de certo modo, desastrosa ou má no ponto de vista da Companhia”⁴ servindo de *standard*⁵ e afastando qualquer intervenção judicial em qualquer caso nos quais não se verifique conflitos de interesses ou fraudes.

Em 1829, no caso *Percy vs. Millaudon*, julgado pela Suprema Corte de Louisiana, estabeleceu-se que o simples prejuízo financeiro não faz o administrador responsável; portanto, existe o ônus de se provar que o administrador praticou um ato inadmissível ao padrão do homem médio. Já em 1847, a Suprema Corte do Alabama, no caso *Godbold vs. Branch Banks*, julgou que, apesar de estarem devidamente informados acerca dos atos praticados, se os sócios administradores fossem responsabilizados por todos os atos praticados ou decisões errôneas na condução do negócio, nenhum homem prudente aceitaria o encargo de ser administrador sujeito a esse risco.

Por fim, o caso *Otis & Co. vs. Pennsylvania R. Co.*, julgado pela Suprema Corte da Pensilvânia em 1944, é considerado o *leading case* sobre o tema. Os sócios alegaram que os diretores deixaram de obter o melhor preço pela venda de recebíveis, por terem negociado somente com um comprador, deixando de verificar a possibilidade de venda com terceiros à preços mais vantajosos. A decisão isentou os diretores sob o paradigma de que enganos e erros no exercício do negócio não os qualificam como negligentes. Portanto, deve existir, necessariamente, o ânimo de violar os deveres legais ou estatutários, enfim, a desonestidade e a má-fé evidenciadas na prática do ato.

O objetivo dessa teoria é limitar a responsabilidade dos sócios administradores, para que possam exercer de maneira autônoma e segura, por vezes, desencorajando-lhes de tomar decisões economicamente arriscadas, mas que são interessantes para a organização societária.

⁴ SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S.A. Business Judgment Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 1.

⁵ *Standards* não são imposições de comportamentos específicos, mas exprimem uma linha de conduta que informa a comparação de situações esperadas na tomadas de atos decisórios. Modesto Carvalhosa, em sentido complementar, doutrina que: “Os standards previstos na norma apontam para o princípio da boa-fé no desempenho das funções de administrador. Consequentemente, este não é o responsável por erros de julgamento em que, de boa-fé, tenha incorrido na administração dos negócios da companhia, desde que fique demonstrado ter agido com o devido cuidado e diligência.” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2003, p. 267).

Isso porque, a atividade econômica restaria prejudicada se o controlador exercesse atos fiscalizatórios incessantemente para julgar as ações dos sócios em momentos posteriores. Devemos ter em mente que o propósito negocial é aceitar riscos, e aplicar um conjunto de informações para determinar “x” momentos em que os atos devem ser tomados e influir no julgamento da administração – o mercado deve corrigir os erros reiterados quando tomados de boa-fé pelos sócios administradores; se o diretor acredita que sua decisão está de acordo com os melhores interesses da corporação, então, o dever dele está cumprido.

O que se busca com esta teoria portanto, é evitar decisões arbitrárias ao reproduzir um juízo de valor sobre certas tomadas de decisão. Legítima é a discricionariedade empresarial, porém não se pode admitir que haja a exclusão automática da confiança depositada no socio administrador justamente pelo fator de risco inerente a toda atividade empresarial.⁶

Entende-se que a fidelidade do administrador não pode ser medida para auferir vantagens individuais ou, até mesmo, beneficiar terceiros (*standard of loyalty*). Esse dever também traduz no dever de sigilo sobre negócios ainda não publicizados, capazes de afetar a cotação *insider trading*, mantendo a higidez do mercado e evitando que terceiros consigam informações privilegiadas aptas a obter lucros ou que venham a colidir com os interesses da sociedade.

2. A Inteligência Artificial na tomada de decisões empresariais

A conduta dos agentes empresariais que, no âmbito das sociedades empresárias, delegam decisões para sistemas inteligentes, cujo processo algorítmico nem sempre demonstra explicações claras, mas que, conduz a danos, pode ser considerada negligente? Quem responde por isto? A possibilidade de punir, de um lado, poderá incentivar o desenvolvimento de tecnologias mais seguras e eficientes, mas, de outra ótica, pode acabar impactando negativamente o crescimento econômico e a modernidade de medir riscos empresarias por meio de novas tecnologias. Há um importante equilíbrio de interesses que devemos abordar juridicamente, sem esquecer que a evolução tecnológica deve melhorar a

⁶ “A política legislativa e judiciária a respeito da responsabilidade ditará os contornos do grau de risco a ser assumido em cada negócio, o que terá impactos diretos na economia e crescimento do país. É preciso lembrar que o Judiciário não detém os conhecimentos afetos à técnica empresarial. Por isso, conferir ao magistrado amplos poderes para, em segunda mão, avaliar a adequação da conduta do gestor para a situação concreta, poderá levar a um desaquecimento da economia. Ademais, devemos ter em mente que os acionistas, assim como os demais *stakeholders*, assumiram o risco quanto ao negócio bem como pelas ações do administrador” (CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Responsabilidade dos administradores perante a má fortuna e a business judgement rule. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 15, n. 58, 2012, p. 65).

qualidade de vida da sociedade e trazer decisões organizacionais operando o risco controlado das ações pessoais dos sócios administradores.

Não é exagero pensarmos que a melhor estrutura de regulação para a inteligência artificial não deverá contemplar apenas o Direito, mas devem também estar inseridos nesse esquema de mercado, as normas sociais e a arquitetura.⁷ A atuação da inteligência artificial de forma ordenada servirá para estimular comportamentos de organizações e de sujeitos - princípios éticos e normas de estrutura internas empresariais – a fim de garantir que o desenvolvimento dessas tarefas possam compreender a mente humana e as habilidade não-naturais de fazer escolhas a partir de um processo de autoaperfeiçoamento dos recursos técnicos.⁸

Nesse cenário, “quanto mais avançadas e acessíveis se tornam as tecnologias de processamento e de armazenamento de dados, mais poderosos ficam os sistemas de Inteligência Artificial, simplesmente porque eles conseguem tomar decisões mais complexas em tempo hábil”⁹; face os avanços algorítmicos e a maior disponibilidade de dados. Hoje se busca, a partir do aprendizado de máquinas, que a tecnologia seja autossuficiente e que seja capaz de criar novos padrões – treinar a si mesma e acumular experiências próprias sem a interferência de seu programador (as chamadas técnicas de *machine learning*).

No campo empresarial, os danos a terceiros podem ser causados de diferentes formas, desde algoritmos racistas e preconceituosos em uma seleção de currículos para uma vaga de emprego, de *smart contracts* com inserção errônea de parâmetros ou, até mesmo, da tomada de decisões acionárias, objeto dessa pesquisa. Uma escolha equivocada pode levar a organização a ser obrigada a cortar gastos, abandonar projetos e investimentos e, até mesmo, decretar recuperação judicial ou falência. Sem dúvida, a Inteligência artificial pode suprir as margens de riscos¹⁰ ao propor estratégias matemáticas mais vantajosas, racionalizar entre

⁷ LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: What Cayberlaw Might Teach. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 501-549, 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>. Acesso em 30 abril 2021.

⁸ TURNER, Jacob. Robot Rules. *Regulating artificial intelligence*. Palgrave Macmillan: Londres, 2019, p. 16.

⁹ BIGONHA, Carolina. Inteligência Artificial em perspectiva. Panorama setorial da Internet. *Inteligência Artificial e ética*, a. 10, n. 2, out. 2018, p. 02. Disponível em: <https://www.cetic.br/publicacao/ano-x-n-2-inteligencia-artificial-e-etica/>. Acesso em 01 maio 2021.

¹⁰ “(...) o reconhecimento da configuração de atividades de risco a partir do emprego generalizado de sistemas de inteligência artificial parece a solução adequada, em linha de princípio, para o equacionamento da questão atinente à individualização do critério de imputação do regime de responsabilidade. O que não parece possível, ao revés, é a invocação indiscriminada e irrefletida da noção de atividade de risco. Deve-se, com efeito, lançar mão dos critérios desenvolvidos pela doutrina para a elucidação do que vem a ser atividade de risco para fins de incidência da correlata cláusula geral de responsabilidade objetiva. Há que se investigar detidamente, em cada atividade, à luz das especificidades dos respectivos sistemas e de seu contexto, a possibilidade de caracterização de atividade de risco.” (TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência Artificial e elementos da

duas ou mais propostas acionárias e, através de seus algoritmos¹¹ apresentar relatórios de falhas humanas, mas é improvável o exaurimento ou a mitigação de todos os riscos que possam vir a importar em resultados financeiros negativos.

O dever de um sócio administrador é uma obrigação de meio, não se podendo exigir sucesso positivo em todas as suas decisões; “obriga-se apenas a adotar comportamento apropriado, com diligência requerida, para a consecução de determinado fim”¹², consequentemente, imputar-lhe uma responsabilidade objetiva é agir desproporcionalmente à cautela que devem ser tratados os assuntos negociais.

Em relação ao uso de sistemas inteligentes, decisões automatizadas baseiam-se em um método estatístico de análise de um grande volume de dados (*big data*) e informações, levando a impactos nos direitos individuais, sendo determinantes para abrir ou fechar portas de acesso a oportunidades. Como exemplo, podemos citar o recurso do “Google Fotos” que, ao identificar pessoas negras, as reconheceu como gorilas ou, em um cenário hipotético, o agente, ao analisar a decisão algorítmica, negligenciar a qualidade desta decisão, classificando um negócio como adequado. Portanto, de nada adianta criar um algoritmo programado com as melhores técnicas se o próprio banco de dados que o alimenta já se constitui problemático.

Esconder-se por trás de uma “neutralidade” de processos decisórios algorítmicos apenas demonstra que a ideia matemática substituiria a subjetividade da mente humana sem considerar que os algoritmos herdam preconceitos e más condutas próprias do ser humano. Essa contaminação somente é possível pelo grau de confiança depositado na máquina que toma essas ações, nos dados em que fornecem para as alimentar crendo na obediência de seus comandos para a melhor tomada de decisões societárias.

responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 293-320).

¹¹ “Algoritmos fornecem aos computadores orientações sobre como resolver problemas. Não há inteligência artificial sem algoritmos. Algoritmos são, em parte, nossas opiniões incorporadas ao código. Eles são, muitas vezes, ferramentas elegantes e incrivelmente úteis usadas para realizar tarefas” (MCKENZIE, Raub. *Bots, Bias and Big Data: Artificial Intelligence, Algorithmic Bias and Disparate Impact Liability in Hiring Practices*. *Arkansas Law Review*, v. 71, n. 2, 2018, p. 532-533). No mesmo sentido, Ana Frazão preceitua que: “A exploração de algoritmos para tais fins encontra-se no contexto de um mercado multimilionário, cuja proposta é a de substituir as decisões humanas, consideradas naturalmente falhas e enviesadas, pelas escolhas algorítmicas, vistas como mais eficientes, objetivas e imparciais. Grandes empresas investem fortemente nesse segmento, não somente para ajudar clientes e consumidores – aí incluindo o próprio governo – em suas escolhas, como também para orientar seus próprios processos decisórios internos.” (FRAZÃO, Ana. *Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos*. In: ROSSETTI, Maristela; PITTA, Andre (Coord.). *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 45).

¹² ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 132.

Hodiernamente, fala-se em uma aplicação maligna da inteligência artificial para a prática de condutas anticoncorrenciais, onde algoritmos secretos controlam o dinheiro e toda informação sobre a sociedade moderna¹³; anteriormente praticadas pelos seres humanos e agora transferidas para as máquinas. Com o desenvolvimento avançado da inteligência artificial, “à medida que os mecanismos de precificação mudam para os algoritmos de precificação de computadores, o mesmo também ocorrerá com os tipos de colusão”¹⁴, prontos para mudar o cenário competitivo e a natureza das restrições competitivas. Há uma necessidade latente de exigir maior transparência algorítmica para que esta respeite o sigilo dos negócios, aumentem os benefícios de se utilizar um sistema artificial (relatórios detalhados onde constem a engenharia por trás da escolha decisional sobre determinada tomada de decisão) e, pairado nas estruturas de compliance, o desenvolvimento de estruturas éticas normativas.

Os entes empresariais que possuem o dever de organização efetiva podem ser responsabilizados quando não empregarem meios de precaução e controle aptos a garantir que suas atividades sejam desenvolvidas de forma proba, e que esses riscos sejam frequentemente monitorados. A realidade multifacetada das relações entre homem e máquina apenas evidencia que as relações e tomadas de decisões em uma corporação exigem a adoção de modelos organizacionais mais delicados que a simples opção de “deixar nas mãos” dos algoritmos as conduções dos negócios.

Considerações Finais

O futuro dominado por tecnologias inteligentes capazes de executar complexas tarefas e decisões não é mais um cenário apenas ilustrado em obras ficcionais. Após o surgimento de veículos autônomos - salto tecnológico que promete revolucionar a mobilidade e as relações entre o homem e a máquina - estudiosos e entes governamentais passaram a discutir novos cenários de responsabilidade civil; não apenas quanto ao uso individual desses instrumentos, mas quanto ao uso cada vez maior de atividades outrora tradicionalmente exercidas por seres humanos e que passaram a ser desempenhadas por inteligência artificial.

¹³ PASQUALE, Frank. *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 25.

¹⁴ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. *University of Illinois Law Review*, 2017, p. 1755.

O mundo corporativo não passou despercebido ao anunciar que usaria robôs para decidir cenários econômicos, mercadológicos e acionários, deixando à cargo dos algoritmos as melhores escolhas para as companhias. O que temos visto são pessoas físicas - na pessoa dos sócios administradores -, receberem sanções ao confiar no processo decisório dessas inteligências; porém, há mais de um século, a teoria norte-americana *business judgment rule* afasta a responsabilidade destes quando demonstrado que tais ações foram tomadas de forma honesta (boa-fé).

Destarte, uma responsabilização indiscriminada afastaria administradores competentes, pois estes ficariam receosos de aceitar o posto, temendo eventual responsabilização pela tomada de mera decisão negocial que envolvesse qualquer sorte de risco. Neste tom, a responsabilidade dos sócios administradores deve ser cautelosa, a fim de que não venham a ser severamente punidos quando o ambiente econômico em que atuam exija decisões ousadas. É incoerente que o ordenamento jurídico aplique sanções ao cidadão que, de forma honesta (de boa-fé), tenha cometido erros que venham a ser tardiamente apurados, ainda que tenha optado pela transferência de decisões à inteligência artificial, a qual pode vir a causar danos.

O dever do sócio administrador, ao delegar o processo decisório à máquina, é o de garantir que todas as medidas de segurança sejam tomadas com relação ao sistema de inteligência artificial. Este deve acreditar que o sistema será executado de modo coerente, que venha a atender aos preceitos éticos e organizacionais da companhia e, sobretudo, que sua escolha tenha se operado da forma mais prudente possível. O grau de autonomia, no estado atual da arte, deve ser medido para que excessos e danos não sejam causados. No entanto, é preciso que os grupos societários conheçam tecnicamente o uso e o funcionamento de seus instrumentos artificiais, de forma a impedir a contaminação da ética corporativa, a paralização de suas atividades comerciais ou até mesmo sua falência prematura - consequências de decisões errôneas e de falhas sucessivas das máquinas.

Referências Bibliográficas

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva: 2009.

ABRAMCZUK, André A. *A Prática da Tomada de Decisão*. São Paulo: Atlas, 2009.

BIGONHA, Carolina. Inteligência Artificial em perspectiva. Panorama setorial da Internet. *Inteligência Artificial e ética*, a. 10, n. 2, out. 2018, p. 02. Disponível em: <https://www.cetic.br/publicacao/ano-x-n-2-inteligencia-artificial-e-etica/>. Acesso em 01 maio 2021.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Responsabilidade dos administradores perante a má fortuna e a business judgement rule. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 15, n. 58, p.51-66, out./dez. 2012.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. *University of Illinois Law Review*, 2017, p. 1755.

FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela; PITTA, Andre (Coord.). *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 501-549, 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>. Acesso em 30 abril 2021.

MCKENZIE, Raub. Bots, Bias and Big Data: Artificial Intelligence, Algorithmic Bias and Disparate Impact Liability in Hiring Practices. *Arkansas Law Review*, v. 71, n. 2, 2018.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society. *The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S.A. Business Judgment Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência Artificial e elementos da responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

TURNER, Jacob. Robot Rules. *Regulating artificial intelligence*. Palgrave Macmillan: Londres, 2019.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, REGULAÇÃO GLOBAL NORMATIVA E AS POLÍTICAS DOMÉSTICAS

Artificial Intelligence, Global Regulatory and Domestic Policies

DÉBORA MANKE VIEIRA¹

FABRIZIO BON VECCHIO²

Sumário: 1. Produção Normativa Internacional e Inteligência Artificial; 2. Corrida Regulatória: entre o desenvolvimento e as vantagens competitivas; Considerações Finais.

Resumo: A inteligência artificial tornou-se o novo parâmetro global para competição, pois claramente trata-se da tecnologia que liderará o futuro e ditará quais jurisdições irão regulamentar de forma eficiente essa nova disrupção tecnológica. Os principais países desenvolvidos já tomaram o desenvolvimento da inteligência artificial como principal estratégia para o aumento da competitividade e proteção da segurança nacional, mas esse estrito grupo, apesar de estar preocupado com os contornos éticos e regulatórios acabam por atingir a política doméstica de outras jurisdições. As diretrizes europeias, apesar de serem pioneiras no desenvolvimento *soft law* podem não ser adaptáveis a todas as jurisdições, ocasionando um desconforto normativo àqueles Estados menos desenvolvidos que não possuem a mesma estrutura econômica da União Europeia. A China e Estados Unidos estão prestes a travar uma corrida regulatória em torno da inteligência artificial, disputando qual Estado irá estabelecer um padrão global que poderá ser utilizado como parâmetro e sobretudo, iniciando uma discussão acerca das melhores políticas internacionais de desenvolvimento. Essa polarização pode afetar a segurança e desenvolvimento econômico da inteligência artificial? Esse estudo se dedicará a apontar cenários transfronteiriços envolvendo o domínio regulatório de sistemas autônomos e inteligentes. Concepções transversais podem ser a solução se investirem em bases industriais e providenciar investimentos público-privados a permitir que os impactos sociais não sejam prejudicados, mas, ao contrário senso, possam elevar a confiança e os padrões econômicos das jurisdições.

¹ Pesquisadora. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Instituto de Estudos Tributários. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Membro-Associada Fundadora do Instituto Ibero-americano de Compliance. Membro do Comitê Público da Associação Nacional dos Profissionais de Proteção de Dados. Integrante do grupo de estudos "O compliance e as atuais práticas de gestão de riscos, mitigação e prevenção de crises" do Instituto Ibero-americano de Compliance. É Revisora do Periódico científico Jornal Jurídico- J2 (Portugal). E-mail: deboramanke@gmail.com

² Advogado, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA), Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios – UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos), Especialização em União Bancária e Regulação Financeira em Portugal e na União Europeia - Universidade de Coimbra (UC), Portugal, Pós Graduado em Direito Tributário Internacional e Europeu - Universidade Maastricht (UM), Especialização em Compliance e Direito Penal - Universidade de Coimbra (UC), Portugal, Especialista em Direito Tributário pela ESMAFE/UCS. É membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), da Comissão de Defesa, Assistência e das Prerrogativas da OAB/RS (gestão 2019-2021), da Comissão Especial de Compliance da OAB/RS (gestão 2019-2021), da Comissão Nacional de Compliance da Associação Brasileira de Advocacia, do Conselho Editorial da E3 - Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP, Portugal e do Conselho Editorial da J2 - Jornal Jurídico, Portugal; - Revisor da J2 – Jornal Jurídico, Portugal. Presidente do Instituto Ibero-Americano de Compliance. E-mail: fbvecchio@hotmail.com

Palavras-chave: Tecnologias Disruptivas; Corrida Regulatória; Novas Tecnologias; Inteligência Artificial; Políticas Internacionais de Desenvolvimento.

Abstract: Artificial intelligence has become the new global benchmark for competition, as it is clearly the technology that will lead the future and dictate which jurisdictions will efficiently regulate this new technological disruption. The main developed countries have already taken the development of artificial intelligence as the main strategy for increasing competitiveness and protecting national security, but this strict group, despite being concerned with ethical and regulatory contours, ends up reaching the domestic policy of other jurisdictions. European guidelines, despite being pioneers in soft law development, may not be adaptable to all jurisdictions, causing a regulatory discomfort for those less developed states that do not have the same economic structure as the European Union. China and the United States are about to wage a regulatory race around artificial intelligence, disputing which State will establish a global standard that can be used as a parameter and, above all, initiating a discussion about the best international development policies. Can this polarization affect the security and economic development of artificial intelligence? This study will be dedicated to pointing out cross-border scenarios involving the regulatory domain of autonomous and intelligent systems. Cross-cutting conceptions can be the solution if they invest in industrial bases and provide public-private investments to allow social impacts not to be harmed, but, on the contrary sense, can raise the confidence and the economic standards of the jurisdictions.

Keywords: Disruptive Technologies; Regulatory Race; New Technologies; Artificial Intelligence; International Development Policies;

1. Produção Normativa Internacional e Inteligência Artificial

A multiplicidade de ordens jurídicas e instituições específicas para a disciplina de subsistemas diferenciados surgiram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Inicialmente observadas sob as sociedades nacionais, os múltiplos efeitos da globalização rapidamente atingiram o direito internacional público, na medida que muitas relações não estavam confinadas a um único Estado e, por se tratarem de relações plúrimas com elementos de diversos países, foram desenvolvendo-se cadeiras internacionalizadas de reconhecimento amplo de todos os direitos, sobretudo aqueles já previstos em tratados internacionais.

Essa pluralidade marcou as últimas décadas pela atuação (e inclusão) das organizações internacionais, vistas atualmente como criadoras de normas – através de *soft law* – onde pautam a interpretação de outros instrumentos normativos e dos governos regionais (aqui incluem-se as empresas e indivíduos que ocupam os espaços de produção normativa internacional), demonstrando que a produção sistemática de normas não são voltadas exclusivamente à atuação dos Estados como também são elaboradas por outros atores. De igual maneira, será o interesse normativo em relação à regulação da inteligência artificial.

Apesar do reconhecimento da legitimidade de outros atores, a atuação normativa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é o sujeito de

maior destaque dentro da regulação da inteligência artificial³, refletindo que organizações criadas em países desenvolvidos lideram o assunto, que, além de vincularem os Estados-membros, produzem efeitos extraterritoriais e acabam influenciando o comportamento empresarial além das fronteiras; sem muitas vezes representarem os interesses de países menos desenvolvidos, ou até dos considerados emergentes. Outras classes de atores não-estatais, também ganharam espaço na tratativa do tema, como a *International Standards Organization (ISO)*⁴ e o *Institute of Electrical and Electronics Engineers* – organização internacional de classe de engenheiro que, por razões históricas, é a entidade de maior atuação no campo da inteligência artificial, produzindo conhecimento acadêmico e padrões técnicos que orientam os desafios dos riscos à privacidade e a transparência algorítmica.

Os Estados nacionais caminham para uma melhor adequação de modelos de indução governamental no seguimento, frente à uma abstenção de elaboração normativa (políticas públicas, regulamentos de indução tecnológica-industrial) não é possível estabelecer uma conexão entre estratégias nacionais de inteligência artificial e aquelas de autoridade internacional. A fertilização entre jurisdições gera uma competição entre Estados por distintos modelos e, ao tentar se adaptar aos sistemas domésticos de origem podem gerar maiores conflitos jurídicos – essa interferência além de afetar o desenvolvimento econômico de cada jurisdição, em um panorama interno, pode enfraquecer as relações internacionais com outros atores interessados.

Embora esses instrumento aprovados por órgãos compostos por *stakeholders*⁵ de diferentes países, não possuam pretensões vinculantes, produzem *soft law*, vez que as aplicações tecnológicas são construídas em cadeias de produções transnacionais, os quais os padrões técnicos atuam como agentes interoperantes de padrões de funcionamento. Esse conjunto de diretrizes não propõem soluções definitivas para as questões de cunho tecnológico, caracterizando-se como meras prescrições éticas aos interessados, que serão utilizados para reflexões fundamentadas para o desenvolvimento de atividades empresariais e resolução de impasses entre diversos países. Logo, ainda que cada Estado possua seus

³ No ano de 2019, a OCDE recomendou um conjunto de princípios e estratégias nacionais de inteligência artificial, são eles: (1) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; (2) equidade e valores centrados em humanos; (3) transparência e explicabilidade; (4) robustez e segurança (safety e security) e (5) prestação de contas (accountability).

⁴ Reconhecimento da norma EN-ISO/IEC 17065/12 para estabelecer padrões para órgãos certificadores de produtos, processos e serviços como exigência legal para a certificação em proteção de dados.

⁵ Recomenda-se que os *stakeholders* sejam consultados durante o ciclo de vida do sistema, solicitando *feedback* e estabelecendo mecanismos de longo prazo para participação de um ambiente democrática. A empresa é uma atividade concentradora de interesses múltiplos, indo além do tradicional negócio de interesses exclusivos dos investidores. (CORREIA JÚNIOR, José Barros. *A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders*. Tese Doutorado em Direito. Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife da Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2013, p. 173).

instrumentos normativos e princípios esparsos, a presença internacional desses sujeitos é dotada de poder regulatório.

2. Corrida Regulatória: entre o desenvolvimento e as vantagens competitivas

A sociedade tecnológica, integrada por entes artificiais caracterizados pela complexidade de imitar comportamentos humanos de forma mais flexível, precisam como a inteligência artificial nas relações sociais são necessárias ao encontro de políticas e regulação normativa. Sistemas inteligentes e autônomos transformam as relações humanas, são inseridos em funções essencialmente humanas e, aparentemente técnicas, criando uma concorrência, sobretudo quando pessoas naturais aplicam modelos interpretativos -mediante atribuição de estados mentais às máquinas.

Esses aspectos conflitivos podem afetar as novas e futuras tecnologias, como a computação em nuvem, Internet das Coisas, aprendizagem de máquina, assim, como os elementos constitucionalmente protegidos (vida humana, meio ambiente, saúde, educação, etc...) preocupando universalmente essas tomadas de decisões. As complexas interações não se limitam a abordar objetivos regulatórios em escala, o uso da inteligência artificial se torna juridicamente relevante⁶ pois interferem nas relações sociais e maximizam os custos econômicos de seu desenvolvimento.

Em complementação, existem três tipos de inteligência artificial na atualidade, são elas: (a) *Artificial Narrow Intelligence* (ANI), uma espécie de inteligência artificial que se especializa em um único objetivo definido, tais como as máquinas treinadas para jogar xadrez, por exemplo; (b) *Artificial General Intelligence* (AGI), inteligência que imita a mente humana e possui diversas habilidades de planejamento e resolução de problemas, além da compreensão de ideias complexa e resolução de problemas e (c) *Artificial Super Intelligence* (ASI), intelecto mais inteligente que a mente humana – super desenvolvido para realização de assuntos técnicos e habilidade sociais, demonstrando capacidade de reprodução cognitiva e autossuficiência.⁷

A essência da inteligência artificial é a capacidade fazer generalizações em tempo hábil com base em dados limitados⁸. Ou ainda, é um agente racional ideal quando “para cada

⁶ “O estudo da inteligência artificial no ambiente jurídico tem se mostrado importante para abrir os horizontes do Direito e, por consequência, da mente humana (...)”. (ENGELMANN, Wilson; WERNER, Augusto. *Inteligência Artificial e direito*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 151).

⁷ STRELKOVA, O. PASICHNYK, O. *Three types of artificial intelligence*. Disponível em: <https://eztuir.ztu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/6479/1/142.pdf>. Acesso em: 29 abril 2021.

⁸ KAPLAN, Jerry. *Artificial Intelligence: What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 4.

possível sequência de percepção, um agente racional deve fazer qualquer ação que seja esperada para maximizar sua medida de desempenho, com base nas evidências fornecidas pela sequência perceptiva e em qualquer conhecimento embutido que o agente tenha”⁹; por exemplo, um programa de segurança pode detectar um ataque cibernético baseado em um padrão anormal de solicitação de acesso de dados por segundos, somente neste caso é possível identificar a importância mundial por trás das tecnologias empregadas em máquinas.

É possível observar que “o potencial uso de tecnologias para fins de segurança pública e policiamento se tornará ainda mais vasto no ambiente da Internet das Coisas, em que dispositivos físicos podem ser integrados a sistemas de IA e atuar de forma preventiva e ostensiva”¹⁰.

Os países sediados na Europa têm buscado essa padronização de desenvolvimento da inteligência artificial, em esfera supranacional com o auxílio da Comissão Europeia, tanto em escala doméstica – destaque especial para o Reino Unido, Alemanha e França, estabelecendo diretrizes éticas, de segurança, sustentabilidade e inclusão.

Outros Estados, preocupados com a proliferação das tecnologias disruptivas estão na competição pelo poder global em ternos tecnológicos; a China vem se destacando na implementação de grandes projetos. Somente em 2017, o documento *New Generation Artificial Intelligence Development*¹¹ previu um gasto governamental para a construção de um complexo industrial de aproximadamente US\$ 150 bilhões¹², incluindo um plano de fazer do Estado centro principal para inovação em inteligência artificial até 2030¹³. Professores renomados criticam essas políticas face a urgência em estipular juridicamente os efeitos da tecnologia em suas mais variadas áreas, como a privacidade, segurança da informação e responsabilidade penal, aliados a um plano de sistematização moral – colaboração entre máquinas e seres humanos para desenvolvimento íntegro da inteligência artificial.

⁹ NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart J. *Artificial Intelligence. A Modern Approach*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 33.

¹⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; OLIVEIRA, Jordan Vinícius de. Sobre os ombros dos robôs? A inteligência artificial entre fascínios de desilusões. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 70.

¹¹ New Generation of Artificial Intelligence Development Plan. Disponível em: <https://filia.org/notice-state-council-issuing-new-generation-artificial-intelligence-development-plan/>. Acesso em 29 abril 2021.

¹² “China’s Brave New World of AI”, Forbes, 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/arthurherman/2018/08/30/chinas-brave-new-world-of-ai/#Sc3a51e28e96>. Acesso em 28 abril 2021.

¹³ Estabelecendo algumas diretrizes: (1) ênfase no desenvolvimento de produtos inteligentes e em rede (veículos autônomos e robôs de serviços); (2) ênfase no sistema de apoio da inteligência artificial, incluindo chips de rede neural; (3) estímulo ao desenvolvimento de fabricação inteligente e (4) aperfeiçoamento do ambiente para desenvolvimento de inteligência artificial, mediante investimento em recursos de capacitação na indústria, segurança cibernética e testes padrão.

Na corrida regulatória, com uma postura menos agressiva, os Estados Unidos da América possuem os maiores números de documentos publicados acerca de sua estratégia nacional de desenvolvimento em Inteligência Artificial. Em 2016, durante a presidência de Barack Obama, foi instituído o Subcomitê em Aprendizagem de Máquina e Inteligência Artificial através de diversos *workshops* – em decorrência, restaram publicados três relatórios: *Preparing for the future of artificial intelligence*; *The National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan* e *Artificial Intelligence, Automation, and the Economy*. Já em 2019, o presidente norte-americano Donald Trump editou a ordem *American AI Initiative*, dentro de uma orientação liberal de mercado, onde direcionou a agências federais adotarem diversas abordagens para avanço da inteligência artificial; de promoção de investimentos à remoção de barreiras regulatórias; em prol da liderança pela *standardization*. Para tanto, um grupo formado por CEOs de grandes empresas de tecnologia e ex-oficiais de segurança nacional instituíram o *National Science and Technology Council (NSTC) Select Committee on AI*, dedicado a identificar malefícios à segurança nacional ao utilizar a inteligência artificial.

Todos esses países compreendem que as instituições, formas de regulação e interdependência influenciam o grande jogo das tecnologias e, são capazes de criarem a própria governança interna de inteligência artificial; já que por excelência, possuem um domínio transversal de políticas regulatórias domésticas e intercontinentais. O crescimento expansivo do contencioso na internet e dos espaços de cooperação internacional sobre políticas *big data*¹⁴ apenas alimentam essa corrida frenética – a UNESCO tem chamado esse momento de “enxurrada de estratégias nacionais” de Inteligência Artificial¹⁵ - na busca de mecanismos automatizados que transparecem apenas os interesses regionais de cada um desses atores.

Acordos de livre comércio apontam para o fortalecimento do “nacionalismo de dados” ao serem ressurgentes em alguns eixos globais, como a União Europeia, Américas e China, acabam por explorar algumas condicionantes geopolíticas e avançam para os megabloques de proteção de dados pessoais, criando uma prioridade de regulação de sistemas autônomos e suas interfaces de mercado. Na ausência de *hard law* (tratados, leis e regulamentos), organizações da sociedade civil¹⁶ regulam os instrumentos não vinculantes

¹⁴ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional Privado nas Fronteiras do Trabalho e da Tecnologia: ensaios e narrativas na era digital*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 86.

¹⁵ UNESCO. Towards a monopolization of research in artificial intelligence? *Natural Sciences Sector*, 20 de julho de 2018. Disponível em: www.unesco.org/news/en/natural-sciences/science-technology/single-view-se-policy/news/towards_a_monopolization_of_research_in_artificial_intelligence. Acesso em 01 maio 2021.

¹⁶ Trata-se de uma manifestação autêntica da produção normativa também centrada em instrumentos não vinculantes ou “opcionais” contendo normas narrativas mediante práticas de regulação privada transnacional (POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Novas perspectivas para regulação da Inteligência Artificial: diálogos entre*

resultando em dificuldades de consenso ao criar uma necessidade de amadurecimento dessas instituições como legitimadas à produção normativa sobre inteligência artificial.

Considerações Finais

A maior preocupação em relação ao domínio do direito internacional envolvendo a inteligência artificial são os conflitos normativos entre jurisdições que possuem suas políticas regulatórias desenvolvidas. Essa diferenciação doméstica e a tentativa de padronização global endereça uma forma de corrida regulatória pela escolha e exploração da melhor política.

Preocupados com esse litígio, podemos concluir que a China e Estados Unidos estão muito próximas de travar uma guerra polarizando a disputa do domínio de sistemas autônomos e inteligentes. Ao observarmos analiticamente, é possível dizer que a vertente política chinesa está deslegitimando o diálogo transnacional ao se manter inerte sobre a regulação nos campos da responsabilidade, segurança de dados e ética; ameaçando a segurança nacional de diversas empresas e moralmente violando diretrizes europeias - embora não possamos afirmar que as diretrizes da União Europeia sejam o “padrão” mundial em termos de inteligência artificial, admitimos que sem essas políticas a insegurança no uso e na comercialização de produtos que utilizam essa tecnologia abriria um campo litigioso sem escalas.

Uma maior vantagem competitiva frente aos demais países, à título de resolução e principalmente buscando a melhor forma ética, seria a criação de um parque industrial qualificado para desenvolvimento, qualificação e formação de profissionais nas áreas da tecnologia e inovação, com importantes reflexos socioeconômicos na segurança e na própria soberania nacional frente ao padrão econômico. Também podem desta forma se concentrar na pesquisa científica, formação educacional, desenvolvimento de talentos, adoção de inteligência artificial pelo setor público e privado e, ainda, padrões e regulamentos para infraestrutura de dados digitais. Todos estes itens são imprescindíveis para a solidificação das tecnologias aliadas as atuais necessidades criadas pelo desenvolvimento tecnológico e principalmente relacionados a inteligência artificial.

as políticas domésticas e os processos legais transnacionais. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters, p. 87).

Referências Bibliográficas

CORREIA JÚNIOR, José Barros. *A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders*. Tese Doutorado em Direito. Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife da Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2013.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Augusto. Inteligência Artificial e direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

FORBES, “China’s Brave New World of AI”, 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/arthurherman/2018/08/30/chinas-brave-new-world-of-ai/#Sc3a51e28e96>. Acesso em 28 abril 2021.

KAPLAN, Jerry. *Artificial Intelligence*. What everyone needs to know. Oxford: Oxford University Press, 2016.

New Generation of Artificial Intelligence Development Plan. Disponível em: <https://filia.org/notice-state-council-issuing-new-generation-artificial-intelligence-development-plan/>. Acesso em 29 abril 2021.

NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart J. *Artificial Intelligence. A Modern Approach*. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito Internacional Privado nas Fronteiras do Trabalho e da Tecnologia: ensaios e narrativas na era digital*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Novas perspectivas para regulação da Inteligência Artificial: diálogos entre as políticas domésticas e os processos legais transnacionais. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; OLIVEIRA, Jordan Vinícius de. Sobre os ombros dos robôs? A inteligência artificial entre fascínios de desilusões. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

STRELKOVA, O. PASICHNYK, O. *Three types of artificial intelligence*. Disponível em: <https://eztuir.ztu.edu.ual/jspui/bitstream/123456789/6479/1/142.pdf>. Acesso em: 29 abril 2021.

UNESCO. Towards a monopolization of research in artificial intelligence? *Natural Sciences Sector*, 20 de julho de 2018. Disponível em: www.unesco.org/news/en/natural-sciences/science-technology/single-view-se-policy/news/towards_a_monopolization_of_research_in_artificial_intelligence. Acesso em 01 maio 2021.

RELAÇÕES CONSUMERISTAS NA CONTEMPORANEIDADE: PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS MEIOS DIGITAIS

Consumer relations in contemporary times: preservation of fundamental rights in digital media

BEATRIZ SANTOS BARROS¹

RENATO BERNARDI²

Sumário: 1. Historiologia do direito do consumidor 2. Análise do consumidor na tecnologia. 3. Ausência de proteção de dados e direitos digitais. 4. Medidas para efetivação dos direitos digitais. 5. Considerações finais. 6. Referencias.

Resumo: Primordialmente, a historiologia do consumidor foi realizada para demonstrar que as relações de consumo sempre existiram ao longo do processo da formação humana, e apenas se modificarão para adequação ao contexto sociocultural na qual estavam inseridas como também, conduzir a compreensão da estruturação atual do consumismo a fim de analisar a realidade prática do consumidor. Hodiernamente, a tecnologia foi solidificada no meio social influenciando no comportamento dos consumidores e na sua forma de efetivar as relações consumeristas, culminando na ausência de proteção de dados e direitos digitais em razão da constante invasão de privacidade e distopia em relação ao consentimento dos consumidores. Diante dessa conjuntura, o presente artigo tem o intuito de realizar a finalidade do sistema jurídico e da coletividade para atender as necessidades oriundas dos conflitos tecnológicos contemporâneos, para que assim as normas jurídicas tenham aceção na consciência coletiva e conscientização popular. Destarte, este artigo foi baseado no método dedutivo, que partiu da premissa maior da efetivação da era digital no cotidiano dos indivíduos para a premissa menor, do direito social. Por fim, foi constatada necessidade de adequação do direito de forma efetiva nos novos parâmetros impostos pela tecnologia para garantir a proteção de dados por meio de leis específicas e políticas públicas para concretizá-las bem como, instrumentos para exercer a utilização consciente do fornecimento dos dados oferecidos aos meios digitais, para que os indivíduos consigam ter seus direitos fundamentais garantidos.

Palavras chaves: Direitos digitais; consumidor; tecnologia; relações consumeristas; E-commerce.

Abstract: Primarily, consumer historiology was carried out to demonstrate that consumer relations have always existed throughout the process of human formation, and will only change to suit the socio-cultural context in which they were inserted, as well as to lead the understanding of the current structuring of related consumerism. to analyze the practical reality of the consumer. Today, technology has been solidified in the social environment, influencing consumer behavior and its way of effecting consumer relations, culminating in

¹ Graduanda Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho, Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Email: beatrizsantosbarros1@gmail.com

² Realizou estágio de pós-doutorado no CESEG (Centro de Estudios de Seguridad) da Universidad de Santiago de Compostela, Espanha. Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) - PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional - ITE-Bauru. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado, Membro da Comissão Executiva do Colegiado do Curso de Graduação e Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, todos do Curso de Direito do CCSA - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador Pedagógico do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994.

the absence of data protection and digital rights due to the constant invasion of privacy and dystopia in relation to consumer consent. In view of this situation, the present article intends to return to the purpose of the legal system to meet the needs arising from contemporary technological conflicts, so that the legal norms are accepted in the collective conscience. Thus, this article was based on the deductive method, in which it used the major premise of the effectiveness of the digital era in the daily lives of individuals to the minor premise, turning these transformations to the law. Finally, it was found that there is a need to adequately adapt the law to the new parameters imposed by technology to guarantee protection and data through more specific laws and public policies to implement them, as well as instruments to exercise the conscious use of supply. data offered to digital media, so that individuals can have their fundamental rights guaranteed.

Keywords: Digital rights; consumer; technology; consumer relations; E-commerce.

1. HISTORIOLOGIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR:

Em primeiro lugar, é imprescindível compreender a trajetória histórica do direito do consumidor para ter um conhecimento mais aprofundado sobre os parâmetros norteadores das relações consumeristas dos tempos hodiernos. De modo que Guglinski(2014) explicou que, o direito do consumidor originou desde a antiguidade com o “Código de Hamurabi” editado no império da Babilônia no século XVII A.C, este criou regras para proteger direitos relacionados a qualidade e quantidade de produtos, os preços, penas pecuniárias, castigos corporais e morte para casos graves, direitos e obrigações de profissionais liberais como autônomos, empreiteiros, arquitetos e cirurgiões. O artigo do Código Hamurabi constatou: “*Art. 229 – Se um pedreiro edificou uma casa para um homem, mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto*” (Hamurábi, XVII A.C). Outrossim, de acordo com Guglinski (2014) o direito do consumidor era presente na cultura no Egito, em razão da existência de costumes, por princípios religiosos e de saúde, em que os egípcios cultivarem o hábito de realizar pintura no próprio corpo com algumas maquiagens como tinta e pó, culminando em uma concorrência entre os fabricantes em uma tentativa de alcançar maior qualidade devido a exigência dos consumidores. Ainda na antiguidade, Marchioro (2010), ressaltou resquícios das relações consumeristas apareceram com o código de Massu na Índia que previa sanções para alterações de alimentos, e Kostascki (2004) asseverou que no império Romano através da criação de regras de consumo como a responsabilidade do vendedor de pagar por eventuais vícios e defeitos nas mercadorias, e práticas de controle de abastecimento de produtos em regiões conquistadas.

Dessarte, Marchioro (2010), explicou que na idade média as relações entre o consumidor e os portadores de bens e serviços, eram tratadas com castigos físicos aplicados a falsificadores. De forma subsequente, Marchioro (2010) constatou que na idade moderna, começam a surgir eventos importantes que contribuíram para o surgimento da tutela

jurisdicional legal em relação ao consumidor, como a criação do microscópio para auxiliar na análise dos alimentos e o advento da Revolução Industrial ocasionando uma explosão econômica e a criação do mundo industrializado. De acordo com Marchioro (2010), a Revolução Industrial, originou a exploração do trabalhador e por conseguinte, em meados do século XIX, as reivindicações trabalhistas foram responsáveis pelo avanço significativo na tutela do consumidor em razão de que este movimento ganhou força nos Estados Unidos decorridos da ascensão dos efeitos maléficos do capitalismo.

Na contemporaneidade, Guglinski(2014) explicou que no século XX ocorreram fatos que foram decisivos para o movimento do consumidor e que influenciam de forma direta as relações de consumos atuais, onde os indivíduos começaram a viver a base da sociedade de consumo caracterizada por um número crescente de serviços e produtos, e da exacerbada utilização do crédito e do marketing. Ademais, Guglinski(2014) explicitou que o direito do consumidor tem origens em sociedades capitalistas centrais como os Estados Unidos, este foi um percussor no ativismo do consumo, pois eventos ocorridos nesse país foram de extrema importância para a efetivação do direito do consumidor, alguns exemplos de acontecimentos citados por Guglinski (2014) foram: a criação da lei de *Sherman Anti Trust Act*, a criação da liga consumidores de New York e a liga nacional de consumidores, a publicação da obra “*the jungle*” que narrou uma visita a uma fábrica, a criação do *Meat Inspect act* para controle da comercialização de carne, o surgimento da *Federal Trade Commission*, a PFDA- *Pure food Drug Insecticide* e união dos consumidores, como também, em 1962 com a mensagem emitida do presidente Kennedy responsável pela criação do consumerismo, que tipificou o surgimento da palavra consumidores e sua importância para a economia. De igual forma, Guglinski (2014) mencionou os países centrais capitalistas europeus, como França, Alemanha e Inglaterra, também impulsionaram os direitos do consumidor através da criação da Organização Europeia de Cooperação Econômica, Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico Europeu e a IOCU- *International Organization of Consumers Union* bem como, a criação na Inglaterra do *Unfair Contract Terms Act* que consistia em um sistema de defesa do consumidor.

Destarte, na medida em que o direito do consumidor evoluiu foram criadas as primeiras leis consumeristas e o surgimento de códigos específicos voltados para a área do consumidor. De maneira que, de acordo com Kostas (2004), em 1976 ocorreu a criação do primeiro documento oficial na Europa que averbou sobre os direitos do consumidor, em 1910 na Suécia houve a primeira legislação de proteção ao consumidor e o reconhecimento dos direitos fundamentais do consumidor na 29ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos

da ONU em 1973. Ademais, ainda explicitou Kostas (2004), que no Brasil houve um remoto surgimento das relações de consumo com o Livro V das Ordenações Filipinas, no qual exercia uma coação psicológica sobre o fornecedor caso ele falsificasse o material de uma mercadoria, porém as preocupações com o direito do consumidor se consolidou na década de 40 e 60, onde os reflexos da Revolução industrial adentrou no país, posto que nesses períodos ocorreu criação dos anteprojetos de leis sobre o tema por Nina Rodrigues em 1971, a criação de leis como a Lei Delegada n.º 4/62, Lei n.º 1221/51 (lei de economia popular), o surgimento da Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969 que consagrou a defesa do consumidor, o artigo 48 do ADCT que determina a criação do código de defesa do consumidor e a Constituição de 1988, na qual a proteção do consumidor ganhou grande importância e efetivação.

2. ANÁLISE DO CONSUMIDOR NA TECNOLOGIA:

Hodiernamente, Atheniense (2010) demonstrou que os fatores psicológicos que influenciam o modo do comportamento do consumidor são baseados pelos grandes conteúdos midiáticos presentes no cotidiano dos indivíduos de forma constante, nos quais a necessidade humana é precedida por uma tensão criada pelo marketing nos veículos de circulação de informação, onde gera um estímulo para a criação do motivo da compra, resultando em um comportamento para reduzir a tensão, ou seja, adquirindo determinado bens e serviços. Outrossim, de acordo com o psicólogo americano Abraham Maslow (*apud* VAZ, 2013), o consumidor tem uma tendência a ter desejos de forma hierárquica em níveis, nos quais a sequência das necessidades são níveis fisiológicos, segurança, afiliação, de estima e por último de autorrealização, e de acordo com ele, as pessoas não têm desejos dos níveis superiores enquanto não realizar as necessidades fisiológicas. Dessarte, de acordo com Alonso (2019) a hierarquia dos desejos foi de extrema importância para os empresários direcionarem seus produtos para o nicho de população correta e com maior probabilidade de compras, posto que com a consolidação da tecnologia, houve o desenvolvimento da “economia de produção flexível” em que ocorre uma demanda mais restrita de consumidor e a fabricação de produtos mais direcionados a um tipo de consumidor específico.

De forma subsequente, as empresas necessitavam de informações íntimas sobre os consumidores para a customização do produto, a manutenção da fidelidade dos indivíduos e a realização de investimentos certos para a obtenção de lucros maiores. Ademais, a coletividade se adaptou de forma consolidada na utilização da tecnologia em tempos hodiernos, em que todas as ações são influenciadas por ela, como exemplo, o sistema

operacional que é usado no trabalho, o pagamento de compras em aplicativos de banco online, a organização da vida pessoal por meio de aplicativos, a ferramenta do Google como principal fonte de conhecimento, os entretenimentos da coletividade e os parâmetros de felicidades ditadas a sociedade. Por consequente, a enorme adaptação da população aos meios digitais facilitou para que os grupos empresariais utilizassem a tecnologia para coleta de dados privilegiados e ela atuasse de forma mais agressiva sobre a psicologia dos consumidores, de modo que as relações de consumo aumentaram de maneira considerável na atualidade, a exemplo desse fato, de acordo com a Forbes as compras online somaram R\$166,2 bilhões no Brasil (FORBES, 2018).

Porquanto, em decorrência de a tecnologia proporcionar a atuação de forma mais severa na psique das pessoas, as empresas conseguiram normalizar as relações de consumo de maneira mais consolidada aos parâmetros aceitáveis da sociedade como também, concedeu enorme facilidade de compras para os consumidores, em que eles obtiveram ; grande variedade de produtos, enorme prontidão para o recebimento deles, exacerbado conforto e agilidade em relação ao pagamento da compra, devido a enormes variações de pagamentos e tipos de créditos oferecidos pelas instituições financeiras. Por conseguinte, a facilidade gerou uma sociedade baseada no consumismo, fundamentado pela busca do prazer e satisfação imediata. O livro “ O mal estar na sociedade” de Freud (*apud* FREIRE, 2012) explicitou que a diferenciação entre o homem racional e o animal irracional , é justamente a possibilidade de ter o conhecimento de técnicas fundamentais para dominar o meio social, porém tal privilégio ocasionou uma sistematização de regras que têm o intuito de ajustar as relações e a distribuição de riqueza, em que a enorme coação, deu início a grande aceitabilidade dos fortes instrumentos que influenciam os indivíduos a inserirem as relações de consumo da autorrealização como essenciais, aumentando o números de compras e endividamento dos consumidores, em que de acordo com uma pesquisa realizada pela Epic- de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, “em dezembro de 2020, apontou que 66,3% dos consumidores estão endividados”(CAMPOS, 2021), bem como perpetuou o falso conceito de felicidade atrelado à compra de produtos explicitado por Freud ³ (*apud* FREIRE, 2012)

Ademais, a tecnologia transformou de forma radical as relações de consumo-e seus parâmetros na sociedade, de modo que os comportamentos dos indivíduos foram

³ “Estar vivo é encontrar-se permanentemente sob estado de tensão. Nosso sofrimento ou felicidade advém da própria dinâmica do desejo. Nada mais enigmático, inquietante e admirável do que o desejo. O desejo nunca está satisfeito, não descansa, persiste e se multiplica, nos consumindo. Porém, é ele que nos sustenta e nos levanta, nos mantendo vivos.”

modificados não apenas em relação ao seu modo de consumir, mas também, nas relações sociais como um todo, em que de acordo com o filósofo Zygmunt Bauman (2004) as relações sociais e econômicas são frágeis e maleáveis, denominadas como modernidade líquida, em que os relacionamentos não são duradouros, e houve o agravante com a tecnologia, estabelecendo uma conexão de laços banais e eventuais, onde o egoísmo é o grande causador de volatilidade das relações, acentuando consumismo para sanar o desejo de suprir o ego influenciado constantemente a se exceder.

Por fim, as relações de consumo foram radicalmente modificadas com a advento da tecnologia, transformando a forma de consumo e quantidade a ser consumida pelos indivíduos como também, conseguiu ultrapassar as relações de consumo e adentrar nas relações sociais de maneira generalizada. Diante desses aspectos, é imprescindível o estabelecimento de regras jurídicas capazes de combater o consumismo.

3. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS DIGITAIS:

A tecnologia permitiu a aproximação de empresas e consumidores, em que muitos aderiram à praticidade proporcionada por ela, de modo que as empresas precisaram se adaptar à nova realidade virtual. Dessa forma, de acordo com Alonso (2019) a exposição dos dados nas redes sociais e veículos de informações, ocasionou a massificação e o dinamismo nas relações de consumo, tendo como consequência a manipulação de armazenamento de dados pessoais dos consumidores, na qual a exacerbada quantidade de dados íntimos gerou um enorme prejuízo aos direitos fundamentais dos indivíduos, estes que pagaram caro pela enorme praticidade oferecida pela tecnologia. Ainda, Alonso (2019) explicitou que as grandes empresas como Google, Facebook e Amazon coletam os dados da pessoa para determinar os próximos possíveis conteúdos informativos e futuros produtos a serem ofertados, tendo como ato subsequente, a restrição dos indivíduos a interesses específicos como também, a acentuação da enorme vulnerabilidade da relação consumerista, pois impõe de maneira unilateral as políticas de privacidade e termos de uso e a possível não aceitação ocasiona na privação da utilização do serviço oferecido-pelo aplicativo e ainda, a difícil compreensão dos termos propostos, uma vez que empregam palavras técnicas, letras miúdas e textos grandes para influenciar o consumidor a não compreender.

Em segundo lugar, o progresso de um contexto social tecnológico construído nos tempos hodiernos gerou a necessidade de realizar a criação de leis específicas para os

problemas oriundos da tecnologia, sendo a principal, a Lei Geral de Proteção de Dados que dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais nos meios digitais⁴.

Outrossim, outra lei criada para harmonização da era tecnológica foi a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, que destinou um capítulo para discorrer sobre a responsabilização civil decorrentes de ações e omissões no ambiente virtual bem como, a Lei 12.737/2012, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann (BRASIL, 2012), responsável por tipificar crimes cibernéticos como disseminação de vírus, uso indevido de dados dos usuários, invasão da privacidade. Portanto, o ordenamento jurídico começou a tutelar os direitos dos indivíduos por meio da criação de leis voltadas para o combate dos problemas derivados da tecnologia, com o objetivo de aproximar os conceitos consumeristas das garantias dos direitos fundamentais, já tutelados pelo Direito, necessitando apenas da modificação e renovação das normas jurídicas para a concretização social.

Contudo, a era digital carrega princípios como instantaneidade e rápida absorção popular, ou seja, os indivíduos se adaptaram de forma fácil e rápida a essa nova realidade, permitindo que os efeitos ocorressem de maneira de tamanha rapidez e proporção. Diante disso, por mais que o Direito tenha começado a voltar-se para a criação leis específicas direcionadas à tecnologia, a sociedade digital tem alcançado efeitos grandiosos responsáveis por modificações transcendentais, de modo que as leis estão longe de averiguar a harmonização das relações de consumo na sociedade digital por intermédio da eficácia dessas normas jurídicas específicas.

Dessa forma, o direito do consumidor não consegue tutelar de forma concreta os direitos fundamentais, tendo por consequente a exacerbada exposição de dados íntimos que os consumidores desconhecem quais dados foram coletados e compartilhados pelas empresas dificultando a preservação de seu direito à privacidade, este que se encontra cada vez mais fragilizado e devastado, posto que os desafios para a manutenção da proteção dos dados se tornam cada vez mais difíceis. Em razão da grande aderência social decorrida de uma falsa sensação proporcionada pela tecnologia e da ausência de efetividade das leis já existentes como também, a existência de muitos equivalentes funcionais para a resolução de crimes específicos surgidos de conflitos digitais, de modo que esses fatores atraem a prática de atos ilícitos no E-commerce, perfazendo necessária a punição pela justiça brasileira e por conseguinte a adequação do sistema judiciário a esses conflitos tecnológicos.

⁴ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”.

4. MEDIDAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DIGITAIS

Em primeiro lugar, o Direito tem a responsabilidade de manter a harmonização da sociedade, porém também é necessário ressaltar a importância de cada pessoa limitar seu compartilhamento de dados, a fim de considerar o uso ético das informações e executar ações que ajudem a promover a autoproteção e privacidade dos dados a terceiros. Dessa maneira, a análise de forma crítica dos dados permitirá a identificação de ações chaves para evitar a invasão dos dados íntimos, alguns exemplos explicitados por Santos (2021) são: não colocar a mesma senha em vários serviços, criar senhas seguras, escolher fornecedores de aplicativos famosos no mercado pela segurança, empresas que efetuem o pós venda com a devida assistência ao cliente, evitar passar dados a desconhecidos ou colocar o registro do CPF em qualquer tipo de aplicativo, realizar backup de tempos em tempos e utilizar apenas aplicativos de compras necessários a fim de evitar o consumismo exacerbado.

Outrossim, ainda mencionando medidas que devem partir da coletividade com o objetivo de evitar a sobrecarga do sistema judiciário e promover o progresso da consciência coletiva, as empresas responsáveis por realizar comércio on-line devem utilizar dos benefícios proporcionado pela tecnologia para promover o impacto social benéfico por meio da obtenção desses dados e por consequente, a maior aderência populacional para a utilização de seus sites, onde o respeito ao limite impostos pela lei de proteção de dados devem ser seguidas corretamente como também, algumas atitudes para exercício devido da prática das leis tecnológicas demonstrado por Santos (2021), como: investir em criptografia, ter um plano bom com o devido suporte técnico, criação de uso e privacidade baseada na boa fé empresarial, capacitação devido da equipe para serem capazes de ter habilidade de resolver um possível problema na ausência de privacidade, escolher bem os melhores fornecedores, sites pautados em algoritmos seguros e um portal de política de transparência aos consumidores.

Em último lugar, o sistema jurídico deve atuar de forma sinalagmática com a conscientização popular, cada vez mais se adequar à realidade fática hodierna permeada pela tecnologia por meio da devida capacitação dos legisladores e operadores do direito para a criação de leis específicas direcionadas a conflitos tecnológicos e sua correta aplicação na coletividade. Como ato subsequente, a finalização de equivalentes funcionais que garantem de forma parcial a justiça digital bem como, políticas públicas de apoio a inovação tecnológica e segurança eletrônica, como alguns exemplos são a inserção de investimento para fiscalização da aplicação da norma e fortalecimento da educação digital.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

À guisa de conclusão, com o advento da tecnologia no cotidiano dos indivíduos foi concretizada a necessidade de adequação do Direito à nova realidade das relações consumeristas. Dessarte, a problematização ocasionada pela exacerbada facilidade proporcionada pelo comércio eletrônico com a invasão de privacidade e a consequente violação dos direitos fundamentais bem como, a ausência do conhecimento básico dos consumidores, fez necessário por meio da ampliação da compreensão do tema, a perpetuação de medidas resolutivas propostas de acordo com a necessidade socioeconômica e cultural dos indivíduos em relações de consumo nos tempos hodiernos. Dessa forma, na realização da análise histórica das relações consumeristas, foi concluído que os relacionamentos oriundos do consumo ocorreram desde os primórdios, de modo que apenas se caracterizaram de acordo com o contexto social inserido. Diante desses aspectos, a metodologia dedutiva realizada na pesquisa foi imprescindível para constatar que a psique do consumidor contemporâneo é influenciada de forma direta pela tecnologia, em que as hipóteses arguidas em relação a problematização da ausência de proteção de dados e garantia efetiva dos direitos digitais foram averiguadas em detrimento dessas características de pensamento. Portanto, a finalidade do conhecimento sobre o tema foi importante para propor resoluções como a conscientização popular e a adequação concreta do Direito por meio da criação de leis específicas e políticas públicas para aplicá-las, a fim de que a força normativa legislativa seja integral e promova a harmonização da sociedade tecnológica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALONSO, Pablo et *al.* **O direito do consumidor na modernidade**. Seminário de direito consumidor modernidade ,2019. Disponível em: http://ppgdin.uff.br/wp-content/uploads/sites/5/2019/12/DIREITO-DO-CONSUMIDOR-NAMODERNIDADE-RESUMOS_EXPANDIDOS_2019.pdfdigital/.Acessoem: 22/04/2021.
- ATHENIENSE, Alexandre. **A fragilidade da privacidade na era digital**. Âmbito jurídico, 2010.Diponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-79/a-fragilidade-da-privacidade-na-era-digital/>.Acesso em: 24/04/2021.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos**,1º ed. Rio de Janeiro: Zahar,2004.
- BRASIL, Lei nº 13.709.14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 26/04/2021.

BRASIL, LEI Nº 12.737, de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28/04/2021.

CAMPOS, Ana. **Número de brasileiros com dívidas cresce no fim de 2020**. Agência Brasil, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-01/numero-de-brasileiros-com-dividas-cresce-no-fim-de-2020>. Acesso: 28/04/2021.

COMPRAS, online somaram R\$ 166,2 bi no Brasil. Forbes, 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2018/09/compras-online-somaram-r-1662-bi-no-brasil/>. Acesso: 22/04/2021.

FREIRE, Viviane. **Mal-estar na civilização e consumismo**. Portal dos psicólogos, UNILAVRAS, 2012. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0300.pdf>. Acesso em: 24/04/2021.

GUGLINSKI, Vitor. **Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC**. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>. Acesso em: 18/04/2021.

HAMURABI. **Código de Hamurabi**, século 18 A.C. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdr>. Acesso em: 19/04/2021.

KOSTESKI, Graciele. **A história das relações de consumo :Um apanhado geral da história do Direito do Consumidor. Direito net, 2004**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/:.Acesso> em: 29/04/2021.

MARCHIORO, Gabriela. **A história do Direito do Consumidor**. Biblioteca Central UFRGS Blog, 2010. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/blogdabc/historia-do-direito-do-consumidor>. Acesso em: 18/04/2021.

SANTOS, Ana. **Vazamento de Dados: porque privacidade e segurança precisam virar pautas urgentes em nosso dia a dia**. SGB, 2021. Disponível em: <https://socialgoodbrasil.org.br/.Acesso> em: 28/04/2021.

A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO DERIVADO DAS TRANSAÇÕES COM A MOEDA VIRTUAL “BITCOIN”

Taxation of the income from transactions with the virtual currency “Bitcoin”

LILIANA PEREIRA¹

JULIANA FERREIRA²

Sumário: 1. Introdução: a Bitcoin; 2. A regulação das moedas virtuais; 3. A posição da União Europeia; 4. A tributação das operações e dos rendimentos associados às moedas virtuais; 5. A resposta regulatória e tributária: considerações finais.

Resumo: A moeda virtual surge numa altura em que a sociedade se encontra em constante mudança. Faz parte de cada um a adaptação a novas realidades, novos desafios e novas visões. Da mesma forma, deve a estrutura de um país adaptar-se constantemente às mudanças, para que nunca falem respostas a novas questões. No caso específico, que falaremos durante este artigo, deve o sistema financeiro e o sistema legal e tributário adaptar-se às alterações que surgem com a criação da moeda virtual. Se os sistemas não fizerem as devidas adaptações no tempo certo, pode originar que atividades ilegais ou ilícitas se aproveitem de lacunas para operarem. No presente artigo pretendemos abordar o tema da tributação dos rendimentos decorrentes das transações realizadas com a moeda virtual Bitcoin, procurando fazer uma análise do enquadramento que está a ser adotado em vários países, incluindo Portugal, e também a posição da União Europeia sobre a matéria. Esperamos que através das nossas conclusões sejam dados contributos na matéria que discutimos, sendo que é nossa expectativa que a implementação de medidas regulatórias seja brevemente anunciada. Este é um tema com pouco desenvolvimento científico e onde se verifica a falta de regulação por parte dos países, a discordância de opiniões entre as várias entidades, e a falta de tomada de uma decisão esclarecedora e regulatória por parte da União Europeia.

Palavras-chave: Bitcoin; moeda virtual; imposto sobre o rendimento; tributação

Abstract: The virtual currency appears at a time when society is constantly changing. It is part of each one to adapt to new realities, new challenges and new visions. Likewise, the structure of a country must constantly adapt to changes, so that answers to new questions are never lacking. In the specific case, which we will talk about in this article, the financial system and the legal and tax system must adapt to the changes that arise with the creation of the virtual currency. If the systems do not make the necessary adaptations at the right time, it can cause illegal or illicit activities to take advantage of gaps to operate. In this article we intend to address the issue of taxing income from transactions carried out with the virtual currency Bitcoin, seeking to make an analysis of the framework that is being adopted in several countries, including Portugal, and also the European Union's position on the matter. We hope that through our conclusions, contributions will be made in the matter we discussed, and it is our expectation that the implementation of regulatory measures will be announced shortly. This is a topic with little scientific development and where

¹ Professora Adjunta de Fiscalidade na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Doutorada em Fiscalidade - Universidade de Santiago de Compostela. E-mail: lpereira@ipca.pt

² Mestre em Fiscalidade pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. E-mail: juliana_sf_7@hotmail.com.

there is a lack of regulation on the part of the countries, the disagreement of opinions between the various entities, and the lack of an clarifying and regulatory decision by the European Union.

Keywords: Bitcoin; virtual currency; income tax; taxation.

1. Introdução: a Bitcoin

A Bitcoin nasceu em 2008, enquanto ocorria uma das maiores crises económicas e financeiras que o mundo se recorda, sendo a sua criação atribuída a Satoshi Nakamoto³. Trata-se de um tipo de dinheiro eletrónico, baseado num sistema peer-to-peer⁴, usada como método de pagamento online de um indivíduo para outro, sem necessitar de qualquer tipo de intermediário⁵. Não é só uma moeda, mas também uma rede descentralizada de pagamentos, sustentada por um conjunto de tecnologias e algoritmos, aos quais chamamos blockchain. A Bitcoin foi o primeiro caso de implementação prática da tecnologia adjacente à blockchain, mas esta tecnologia pode ser utilizada para muitos outros fins não relacionados com moeda virtual. O facto de nos referirmos à Bitcoin como uma moeda não significa que esta possua curso legal. Apesar de esta ser aceite como meio de troca em transações comerciais, a sua classificação jurídica e legal ainda não foi abordada em vários países.

Ao longo do tempo, a Bitcoin registou uma grande valorização, sendo a sua principal característica a alta volatilidade. O seu valor equiparou-se ao dólar americano em 2011, e em março de 2017 excedeu o valor de uma onça de ouro⁶. O dinheiro eletrónico não é propriamente uma novidade para nós, não fosse este estar presente até no pagamento que fazemos através do cartão de débito. Da mesma forma, conhecemos os pagamentos online, que podem ser encontrados na mais simples transferência bancária feita através do acesso à plataforma digital do nosso banco. Assim, a parte revolucionária da Bitcoin prende-se na ausência de uma terceira entidade que regule a transação em causa. Com este facto, surge um eventual problema: como é controlada a transação, e como podem os indivíduos ter confiança nas suas transações?

2. A regulação das moedas virtuais

³ A verdadeira identidade do criador da *bitcoin* permanece ainda hoje um mistério. Ninguém sabe quem era Satoshi Nakamoto, nem qual a sua relação com o mercado financeiro. Em 2011 o autor desapareceu por completo. PACHECO, A. V. (2018). “*Bitcoin*”. Editora Self, Portugal, pp .23-24. Através do seu paper, o criador da moeda esclareceu os objetivos que o levaram a este feito: 1) criar o primeiro sistema de moeda virtual que resolvesse o problema da descentralização da moeda, e a consequente falta de controlo; 2) eliminar a possibilidade de qualquer entidade poder exercer poder sobre a mesma; 3) fazer com que os utilizadores usem de forma autónoma o seu dinheiro. Em janeiro de 2009, Satoshi Nakamoto lançou o software que suportaria as transações com a moeda, no qual apenas eram necessários dois intervenientes para as trocas de dinheiro eletrónico

⁴ *Peer-to-peer*: de um indivíduo para outro, sem passar pelo controlo de uma terceira entidade ou intermediário.

⁵ TANENBAUM, A.S. (2010). *Computer Networks*, 5ª Ed., Pearson Education, pp. 7-8. Numa rede peer-to-peer, os “nós” agem como clientes e servidores para os outros “nós” da rede. Quando comparado ao modelo cliente/servidor, onde só há um servidor que recebe e processa requisições, no modelo peer-to-peer os “nós” têm a responsabilidade de servir outros “nós”. Assim, não existe um ponto de controlo único. Para que essa troca de informações ocorra, os “nós” têm de concordar num conjunto de regras previamente definidas.

⁶ MARTINS, P. (2018). Introdução à Blockchain, FCA, Lda, 1ªed., p. 56.

Não existem ainda, na generalidade dos países, organizações jurídicas que determinem as regras de utilização da Bitcoin. Esta regulamentação é fundamental, pois irá permitir que a nova tecnologia seja legalizada, para que mais utilizadores adiram à mesma, contribuindo para uma aceitação geral da Bitcoin e da tecnologia por detrás da mesma. Apesar da falta de regulação, a tecnologia blockchain cresceu a olhos vistos, o que preocupa os governos e as autoridades dos diferentes países. A maior preocupação é a utilização indevida desta tecnologia, em particular o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Também são fatores preocupantes o abalo da eficácia das políticas monetárias centrais, relacionadas com a fraude, a evasão e a equidade fiscais. A tomada de consciência por parte dos países da necessidade de regulação da moeda só demonstra o sucesso da mesma.

3. A posição da União Europeia

A reação inicial da União Europeia (UE) ao fenómeno de aparecimento das moedas virtuais foi prudente, existindo a procura pela compreensão da tecnologia e do acompanhamento da sua evolução, antes de qualquer atuação por parte dos organismos responsáveis. Essa atitude foi complementada pelos avanços em 2012, em que o BCE emitiu um estudo intitulado “Virtual Currency Schemes”⁷ em que alertou para os riscos relacionados com a utilização das moedas virtuais, não estando as mesmas reguladas nem sequer supervisionadas. Em 2013, a European Banking Authority (EBA) alertou os consumidores para o risco de perda do investimento realizado em moeda virtual, devido à falta de mecanismos legais de proteção do utilizador⁸.

Em maio de 2016, o Parlamento Europeu emitiu o seu primeiro relatório sobre moedas virtuais, considerando que as mesmas podem contribuir de forma positiva para o desenvolvimento económico, aconselhando os serviços do Estado a testar a tecnologia da blockchain para melhorar a oferta de soluções administrativas⁹. No seu relatório de dezembro de 2013, intitulado “Warning to consumers on virtual currencies”, a EBA alerta para os potenciais riscos de transacionar moedas virtuais como a Bitcoin. Primeiro, define as moedas virtuais como uma forma não regulamentada de dinheiro digital que pode funcionar como meio de pagamento, em que a mesma não é emitida ou assegurada por um banco central¹⁰. Posteriormente define os riscos que o utilizador corre em transacionar a moeda virtual. O primeiro risco é o facto de o comprador poder perder o seu dinheiro na plataforma de troca de moeda. Estas plataformas não

⁷ BANCO CENTRAL EUROPEU (2012). *Virtual Currency Schemes*. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/home/search/html/index.en.html?q=virtual+currency>.

⁸ EBA (2013). *Warning to Consumers on Virtual Currencies*. Disponível em: <https://eba.europa.eu/documents/10180/598344/EBA+Warning+on+Virtual+Currencies.pdf>.

⁹ PARLAMENTO EUROPEU (2016). *Relatório sobre moedas virtuais*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168_PT.pdf, acessado em 20/11/2019, pp.5-8.

¹⁰ EBA (2013). *Warning to Consumers on Virtual Currencies*, ob. cit., p.1.

são reguladas e possuem o risco de serem defraudadas por terceiros, o que já aconteceu a alguns consumidores, como é realçado pela EBA. Enquanto numa entidade bancária o dinheiro lá depositado pode estar assegurado por garantias de depósitos, no caso de burla, o mesmo já não acontece nas plataformas de troca de moeda virtual. Outro risco que é referido no relatório é o dinheiro virtual poder ser roubado da carteira digital. Esta é usada para armazenar a moeda virtual adquirida, e a mesma pode ser armazenada numa carteira guardada num computador ou num telemóvel. Estas carteiras possuem uma chave pública e uma chave privada, em que a privada permite o acesso do utilizador à carteira. Apesar das chaves, as carteiras são passíveis de serem roubadas, sendo que já são conhecidos casos de roubo no valor de 1 milhão de dólares. Os utilizadores também devem ter cuidado com a sua chave privada, pois se perderem a mesma podem nunca mais ter acesso à carteira. Os autores referem também que os utilizadores não estão protegidos quando usam a moeda virtual como meio de pagamento para bens ou serviços, sendo que os comerciantes são livres de aceitar ou deixar de aceitar a qualquer momento o pagamento com moeda virtual. A volatilidade da moeda também é referida no relatório: o valor da moeda é inconstante, e rapidamente pode chegar a ser mesmo nulo. O facto de as moedas virtuais serem frequentemente associadas a atividades criminais e branqueamento de capitais pode também afetar os seus utilizadores. Apesar de as transações de moeda serem públicas, os seus detentores não o são. Por fim, o relatório refere brevemente as questões fiscais que as transações de moeda virtual podem trazer aos seus utilizadores, sendo que existem países que podem tributar os ganhos com as mesmas, ou até mesmo tributar as transações¹¹.

4. A tributação das operações e dos rendimentos associados às moedas virtuais

Iremos abordar qual a tributação que esses mesmos países aplicam às operações com moeda virtual e aos rendimentos obtidos com essas operações. Em Portugal ainda não existem normas específicas que regulem a matéria, pelo que foi necessário recorrer a outros países com o objetivo de trazer algum tipo de contributo para o território nacional, tentando estudar ao mesmo tempo se podemos importar algumas regras ou medidas já adotadas por outros países.

4.1. Austrália

O Australian Taxation Office (ATO), o principal agente australiano de cobrança de impostos e responsável pela administração do sistema de tributação federal da Austrália, emitiu orientações de como os rendimentos derivados de transações de moeda virtual devem ser tributados. A entidade considera que as moedas virtuais são ativos com consequências fiscais. As

¹¹ EBA (2013). *Warning to Consumers on Virtual Currencies*, ob. cit., pp. 2-3.

principais considerações dividem-se em quatro tópicos: i) imposto sobre o rendimento; ii) imposto sobre ganhos de capital; iii) imposto sobre bens e serviços (GST) e iv) imposto sobre benefícios adicionais. O imposto sobre o rendimento na Austrália é maioritariamente regulado pelas normas Income Tax Assessment Act 1936 (Cth) e Income Tax Assessment Act 1997 (Cth). O rendimento resultante da venda de moeda virtual será tratado como rendimento ordinário da empresa, sendo os custos de aquisição de moeda dedutíveis ao rendimento obtido¹². Relativamente ao imposto sobre ganhos de capital, a ATO emitiu esclarecimentos onde refere que este tipo de imposto pode ser aplicado sempre que a moeda virtual é vendida ou oferecida, negociada, convertida em moeda fiduciária ou usada para obter bens e serviços. A aplicação do imposto depende se a moeda virtual é mantida como um investimento, ou retida como ativo para uso pessoal para efeitos de compra de bens pessoais. Caso seja considerada como um investimento, os ganhos de capital serão adicionados em 50% ao rendimento tributável do indivíduo, desde que este possuísse a moeda pelo menos há 12 meses antes da sua alienação. Se, por outro lado, a moeda é usada para adquirir bens para uso pessoal, e esta aquisição foi inferior a 10.000 dólares, neste caso estará isenta de imposto sobre mais-valias de capital¹³. No que diz respeito ao imposto sobre bens e serviços, desde 1 de julho de 2017 que não são tributadas as transações com moeda virtual, exceto quando o indivíduo detém um negócio que envolva essas mesmas transações. Por último, no que concerne ao imposto sobre benefícios adicionais, que se trata do imposto sobre o valor dos benefícios não monetários que os empregadores atribuem aos empregados, Sackheim e Howell referem o exemplo de pagamento de salário a um empregado em moeda virtual. Desta forma, o empregador pagaria menos imposto, pelo que para evitar essa situação este tipo de benefícios deve ser tratado da mesma forma do que outros benefícios como carro ou telemóvel. Assim, todos os benefícios pagos aos empregados serão tributados à taxa de 47%, incluindo-se aqui o pagamento de salário com moeda virtual¹⁴.

4.2. Coreia do Sul

O Ministério da Estratégia e Finanças da Coreia, anunciou que estava a desenvolver planos para a tributação de moedas virtuais, mas ainda nenhuma decisão foi tomada. O Serviço Tributário Nacional publicou uma avaliação em que afirma que as moedas virtuais são produtos híbridos que têm características de valores mobiliários e de bens.

¹² SACKHEIM, M. S., & HOWELL, N. A. (2018). *The virtual currency regulation review*. Disponível em: <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-virtual-currency-regulation-review-edition-2/1197571/australia>, pp. 14-15.

¹³ SACKHEIM, M. S., & HOWELL, N. A. (2018). *The virtual currency regulation review*, ob. cit., p. 15.

¹⁴ SACKHEIM, M. S., & HOWELL, N. A. (2018). *The virtual currency regulation review*, ob. cit., p. 15.

O Serviço Tributário Nacional alertou que, para aumentar a transparência das transações e evitar a evasão fiscal, é necessário assegurar a regulamentação das moedas virtuais. Como exemplos de normas regulatórias indicou a introdução de um requisito de registo para o utilizador poder transacionar moedas virtuais, a implementação do Sistema de Verificação de Nome Real assim como a imposição de requisitos anti lavagem de dinheiro.

4.3. França

De acordo com as diretrizes da Direction générale des Finances publiques (DGFIP), os ganhos de capital com a venda de moedas virtuais estão sujeitos a tributação. Os ganhos serão tributados de maneira diferente, dependendo se a aquisição do contribuinte e a consequente venda da moeda é uma atividade ocasional, e nesse caso será tributada como lucro não comercial ou empresarial, ou se se trata de uma atividade habitual, e nesse caso será tributada como lucro industrial e comercial. Para além do referido, as moedas virtuais são tidas em consideração no cálculo da base do imposto sobre a riqueza francês, assim como a transferência gratuita de moeda virtual de um indivíduo para outro pode estar sujeita ao imposto sobre doações¹⁵.

4.4. Japão

Inicialmente, as transações com moeda virtual estavam sujeitas ao imposto sobre o consumo no Japão. Este enquadramento regulatório foi alterado em 2017, sendo que as trocas de moeda virtual deixariam de cair no âmbito do imposto sobre o consumo. Ficou então definido que os ganhos com transações de moeda virtual seriam tratados como rendimento diverso, mas de forma definitiva, pelo que estes ganhos não poderiam ser compensados com perdas de outros tipos de transações incluídas no rendimento tributável¹⁶.

4.5. Suíça

No que diz respeito ao imposto sobre a riqueza, denominado como “Wealth Tax” na Suíça, este incide sobre a propriedade total de cada indivíduo residente, considerando os bens e os direitos com valor monetário. Para fins deste imposto, a moeda virtual é tratada como moeda estrangeira. Assim, os indivíduos que detenham moeda virtual são tributados à taxa determinada pelas autoridades fiscais a 31 de dezembro de cada ano fiscal. Como exemplo, a taxa atribuída pela Administração Tributária Fiscal da Suíça em 31 de dezembro de 2017 foi de CHF 13,784.38, cerca de 14,500 USD. A entidade fornece taxas de imposto diferentes para diversos tipos de moeda

¹⁵ The Law Library of Congress, Global Legal Research Center (2018). *Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions*. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/index.php>, pp. 38-39.

¹⁶ SACKHEIM, M. S., & HOWELL, N. A. (2018). *The virtual currency regulation review*, ob. cit., p. 178.

virtual, como a Bitcoin, e baseia-se no valor médio de cada moeda nas diferentes plataformas de negociação. Relativamente ao imposto sobre o rendimento, a moeda virtual é considerada neste tipo de imposto se um indivíduo receber o pagamento de salário ou de outro benefício através de moeda virtual. Assim, independentemente de o salário ser pago em moeda fiduciária ou em moeda virtual, este vai fazer parte do rendimento tributável de cada indivíduo. No caso de existirem pagamentos em moeda virtual, o valor correspondente da moeda virtual em francos suíços deve ser incluído na declaração salarial, no momento em que é pago. O mesmo se aplica a trabalhadores independentes, que recebam moeda virtual como pagamento pela prestação de bens ou serviços. Também os rendimentos obtidos da mineração de moeda virtual devem ser considerados no rendimento tributável de cada indivíduo¹⁷. A Suíça também define o enquadramento tributário para os indivíduos que transacionem e negociem moeda virtual como atividade profissional. Neste caso, os lucros obtidos são considerados para o rendimento tributável, assim como quaisquer perdas relacionadas são deduzidas do mesmo. As moedas virtuais que se qualifiquem como ativos de negociação devem ser contabilizadas no balanço patrimonial em causa com o valor de aquisição, devendo os ganhos ou perdas relacionadas ser também contabilizados de acordo com as normas contabilísticas aplicáveis. Por fim, no que diz respeito ao imposto sobre ganhos de capital, se estes ganhos forem sobre ativos privados móveis, como é o caso da moeda virtual, não estão sujeitos a tributação, não sendo também quaisquer perdas consideradas no cálculo do imposto¹⁸.

4.6. Portugal

Em Portugal, a tributação do rendimento das pessoas singulares faz-se, desde 1989, através do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) que divide os rendimentos em 6 categorias, de acordo com a origem do rendimento: trabalho dependente (A), empresariais e profissionais (B), capitais (E), prediais (F), incrementos patrimoniais (G) e pensões (H)¹⁹.

A Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) pronunciou-se pela primeira vez sobre a tributação dos rendimentos derivados de transações com moeda virtual através de uma informação vinculativa²⁰. Nesse documento, é definido que os lucros obtidos com a venda de moeda virtual não são tributados em Portugal, desde que não esteja em causa uma atividade

¹⁷ The Law Library of Congress, Global Legal Research Center (2018). *Regulation of Cryptocurrency (...) ob. cit.*, pp. 70-71.

¹⁸ The Law Library of Congress, Global Legal Research Center (2018). *Regulation of Cryptocurrency (...) ob. cit.*, p. 71.

¹⁹ Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, aprovado pelo DL 442-A/88, de 30/11. Atualização: Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro. Artigos 1º a 12º.

²⁰ Informação Vinculativa da AT Processo nº 5717/2015, por despacho de 27-12-2016, da Subdiretora Geral do IR. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/rendimento/cirs/Documents/PIV_09541.pdf.

profissional ou empresarial. Na informação vinculativa está também explícito que as "moedas virtuais" não são, tecnicamente, consideradas "moeda" por não disporem de curso legal ou de poder liberatório em Portugal". É analisado no documento a possibilidade de tributação dos rendimentos obtidos com compra e venda de moeda virtual, onde se podiam enquadrar três categorias de rendimentos: categoria G – mais valias, categoria E – rendimentos de capitais e categoria B - rendimentos profissionais ou empresariais.

No que diz respeito à categoria G (mais-valias), a AT refere que a norma que regula os rendimentos (art.º 10º do CIRS) tem uma incidência com tipificação fechada, pois o legislador enumera quais os casos sujeitos a tributação. No caso das moedas virtuais, considera a AT que não se tratam de partes socias, nem tão pouco as mesmas constituem um direito que permita receber qualquer quantia. Também não considera que a valorização das moedas virtuais se trata de ativos subjacentes ou produtos financeiros derivados, uma vez que o seu valor apenas é determinado pela oferta e procura das mesmas. No que diz respeito ao conceito de valor mobiliário, considera a AT que o mesmo também não pode ser aplicado às moedas virtuais. Conclui-se assim que as mais-valias decorrentes das transações com moeda virtual não são tributadas em sede de categoria G.

No que concerne à categoria E, a AT declara que a norma de incidência da mesma está feita de uma forma aberta, onde podemos encontrar uma regra geral (art. 5º, n.º 1, CIRS) e exemplificações de realidades sujeitas a tributação (art. 5º, n.º 2, CIRS), sendo que outras realidades se podem enquadrar na regra geral. Nesta categoria são tributados os rendimentos gerados pela aplicação de capital, que a AT define como frutos jurídicos. No caso das moedas virtuais, o rendimento é obtido através da venda do direito, o que significa que não cabe no conceito de fruto jurídico e por essa razão não é considerado como tributável em sede de categoria E.

Por fim, a AT analisa a categoria B, onde se tributam todos os rendimentos obtidos em função do exercício de uma atividade empresarial ou profissional, independentemente da origem dos mesmos. Assim, caso a compra e venda ou outra atividade relacionada com moeda virtual faça parte do exercício de uma atividade profissional, os rendimentos auferidos serão tributados em sede de categoria B. Caso as atividades referidas não tenham carácter de habitualidade e não constituam uma atividade profissional, os rendimentos não serão sujeitos a tributação.

De forma contraditória a tudo o que foi referido anteriormente, a AT respondeu a um contribuinte, através do e-balcão, expondo que apesar de a legislação fiscal portuguesa não considerar as atividades com moeda virtual, os rendimentos derivados dessas atividades representam uma distribuição de lucros, na proporção do investimento, e por isso classificados como rendimentos de capitais, enquadrando-se a tributação dos mesmos em sede de categoria E.

Tal informação não foi divulgada de forma oficial ou genérica pela AT, mas com esta dualidade de posições conseguimos perceber a falta de consenso e a controvérsia sobre o assunto no seio da própria administração fiscal²¹.

5. A resposta regulatória e tributária: considerações finais

O número de Bitcoins em circulação foi limitado pelo criador das mesmas desde o início. Consequentemente, se toda a gente decidisse utilizar a Bitcoin como meio de pagamento, o número de unidades existentes não seria suficiente, ou então para que esta se dividisse num número maior de pequenas partes de uma Bitcoin, o valor subjacente da moeda ia ser cada vez menor. Deste modo, este instrumento tem tendência a ser usado e definido no futuro como meio de investimento e não como meio de pagamento. O facto de a Bitcoin não ser aceite como meio de pagamento na generalidade dos casos, assim como a falta de características para poder ser definida como uma moeda em sentido económico e legal, resultou em que tenha vindo a ser utilizada como investimento²².

Assim, e partilhando da opinião de CARVALHO²³, a solução regulatória das moedas virtuais passa pela definição das mesmas como valores mobiliários, dentro do conceito de ativos financeiros. Partindo do conceito de valor mobiliário definido pelo Código dos Valores Mobiliários, no seu art. 1º, constituem valores mobiliários, além dos referidos no artigo (como ações, obrigações, etc), os documentos representativos de situações jurídicas homogêneas suscetíveis de transmissão em mercado. O texto da norma, através desta última parte, deixa em aberto a possibilidade de inclusão de outros conceitos, assim como na parte inicial, onde podemos ler “(...)além de outros que a lei como tal qualifique(...)”.

Apesar de a AT referir que a compra e venda de moeda virtual não é tributada em Portugal, a menos que constituía uma atividade profissional ou empresarial, nós discordamos deste entendimento. Sendo a resposta regulatória considerar a moeda virtual como valor mobiliário, significa que as mais-valias obtidas com as operações de moeda virtual estariam sujeitas a tributação, pelas mesmas regras dos restantes valores mobiliários. No que respeita ao aspeto fiscal, a tributação dos rendimentos obtidos com operações com moeda virtual, em sede de tributação do rendimento, importa destacar as atividades de mineração (criação de moeda) e as trocas de moeda, seja a venda de moeda virtual para obtenção de moeda tradicional ou a troca de moeda

²¹ FERREIRA, R. F. (2019). “O tratamento fiscal dos rendimentos de criptomoedas em sede de IRS”. *O Informador Fiscal*. Disponível em: <https://www.informador.pt/artigos/F1D2.0152/O-tratamento-fiscal-dos-rendimentos-de-criptomoedas-em-sede-de-IRS>.

²² RFF Sociedade de Advogados (2017). *O Tratamento Fiscal dos Rendimentos de Bitcoins em Sede De IRS*. Newsletter nº04/18. Disponível em: <http://www.aip.pt/uploads/Bibliotecas de Areas/Associados/NL Bitcoins.pdf>.

²³ CARVALHO, S. C. R. A. (2018). *BITCOIN: Do enquadramento jurídico à tributação*. Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa- Faculdade de Direito, Porto, Portugal, pp. 51-53.

virtual por bens e serviços. Relativamente à primeira operação (mineração), somos da opinião de CARVALHO, pelo que os miners não devem ser tributados quando obtêm Bitcoins em retorno do seu trabalho de mineração. Este tipo de pagamento ocorre ocasionalmente, e apenas num plano virtual, o que significa que não faz sentido tributar este tipo de compensação²⁴.

Relativamente à segunda operação, que se trata da compra e venda de moeda virtual, achamos que os rendimentos obtidos devem ser objeto de tributação. No caso de Portugal, na nossa opinião seriam de integrar como rendimentos tributados em sede de categoria G de IRS, ou seja, serem tributados como se de mais-valias se tratassem. Para isso, as Bitcoins devem ser regulamentadas como valores mobiliários, dentro do conceito de ativo financeiro.

Somos da opinião que a regulação nos diferentes países só irá ocorrer quando uma entidade como a União Europeia implementar decisões que todos os países tenham de cumprir, não obstante os avanços até agora conseguidos.

Referências Bibliográficas

- BANCO CENTRAL EUROPEU (2012). *Virtual Currency Schemes*. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/home/search/html/index.en.html?q=virtual+currency>.
- CARVALHO, S. A. (2018). *BITCOIN: Do enquadramento jurídico à tributação*. Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa- Faculdade de Direito, Porto, Portugal.
- EBA (2013). *Warning to Consumers on Virtual Currencies*. Disponível em: <https://eba.europa.eu/documents/10180/598344/EBA+Warning+on+Virtual+Currencies.pdf>.
- FERREIRA, R. F. (2019). “O tratamento fiscal dos rendimentos de criptomoedas em sede de IRS”. *O Informador Fiscal*. Disponível em: <https://www.informador.pt/artigos/F1D2.0152/O-tratamento-fiscal-dos-rendimentos-de-criptomoedas-em-sede-de-IRS>.
- Informação Vinculativa da AT Processo nº 5717/2015, por despacho de 27-12-2016, da Subdiretora Geral do IR. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/rendimento/cirs/Documents/PIV_09541.pdf
- MARTINS, P. (2018). *Introdução à Blockchain*, FCA, Lda, 1ªed., p. 56.
- PACHECO, A. V. (2018). “*Bitcoin*”. Editora Self, Portugal.
- PARLAMENTO EUROPEU (2016). *Relatório sobre moedas virtuais*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168_PT.pdf.

²⁴ CARVALHO, S. C. R. A. (2018). *BITCOIN: Do enquadramento jurídico à tributação*. Ob. cit., pp. 51-53.

- RFF Sociedade de Advogados (2017). *O Tratamento Fiscal dos Rendimentos de Bitcoins em Sede De IRS*. Newsletter n°04/18. Disponível em: [http://www.aip.pt/uploads/Bibliotecas de Areas/Associados/NL Bitcoins.pdf](http://www.aip.pt/uploads/Bibliotecas_de_Areas/Associados/NL_Bitcoins.pdf).
- SACKHEIM, M. S., & HOWELL, N. A. (2018). *The virtual currency regulation review*. Disponível em: <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-virtual-currency-regulation-review-edition-2/1197571/australia>.
- TANENBAUM, A.S. (2010). *Computer Networks*, 5ª Ed., Pearson Education.
- The Law Library of Congress, Global Legal Research Center: (2018). *Regulation of Cryptocurrency in Selected Jurisdictions*. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/index.php>.

MODELO DE NEGÓCIO PREDITIVO E OS REFLEXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Predictiv business model and the reflections of the general data protection law

FERNANDO HATADA¹

THAÍS CÍNTIA CÁRNIO²

Sumário: Introdução; 1. Democratização das Tecnologias; 2. Modelos de Negócios Preditivos; 3. Inovações do Sistema Financeiro Brasileiro e a LGPD; Considerações Finais.

Resumo: A evolução da tecnologia tem contribuído para o desenvolvimento social e dos mercados, principalmente após a expansão da internet que possibilitou a conectividade e maior fluidez na transação de dados. *Big data* tem mudado modelos de negócio tradicionais, o uso de dados permite com que as empresas conheçam os seus clientes e por meio de monitoramento do seu comportamento, com isso, consegue coletar dados estruturando um modelo de negócio preditivo que oferece o que o cliente precisa no momento em que ele precisa, aumentando a taxa de conversão da sua oferta. No cenário das instituições financeiras, as *fintechs* estão atuando fortemente com o uso das tecnologias digitais para entregar um valor percebido diferente aos seus clientes, fazendo com que os bancos tradicionais revejam seus modelos de negócios. Atualmente, no Brasil surge o *Open Banking*, possibilitando maior interação e troca de dados entre as instituições financeiras, sobre seus clientes. A discussão do artigo, fica em torno das tecnologias digitais, a democratização e acesso as tecnologias, após a expansão da internet, as mudanças no modelo de negócio, a troca dos dados entre as instituições na perspectiva do que regula da Lei Geral de Proteção de Dados e os reflexos disso aos diretos do cidadão.

Palavras-chave: *Big data*; Modelo de negócio Preditivo; *Open Banking*; LGPD.

Abstract: The evolution of technology has contributed to social and market development, especially after the expansion of the internet, which enabled connectivity and greater fluidity in the data transaction. Big data has changed traditional business models, the use of data allows companies to get to know customers and by monitoring their behavior, thereby managing to collect data by structuring a predictive business model that offers what the customer needs in when he needs it, I increase the conversion rate of his offer. In the scenario of financial institutions, fintechs are acting strongly with the use of digital technologies to deliver a different perceived value to their customers, causing traditional banks to review their business models. Currently, in Brazil, Open Banking emerges, enabling greater interaction and exchange of data between financial institutions, about their customers. The discussion of the article is about digital technologies, democratization and access to technologies, after the expansion of the internet, according to the changes in the business

¹Mestrando em Administração de empresas e professor do curso de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogado e Engineering Manager na Youse Seguros, e-mail: fehataada@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogada, e-mail: thais.carnio@gmail.com.

model, the exchange of data between institutions in the perspective of what is regulated by the General Protection Law of Data and the reflexes of this to the rights of the citizen.

Keywords: Big data; Predictive business model; Open banking; LGPD.

Introdução

A tecnologia é um fenômeno que atua diretamente no desenvolvimento social e não tem como desvincular que o comportamento do consumidor no mercado está conectado com novas tendências tecnológicas, as tecnologias se encontram em estágio emergente e dinâmico³, podendo resultar em mudanças nos modelos de negócios, produtos, serviços ou estrutura organizacionais⁴.

Big data está mudando o modelo de negócio tradicional e é uma das tecnologias digitais disponíveis de impacto no movimento das transformações digitais⁵. Uso de dados permite as empresas conhecerem seus clientes, seu comportamento e estruturarem um modelo de negócio que ofereça o que o cliente precisa no momento que ele precisa, construindo um modelo de negócio mais preditivo.

No mercado financeiro, as *Fintechs* oferecem diversas praticidades aos consumidores, com serviços personalizados, possibilitando a rápida resposta esperada por clientes cansados do modelo de negócio tradicional. Na nova realidade foi aprovado pelo Banco Central do Brasil o compartilhamento de dados de consumidores de serviços bancários entre as instituições financeiras, internacionalmente conhecida como *Open Banking*.

O *Open Banking* é um modelo de funcionamento do sistema financeiro de acordo com o qual há o compartilhamento colaborativo de informações financeiras entre os participantes do sistema financeiro. Aprimorando a percepção da necessidade e do perfil dos clientes de serviços bancários para oferecer produtos e serviços mais adequados às suas expectativas. Entretanto o compartilhamento de dados dos clientes entre instituições financeiras, ou a construção de modelos de negócios preditivos podem esbarrar no que regula, Lei Geral de Proteção de Dados, devendo as instituições nortear o maior cuidado possível.

³ MORAKANYANE, R; GRACE A.A; O'REILLY, P. Conceptualizing Digital Transformation in Business Organizations: A Systematic Review of Literature. Association for Information Systems, 2017.

⁴ NADKARNI, S; PRUGL, R. Digital transformation: a review, synthesis and opportunities for future research. Management Review Quarterly. 2020.

⁵ DREMEL, C; WULT, J; HERTERICH, M; BRENNER, W. How AUDI AG Established Big Data Analytics in its Digital Transformation. MIS Quarterly Executive, v. 16, n.2, 81-101, 2017.

1. Democratização das tecnologias

A tecnologia contribuiu diretamente para o desenvolvimento da sociedade, em uma perspectiva do mundo corporativo, este sempre recebeu dela influência de modo decisivo e com isso construiu bases sólidas para as grandes rupturas que acontecem nos dias atuais⁶.

Não tem como desvincular que o comportamento do consumidor está conectado com essas aparições e novas tendências tecnológicas, de tal modo que, as tecnologias aceleradas estão modificando o curso dos países, do mercado e de toda a humanidade.⁷

Nos anos de 1980, já havia modelos de negócios operantes e alguns até presente aos dias atuais, estruturados com uso de tecnologias, consideradas básicas comparadas ao momento atual, como: Intel microprocessadores, protocolos de comunicação TCP/IP, telas de cristal líquido - LCD, e-mails e os primeiros computadores domésticos. Entre 1980-2000, novas tecnologias foram aparecendo e modificando o comportamento no mercado, com auxílio da popularidade do computador pessoal, os dispositivos de telefonia móvel e novas interfaces gráficas ao usuário, sendo significativo para a difusão da internet⁸.

Havia forte descrença por uma parcela social, de que a internet teria alto impacto para tornar o negócio físico em digital. A falta de compreensão sobre o poder da internet estava relacionada pela dificuldade de mensuração do impacto, como ainda é hoje. Atualmente, o número de páginas na internet já supera os 60 trilhões, o equivalente a quase 10 mil páginas por habitante na face da terra, tudo criado em menos de 8 mil dias⁹.

Foi a expansão da internet que permitiu empresas puramente digitais começarem a existir, como foi o caso da: Amazon, Google e Facebook¹⁰. Muitas evoluções tecnológicas com melhorias em: *hardware*, *software* ou conexões ocorreram para corresponder aos anseios

⁶ MAGALDI, S; NETO, J. S. Gestão do Amanhã: Tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4.ª Revolução Industrial. São Paulo: Editora Gente, 2018.

⁷ ISMAIL, S; MALONE, M. S; GEEST, Y.V. Organizações exponenciais: porque elas são 10 vezes melhores, mais rápidas e mais baratas que a sua (e o que fazer a respeito). Tradução de Gerson Yamagami – São Paulo: HSM editora, 2015.

⁸ KOTARBA, M. Digital Transformation of business models. Foundations of Management, V. 10, 123-142, 2018.

⁹ KELLY, K. Inevitável: às 12 forças tecnológicas que mudarão o mundo. São Paulo: HSM Editora, 2017.

¹⁰ BHARADWAJ, A; SAWY, O.A.E; PAVLOU, P. A; VENKATRAMAN, V.N. Digital Business Strategy: Toward a next generation of insights. MIS Quarterly, v. 37, n. 2, 471-482, 2013.

dos seus usuários, proporcionando a aparição de novas tecnologias e tornando-as mais acessíveis¹¹.

1.1. Tecnologias digitais

Porter¹², em 1985, já mencionava que a tecnologia da informação seria uma vantagem competitiva, mudando completamente como empresas operariam seus negócios, desenvolveria suas atividades e principalmente como criaria valor aos seus produtos. Empresas começaram a perceber que as tecnologias digitais, poderiam definir novos padrões para expansão de escala em uma velocidade avassaladora¹³.

As tecnologias digitais mais significativas e promissoras para modificação de modelos de negócios são: ferramentas de análise de dados, *big data*; dispositivos móveis; plataformas que permitam compartilhamento com soluções móveis e em nuvem, soluções *icloud*; mídias sociais; *IoT* - internet das coisas, APIs (*Application Programming Interface*)¹⁴.

Interessante pontuar que a sincronização desses arsenais tecnológicos digitais, promovidos pela conectividade, já começam a se popularizar por chamar a atenção de promover alto impacto para as organizações em transformação digital e é denominada como *IoE* - internet de tudo¹⁵.

As tecnologias digitais se encontram em estágio emergente e dinâmico¹⁶, podendo resultar em mudanças nos modelos de negócios, produtos, serviços ou estrutura organizacionais¹⁷ e *big data* (grandes volumes de dados) está mudando o modelo de negócio

¹¹ KOTARBA, M. Digital Transformation of business models. *Foundations of Management*, v.10, 123-142, 2018.

¹² PORTER, M.E. *Competitive advantage: creating and sustaining competitive performance*. New York: Free Press, 1985.

¹³ VENKATRAMAN, A. *Training Strategies for Time Series: Learning for Prediction, Filtering, and Reinforcement Learning*. Carnegie Mellon University, 2017.

¹⁴ KELLY, K. *Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o mundo*. São Paulo: HSM Editora, 2017.

¹⁵ ROGERS, D. L. *Transformação Digital: Repensando o seu negócio para a era digital*. Tradução de: Afonso Celso da Cunha Serra, São Paulo: Autêntica Business, 2017.

¹⁶ MORAKANYANE, R; GRACE A.A; O'REILLY, P. *Conceptualizing Digital Transformation in Business Organizations: A Systematic Review of Literature*. Association for Information Systems, 2017.

¹⁷ NADKARNI, S; PRUGL, R. Digital transformation: a review, synthesis and opportunities for future research. *Management Review Quarterly*. 2020.

tradicional e é uma das tecnologias digitais disponíveis de impacto no movimento das transformações digitais¹⁸.

2. Modelos de Negócios Preditivos

A inovação se predispõe a romper modelos existentes, um negócio pode ser visto como um sistema de expansão orgânico e dinâmico, movido pelos movimentos do mercado para entregar valor, diante disso, as empresas podem inovar em todos os elementos desse sistema para fornecer e comunicar uma proposta de valor superior a já conhecida pelos consumidores.¹⁹

O modelo de negócio é uma das formas de descrever a arquitetura que a empresa utiliza para agregar valor aos seus clientes, atrair clientes para pagarem por esse valor e transformar esse pagamento em lucro²⁰. É na análise do ecossistema de um negócio que se inicia um processo de reconhecimento de oportunidades e a partir daí é que surge a criação de valor²¹. Normalmente, o valor é criado no decorrer da cadeia de produção dos três agentes: empresas, fornecedores e consumidores.²²

Na perspectiva das tecnologias digitais, elas possuem enorme potencial para a criação de novos negócios, desenvolvimento de novos produtos e serviços, que resultam maior competitividade, pois a oferta passa a ser personalizada baseada em monitoramento do comportamento do consumidor.

2.1. Big data e Modelos de Negócios Preditivos

Big data contribui para as organizações medirem e gerenciarem os resultados dos seus negócios²³, diretamente na sua cadeia de valor com personalização na publicidade, marketing, preços dinâmicos de acordo com perfis e características individuais, redução de custos e melhor atendimento ao cliente²⁴.

¹⁸ DREMEL, C; WULT, J; HERTERICH, M; BRENNER, W. How AUDI AG Established Big Data Analytics in its Digital Transformation. *MIS Quarterly Executive*, v. 16, n.2, 81-101, 2017.

¹⁹ MEIRELLES, D. S. Modelo de Negócio: definições, controvérsias e uma proposta de fundamentação teórica e metodológica. In: XXXIX Enanpad, Belo Horizonte, 2015.

²⁰ TEECE, D. Business Models, Business Strategy and Innovation. *Long Range Planning*, v. 43, 172-194, 2010.

²¹ MEIRELLES, D. S. Perspective. *Journal of Contemporary Administration*. v. 23, n.6, 786-806, 2019.

²² BRANDENBURGER, A.M. e STUART, S. Value-based business strategy. *Journal of Economics & Management Strategy*, v.5, n.1, 5-14, 1996.

²³ SERBAN, R.A. The impact of big data, sustainability, and digitalization on company performance. *Studies in Business & Economics*. v.12, n. 3, 181-189, 2017.

²⁴ LEE, I. Big data: Dimensions, evolution, impacts, and challenges. *Business Horizons*. v.60, 293-303, 2017.

O potencial do uso de big data, está totalmente relacionado com a possibilidade de o negócio ter uma visão preditiva ao oferecer produtos ou serviços, tirando proveito de dados em análises sobre cliente-alvo, cálculos, precificação dinâmica de acordo com comportamento, detectar fraudes, riscos e avaliações paralelas²⁵.

Em outras palavras, o uso de dados permite com que as empresas conheçam os seus clientes e por meio de monitoramento do seu comportamento, coleta dados com apoio das tecnologias digitais para estruturar um modelo de negócio que ofereça o que o cliente precisa no momento que ele precisa, fazendo com que a taxa de conversão seja mais alta com a maior assertividade de oferta.

Com isso, as empresas que estão utilizando tecnologias digitais acabam encontrando-se em posição de destaque das empresas que ainda atuam em modelos de negócios tradicionais²⁶, pois na primeira situação, elas produzem altos volumes de dados que permitem tirar conclusões gerais para o gerenciamento dos seus negócios²⁷.

3. Inovações do Sistema Financeiro Brasileiro e a LGPD

Os integrantes do Sistema Financeiro Brasileiro está sempre atento às necessidades de aprimoramento tecnológico que são intrínsecas a essa atividade. Como pontuado por Schumpeter²⁸, isso se deve ao receio em relação à concorrência tanto atual como futura, pois a inovação é a motivação contínua do capitalismo.

Nada retrata com tanta clareza essa situação como os eventos ocorridos nos últimos anos em um mercado aparentemente tranquilo para as principais instituições financeiras que operavam no Brasil. Isso porque de 2008 em diante houve uma grande concentração dos agentes na área financeira por reorganizações societárias envolvendo ora fusões, ora aquisições²⁹.

Todas essas movimentações são originadas pela perspectiva de maximização dos lucros e redução das despesas operacionais. Essa estratégia foi adotada especialmente após a estabilização econômica trazida pelo Plano Real na economia brasileira. A capacidade de

²⁵ GREINER, M; RIASANOW, T; BOHM, M; KRCMAR, H. The Generic InsurTech Ecosystem and its Strategic Implications for the Digital Transformation of the Insurance Industry. Conference: 40th GI EMISA. Tutzing, Germany, 2018.

²⁶ ELING, M; LEHMANN, M. The Impact of Digitalization on the Insurance Value Chain and the Insurability of Risks. The Geneva Papers, v. 43, 359-396, 2018.

²⁷ SERBAN, R.A. op.cit.

²⁸ SCHUMPETER, J. A. A Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucro, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1982, p. 24.

²⁹ BRASIL, República Federativa do. Lei no. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

planejamento empresarial ensejou maior a intensificação do comércio externo, gerando estímulos aos processos de concentração de mercado, especialmente com a expansão bancos múltiplos, sempre voltados à maximização da eficiência no setor³⁰.

Para se ter ideia da dimensão desse movimento, pode-se observar as seguintes operações no período compreendido entre 2008 e 2019: o Banco do Brasil adquiriu o Banco do Estado de Santa Catarina (2008), o Banco Votorantim (2009), Banco Patagonia (2010), incorporou o Banco do Estado do Piauí (2008), a Nossa Caixa (2009), o Eurobank (2012) e se fundiu ao Banco Postal (2011). O Bradesco, por sua vez, adquiriu o Banco Ibi (2009), o Banco do Estado do Rio de Janeiro (2011) e incorporou o HSBC em 2015. O Banco Itaú se fundiu com o 2008, adquiriu o Credicard (2013), o Citibank (2016) e a XP Investimentos (2017)³¹.

Quando a concorrência aparentava certa previsibilidade, surgem no cenário nacional as instituições financeiras sem agências físicas e fundamental suportadas em plataformas de alta tecnologia: as *Fintechs*.

Nubank e Banco Inter, dentre outras, oferecem diversas praticidades aos consumidores de serviços bancários, incluindo a gratuidade para utilização dos meios de pagamentos, cartões de crédito, emissão instantânea de boletos e várias outras facilidades, com serviços muito mais personalizados.

Os bancos tradicionais, com suas tradicionais tarifas, deparam-se com uma nova realidade concorrencial, muito ágil, desafiadora e estruturalmente leve. As *Fintechs* possibilitam a rápida resposta esperada por clientes cansados da habitual burocracia dos bancos múltiplos.

Ciente dessa nova realidade, as instituições percebem que necessitam dar um passo à frente dos demais agente econômicos. É fundamental manter-se atualizadas não só com as demandas digitais, como também com as expectativas de atendimento personalizado para os consumidores de serviços bancários, cada dia mais exigentes.

Nesse contexto, foi aprovado pelo Banco Central do Brasil o compartilhamento de informações de consumidores de serviços bancários entre as instituições financeiras³².

³⁰ FRANCO, P. M; CAMARGOS, M. A. Fusões e Aquisições no Setor Bancário Brasileiro: Criação de Valor, Rentabilidade, Sinergias Operacionais e Grau de Concentração. XXXV Encontro da ANPAD, s.1, 4-7 de setembro 2011.

³¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN. Relatório De Economia Bancária, 2019. [S. l.], 2019- . Anual.

³² BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019. Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). [S. l.], 24 abr. 2019.

Embora denominado pela autoridade monetária local de “Sistema Financeiro Aberto”, esse sistema fica conhecido pela sua denominação internacionalmente utilizada: *Open Banking*.

O *Open Banking* é um modelo de funcionamento do sistema financeiro de acordo com o qual há o compartilhamento colaborativo de informações financeiras entre os participantes do sistema financeiro. Essa divisão de dados tem por escopo aprimorar a percepção da necessidade e do perfil dos clientes de serviços bancários para oferecer produtos e serviços mais adequados às suas expectativas.

O compartilhamento de informações é viabilizado com a utilização de uma tecnologia digital denominada APIs (*Application Programming Interface*). A API nada mais é uma parte de um sistema da informação que funciona como uma interface para que sistemas diferentes possam trocar dados de maneira inteligível e produtiva³³.

Um ponto relevante a ser considerado sob o prisma jurídico no que tange a essa temática refere-se ao sigilo das partes envolvidas. A preocupação com a confidencialidade de dados já era preocupação do legislador pátrio anteriormente ao advento do *Open Banking*.

Justamente por isso, a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709/18), de 13 de agosto de 2018 ocorreu com vistas a aprimorar o sigilo e zelar pela salvaguarda de informações particulares que seus titulares não se sentem à vontade para que verem divulgados a esmo e sem qualquer prévio consentimento.

3.1. Lei Geral de Proteção de Dados e Open Banking

A proteção de dados pessoais já era objeto de regulamentação em geral no Brasil na esfera constitucional, bem como a proteção das informações de usuários presente no Marco Civil da Internet. Corroborando essa tendência, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, como ficou conhecida a Lei n. 13.709/18, incorporou normas específicas a respeito da matéria, inclusive prevendo penalização alta em caso de vazamento de dados³⁴.

A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, como ficou conhecida a Lei n. 13.709, foi sancionada pela Presidência da República em 13 de agosto de 2018 e estará plenamente em vigor em 1º de agosto de 2021. Isso porque, embora já produza efeitos, ainda não serão aplicadas as sanções administrativas previstas no normativo que se referem às regras de tratamento de dados pessoais³⁵, de acordo as alterações constantes da Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. Quando as sanções entrarem em vigor, as punições podem alcançar até 2% (dois por cento) do faturamento até o limite de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

³³ PREMCHAND, A.; CHOUDHRY, A. Open Banking & APIs for Transformation in Banking. 2018 International Conference on Communication, Computing and Internet of Things (IC3IoT), 2018, p. 27.

³⁴ BRASIL, República Federativa do. Lei n. 13.709/18, de 14 de agosto de 2018.

³⁵ SERPRO - Serviço Federal de Processamento de Dados. SERPRO e LGPD: segurança e inovação, 2020.

Antes mesmo da LGPD, a proteção ao sigilo de dados bancários já era abarcada pelo dispositivo constitucional que garante o direito à intimidade e à vida privada, apregoadado pelo art. 5º, X da Constituição Federal.

Ademais, a Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001 (Lei de Sigilo Bancário), já asseverava, em seu artigo 1º, que as “instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”³⁶.

Buscando a harmonização do sistema de *Open Banking* com os normativos supramencionados, o Banco Central do Brasil aprova a Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020³⁷. Esse normativo estipula claramente que o compartilhamento de informações pelas instituições financeiras no âmbito do *Open Banking* deveria ser precedido de consentimento por parte do cliente.

Tal anuência não pode ser tácita: deve ser solicitada por meio de linguagem clara, objetiva e adequada, esclarecendo qual a finalidade de tal manifestação de aquiescência, ter validade determinada, no máximo de doze meses, dentre outras exigências.

Importante salientar que esse consentimento não poderá ser obtido por contrato de adesão ou formulário com opção de aceite previamente preenchida.

Considerações finais

Diante do cenário atual, a inovação se predispõe a romper modelos existentes e isso ocorre de forma acelerada por meio de um fenômeno provocado pela evolução da tecnologia e da expansão da conectividade, criando um sistema de expansão orgânico e dinâmico, movido pelos movimentos do mercado para fornecer e comunicar uma proposta de valor superior a já conhecida pelos consumidores.

Como se pode observar, a necessidade de constante atualização é o elemento catalizador das mudanças tecnológicas em todos os setores da economia, mormente no quando analisamos o cenário do sistema financeiro.

Se outrora os grandes bancos múltiplos, tão tradicionais do cotidiano nacional, estavam imersos em um contexto de concorrencial conhecido e previsível, atualmente a conjuntura hodierna encontra-se alterada pela presença dinâmica das *Fintechs*. Com isso,

³⁶ BRASIL, República Federativa do. Lei Complementar n. 101, de 10 de janeiro de 2001.

³⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução Conjunta n. 1, de 04 de maio de 2020.

sistemas como o *Open Banking* tornam-se especialmente úteis para a adequação dos serviços bancários às expectativas, cada dia mais altas, de seus clientes.

Essas inovações devem acontecer sempre em respeito ao direito de sigilo de dados garantidos pela própria Constituição, assim como pela LGPD e Lei de Sigilo Bancário. Nesse sentido, a autoridade financeira nacional atua em total harmonia com a salvaguarda de direito tão essencial.

É isso que todo cidadão espera: aprimoramento dos serviços que lhes são oferecidos sem a mínima lesão a seus direitos fundamentais. Pois as tecnologias digitais, tem potencializado o crescimento de negócios, principalmente na perspectiva de conectividade com outras empresas, formando parcerias diante das facilidades que as tecnologias permitem, como também com o uso de dados monitorando os seus clientes, entretanto, é necessário o cuidado extremo quanto aos dados transacionados em seus modelos de negócio.

Referências Bibliográficas

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN. Relatório De Economia Bancária, 2019. [S. l.: s. n.], 2019- . Anual. Disponível em: www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/REB_2019.pdf. Acesso em 01 Mai 2021.

_____. Comunicado nº 33.455, de 24 de abril de 2019. Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). [S. l.], 24 abr. 2019. Disponível em: www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=33455. Acesso em: 05 Mai 2021.

_____. Resolução Conjunta n. 1, de 04 de maio de 2020. Disponível em: www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-1-de-4-de-maio-de-2020-255165055. Acesso em: 05 Mai 2021.

BHARADWAJ, A; SAWY, O.A.E; PAVLOU, P. A; VENKATRAMAN, V.N. Digital Business Strategy: Toward a next generation of insights. *MIS Quarterly*, v. 37, n. 2, 471-482, 2013.

BRANDENBURGER, A.M. e STUART, S. Value-based business strategy. *Journal of Economics & Management Strategy*, v.5, n.1,5-14, 1996.

BRASIL, República Federativa do. Lei Complementar n. 101, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm Acesso em 06 Mai 2021.

_____. Lei n. 13.709/18, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em 06 Mai 2021.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 02 Mai 2021.

DREMEL, C; WULT, J; HERTERICH, M; BRENNER, W. How AUDI AG Established Big Data Analytics in its Digital Transformation. MIS Quarterly Executive, v. 16, n.2, 81-101, 2017.

ELING, M; LEHMANN, M. The Impact of Digitalization on the Insurance Value Chain and the Insurability of Risks. The Geneva Papers, v. 43, 359-396, 2018.

FRANCO, P. M; CAMARGOS, M. A. Fusões e Aquisições no Setor Bancário Brasileiro: Criação de Valor, Rentabilidade, Sinergias Operacionais e Grau de Concentração. XXXV Encontro da ANPAD, s.1, 4-7 de setembro 2011.

GREINER, M; RIASANOW, T; BOHM, M; KRCMAR, H. The Generic InsurTech Ecosystem and its Strategic Implications for the Digital Transformation of the Insurance Industry. Conference: 40th GI EMISA. Tutzing, Germany, 2018.

ISMAIL, S; MALONE, M. S; GEEST, Y.V. Organizações exponenciais: porque elas são 10 vezes melhores, mais rápidas e mais baratas que a sua (e o que fazer a respeito). Tradução de Gerson Yamagami – São Paulo: HSM editora, 2015.

KELLY, K. Inevitável: às 12 forças tecnológicas que mudarão o mundo. São Paulo: HSM Editora, 2017.

KOTARBA, M. Digital Transformation of business models. Foundations of Management, v.10, 123-142, 2018.

LEE, I. Big data: Dimensions, evolution, impacts, and challenges. Business Horizons.v.60, 293-303, 2017.

MAGALDI, S; NETO, J. S. Gestão do Amanhã: Tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4.^a Revolução Industrial. São Paulo: Editora Gente, 2018.

MEIRELLES, D. S. Modelo de Negócio: definições, controvérsias e uma proposta de fundamentação teórica e metodológica. In: XXXIX Enanpad, Belo Horizonte, 2015.

_____. Perspective. Journal of Contemporary Administration. v. 23, n.6, 786-806, 2019.

MORAKANYANE, R; GRACE A.A; O'REILLY, P. Conceptualizing Digital Transformation in Business Organizations: A Systematic Review of Literature. Association for Information Systems, 2017.

NADKARNI, S.; PRUGL, R. Digital transformation: a review, synthesis and opportunities for future research. *Management Review Quarterly*. 2020.

PORTER, M. E. Competitive advantage: creating and sustaining competitive performance. New York: Free Press, 1985.

PREMCHAND, A.; CHOUDHRY, A. Open Banking & APIs for Transformation in Banking. 2018 International Conference on Communication, Computing and Internet of Things (IC3IoT), 2018, p. 27. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8668107>. Acesso em 06 Mai 2021.

ROGERS, D. L, 'Transformação Digital: Repensando o seu negócio para a era digital. Tradução de: Afonso Celso da Cunha Serra, São Paulo: Autêntica Business, 2017.

SCHUMPETER, J. A. A Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucro, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1982, p. 24.

SERBAN, R.A. The impact of big data, sustainability, and digitalization on company performance. *Studies in Business & Economics*. v.12, n. 3, 181-189, 2017.

SERPRO - Serviço Federal de Processamento de Dados. SERPRO e LGPD: segurança e inovação. Disponível em: www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/lgpd-entra-em-vigor#:~:text=Os%20artigos%20da%20LGPD%20sobre,de%2050%20milh%C3%B5es%20de%20reais. Acesso em 06 Mai 2021.

TEECE, D. Business Models, Business Strategy and Innovation. *Long Range Planning*, v. 43,172-194, 2010.

VENKATRAMAN, A. Training Strategies for Time Series: Learning for Prediction, Filtering, and Reinforcement Learning. Carnegie Mellon University, 2017. DOI:10.1184/R1/6724037.v1

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS APLICADA AS PROFISSÕES DE SAÚDE

The General Data Protection Law applied to healthcare professions

DANIEL ISRAEL DE ANCHIETA RAMOS¹

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR²

Sumário: 1. Introdução; 2. Legislação Geral de Proteção de dados; 3. Lei Geral de proteção de dados em saúde; 4. Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: A Lei 13.709-18 ou Geral de proteção de Dados, conhecida pela sigla L.G.P.D surgiu em detrimento a necessidade de garantir o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos usuários, por meio de práticas transparentes e seguras, garantindo assim direitos fundamentais. Uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados deu um passo tão importante e evolutivo ao tema, todo o cenário jurídico bem como profissões que geram e coletam arquivos de dados em suas rotinas, encontraram-se em uma posição de obrigatoriedade em acompanhá-la, pois a lei atinge impreterivelmente a todos. Seguindo essa diretriz, sabe-se que todas as profissões de saúde tem como protocolo principal a captação de dados pessoais e que, através desse processo, conhecido como anamnese, garantem a elaboração de um prontuário completo e detalhado que direcionara todos os procedimentos terapêuticos, legais e organizacionais das rotinas clínicas e administrativas dos profissionais como de estabelecimentos de saúde. Por conta dessa coleta de dados o impacto da nova lei sobre todas as profissões de saúde vem a ser indiscutível e nos faz refletir sobre os cuidados necessários com acesso aos dados coletados também as tecnologias aplicadas para a manutenção, sigilo e segurança dos mesmos. A presente revisão buscou uma análise detalhada da Lei Geral de Proteção de Dados assim como sua aplicação otimizada dentro das rotinas clínicas dos profissionais, clínicas e instituições que atuam na área da saúde.

Palavras chaves: Lei Geral de Proteção de Dados; prontuário médico; prontuário digital; segurança de dados.

Abstract: Law 13.709-18 or General Data Protection, known by the acronym L.G.P.D came at the expense of the need to guarantee the right to privacy and protection of users personal data, through transparent and secure practices, thus guaranteeing fundamental rights. Since the General Data Protection Law took such an important and evolutionary step on the topic, the entire legal scenario as well as professions that generate and collect data files in their routines, found themselves in a position of obligation to follow it, because the law absolutely affects everyone. Following this guideline, it is known that all health professions have as their main protocol the capture of personal data and that, through this process, known as anamnesis, they

¹ Cirurgião Dentista, Mestre em Odontologia Legal e Deontologia pela FOP/Unicamp. Graduando em Direito pela FEMA/IMESA, de Assis/SP. daniel@revistaestilolivres.com.br

² Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela ITE/Bauru. Professor de Direito Civil da AE Toledo, de Presidente Prudente, e da FEMA/IMESA, de Assis/SP. Professor convidado da pós-graduação da UEL – Universidade Estadual de Londrina. jesualdo@almeidapimentel.com.br

guarantee the elaboration of a complete and detailed medical record that will direct all therapeutic and legal procedures. and organizational of the clinical and administrative routines of those of professionals as well as health establishments. Because of this data collection, the impact of the new law on all health professions is indisputable and makes us reflect on the necessary care with access to the data collected, also the technologies applied for their maintenance, confidentiality and security. The present review sought a detailed analysis of the General Data Protection Law as well as its optimized application within the clinical routines of professionals, clinics and institutions working in the health area.

Key words: General Data Protection Law; medical records; digital records; data security.

1. Introdução

Os dados vêm sendo coletados há centenas de anos, praticamente desde a criação da escrita e o fato que abrange a privacidade destes dados coletados, com a evolução dos direitos fundamentais, tornou-se uma preocupação crescente, tanto de coletores como do Estado, ao reconhecerem a privacidade como um bem jurídico digno da tutela.

Praticamente todos os atos da vida de um ser humano moderno tem como subproduto a geração de dados, podendo ser eles pessoais ou sensíveis. Desde uma simples compra rotineira em um supermercado, um histórico de navegação em um site de notícias ate uma delicada cirurgia em um hospital faz com que as informações sobre o sujeito principal sejam extraídas, coletadas e armazenadas, gerando assim, mesmo que involuntariamente dados a serem arquivados e preservados. Dessa forma os juristas norte americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis redigiram ainda em 1890 o primeiro artigo científico sobre o assunto, conhecido como “The Right to Privacy”³, no qual concluíram que os direitos individuais são produtos da proteção da pessoa ou da propriedade, sendo assim, de tempos em tempos, mudanças políticas, sociais e econômicas tornariam necessária a reavaliação da natureza e extensão de tais bens jurídicos

Nesta linha evolutiva dos direitos fundamentais a privacidade veio ganhando importância e reconhecimento jurídico no cenário internacional. Através de documentos expressivos como a Constituição Americana em seu Capítulo I artigo V que diz que Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.⁴

³ WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Vol. IV. December 15, 1890.

⁴ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html#:~:text=N%C3%B3s%20o%20povo%20dos%20Estados,estabelecemos%20esta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20para%20os>

É sabido tanto por profissionais de saúde e instituições de saúde como também por profissionais das áreas jurídicas que qualquer conduta clínica depende exclusivamente dos dados coletados, sendo assim, uma boa anamnese fornece todas as informações sobre a história pregressa do paciente e, baseada em dados, define os protocolos de tratamento das patologias auxiliados por dados colhidos em exames, análises clínicas e laboratoriais. Todo esse compilado de dados coletados desde a primeira ligação do paciente ao profissional para marcar sua consulta, até o momento de sua alta, criam seu prontuário e contam toda a sua história, devendo ser preservado a todo custo.

Diversas regulamentações, sejam da Anvisa, Conselho Federal de Medicina ou ANS já existem a fim de disciplinar a guarda e uso de dados pelos profissionais de saúde e também estabelecimentos de saúde, no entanto o surgimento e implementação da LGPD, surgiram para ampliar o acesso do paciente sobre seus dados coletados por profissionais liberais, hospitais, clínicas e operadoras de planos de saúde, podendo o mesmo solicitar correções e exclusão de dados armazenados e até mesmo a portabilidade de seus dados.

A nova lei, seguindo uma tendência mundial, força mudanças, adequações e atualizações nos sistemas tecnológicos e organizacionais usados pelos operadores destes dados, permitindo o manuseio democrático, ágil e fácil das informações, levando a coleta, tratamento, armazenamento e proteção da dados a um nível de excelência e privacidade previsto nos mais criteriosos padrões mundiais .

2. Lei Geral de Proteção de Dados (L.G.P.D)

Nas últimas décadas a legislação de muitos países vem sofrendo grandes adequações para acompanhar o ritmo mundial da coleta, tratamento, preservação e privacidade de informações. A LGPD para o Brasil assemelha-se a uma tendência universal de criação de mecanismos legais para proteção de dados, fator visto com bons olhos pois legislações pertinentes a estas questões geram mais credibilidade e transparência aos países que a implementam.

Tanto nos Estados Unidos, com a California Costumer Privacy Act, como na Europa, com a General Data Protection Regulation, inovações legais surgiram recentemente ao redor do mundo em um movimento global pela segurança da coleta, tratamento

privacidade e preservação de dados pessoais. Segundo DONEDA⁵, Em meados de 2019 mais de 100 países ao pelo mundo já possuíam regulamentações a respeito da proteção de dados. O Brasil nesta mesma direção, avançou sua legislação através da Lei 13.709 de 2018 que entrou em vigor em setembro de 2019, permitindo um período de 18 meses de adaptação a pessoas físicas e empresas. A Lei Geral de proteção de Dados, LGPD veio de encontro a necessidade da implementação da mudança de paradigma na gestão dos dados, evidenciando a necessidade de adequações internas e com o intuito de gerar a edificação de uma sólida cultura de proteção de dados no Brasil.

DONEDA⁶ salienta que as leis atinentes à proteção de dados pessoais podem ser divididas em quatro gerações. As leis inicialmente davam enfoque a criação dos bancos de dados, que cresciam exponencialmente nos anos 70 e também agiam na tentativa de limitar o Estado no uso e controle das informações, se preocupando mais com o processamento dos dados e da tecnologia aplicado do que propriamente com o princípio da privacidade do indivíduo. Após esse estágio houve uma evolução no sentido de privacidade dos dados e no controle do acesso aos mesmos, criando formas de controle para que a própria sociedade se defendesse. Na terceira geração de leis de proteção sobre o referido assunto, houve uma absorção do princípio da liberdade, afim de oferecer ao titular dos dados um controle maior referente a maneira pela qual seus dados seriam coletados e tratados. Por fim, segundo o Autor, a quarta geração de normas se preocupou em aplicar técnicas para conseguir efetividade e controlar a diferença entre o titular dos dados pessoais e o coletor e processador, aumentando assim garantias fundamentais de forma mais técnica e otimizada assegurando o nível de proteção e cuidado com o potencial de sensibilidade do respectivo dado coletado.

A Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados vem a ser a confluência de toda essa evolução legal vindo a se posicionar como uma legislação bastante completa sobre o tema. Segundo definição de MENDES⁷, seus princípios foram desenvolvidos baseados em instrumentos internacionais e transnacionais, partindo do novo contexto da privacidade ligada à proteção dos dados pessoais. Ela define dado pessoal de forma expansionista, considerando que qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou

⁵ DONEDA, Danilo, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, in: , Brasília: [s.n.], 2017.

⁶ Doneda, D. (1). A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 12(2), 91-108. p.93 Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>.

⁷ MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 70.

identificável, sendo a partir daí, a mesma, titular dos dados. Define também dados como qualquer informação que possua qualidade de ser cogitada como um prolongamento da pessoa ali identificada ou passível de assim ser.

3. Lei Geral de Proteção de Dados (L.G.P.D) nas Profissões de Saúde.

Desde o final dos anos 90 surgiu uma tendência dos profissionais de saúde já iniciarem um arquivamento digital de seus pacientes, principalmente clínicas, hospitais e serviços de grande fluxo. O CFM, já em 94, emitia seus primeiros pareceres sobre o tema, mas foi só em 2007, através da Resolução N° 1.821⁸, que os profissionais de saúde ganharam mais legitimidade para o uso da tecnologia. Essa resolução trouxe um norte ao processo e permitiu que muito do que já era realizado rotineiramente adquirisse uma base legal mais sólida.

A tecnologia sempre esteve muito presente dentro das profissões de saúde e por motivações pessoais e profissionais grande parte dos profissionais de saúde, principalmente os das novas gerações não medem esforços para levarem para dentro de suas realidades clínicas o maior número de tecnologias possíveis para facilitar e otimizar seus atendimentos gerando assim mais credibilidade, qualidade técnica e protocolos seguros aos pacientes. Tal fato não seria diferente no quesito administrativo e organizacional das clínicas, consultórios e instituições de saúde ao se tratar da coleta e segurança de dados sensíveis.

O sistema de desenvolvimento de softwares para área de saúde é um dos mais desenvolvidos e atualizados do mercado, sendo desenvolvidos, atualizados e comercializados há décadas. Conforme a progressão da legislação evolui em seus quesitos para a liberação de ferramentas tecnológicas com validade jurídica, os desenvolvedores englobam essas previsões legais em seus produtos, trazendo credibilidade e respaldo legal ao mesmo. Essas evoluções das leis e dos softwares tem agregado ferramentas que direcionam o máximo possível de dados para o universo digital, embora em 2012, a Lei 12.682 BRASIL⁹, tenha limitado tal resolução pois preconizou a não eliminação do prontuário físico após a digitalização do mesmo o desenvolvimento dos mecanismos de digitalização continuou progredindo para o universo on-line uma vez que esperava-se que novas evoluções elevariam

⁸ Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução N° 1.821/2007. Brasília.

⁹Lei 12.682 de 09 de julho de 2012. Disponível em URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112682.htm

as leis de digitalização de prontuários e documentos a realidade cotidiana das condutas nas profissões de saúde.

Um fator relevante é que com a evolução legal o critério de sigilo dos dados tem sido cada dia mais rigoroso, vindo a obrigar as desenvolvedoras de sistemas a implementar complexas e massivas formas de proteção de dados contra violações, roubos de identidade, acesso ilegal a banco de dados, sendo esses arquivos em armazenagem local ou em “nuvem”, no entanto, nem mesmo todo o cuidado tomado pelas desenvolvedoras para o enquadramento de seus produtos nas diretrizes da LGPD exime o profissional da saúde ou instituição de criar mecanismos para sua adaptação a nova legislação, sendo necessário o máximo de atenção e cuidados no que tange os dados, sempre revisando e testando seus protocolos.

Ao final de 2018 a Lei 13.787, BRASIL¹⁰, veio também regradar sobre digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário do paciente, dispondo que o processo de digitalização do prontuário do paciente será realizado de forma a assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital, resguardando assim os direitos fundamentais do mesmo, sendo que o processo de digitalização devesse reproduzir fielmente todos os dados informações e detalhes contidos nos documentos originais. Outro fator muito importante presente no corpo da Lei 13.787 é a obrigatoriedade da utilização, durante o processo de digitalização da certificação digital emitida no âmbito da Infraestrutura de chaves Públicas brasileira (ICP- Brasil) ou através de outro padrão de certificação legalmente aceito.

A emissão, distribuição, renovação e revogação dos certificados digitais é de responsabilidade das Autoridades Certificadoras (AC) e a comercialização e interação entre usuários e as Autoridades Certificadoras é competência das Autoridades de Registro (AR), que conferem os documentos dos usuários e coletam a biometria em um processo seguro de identificação, sendo mais de 1500 unidades de AR distribuídas pelo país. O processo da ICP_Brasil garante plena validade jurídica aos documentos atendendo as normas nacionais e internacionais e assegura a autenticidade, integridade, não repúdio e confidencialidade dos documentos nela certificados.

¹⁰ Lei 13.787/2018: digitalização e armazenamento informatizado do prontuário médico do paciente. Disponível em URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13787.htm

Outro fator relevante no que tange a manutenção dos arquivos físicos após a digitalização é que a lei em questão prevê a possibilidade da destruição dos mesmos após o processo de digitalização, não sendo necessário arquivá-los, a não ser em documentos de valor histórico, sendo assim os documentos digitais possuem o mesmo valor probatório que os documentos físicos para todos os fins de direito. Tal fator traz uma relevância ao processo porem é sabido que através da informatização dos prontuários em profissões da saúde, boa parte, que sa a maioria dos prontuários atuais já nascem de maneira digital, ignorando a plataforma física e enquadrando-se a realidade mundial do digital.

A lei ainda reforça que o prazo para eliminação de documentos físicos e digitais indeferem, sendo de 20 anos para ambos, podendo ser eliminados após este período de guarda e podendo serem fixados prazos diferenciados para a guarda de acordo com o potencial de uso em estudos e pesquisas nas áreas de ciências da saúde, humanas e sociais, bem como para fins legais e probatórios. Lembrando que como alternativa ao descarte do prontuário, o mesmo poderá ser devolvido ao paciente par uma guarda pessoal do mesmo. Esse processo de devolução do prontuário ao paciente sempre foi uma boa saída administrativa para o processo de guarda uma vez que apos a devolução documentada a responsabilidade da guarda passa a ser do paciente, devendo dispor da documentação sempre que solicitado. Vale lembrar que em casos de eliminação a mesma devera resguardar a intimidade do paciente, o sigilo e a confidencialidade das informações.

A Lei Geral de Proteção de Dados veio como um verdadeiro marco legislativo para segurança da informação definindo a maneira como as informações serão recolhidas, armazenadas e descartadas dentro do ambiente digital, pois regulamenta as relações estabelecidas no mundo virtual e aborda as consequências jurídicas desta realidade tão presente na vida de todos os cidadãos, além de regulamentar o tratamento de dados por pessoas ou entidades do setor privado ou público, nos meios físicos e digitais , referentes a dados pessoais, com o propósito de proteger a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural, resguardando assim direito fundamental do indivíduo.

A Lei impõe sanções e cria obrigações as instituições que não zelarem dos dados com responsabilidade, garantindo a proteção das informações pessoais compartilhadas nos meios físicos e digitais assim como a liberdade e o acesso livre dos proprietários aos dados. No que tange os prontuários eletrônicos do paciente e os dados armazenados referentes a ele, os mesmo só poderão ser usados com a autorização expressa do mesmo, e esse consentimento deve ser feito por escrito ou por qualquer outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular dos dados, respeitando as exceções em casos de proteção a vida, tutela da

saúde e incolumidade psíquica e física. O paciente sempre deverá ter o direito de saber quando, porque e para que seus dados foram utilizados, tendo total liberdade para restringir o direito de acesso a eles.

Diante deste novo panorama já em vigência, os ambientes médicos, assim como profissionais da área da saúde, técnicos, gestores, auxiliares e operadores terão impreterivelmente que adotar novos padrões de segurança e privacidade ao dados digitais, acelerando seus instrumentos e processos de segurança da informação e confidencialidade e assim garantindo aos pacientes proteção ao seu direito fundamental, principalmente quando se tratar de dados médicos, uma vez que são considerados sensíveis.

Essa evolução na lida com os dados não fica restrita apenas a profissionais ligados a tecnologia da informação mas também a todos os envolvidos no processo de atendimento ao paciente, seja em âmbito público ou privado, sendo que as sanções da lei preveem responsabilização civil do profissional da saúde, podendo gerar sanções administrativas as organizações aplicáveis pela Autoridade Nacional de Dados, como advertência com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas, multas, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, entre outras.

4. Considerações finais

Diante disso, conclui-se que a LGPD é um importante dispositivo que insere o Brasil como um dos países considerados seguros no que tange o tratamento de dados. Além disso, inova quanto às outras legislações brasileiras, visto que não se tinha um regulamento que tratasse especificamente sobre o tema de proteção de dados, vindo a ser a confluência de toda evolução legal sobre dados através de princípios baseados em instrumentos internacionais e transnacionais, partindo do novo contexto da privacidade ligada à proteção dos dados pessoais

A Lei mostra-se clara quanto aos processos de digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, armazenamento e manuseio de dados, dispondo que o processo de digitalização do prontuário do paciente será realizado de forma a assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital, resguardando assim os direitos fundamentais do mesmo, determinando a obrigatoriedade da utilização, durante o processo de digitalização, da certificação digital emitida no âmbito da Infraestrutura de chaves Públicas brasileira (ICP- Brasil) ou através de outro padrão de certificação legalmente aceito.

A LGPD se insere na quarta geração de legislações de proteção de dados, junto a legislações como a California Costumer Privacy Act dos Estados unidos e também a General Data Protection Regulation (GDPR), com qual muito se assemelha pois insere o titular no processamento dos dados, desde a coleta até a decisão acerca do compartilhamento de seus dados a terceiros, destacando a importância conferida ao consentimento, fazendo com que o mesmo seja considerado uma forma de garantir a autodeterminação informativa uma vez que aparece diversas vezes ao longo do texto da lei.

O mercado de desenvolvimento de softwares para área de saúde é bastante avançado e evolui junto a progressão da legislação, atualizando seus quesitos para a liberação de ferramentas tecnológicas com validade jurídica, sempre englobando essas previsões legais em seus produtos. Com a implementação da lei, o critério de sigilo dos dados tem sido cada dia mais rigoroso, vindo a obrigar as desenvolvedoras de sistemas a implementar complexas e massivas formas de proteção de dados contra violações , roubos de identidade, acesso ilegal a banco de dados, sendo esses arquivos em armazenagem local ou em “nuvem”, no entanto, nem mesmo todo o cuidado tomado pelas desenvolvedoras para o enquadramento de seus produtos nas diretrizes da LGPD exime o profissional da saúde ou instituição de criar mecanismos para sua adaptação na nova legislação, sendo necessário o máximo de atenção e cuidados no que tange os dados, sempre revisando e testando seus protocolos e avaliando medidas preventivas de controle e supervisão através de profissionais de tecnologia e consultores jurídicos capacitados.

E certo que a implementação da Lei inicialmente exigirá de profissionais de saúde e instituições investimentos e muita dedicação, no entanto sua implantação marca definitivamente uma evolução legal que classifica o país como seguro no tratamento de dados, gerando credibilidade a nação e concretizando-se como uma conquista democrática a todos o povo brasileiro na validação de seus direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução N° 1.821/2007. Brasília

Doneda, D. (1). A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 12(2), 91-108. p.93 Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>.

DONEDA, Danilo, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, in: , Brasília: [s.n.], 2017.

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html#:~:text=N%C3%B3s%2C%20o%20povo%20dos%20Estados,estabelecemos%20esta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20para%20os>

Lei 12.682 de 09 de julho de 2012. Disponível em URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm

Lei 13.787/2018: digitalização e armazenamento informatizado do prontuário médico do paciente. Disponível em URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13787.htm

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 70.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Vol. IV. December 15, 1890.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

Artificial intelligence in the fight against corruption

TIAGO DO CARMO MARTINS¹

Sumário: 1. Introdução. 2. IA e corrupção: aplicação nos órgãos de controle. 3. Passo à frente: IA, corrupção e Judiciário. 4. Passo à frente: IA, corrupção e Judiciário. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: o artigo analisa o emprego da inteligência artificial no combate à corrupção e propõe sua expansão no Poder Judiciário, para qualificar e agilizar julgamentos. Constatou que a inteligência artificial vem sendo aplicada em diversas áreas, nos setores privado e público, com crescimento acelerado e cada vez mais disseminado. Pontua que seu uso pode ser benéfico para enfrentamento da corrupção, problema de difícil abordagem e gerador de imensos prejuízos sociais e econômicos. Destaca que as vantagens da adoção da tecnologia já foram percebidas pela sociedade organizada, que tem se valido da inteligência artificial para mobilizar cidadãos em torno da causa anticorrupção; e pelos órgãos estatais de controle, que têm usado as ferramentas tecnológicas para detectar práticas corruptas antes da violação à lei. Esse movimento também já foi percebido e iniciado no Judiciário, que põe em prática diversas ações baseadas em Inteligência Artificial. Contudo, chega o momento em que é necessária a incorporação da tecnologia também para processo e julgamento de atos de corrupção pela Justiça, para que sejam feitos com qualidade e tempestividade. Contudo, embora indispensável essa incorporação no âmbito judicial, sua adoção deve ser cercada das devidas cautelas, a fim de que não sejam promovidas iniquidades nem haja imobilização da progressão do Direito.

Palavras-chave: Corrupção; Inteligência artificial; Poder Judiciário.

Abstract: the article analyzes the use of artificial intelligence in the fight against corruption and proposes its expansion in the Judiciary, to qualify and speed up judgments. It finds that artificial intelligence has been applied in several areas, in the private and public sectors, with accelerated and increasingly widespread growth. It points out that technology use can be beneficial to face corruption, a problem that is difficult to approach and generates immense social and economic losses. Points out that the advantages of adopting technology have already been realized by organized society, which has used artificial intelligence to mobilize citizens around the anti-corruption cause; and by state control bodies, which have used technological tools to detect corrupt practices before breaking the law. This movement has also been noticed and initiated in the Judiciary, which implements several actions based on Artificial Intelligence. However, the moment arrives when the incorporation of technology is also necessary for the process and judgment of acts of corruption by the Justice, so that they can be done with quality and agility. However, although this incorporation in the judicial Branch is indispensable, its adoption must be surrounded by due precautions, so that inequities are not promoted or the progression of the Law is immobilized.

Key-words: Corruption; Artificial intelligence; Judicial Branch.

¹ Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI). Diretor da Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. martinsct@hotmail.com

1. Introdução

A inteligência artificial (IA)² tem revolucionado várias áreas. Processos como *machine learning*³ e *deep learning*⁴ indicam múltiplas possibilidades para o futuro, capazes de apresentar alternativas para problemas hoje insolúveis. Sua aplicação se dissemina por áreas como seleção de pessoas para vagas de trabalho, concessão de empréstimos, avaliação do desempenho de trabalhadores, formas mais diretas de anunciar produtos e valoração de prêmios de seguro⁵.

Nesse universo de potencialidades quase ilimitadas, o uso crescente da IA é cercado por receios e controvérsias, com questionamentos de ordem ética que fazem surgir, inclusive, novas e promissoras profissões, como a de *algorithm bias checker*, cuja tarefa será garantir que os algoritmos⁶ não conduzam a decisões discriminatórias⁷.

A realidade, no entanto, demonstra que a IA se espalha com velocidade e pelas mais diversas áreas. No setor público, tem auxiliado municípios a lidar com problemas recorrentes. Em Los Angeles, por exemplo, uma rede de sensores capta o movimento de automóveis nas ruas da cidade e transmite os dados a um sistema de IA, que automaticamente e sem qualquer intervenção humana, regula a abertura e fechamento dos semáforos do sistema viário. Em Nova Iorque, foi criada uma agência específica para análise de dados em grande volume (*Mayor's Office of Data Analytics*), a qual tem orientado ações prioritárias, como a definição de que prédios devem ser vistoriados pelo departamento de incêndios. No plano federal estadunidense, a agência de proteção ambiental desenvolve aplicação que analisa a toxidade

² “máquinas que possam raciocinar, aprender e agir de modo inteligente”. MIT TECHNOLOGICAL REVIEW. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/topic/artificial-intelligence/>. Acesso em: 03/01/2021.

³ Processo pelo qual o próprio sistema, analisando banco de dados preexistente, identifica padrões e faz previsões. Quanto maior o banco de dados e quanto mais longa for a experiência, mais acertadas passam a ser as previsões realizadas. A esse respeito, ver: LUZ, Eduardo Silva. **Inteligência artificial na justiça: conheça 2 projetos nos tribunais**. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/inteligencia-artificial-justica/>. Acesso em 04/01/2020.

⁴ A inteligência pode se desenvolver a ponto de se autoajustar e aperfeiçoar o próprio desempenho, sem que os programadores sequer consigam explicar exatamente a maneira pela qual o avanço se realiza. Sobre o ponto: BOING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar: Pragmática, Discrecionalidade, Heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário**. Florianópolis, EMais, 2020.

⁵ Muito embora alguns de seus usos levantem importantes questões éticas sobre a falta de transparência de seu modo de operar, violações à privacidade e eventuais iniquidades que possam promover ou replicar (O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown, 2016).

⁶ Algoritmo é uma sequência de instruções que vai dizer a um computador o que fazer”. FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. **Justiça digital**. Revista dos Tribunais. Edição do Kindle, p. 72.

⁷ McKinsey Global Institute. **The future of work after COVID-19**. Fev./2021, p. 76.

de substâncias químicas sem necessidade de realizar experimentos com animais. Além de menos cruel, o método já apresenta eficiência econômica expressiva: uma redução de gastos de quase U\$ 1 milhão por cada elemento químico tóxico identificado⁸.

2. IA e corrupção: aplicação nos órgãos de controle

Com seu uso se disseminando na Administração, pode-se cogitar que a IA seja a ferramenta que falta para enfrentar um problema que afeta a vida de muitas pessoas, gera um prejuízo financeiro enorme e é extremamente difícil de resolver: a corrupção⁹.

Os efeitos adversos da corrupção são de magnitude extrema. Ameaça o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos, prejudica a boa governança e a justiça social, distorce a competição, entrava o desenvolvimento econômico e põe em perigo a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade¹⁰. No plano financeiro, estima-se que, a cada ano, U\$ 1 trilhão são pagos a título de suborno¹¹. E cada U\$ 1 milhão pago em propina resulta em U\$ 100 milhões em danos sociais, representados por custos adicionais ou decisões de investimentos mal direcionadas¹². Os custos agregados pela corrupção representam externalidade negativa no processo macroeconômico, na medida em que *“corruption can reduce growth by increasing public investment while reducing its productivity”*. Diminui o orçamento disponível para a manutenção e ampliação da infraestrutura logística, o que implica em maiores custos para o governo e empresas¹³ e afeta áreas como saúde e educação.

⁸ COGLIANESE, Cary; LEHR, David. **Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era**. Faculty Scholarship at Penn Law, Vol. 105, 2017, p. 1162-1163. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734. Acesso em: 03/03/2021.

⁹ Adota-se aqui um conceito ampliado de corrupção, baseado na noção de que ‘corrupção’ é como um guarda-chuva que cobre diversos tipos de comportamentos (KÖBIS, Nils; STARKE, Cristopher; RAHWAN, Iyad. **Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2102.11567>. Acesso em: 01/03/2021). Assim, corrupção pode compreender 5 espécies de atos, como propina, apropriação indébita ou desfalque, tráfico de influência, abuso de poder e enriquecimento ilícito (INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Corruption and Human Rights: making the connection**, Suíça, 2009, p. 34-35. Disponível em: <http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf>. Acesso em: 10/11/2020).

¹⁰ A Convenção Penal sobre Corrupção da União Europeia, Estrasburgo, 27/01/1999.

¹¹ “Extrapolating from firm and household survey data, the World Bank Institute estimates that total bribes in a year are about \$1 trillion (Rose-Ackerman, 2004). While the margin of error in this estimate is large, anything even in that general magnitude (\$1 trillion is about 3 percent of world GDP) would qualify as an enormous issue”. SVENSSON, Jakob. **Eight Questions about Corruption**. Journal of Economic Perspectives, Volume 19, Number 3, Summer 2005, p. 19-42.

¹² INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.21-22. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

¹³ TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid. (1977). **Corruption, Public Investment, and Growth**, IMF Working Paper p. 127. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

Fazer frente a esta atividade tão lucrativa, que consome 5% do PIB do mundo e se constitui na terceira maior indústria do globo¹⁴ não tem sido fácil. Diversas iniciativas já foram testadas ao redor do globo¹⁵, mas, por mais que muitas sejam exitosas, há uma sensação de que os mecanismos de controle não se ajustam com a mesma velocidade que os meios ilícitos empregados. Como resultado, muitas práticas são descobertas muito tarde, o que dificulta a recuperação dos valores perdidos e a punição dos infratores.

Neste campo, a IA pode cumprir dois papéis essenciais. Primeiro, ao permitir o exame de volumosos bancos de dados em pouco tempo¹⁶, traz novas abordagens investigativas e permite que o alarme soe antes da lesão ser cometida, além de possibilitar maior comunicação entre os órgãos de controle. Segundo, pode ser usada para mobilizar a coletividade no enfrentamento da corrupção, o que é essencial para um combate efetivo¹⁷⁻¹⁸. Sob este enfoque, de uma abordagem *bottom-up*, a IA permite que as pessoas se transformem em múltiplos *watchdogs*, colocando o governo sob escrutínio constante¹⁹.

Algumas iniciativas nesta linha já se mostram promissoras. Na Ucrânia, a plataforma *DoZorro* auxilia a fiscalização de compras públicas, permitindo que os cidadãos enviem alertas de possíveis irregularidades ou violações no setor, com o que já se chegou a 20.000 constatação de violações reais de regras de compras públicas²⁰. A aplicação *Botivist* usa o *Tweeter* para engajar pessoas no enfrentamento da corrupção. Procura seus destinatários em

¹⁴ MUÑOZ, Jaime Rodríguez Arana. **Análisis de la directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción.** In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 66.

¹⁵ UNITED KINGDOM. Department of International Development. **Why corruption matters:** understanding causes, effects and how to address them Evidence paper on corruption. 2015, p. 78.

¹⁶ O *big data analytics* permite analisar volumes imensos de dados em busca de padrões (FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. **Justiça digital.** Revista dos Tribunais. Edição do Kindle, p. 20).

¹⁷ "ORDINARY PEOPLE CAN MAKE A DIFFERENCE: The good news is more than half the people around the world – and particularly young people – agreed that citizens could make a difference. Fifty-eight per cent of people aged 24 and under said they feel empowered to make a difference. Fifty per cent of those aged 55 also agreed". TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Barometer:** Citizens' voices from around the world. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/gcb/global/global-corruption-barometer-2017>. Acesso em: 09/03/2021.

¹⁸ Falando sobre a realidade da Ucrânia, país assolado historicamente pela corrupção e que, desde 2014 vem implementando fortes medidas combativas, LOUGH e DUBROVSKIY ressaltam: "*but regard petty corruption as a justifiable evil. This perception needs to change, and citizens must accept their responsibilities for limiting the scope of corruption*". LOUGH, John; DUBROVSKIY, Vladimir. **Are Ukraine's Anti-corruption Reforms Working?** Russia and Eurasia Programme: Chatham House. The Royal Institute of International Affairs. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2018-11-19-ukraine-anti-corruption-reforms-rough-dubrovskiy.pdf>. Acesso em: 08/02/2021.

¹⁹ KÖBIS, Nils; STARKE, Christopher; RAHWAN, Iyad. **Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches.** Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2102.11567>. Acesso em: 01/03/2021.

²⁰ OKSHA, N. **Empowering Citizens as Watchdogs in Ukraine** - Open Government Partnership. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/stories/lessons-from-reformers-empowering-citizens-as-watchdogs-in-ukraine/>. Acesso em: 01/03/2021.

postagens que pessoas recentemente fizeram sobre corrupção, conclamando os seguidores do perfil a enviar ideias para encarar o problema e assinar petições coletivas²¹. No Brasil, o *robot Rosie*²² analisa gastos feitos por parlamentares federais sob a *Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP)*, com o objetivo de identificar reembolsos suspeitos e usa o *Tweeter* para incentivar a população a contribuir com a apuração. Na Índia, o website *ipaidabribe.com* estimula cidadãos a relatar solicitações de propina e suas circunstâncias, a fim de possibilitar o início de investigações. O *site*, visitado mais de 15 milhões de vezes, também recebe relatos de pessoas que se recusaram a pagar propina e de oficiais que agiram honestamente, com o intuito de encorajar mais ações do tipo.

Conquanto importantíssimas, essas soluções do tipo *bottom-up* são mais afeitas à revelação de casos menores de corrupção (*petty corruption*). Esquemas maiores e com envolvimento de altos funcionários demandam ações mais estruturadas, no plano governamental, com aproximações do tipo *top-down*, cuja vantagem é poder se valer de bancos de dados de acesso restrito, com informações classificadas²³, o que, junto com o cruzamento de dados interagências, permite um grau de assertividade mais promissor.

Nesta linha, o México, através da Secretaria Executiva do Sistema Nacional Anticorrupção (SESNA) está desenvolvendo a Plataforma Digital Nacional, banco de dados informatizado, alimentado por diversas agências e lastreado em inteligência artificial, que visa reunir informações sobre agentes condenados por corrupção, compras públicas e evolução patrimonial de agentes públicos, com a finalidade essencial de prevenir e punir, em tempo razoável, práticas corruptas²⁴. Nos Estados Unidos, a Receita Federal (*Internal Revenue Service – IRS*) utiliza IA desde 2001. Uma das aplicações faz classificação de risco de pequenas empresas e trabalhadores autônomos, para identificar potenciais inadimplentes. Outro sistema se concentra nos pedidos de compensação apresentados por contribuintes, tentando se antecipar a potenciais fraudes nas deduções. Os casos sinalizados são dirigidos para

²¹ Em determinadas abordagens, a taxa de resposta obtida é de 80% (SAVAGE, Saiph; MONROY-HERNANDEZ, Andres; HOLLERER, Tobias. **Botivist: Calling Volunteers to Action using Online Bots**. Disponível em: <https://ui.adsabs.harvard.edu/abs/2015arXiv150906026S/abstract>. Acesso em: 01/03/2021).

²² OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. Disponível em: <https://serenata.ai/>. Acesso em: 01/03/2021.

²³ KÖBIS, Nils; STARKE, Christopher; RAHWAN, Iyad. **Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2102.11567>. Acesso em: 01/03/2021.

²⁴ PERRILLIAT, Ricardo Salgado. **La implementación de la reforma en materia de combate a la corrupción**. Visión desde la secretaría ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 127-150.

auditores, que fazem exame mais detalhado. Também, há um *software* que aplica algoritmos para cruzar dados de cartões de crédito com o propósito de identificar sonegação fiscal²⁵.

No Brasil há várias experiências em curso. Os ‘robôs’ *Alice*, *Sofia* e *Monica* trabalham para o Tribunal de Contas da União (TCU), analisando diariamente os editais publicados em Diário Oficial e em sistemas de divulgação de compras públicas. Procuram indícios de irregularidades nas contratações em curso e ajudam a corrigir eventuais falhas não percebidas pelos auditores do Tribunal²⁶. Os *proxies* definidos por técnicos do TCU sinalizam potencial ocorrência de irregularidades, como preços fora do padrão, eventual contratação de empresa impedida de contratar com administração pública ou a existência de sócios em comum nas empresas concorrentes, buscando indícios de corrupção de forma preventiva, com eficácia que dificilmente seria alcançada sem o concurso da tecnologia²⁷.

A Controladoria-Geral da União (CGU)²⁸, desenvolveu sistema baseado em *random forest*²⁹ que busca prever se um determinado convênio de transferência de recursos terá suas contas aprovadas ou rejeitadas. A iniciativa tenta vencer um estoque de mais de 15 mil convênios com prestação de contas pendentes de exame, os quais representam quase R\$ 17 bilhões em valores repassados (dados de agosto de 2018). Ao examinar 13.992 convênios executados até 12/2017, conseguiu definir padrões e atribuir *scores*, de 0 a 1, sendo 0 o grau de maior probabilidade de aprovação das contas e 1 indicando a maior probabilidade de rejeição. Após, as predições foram confrontadas com auditorias feitas pelos servidores dos órgãos concedentes. Mais de 70% dos convênios com contas rejeitadas nas auditorias haviam sido classificados com score maior ou igual a 0,9 pela IA³⁰. Também na CGU, o software

²⁵ COGLIANESE, Cary; LEHR, David. **Regulating by Robot**: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. Faculty Scholarship at Penn Law, Vol. 105, 2017, p. 1163.

²⁶ FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. **Justiça digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 81. Edição do Kindle.

²⁷ G1. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 11/02/2020.

²⁸ Em parceria com os Ministérios da Fazenda e Planejamento (BRASIL. Instrução Normativa Interministerial nº 5, de 6 de novembro de 2018).

²⁹ “utiliza a combinação de uma miríade de árvores de decisão para computar um score, que significa o grau de previsão de classificação. Esse score é calculado com base na média das previsões de cada árvore individual. Consequentemente, o *Random Forest* fornece uma nota de risco mais assertiva”. CARVALHO, Sérgio Tadeu Neiva. **IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ATIVIDADE DE AUDITORIA: EQUACIONANDO GARGALOS NOS REPASSES DA UNIÃO PARA ENTES SUBNACIONAIS**. Rio de Janeiro: 2020, dissertação de mestrado apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, da Fundação Getúlio Vargas, p. 34.

³⁰ CARVALHO, Sérgio Tadeu Neiva. **IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ATIVIDADE DE AUDITORIA: EQUACIONANDO GARGALOS NOS REPASSES DA UNIÃO PARA ENTES SUBNACIONAIS**. Rio de Janeiro: 2020, dissertação de mestrado apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, da Fundação Getúlio Vargas.

MARA³¹ (Monitoramento de Risco de Corrupção da Administração Pública Federal) pretende estabelecer a probabilidade de um servidor federal ser corrupto³². Evidentemente, não se trata de um juízo conclusivo, mas um indicativo de risco, que se baseia em critérios como a forma de ingresso no serviço público (nomeação ou concurso), filiação partidária, participação societária em empresa, cargo ocupado e se já sofreu punições anteriores por desvios funcionais³³.

3. Passo à frente: IA, corrupção e Judiciário

Identificada uma tendência de uso de IA para enfrentar a corrupção, é preciso que seja incorporada também pelos órgãos do Poder Judiciário, *locus* do pronunciamento final e definitivo sobre o cometimento ou não de um ato de corrupção. Para que o julgamento não seja lento e errático, preciso inovar também nessa seara, especialmente no Brasil, que se depara com quadro histórico de morosidade e grande número de casos pendentes. Como adverte SUSSKIND, “*I cannot imagine, for example, that the backlog of court cases in Brazil, 100 million in number, will be cleared by lawyers and judges beaver away in conventional courtrooms*”³⁴. Não se trata de retirar os advogados e juízes do front, mas reconhecer que “*There will always be a need for human lawyers and judges. The goal is to assist, not to replace*”³⁵. Em essência, é de se adequar os procedimentos à nova realidade tecnológica, dos computadores supervelozes, do *big data* e da IA, que divisam múltiplas alternativas para todas as áreas do saber e da atividade produtiva.

A Justiça brasileira já atentou para tal imperativo, contando com 64 projetos em uso ou desenvolvimento em 47 Tribunais. Alguns exemplos são elucidativos. No STJ, o *Sócrates* consegue triar um universo de 100.000 processos para identificar casos similares em apenas 15 minutos, além de fazer o monitoramento automático dos 1.500 novos casos que chegam todos os dias ao Tribunal. No TST, está em estudo uma IA de *voto-assistido*, sistema que vai auxiliar na confecção de minutas de votos. No TRF4, uma IA atuante no *e-proc* lê e corrige automaticamente processos catalogados erroneamente pelos peticionantes. Só em 2019,

³¹ MARZAGÃO, Thiago. **Machine Learning to Fight Corruption in Brazil**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2prNVaD-Nc&feature=emb_logo. Acesso em: 02/03/2021.

³² MARZAGÃO, Thiago. **Como usar inteligência artificial para combater a corrupção?** Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/10/06/como-usar-inteligencia-artificial-para-combater-a-corrupcao/>. Acesso em: 02/03/2021.

³³ A ferramenta prediz condutas analisando os bancos de dados governamentais que registram, dentre outras coisas, ocorrências passadas de atos ilícitos. Pode servir de alerta para potenciais novas práticas, mas seu manejo requer cautela, a fim de evitar que sirva para estigmatizar indivíduos.

³⁴ SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. OUP Oxford. Edição do Kindle, p. 9-10.

³⁵ RISSLAND, Edwina L. **Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning**. The Yale Law Journal, Vol. 99, p. 1980.

evitou que 65.536 processos fossem enviados para juízo incompetente e poupou despachos e movimentações processuais desnecessárias. O TRT1 desenvolve sistema baseado em *deep learning* com função preditiva: procura identificar quais processos têm maior probabilidade de alcançar a conciliação, quais as sentenças têm maior chance de serem mantidas ou revertidas pelo Tribunal e a probabilidade de reversão dos próprios acórdãos prolatados pela Corte³⁶.

Um passo à frente, agora, deve ser dado, no sentido de fazer com que as iniciativas de IA já empregadas pelos órgãos de controle reflitam no Judiciário, que tem dificuldades históricas de eficiência e celeridade em tema anticorrupção. A área da improbidade administrativa é elucidativa. A média de tempo entre o ajuizamento e o primeiro julgamento da ação tem sido de 4 anos e 3 meses³⁷. O tempo médio para a ação transitar em julgado é de 6 anos e 1 mês³⁸. Muito tempo, a ponto de desconectar a resposta da violação, o que favorece a sensação de impunidade.

Então, como a IA pode colaborar para maior eficiência dos processos que versem sobre corrupção? Experiência em curso na China pode servir de inspiração. Foi estabelecida política estratégica que se propõe a tornar as Cortes inteligentes (*to intelligentize courts*), de modo a não apenas diminuir o acervo pendente de casos³⁹, como também a aumentar a qualidade das decisões⁴⁰. No que se refere ao estoque de processos, foi estabelecido um sistema de catalogação de precedentes, baseado em IA, que serve de referência para o julgamento dos casos atuais. Mais do que simples modelos de peças, a ferramenta estuda o pedido e faz, por conta própria, a comparação com feitos já decididos, indicando ao juiz a melhor solução para a espécie. A decisão final, no entanto, cabe a cada juiz, que acolhe ou não a sugestão apontada pela IA⁴¹. Transposta para a seara anticorrupção, e ferramenta poderia ajudar juízes não acostumados com processos que envolvam esquemas vultuosos⁴².

³⁶ SALOMÃO, Luis Felipe (org.). **Inteligência Artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. FGV Conhecimento, 2021.

³⁷ CNJ, 2015, Série Justiça Pesquisa, **Lei de Improbidade Administrativa**: Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. COORDENAÇÃO Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior.

³⁸ Disponível em: <http://naoaccitocorruptao.org.br/2017/radiografia/>. Acesso em: 23/02/2021.

³⁹ O país avalia que a média de 200 casos por anos para cada juiz é muito elevada.

⁴⁰ DENG, Jinting. **SHOULD THE COMMON LAW SYSTEM WELCOME ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A CASE STUDY OF CHINA'S SAME-TYPE CASE REFERENCE SYSTEM**. GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW. N. 223, Vol. 3.2, 2019, p. 250.

⁴¹ O programa também permite consultar análises estatísticas de casos prévios sobre o mesmo assunto.

⁴² Note-se que a falta de qualificação ou experiência judicial em certos temas é causa recorrente de problemas na administração judiciária no mundo inteiro, como elucida manifestação do chefe do Judiciário Indiano, Sharad Arvind Bobde, em conferência realizada em janeiro de 2020, quando considerou o uso da IA para atacar a questão: “*Judges without adequate knowledge, skills and experience may cause distortion, delay and miscarriage of justice*” (INDIA TODAY. **Possibility of developing Artificial Intelligence for court system**, says CJI Bobde. Disponível em: <https://www.indiatoday.in/india/story/artificial-intelligence-court-system-cji-bobde-1636116-2020-01-12>. Acesso em: 04/03/2021).

Estariam acessíveis dados como processos já julgados, porcentagem de condenações e absolvições, provas e argumentos que fundamentaram uma ou outra conclusão, o que serviria como importante ponto de partida para apreciar a questão em julgamento.

Nos Estados Unidos, o *National Center for State Courts* trabalha em IA que possa auxiliar os juízes com gerenciamento de casos (*case management*). Os algoritmos tentam medir a complexidade de um determinado processo e o tempo a ser investido nele, provas que deverão ser produzidas, prazos apropriados para as fases e diligências processuais, enfim, tudo que seja essencial para conduzir o processo a uma resolução célere⁴³. Essas métricas e previsões poderiam permitir ao juiz que julgue caso de corrupção antever as dificuldades que se poriam no caminho de uma resolução tempestiva e qualificada da causa, assim como os meios para enfrentá-las, o que, no Brasil, seria importante ferramenta para acelerar processos.

Talvez não se esteja muito distante dessa rota. O TRF4 desenvolve aplicação que, com base no histórico de diversos processos de massa, está criando uma rede neural que vai permitir sugerir ao juiz um modelo de decisão para a fase atual do processo que esteja conduzindo⁴⁴. Aplicando-se a ideia, por exemplo, a uma ação por improbidade administrativa recém ajuizada, seria de se cogitar que fosse sugerida a decisão para aquele momento, com exame dos requisitos da petição inicial, pedido de afastamento cautelar do cargo público ou indisponibilidade de bens e notificação do imputado para apresentação de defesa preliminar. Não só a peça seria adequada ao momento processual, mas seu conteúdo seria conforme às decisões, do mesmo juiz e de outros com igual competência, prolatadas sobre o mesmo tema.

A IA também pode ser utilizada para fiscalizar a atividade judiciária, de modo a monitorar a lisura e correção dos processos conduzidos pela Justiça. Nesta linha, o projeto *Open Trial*⁴⁵ avalia processos judiciais, catalogando acertos e erros, na tentativa de identificar padrões de procedimento indevido e respeito a direitos dos processados. Mediante uso de *deep learning* e análise jurídica preditiva aplicada para examinar casos pretéritos, poderá sinalizar casos manejados com incompetência ou mesmo de forma corrupta⁴⁶.

⁴³ GRANSKI, Diana. **The Global Judicial Integrity Network: Artificial Intelligence and Court Administration**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xnffdoIFMBw>. Acesso em: 04/03/2021.

⁴⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Processo SEI nº 0000977-98.2020.4.04.8000.

⁴⁵ www.opentrial.org.

⁴⁶ UNITED NATIONS. Sustainable and Development Goals. **Creating a data-driven, incentivised dynamic for justice**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/partnership/?p=33274>. Acesso em: 04/03/2021.

4. Conclusão

As opções parecem ser muitas, mas alguns cuidados precisam ser empregados. O primeiro é não barrar o movimento evolutivo por medo do desconhecido e falta de visão do que o futuro pode trazer. Deve-se repelir tanto o ‘rejeicionismo irracional’, que repele novidades antes que possam ser minimamente avaliadas; quanto a ‘miopia tecnológica’, que impede de enxergar além das opções ofertadas no presente, ignorando que as tecnológicas avançam rápido e constantemente⁴⁷.

Também é crucial ter transparência acerca dos critérios que orientam os algoritmos e um *feedback* constante dos resultados produzidos pelas IAs⁴⁸. Só assim se evitará vieses discriminatórios e a imobilização das informações produzidas, que precisam ser constantemente revisadas, para adaptar o trabalho às novas realidades fáticas.

Finalmente, é essencial que a motivação da decisão judicial tomada com auxílio da IA seja reforçada, especificando qual foi o papel da ferramenta no processo decisório e seu peso na convicção do julgador, de modo a não comprometer a obrigação fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

Com esses cuidados, a IA pode colaborar muito para que o Judiciário agilize e qualifique o julgamento de atos de corrupção.

Referências Bibliográficas

BOING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar: Pragmática, Discrecionalidade, Heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário**. Florianópolis, EMais, 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa Interministerial nº 5**, de 6 de novembro de 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª região**. Processo SEI nº 0000977-98.2020.4.04.8000.

CARVALHO, Sérgio Tadeu Neiva. **IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ATIVIDADE DE AUDITORIA: EQUACIONANDO GARGALOS NOS REPASSES DA UNIÃO PARA ENTES SUBNACIONAIS**. Rio de Janeiro: 2020, dissertação de mestrado apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, da Fundação Getúlio Vargas.

⁴⁷ SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. OUP Oxford. Edição do Kindle, p. 43-44.

⁴⁸ O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown, 2016, p. 101.

CNJ, 2015, Série Justiça Pesquisa, **Lei de Improbidade Administrativa**: Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. COORDENAÇÃO Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior.

COGLIANESE, Cary; LEHR, David. **Regulating by Robot**: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. Faculty Scholarship at Penn Law, Vol. 105, 2017, p. 1162-1163. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734. Acesso em: 03/03/2021.

DENG, Jinting. **SHOULD THE COMMON LAW SYSTEM WELCOME ARTIFICIAL INTELLIGENCE**: A CASE STUDY OF CHINA'S SAME-TYPE CASE REFERENCE SYSTEM. GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW. N. 223, Vol. 3.2, 2019.

FERRARI, Isabela; LEITE, Rafael; RAVAGNANI, Giovani; FEIGELSON, Bruno. **Justiça digital**. Revista dos Tribunais. Edição do Kindle.

G1. **Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>.

Acesso em: 11/02/2020.

GRANSKI, Diana. **The Global Judicial Integrity Network**: Artificial Intelligence and Court Administration. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xnffdoIFMbw>. Acesso em: 04/03/2021.

INDIA TODAY. **Possibility of developing Artificial Intelligence for court system**, says CJI Bobde. Disponível em: <https://www.indiatoday.in/india/story/artificial-intelligence-court-system-cji-bobde-1636116-2020-01-12>. Acesso em: 04/03/2021.

INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO. **Radiografia**. Disponível em: <http://naoaceitocorrupcao.org.br/2017/radiografia/>. Acesso em: 23/02/2021.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Corruption and Human Rights**: making the connection, Suíça, 2009, p. 34-35. Disponível em: <http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf>. Acesso em: 10/11/2020.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. **Exporting Corruption**. Progress Report 2020: Assessing Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, p.21-22. Lead author: Gillian Dell. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results>. Acesso em 10/11/2020.

KÖBIS, Nils; STARKE, Cristopher; RAHWAN, Iyad. **Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2102.11567>. Acesso em: 01/03/2021.

LOUGH, John; DUBROVSKIY, Vladimir. **Are Ukraine's Anti-corruption Reforms Working?** Russia and Eurasia Programme: Chatham House. The Royal Institute of International Affairs. Disponível em: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2018-11-19-ukraine-anti-corruption-reforms-lough-dubrovskiy.pdf>. Acesso em: 08/02/2021.

LUZ, Eduardo Silva. **Inteligência artificial na justiça: conheça 2 projetos nos tribunais**. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/inteligencia-artificial-justica/>. Acesso em 04/01/2020.

MARZAGÃO, Thiago. **Como usar inteligência artificial para combater a corrupção?** Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/10/06/como-usar-inteligencia-artificial-para-combater-a-corrupcao/>. Acesso em: 02/03/2021.

MARZAGÃO, Thiago. **Machine Learning to Fight Corruption in Brazil**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2prnNVaD-Nc&feature=emb_logo. Acesso em: 02/03/2021.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. **The future of work after COVID-19**. Fev./2021.

MIT TECHNOLOGICAL REVIEW. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/topic/artificial-intelligence/>. Acesso em: 03/01/2021.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez Arana. **Análisis de la directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción**. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown, 2016.

OKSHA, N. **Empowering Citizens as Watchdogs in Ukraine** - Open Government Partnership'. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/stories/lessons-from-reformers-empowering-citizens-as-watchdogs-in-ukraine/>. Acesso em: 01/03/2021.

OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. Disponível em: <https://serenata.ai/>. Acesso em: 01/03/2021.

PERRILLIAT, Ricardo Salgado. **La implementación de la reforma en materia de combate a la corrupción**. Visión desde la secretaría ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. In *Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales*. Colección Buen Gobierno, Derechos Humanos y Combate a la Corrupción. ALVAREZ, Adriana de

Santiago; TRUJILLO, Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera (Organizadores). Guanajuato, 2020, p. 127-150.

RISSLAND, Edwina L. **Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning**. The Yale Law Journal, Vol. 99.

SALOMÃO, Luis Felipe (org.). **Inteligência Artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro**. FGV Conhecimento, 2021.

SAVAGE, Saiph; MONROY-HERNANDEZ, Andres; HOLLERER, Tobias. **Botivist: Calling Volunteers to Action using Online Bots**. Disponível em: <https://ui.adsabs.harvard.edu/abs/2015arXiv150906026S/abstract>. Acesso em: 01/03/2021.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. OUP Oxford. Edição do Kindle.

SVENSSON, Jakob. **Eight Questions about Corruption**. Journal of Economic Perspectives, Volume 19, Number 3, Summer 2005, p. 19-42.

TANZI, Vito; DAVAODI, Hamid. (1977). **Corruption, Public Investment, and Growth**, IMF Working Paper p. 127. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Corruption-Public-Investment-and-Growth-2353>. Acesso em: 01/07/2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Global Corruption Barometer: Citizens' voices from around the world**. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/gcb/global/global-corruption-barometer-2017>. Acesso em: 09/03/2021.

UNITED KINGDOM. Department of International Development. **Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them** Evidence paper on corruption. London, 2015.

UNITED NATIONS. Sustainable and Development Goals. **Creating a data-driven, incentivised dynamic for justice**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/partnership/?p=33274>. Acesso em: 04/03/2021.

A RAZÃO PÚBLICA E A DECISÃO ALGORÍTMICA

The public reason and the algorithmic decision

STANLEY ERNESTO PRAUSE FONTANA¹

Sumário: 1. A razão pública e o dever de fundamentação das decisões judiciais; 2. A razão pública e as decisões algorítmicas no contexto do Poder Judiciário: problemas e limites; Considerações finais.

Resumo: Este trabalho tem a finalidade de testar a hipótese de que a razão pública serve de limite às decisões algorítmicas e que necessita de protocolos que a preservem diante das novas tecnologias. A razão pública, de John Rawls, tem papel fundamental na teoria da justiça como equidade. Para que as instituições sejam justas, exige-se que prestem contas das próprias atividades e que permitam que os indivíduos tenham acesso aos espaços institucionalizados de debate público. As questões básicas de justiça e os elementos essenciais do direito constitucional não podem ser valorados com base em doutrinas abrangentes, frutos do pluralismo razoável das sociedades democráticas. Logo, a Suprema Corte é apontada como exemplo de razão pública por excelência. Com a virada tecnológica do direito, os tribunais foram invadidos por tecnologias disruptivas que auxiliam no julgamento dos casos, o que tem provocado debates sobre as possibilidades e os limites desses dispositivos. Entre os problemas que tais tecnologias criaram se destacam os pontos cegos da análise de dados e as decisões enviesadas por preconceitos. Coloca-se, portanto, o problema que se pretende resolver por meio do presente trabalho: como a razão pública pode ser preservada e servir de limite à inteligência artificial? Consta-se, por fim, que a razão pública exige respeito ao devido processo legal para que as partes e a sociedade tenham acesso amplo às razões dos provimentos estatais, bem como que a razão pública depende de algum protocolo ético-jurídico para que não desapareça nas decisões automatizadas. O método eleito para o trabalho é o dedutivo.

Palavras-chave: decisão algorítmica; devido processo legal; inteligência artificial; razão pública.

Abstract: This paper he hypothesis in which the public reason functions as a limit to the Algorithmic decisions and also needs protocols to preserve it regarding the advance of new technologies. John Rawls' public reason concept has a fundamental role in the theory of justice as fairness. The institutions parameters of justice involves not merely accountability but also the public access to the institutionalized spaces of public debate. The basic issues of justice and the essential elements of constitutional law cannot be valued based on embracing doctrines, fruits of reasonable pluralism of democratic societies. In this sense, the Supreme Court is an exemplary case of public reason institution. With the technological turn in the law field, the courts were invaded by disruptive technologies that assist in decision-making, which has sparked debates about the possibilities and limits of these mechanisms. Among the possible problems that these technologies have created are the blind spots of data analysis and algorithmic bias. The problem that this paper intends to solve is: how the public reason can reinforce the limits ethical-legal of the artificial intelligence. It turns out, finally, that public reason theory requires respect to the due process of law that the parties and society

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil/UniBrasil. E-mail: stan_chz@hotmail.com

have wide access to the reasons of states decisions and the public reason theory depends on some ethical-legal- protocol that should not disappear in the automated decisions.

Keywords: algorithmic decision; artificial intelligence; due process of law; public reason.

1. A razão pública e o dever de fundamentação das decisões judiciais

John Rawls teve grande destaque no âmbito da filosofia política. Sua obra é considerada paradigmática no pensamento contemporâneo, a ponto de ser frequentemente revisitada por intelectuais de diversas áreas ². Em “O Liberalismo Político”, de 1993, Rawls procura dar respostas aos problemas da estabilidade das instituições representativas e da aplicabilidade aos princípios de justiça eleitos, bem como responder alguns críticos. As divergências, próprias das sociedades democráticas, dividem a população e instauram opiniões variadas sobre diversos assuntos. Muitas são as doutrinas abrangentes que expressam visões religiosas, morais e filosóficas em sociedades de pessoas livres e iguais. O fato do pluralismo, como o autor designa essa característica, não é algo transitório, tendente a desaparecer com o tempo, já que se trata de corolário da liberdade e da autodeterminação. Por isso, indaga-se: como é possível endossar a justiça como equidade em ambiente de tantas divergências?

² Em sua grande primeira publicação, “Uma teoria da justiça”, de 1971, Rawls apresenta a ideia de justiça como equidade e prega que as instituições, antes de serem eficientes, devem ser justas e terem a justiça como a virtude primeira. Enfatiza o autor que deve ser garantido aos cidadãos acesso aos bens primários e assegurada a igualdade de oportunidades. Coloca-se o pensamento rawlsiano a favor pluralismo inerente às sociedades democráticas e contra a imposição de modos de vida. A justiça como equidade dispõe sobre a estrutura básica da sociedade, a distribuição de liberdades e deveres fundamentais, bem como a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Os princípios da liberdade e da diferença, escolhidos na posição original sob o véu de ignorância, são os critérios determinantes da ordenação social: o primeiro preconiza que cada indivíduo deve ter direito “ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”; o segundo, por sua vez, prevê que as desigualdades sociais e econômicas precisam ser, ao mesmo tempo, “(a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”. Paul Ricoeur (2014) explica que tão importante quanto tais princípios é a ordem serial ou lexical que há entre eles. Sob essa perspectiva, atentados contra as liberdades básicas não podem ser justificados ou compensados por vantagens sociais ou econômicas, e os menos favorecidos economicamente têm prioridade lexical sobre os demais. Afasta-se, com isso, o princípio sacrificial do utilitarismo que impõe perdas em busca de algumas vantagens. Todavia, Karine da Silva Cordeiro e Thadeu Weber (2016) esclarecem que prioridade diversa é pressuposta entre os referidos princípios: o primeiro princípio de justiça deve ser antecedido por outro, voltado a satisfazer as necessidades básicas dos cidadãos, para que eles possam usufruir das liberdades imaginadas na posição original. O mínimo social rawlsiano ou mínimo social *stricto sensu*, de natureza constitucional, é requisito prévio para que se garanta a equidade do processo de escolha dos princípios. Vera Karam de Chueiri (1995) anota que a racionalidade dos julgamentos, portanto, não é verificada *a priori*, mas construída argumentativamente. Há necessidade de adequação das convicções compartilhadas aos princípios escolhidos na posição original. A equidade coincide com o objetivo e com o ponto de partida da sociedade. Raciocínios circulares reafirmam e ressignificam os princípios escolhidos em termos hipotéticos, mediante a participação dos cidadãos em procedimentos definidos, para os aplicar em situações concretas variadas.

As doutrinas abrangentes, próprias do pluralismo razoável, são incapazes de assegurar a estabilidade. É necessário, assinala Rawls, identificar o consenso sobreposto ou justaposto das várias concepções de mundo que disputam espaço nas democracias. A estabilidade reclamada pela justiça como equidade se fundamenta no liberalismo, pois pretende ser aceitável para pessoas razoáveis e iguais, bem como se voltar à razão pública dos cidadãos. Não se trata de se impor a estabilidade aos que a refutam ou de os ameaçar com sanções, o que seria antiliberal por suprimir a liberdade de consciência, mas de se obter o apoio racional da sociedade e de fornecer padrões para análise dos governos ³.

Para Rawls, a conquista da estabilidade pode ser resumida em dois aspectos: (a) as pessoas crescem em instituições justas, ou seja, democráticas, e desenvolvem senso de justiça para agirem de acordo com essas instituições, o que implica na adoção de conceito político de pessoa; e (b) o consenso sobreposto tem a finalidade de criar concepção política de justiça. Em outras palavras, os indivíduos são leais às instituições que asseguram as liberdades fundamentais e sociais, derivadas do primeiro princípio escolhido na posição original, e agem em conformidade com o senso de justiça que adquirem com o tempo. Daí por que a justiça como equidade sustenta a si mesma e conta com a adesão dos cidadãos para que ganhar estabilidade, embora precise ter o apoio das doutrinas abrangentes ⁴.

Se, por um lado, o consenso sobreposto diz respeito a várias doutrinas abrangentes, por outro não depende de nenhuma delas. Como se limita à estrutura básica da sociedade, ninguém é obrigado a abdicar das inclinações particulares para concordar com o seu conteúdo. O campo restrito de aplicação das convicções compartilhadas no consenso sobreposto é o que assegura a autonomia e a autossustentabilidade dessas convicções. As demais questões relacionadas às doutrinas abrangentes integram a cultura de fundo, isto é, inserem-se na esfera não-pública, na qual estão, por exemplo, os discursos das entidades religiosas, sindicatos, associações e academias ⁵.

Rawls destaca que o consenso sobreposto procurado é o consenso das doutrinas abrangentes. O fato crucial não é o pluralismo em si, lembra o autor, mas o pluralismo razoável. Assim, a concepção política sustentada a partir desse conceito não é adaptada a manifestações irracionais ou a tendências extremadas que eventualmente possam ganhar proporção; antes, a adaptação se dá em relação ao pluralismo razoável, fruto da livre razão humana. Ainda, o consenso sobreposto pede que a concepção de justiça a ser adotada seja independente, tanto quanto possível, das doutrinas filosóficas, morais e religiosas

³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª ed; São Paulo: Ática, 2000, p. 189-190.

⁴ WEBER, Thadeu. *Autonomia e Consenso Sobreposto em Rawls*. Florianópolis: Ethic@, v. 10 n. 3, dez. 2011, p. 136.

⁵ WEBER, Thadeu. op. cit., p. 137

abrangentes. Ou seja, a justiça como equidade deve ser sustentada por si mesma e preservar a própria natureza política, ainda que venha a receber o apoio dessas doutrinas ⁶.

O consenso sobreposto requer o emprego da razão pública para a tomada de algumas decisões. De fato, seria inócuo o alcance da estabilidade imaginada se as doutrinas abrangentes ressurgissem com argumentos não-públicos, estranhos aos princípios que governam a sociedade, expressos nas constituições. No fundo, a razão pública é conseqüência da lógica liberal de que os governos não podem justificar suas políticas com base em valores religiosos ⁷. A razão pública, característica dos povos democráticos, é pública em três sentidos: (a) na condição de razão dos cidadãos assim considerados, ou seja, é a razão do público; (b) na finalidade de atender ao bem público e nas questões de justiça fundamental; e (c) na natureza e nos conceitos públicos, expressos pelos ideais e princípios da concepção de justiça política da sociedade, tratados e conduzidos de maneira pública ⁸.

A razão pública é utilizada por cidadãos iguais que exercem poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis ou emendar a constituição. O âmbito restrito da razão pública, limitada aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica, impõe a aplicação de princípios políticos para se deliberar sobre assuntos relevantes, como o direito ao voto, a tolerância religiosa e a igualdade de oportunidades ⁹. Sob outra perspectiva, os argumentos públicos, além de assegurarem a estabilidade das instituições, garantem a liberdade de consciência e o pluralismo razoável, já que outros temas podem ser pensados a partir das várias doutrinas abrangentes. A razão pública não atinge deliberações ou reflexões pessoais sobre a justiça. Tais aspectos, na linguagem rawlsiana, integram a cultura de fundo da sociedade.

O princípio liberal de legitimidade preconiza que o exercício do poder político é próprio e justificável somente se for exercido em conformidade com a constituição, porquanto é razoável esperar que as pessoas aceitem os seus principais elementos, baseados em princípios e ideais racionais. São conseqüências da cidadania, portanto, os deveres de: (a) civilidade, ao expor aos outros quais as razões adotadas para tratar de questões fundamentais; (b) ouvir as pessoas em discussões públicas; e (c) equanimidade para decidir, quando for preciso conciliar os pontos de vista com os de outros indivíduos ¹⁰.

O conteúdo da razão pública é formado pela concepção política de justiça, de caráter liberal em sentido muito amplo. Em síntese, a razão pública expressa e atribui prioridade

⁶ RAWLS, John. op. cit., p. 190.

⁷ GARGARELLA, Roberto. op. cit., p. 236.

⁸ RAWLS, John. op. cit., p. 261-262.

⁹ RAWLS, John. op. cit., p. 263.

¹⁰ Ibidem, p. 266.

especial aos direitos, liberdades e oportunidades, além de assegurar os meios de efetivação dessas prerrogativas. Por concepção política de justiça, Rawls quer dizer que a estrutura básica da sociedade forma sistema unificado de cooperação social, livre de doutrinas abrangentes, concebido a partir de visões inerentes à cultura pública e política das sociedades democráticas. Ademais, essa concepção requer que se considerem os princípios substantivos de justiça básica e os critérios que especificam formas válidas de argumentação ¹¹.

Nesse contexto, os fóruns oficiais, os legisladores e os demais dirigentes, em seus pronunciamentos públicos, subordinam-se à razão pública, pois têm a capacidade de empregar a violência estatal. O Poder Judiciário, especialmente a Suprema Corte, responsável pelo controle de constitucionalidade, é o exemplo mais evidente da razão pública: as decisões judiciais necessitam de justificativas em interpretações da constituição, das legislaturas e dos precedentes. Nem mesmo os membros dos Legislativo e do Executivo estão obrigados a fundamentar dessa maneira as escolhas que fazem em seus mandatos ¹².

Aplicada ao Poder Judiciário, a razão pública preconiza que as interpretações da constituição devem ser as melhores possíveis e que os juízes estão proibidos de apelar para a moralidade pessoal ou de aplicar as doutrinas abrangentes que endossam ao decidir os casos que apreciam. Os tribunais exercem papel educativo quando dão publicidade à razão pública e a revitalizam por meio de fóruns públicos, nos quais a sociedade civil pode participar. Assim, os fóruns públicos desempenham função importante nas democracias, tanto por justificarem publicamente as decisões, quanto por reforçarem a confiança mútua ¹³. Não é à toa que, nos últimos tempos, os estudos sobre ciência política, filosofia e direito constitucional giram em torno da ideia de democracia deliberativa, o que é essencial para que se concretizem instrumentos que ampliem o diálogo entre os membros das cortes e das instituições ¹⁴.

Outrossim, a fundamentação das decisões judiciais é condição de possibilidade para o exercício da razão pública, pois permite que as partes participem da construção do provimento estatal - por se tratar de desenvolvimento do princípio do contraditório - e assegura o controle social sobre a coação pública organizada. Com efeito, a investigação crítica dos cidadãos sobre o exercício do poder demanda fundamentação adequada, sobretudo para se aferir se foram observados ou não os valores políticos que têm o

¹¹ RAWLS, John. op. cit., p. 272-273.

¹² RAWLS, John. op. cit., p. 264-265.

¹³ BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *A Razão Pública Conforme John Rawls e a Construção Legítima do Provimento Jurisdicional no STF*. Revista de informação legislativa Imprensa: Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 1964. Referência: v. 54, n. 214, p. abr./jun., 2017, p. 215-218.

¹⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, diálogo e razão pública*. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano: n. 250, jan./abr. 2009, p. 209.

consentimento da sociedade quando se discutem assuntos sensíveis, como elementos constitucionais essenciais. Mais do que dever de civilidade, é garantia dos indivíduos contra arbítrios que têm se manifestado na forma de voluntarismos e de autoritarismos, que substituem os princípios da igualdade e da imparcialidade por posturas que expressam idiossincrasias dos julgadores ¹⁵.

Desse modo, a fundamentação é verdadeira *accountability* instituída em favor do Estado Democrático de Direito. Ou seja, a garantia fornece elementos para que se façam investigações críticas sobre os provimentos judiciais. Em síntese, a fundamentação permite o acesso aos valores políticos fundantes da sociedade e fornece o material necessário para que se realizem censuras epistemológicas sobre o poder coercitivo ¹⁶, desdobramentos que colocam os cidadãos em diálogo com as instituições.

Contudo, as divergências interpretativas acerca do que pode ou não ser legítimo quanto aos valores políticos essenciais recebeu novo desafio com as tecnologias disruptivas adotadas pelas cortes. Os dispositivos, que tencionam oferecer facilidades para a elaboração das decisões, podem provocar resultados desastrosos se não forem corretamente regulamentados e utilizados.

2. A razão pública e a decisão algorítmica no contexto do Poder Judiciário: possibilidades e limites

Com a virada tecnológica do Direito, a inteligência artificial tem sido cada vez mais utilizada pelos tribunais. Caracterizada por imitar processos cognitivos humanos, o recurso tem a capacidade de aprender sozinho e de processar dados com autonomia. A inteligência artificial funciona com base em algoritmos que possuem meios de entrada e de saída de dados (*input e output*). A relação entre esses mecanismos deve ser definida sem ambiguidades, com clareza, pois é incapaz de fazer juízos de valor sobre o material processado ¹⁷. Os mecanismos de inteligência artificial são modelos – representações abstratas de processos complexos – que simplificam a realidade. Assim, as informações inseridas nos sistemas de inteligência artificial podem criar pontos cegos (*blindspots*) nos algoritmos, relevantes ou não no funcionamento da máquina, que expressam os objetivos, prioridades ou concepções dos

¹⁵ MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Hesterston. *Autoritarismo Judicial*. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Constituição e Democracia I. Brasília-DF. 2019, p. 117-132.

¹⁶ Segundo Lenio Luiz Streck, constrangimentos epistemológicos são exigências ligadas aos critérios de atribuição de sentido criados intersubjetivamente. São limites, de acordo com o autor, às manifestações arbitrárias do sujeito moderno que caracterizam o solipsismo.

¹⁷ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: Vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. Revista de processo, vol. 285, nov. 2018, p. 3.

idealizadores ¹⁸. Então, os preconceitos da sociedade podem pautar as decisões algorítmicas, já que elas não possuem pretensões de correção. Há riscos de que as propostas decisórias das máquinas incorporem tendências contrárias ao Direito.

Wolfgang Hofmann-Riem lembra que as decisões algorítmicas combinam construções sociais e técnicas. Ao menos inicialmente, as máquinas são programadas por pessoas que expressam experiências, objetivos e avaliações que podem influenciar o funcionamento da inteligência artificial. Inegavelmente, a estrutura social pode fazer com que a análise dos dados seja direcionada de acordo com tendências indesejadas ou espúrias. Ainda que o processamento algorítmico de entrada pareça ser eficaz, tais aspectos não deixam de ser preocupantes. ¹⁹. Em vista disso, os programas de inteligência artificial são capazes de promover discriminações indiretas, que nada mais são do que diferenciações arbitrárias ocultadas por critérios pretensamente neutrais ²⁰. A opacidade dos algoritmos pode induzir a julgamentos alheios aos valores políticos que fundamentam as sociedades democráticas. Esse é o problema dos vieses cognitivos, tipicamente humanos, transferidos às máquinas.

Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas destacam que os principais vieses se manifestam das seguintes formas: (a) associação às predisposições estereotípicas e ameaçadoras, que provocam discriminações de gênero e de raça; (b) apego excessivo a posicionamentos conservadores, incompatíveis com o bem-estar ecossistêmico; (c) preferência exacerbada pelo presente, voltada a realizar escolhas que hipervalorizam resultados imediatos; e (d) confirmação das inclinações preliminares, independentemente dos conteúdos que apresentem. Decisões orientadas por tais vetores ignoram reflexões importantes, como o sopesamento entre eficiência e qualidade e a busca por alternativas pertinentes, motivadas pela autocritica e pelo alargamento de informações ²¹.

Observe-se que os vieses têm potencial de comprometerem a razão pública, fruto do princípio liberal de legitimação que afasta valores estranhos ao político do julgamento dos tribunais. Cabe ponderar, entretanto, esses e outros problemas não exigem que se descontinue o uso dos mecanismos de inteligência artificial no Direito, mas sim que se

¹⁸ Ibidem, p. 4.

¹⁹ HOFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital: Transformação digital: Desafios para o Direito*. 1ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão Kindle.

²⁰ Jorge Reis Novais escreve que a doutrina, a partir da experiência norte-americana, faz distinção tipológica entre discriminações diretas e indiretas, com o acréscimo de que as últimas se escamoteiam em critérios supostamente neutros. A desocultação, segundo o autor, demonstra as discriminações feitas com categorias suspeitas, como o gênero, a raça e outros dados sensíveis.

²¹ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *O Direito e a Inteligência Artificial: Em defesa do humano*. 1ª ed; Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 98.

delimite bem o seu âmbito de aplicação e que se instituam recursos possibilitadores de revisões.

Esclareça-se que tanto a crença de que a tecnologia pode resolver problemas fundamentais do homem – como a necessidade de justiça –, quanto a crença de que ela é absolutamente inútil nessas questões, são errôneas ²². Na verdade, para que se tenham bons resultados com as novas tecnologias, sem que se sacrifiquem conquistas civilizatórias em nome de eficácias quantitativas ou utilitárias, é necessário que se estabeleça algum protocolo ético-jurídico para as inovações nesse campo tão vasto e significativo nas atividades cotidianas. Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas oferecem algumas diretrizes que contribuem para que a tecnologia enriqueça e não banalize os relacionamentos humanos e o próprio poder estatal. Entre as sugestões, aquelas que parecem reforçar a razão pública e a fundamentação das decisões judiciais, estão a indelegabilidade da decisão intrinsecamente humana, a transparência e a explicabilidade, a instrumentalidade teleológica e a identificabilidade, bem como a supervisão humana e a reversibilidade ²³.

A indelegabilidade da decisão intrinsecamente humana preconiza que somente as tarefas repetitivas podem ser realizadas pelos sistemas de inteligência artificial. Atividades relacionadas às virtudes da justiça e da compaixão demandam a presença humana. No campo sancionatório, a diretriz da indelegabilidade é ainda mais forte e não pode ser alterada nem mesmo com a concordância de eventual destinatário da decisão algorítmica ²⁴.

Quanto à transparência e à explicabilidade, aconselha-se que as máquinas demonstrem os pressupostos decisórios adotados, de modo a revelar os critérios e a sequência de atos que motivaram a proposta algorítmica. Tais diretrizes reforçam o princípio da motivação e afastam as tendências de atuação opaca e enviesada da inteligência artificial. Em outras palavras, a transparência e a explicabilidade evitam o chamado *black box effect*, caracterizador de sistemas incompreensíveis e insindicáveis pelos destinatários ²⁵.

Indo em frente, a instrumentalidade teleológica impede que se enfraqueçam ou eliminem as capacidades humanas infungíveis, sobretudo para se proteger a autonomia dos destinatários da decisão. Já a identificabilidade requer a presença de características que permitam o reconhecimento de que há sistemas de inteligência artificial em operação e não alguma pessoa na execução da tarefa. Ou seja, essas diretrizes se relacionam com a indelegabilidade das questões intrinsecamente humanas e com a transparência, a fim de

²² DE TRAZEGNIES, Fernando. *¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial*. IUS ET VERITAS, v. 23, n. 47, p. 112-130, 23 abr. 2013, p. 129.

²³ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. op. cit., p. 74.

²⁴ Ibidem, p. 74-45.

²⁵ Ibidem, p. 79-80.

garantir maior segurança aos afetados pelas propostas sugeridas, além de intensificarem o princípio da boa-fé²⁶.

Por fim, a supervisão humana e a reversibilidade apregoam que todo o funcionamento da inteligência artificial precisa de alguém responsável, mesmo que se trate de hipótese de delegação de tarefas repetitivas, passíveis de serem realizadas pelas máquinas. É necessário, ainda, que as decisões automatizadas sejam reversíveis, submetam-se à ação humana que preze pela integridade e pela correção dos provimentos robóticos, com vista a proteger os destinatários de violações aos objetivos constitucionais²⁷.

As referidas diretrizes preservam a razão pública porque evitam que decisões automatizadas se pautem por inclinações discriminatórias, incompatíveis com os valores políticos das sociedades democráticas, além de permitirem que os afetados pelas medidas robóticas sejam ouvidos e reportem possíveis falhas ou incongruências das máquinas utilizadas em processos decisórios.

Considerações finais

Deflui-se que as decisões algorítmicas precisam ser plenamente sindicáveis, passíveis de serem conhecidas em todos os aspectos de funcionamento, sem que pontos cegos ou obscuros impeçam que as pessoas conheçam satisfatoriamente os critérios utilizados nas atividades delegáveis, dentro dos termos éticos e jurídicos expostos.

A sindicabilidade plena da decisão automatizada preserva a civilidade esperada das instituições democráticas e contribui para a razão pública por dois motivos: primeiro, possibilita a correção de vieses repelidos pela esfera pública; segundo, cumpre o dever de civilidade ao expor os critérios da máquina, que devem ser claros para que sofram críticas. É fundamental que os valores políticos integrantes da razão pública sejam reforçados e não enfraquecidos com mecanismos decisórios que pretendem ser úteis aos destinatários.

À vista disso, a razão pública, simultaneamente, reforça a sindicabilidade das decisões algorítmicas e somente pode ser preservada se forem obedecidas algumas diretrizes de cunho ético e jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. *A Razão Pública Conforme John Rawls e a Construção Legítima do Provimento Jurisdicional no STF*. Revista de informação legislativa

²⁶ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. op. cit., p. 81-82.

²⁷ Ibidem, p. 84-85.

Imprensa: Brasília, Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 1964. Referência: v. 54, n. 214, p. abr./jun., 2017, p. 203-223.

CORDEIRO, Karine da Silva; WEBER, Thadeu. *Bens Primários Sociais e Capacidades: Uma aproximação possível adequada para a definição do direito ao mínimo existencial*. v. 19 n. 19 (2016): Revista Direitos Fundamentais & Democracia, p. 54-80.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, Ano: n. 250, jan./abr. 2009, p. 197-227.

DE CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do Direito e Modernidade*. 1ª ed; Curitiba: JM Editora, 1995.

DE TRAZEGNIES, Fernando. *¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial*. IUS ET VERITAS, v. 23, n. 47, p. 112-130, 23 abr. 2013, p. 112-130.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *O Direito e a Inteligência Artificial: Em defesa do humano*. 1ª ed; Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital: Transformação digital: Desafios para o Direito*. 1ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão Kindle.

MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Hewerston. *Autoritarismo Judicial*. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Constituição e Democracia I. Brasília-DF. 2019, p. 117-132.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: Vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. Revista de processo, vol. 285, nov. 2018, p. 421-447.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª ed; São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Um Teoria da Justiça*. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RICOEUR, Paul. *O Si-Mesmo Como Outro*. 1ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 1ª ed; Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. Versão Kindle.

WEBER, Thadeu. *Autonomia e Consenso Sobreposto em Rawls*. Florianópolis: Ethic@, v. 10 n. 3, dez. 2011, p. 131-153.

A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E TELEVISITAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

The data and televist protection law in the system brazilian prison in the light of the principle of dignity of human person

JANAINA RECKZIEGEL ¹

MARINELY APARECIDA CLEMENTE ²

Sumário: 1. Introdução; 2. A proteção de dados pessoais como um direito humano; 3. O tratamento de dados pessoais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana; 4. A lei de proteção de dados nas televisitas no sistema carcerário brasileiro; Considerações Finais; Referências.

Resumo: O desenvolvimento das sociedades tecnológicas marca o surgimento da Era da informação e os temas correlacionados à proteção de dados pessoais. Com o advento dessas inovações, surgem ameaças à privacidade, a imagem, e a liberdade do indivíduo. Porém, os armazenamentos e a manipulação dos dados pessoais para atos ilícitos abalaram os regimes democráticos, portanto, torna-se relevante pesquisar em conjunto, como o cenário pandêmico e o isolamento social intimidaram o sistema carcerário brasileiro, no que diz respeito ao direito de visita do condenado, bem como o direito à implementação das visitas virtuais (televisitas) e à garantia da permanência da conexão e do vínculo familiar das pessoas privadas da liberdade, como vistas a preservar sua integridade física, e consequentemente, a fim de garantir os direitos fundamentais e humanos. Em um primeiro momento, há a análise da proteção de dados e sua implementação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sob a perspectiva dos direitos humanos. No segundo momento, aprofundou-se o estudo na lei geral de proteção de dados nas televisitas, partindo-se da compreensão do sistema carcerário brasileiro no ambiente virtual e a difusão da proteção de dados, na qual se materializa a normatização. Nessa linha de pesquisa, conclui-se que a responsabilização pela

¹ Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina. Pós-Doutora em Bioética e Dignidade Humana pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá - UNESA - RJ, com a Tese intitulada: Seres Humanos, Autonomia e Fármacos. Mestre em Direito Público. Especialista em Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura; e em Educação e Docência no Ensino Superior. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Membro do Núcleo Docente Estruturante da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Docente e Advogada. Autora de várias obras, artigos e capítulos de livros a nível Nacional e Internacional. Sua experiência concentra-se na área de Direito, com ênfase em Direitos Fundamentais, Constitucional, Bioética e Biodireito. Pesquisa as seguintes áreas: Bioética; Biodireito; Direitos Humanos e Dignidade Humana. Atualmente as pesquisas estão sendo desenvolvidas com as seguintes temáticas: Pesquisas com Seres Humanos; Bioética em assuntos que envolvam a Medicina; Temas relacionados a vida e a morte; Biotecnologias; Reprodução Humana Assistida; Genética Humana, entre outros. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>.. <https://lattes.cnpq.br/7597547217990217>. E-mail: janaina.reck@gmail.com

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciência Aplicadas de Sinop-UNICEN/UNIC/MT.. Ex- professora dos cursos de formação inicial e continuada no curso de auxiliar administrativo do Programa Pronatec/Santa Carmem/MT. Ex- professora universitária da Faculdade de Sinop-FASIP, nas disciplinas de Teoria Geral do Direito, Processo Constitucional, Direito Aplicado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2401-6333>. <http://lattes.cnpq.br/1413968104244126>. E-mail: marinely@gmail.com

utilização de dados pessoais deve-se à proteção e à privacidade no mundo digital, pautada na proteção dos direitos fundamentais do homem.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Direitos Humanos; Sistema Carcerário; Dignidade da pessoa humana.

Abstract: The development of technological societies marks the onset of an information Era and the themes related to the protection of personal data. With the advent of these innovations, arise threats to the individual's privacy, image, and freedom. However, the storage and manipulation of personal data for illegal acts has shaken democratic regimes, so it becomes relevant to research together, as the pandemic scenario and social isolation intimidated the Brazilian prison system, about the right to visit of the condemned, as well as the right to implement virtual visits (televisitas) and to guarantee the permanence of the connection and the family bond of persons deprived of their liberty, to preserve their physical integrity, and consequently, in order to guarantee fundamental human rights. At first, there is the analysis of data protection and its implementation in the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD), from the perspective of human rights. In the second moment, the study of the general data protection law on virtual visits was deepened, starting from the understanding of the Brazilian prison system, in the virtual environment and the diffusion of data protection, in which the standardization materializes. In this line of research, it is concluded that accountability for the use of personal data is due to protection and privacy in the digital world, based on the protection of fundamental human rights.

Keywords: Protection of personal data; Human rights; Prison system; Dignity of human person.

1. INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias e o crescimento do sistema de inteligência artificial, de forma acelerada, tornaram-se ameaças à privacidade do indivíduo, sendo relevante frisar a necessidade da implantação de políticas públicas cibernéticas e a imposição de leis ordinária para buscar a proteção dos direitos fundamentais relativamente à liberdade, privacidade e intimidade.

Os dados pessoais são o principal núcleo da privacidade do cidadão e sua preservação decorre da guarda do efetivo direito e das garantias fundamentais descritas na Constituição Federal de 1988, igualmente, celebrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por isso, diversos países adotam o sistema de proteção à privacidade com fundamento no consentimento do cidadão e no tratamento de seus dados fundamentais.

Na Europa, o tratamento e a proteção dos dados pessoais foram disciplinados na Convenção nº. 108 do Conselho da Europa³, considerada o primeiro código internacional que disciplinou acerca da proteção do indivíduo com relação ao processamento de dados.

³ “O surgimento da tecnologia da informação na década de 60 foi acompanhado por uma crescente necessidade de adotar regras mais pormenorizadas para salvaguardar as pessoas através da proteção dos seus dados (pessoais). Em meados da década de 70, o Comité de Ministros do Conselho da Europa adotou várias resoluções sobre a proteção de dados pessoais que faziam referência ao artigo 8.º da CEDH. Em 1981, foi aberta a assinatura a Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (Convenção 108). A Convenção 108 era, e ainda é, o único instrumento internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados”. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção

Foi aberta, inclusive, a países não membros da Comunidade Europeia. Foram cerca de 125 países que adotaram as normas de proteção de dados, inclusive, os países da América do Sul: Brasil, Chile, Argentina, Uruguai, Peru, Paraguai e Colômbia.

Portanto, a medida em que o Brasil começou a compreender a importância da valorização de dados no mundo digital, sobretudo, devido ao surgimento de diversos casos noticiando vazamentos ou usos indevido de dados pessoais nos setores públicos e privados. Buscou-se a implementação de estratégias no controle dos dados pessoais e contra os ataques cibernéticos, como a criação da Lei Geral de Proteção de Dados, instituída pela Lei nº 13.709/2018.

A novel legislação pode ser considerada o ponto de partida da inclusão digital, na medida em que cada país tem autonomia para promover a proteção e a garantia adequada contra os ataques virtuais dos dados pessoais dos seus cidadãos. Ademais, desde da vigência da Lei nº 13.709/2018, busca-se adequar e aplicar a proteção de dados pessoais, por exemplo, no uso das videoconferências nas visitas virtuais, como forma de preservação e segurança dos direitos fundamentais à imagem, à privacidade e a liberdade da pessoa em privação da liberdade.

2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO HUMANO

No Brasil, a tutela da privacidade está consagrada no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]”, considera-se esses direitos invioláveis. Ademais, embora já houvesse a previsão expressa no ordenamento, quanto à garantia desses direitos, necessitava-se a criação de proteção especial. Com o desenvolvimento da economia e da sociedade da informação ou sociedade digital, a exposição dos dados pessoais começou a perder o controle devido ao fluxo de disponibilidade da informação e ao acesso através da internet, ocorrendo vazamentos de dados pessoais e gerando inúmeras consequências e insegurança nas informações de dados pessoais, considerados sensíveis.

Por outro lado, a proteção dos dados pessoais⁴ do indivíduo deve pautar-se no compromisso de não cercear o direito à liberdade de expressão, por essa razão, há a necessidade da criação de uma legislação compatível com segurança dos dados pessoais.

de Dados. Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/af9d0b3f-82be-11e5-b8b7-01aa75ed71a1.0017.03/DOC_2. Acesso em 28 de Abr de 2021.

⁴ “O direito à proteção contra intromissões de terceiros, especialmente do Estado, na vida privada foi consagrado pela primeira vez num instrumento jurídico internacional no artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) das Nações Unidas, de 1948, relativo ao respeito pela vida privada e familiar.

Após inúmeras discussões na sociedade civil e no Congresso Nacional, surgiu a Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014, denominada Marco Civil da Internet. Esta trouxe diversas disposições sobre princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil, como estabelece o artigo 3º: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios; [...] II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]”, embora a lei assegure a proteção, a delega para uma lei específica, que faça uma regulamentação adequada à proteção de dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018, foi sancionada pelo ex-presidente Michel Temer, influenciada pela GDPR (*General Data Protection Regulation*)⁵ e está sujeita à regulamentação pela União Europeia abordou a proteção do direito fundamental dos dados pessoais, conforme estabelece em seu artigo 8º.

Dessa forma, o conceito de direito à proteção deve ser entendido o direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado, a que este, o proteja contra intervenções de terceiros (ALEXY, 2015).

Diante dos avanços tecnológicos e o grande fluxo internacional de acessos e as informações disponíveis na base dados na internet, tornou-se necessário repensar a gestão e a manipulação não apenas dos dados como também dos acessos e o procedimento virtual relativamente a guarda digitalizada dos arquivos dessas importantes informações sem perder de vista os princípios que regem o direito e a proteção do direito à privacidade⁷, já celebrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948⁸.

A DUDH influenciou a formulação de outros instrumentos sobre direitos humanos na Europa”. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/af9d0b3f-82be-11e5-b8b7-01aa75ed71a1.0017.03/DOC_2. Acesso em 28 de Abr de 2021.

⁵ A liderança do debate sobre o tema surgiu na União Europeia (UE), em especial com o partido *The Greens*, e se consolidou na promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu n. 679, aprovado em 27 de abril de 2016 (GDPR), com o objetivo de abordar a proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido pela expressão “*free data flow*”. (PINHEIRO, 2020).

⁶ Art. 8º. Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. General Data Protection Regulation – GDPR. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em 22/04/2021, às 15h.

⁷ Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em 27 de Abr. de 2021.

⁸ A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade

O sistema internacional de proteção de direitos humanos, apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando-se o valor da primazia da pessoa humana, os sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2012).

De fato, a proteção jurídica dos direitos das pessoas pode provir ou vir a provir da ordem interna (estatal) e da ordem internacional (sociedade internacional). A primeira, protege os direitos de um cidadão e está diante da proteção de um direito fundamental da pessoa, a segunda, por sua vez, protege esse mesmo direito perante a proteção de um direito humano (MAZZUOLI, 2020).

Com o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, à proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade, seja ela pessoa física e jurídica com objetivos de evitar abusos cometidos na era digital conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 13.709 de 2018⁹.

As empresas de tecnologia disponíveis no mercado digital, prestam serviços, muitas vezes gratuitos na internet, com o objetivo precípuo de obter, através do oferecimento de seus serviços, a coleta silenciosa de dados pessoais e, portanto, privados dos seus usuários, os quais, na sua grande maioria, sequer foram previamente consultados ou deram anuência consciente e expressa para a cessão de suas informações.

A falta de autorização para a cessão individual das informações relativas aos dados pessoais dos usuários navegantes da internet, bem como o uso abusivo e ilegal das informações coletadas muitas vezes “vazadas” para fins ilícitos ou até mesmo revendidas para grandes corporações resultaram por ofender o direito à privacidade da pessoa humana, tornando necessários a criação de legislação específica visando regulamentar e criminalizar a obtenção e o uso ilícito desses dados pessoais.

Importante frisar, que os debates da vida *on line* tem tomado grandes proporções nas discussões difundidas no Brasil e no mundo, passando a ter destaque o aumento das legislações para garantir a privacidade e obstar a captação indevida de informações pessoais entre outras informações e avaliar o tratamentos de dados¹⁰.

porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2012).

⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 27 de Abr. de 2021.

¹⁰ A LGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais por pessoas singulares ou coletivas de direito privado ou autoridades públicas (artigo 1º). O objetivo desta lei é proteger o direito fundamental à privacidade, por um

À míngua de expressa previsão de tal direito no texto da Constituição Federal e a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais, o direito à proteção dos dados pessoais pode ser associado ao direito à privacidade (no sentido de uma “intimidade informática”) e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que inclui o direito à livre disposição sobre os dados pessoais, de tal sorte que não se trata apenas de uma proteção dos dados contra o conhecimento e uso por parte de terceiros, razão pela qual, a exemplo do que se deu no direito alemão e espanhol, se fala em um direito à autodeterminação informativa (SARLET, et al., 2018).

A principal finalidade da Lei Geral de Proteção de Dados, é a proteção do direito à privacidade. São considerados direitos fundamentais e indispensáveis para controlar a gestão da segurança das informações e garantir proteção aos direitos personalíssimos, bem como a proteção de dados pessoais, como direitos humanos, celebrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

3. O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil, a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais nos meios digitais e disciplina como fundamentos da proteção de dados os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais¹¹.

O surgimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental nos pensamentos filosófico e político na civilização humana ocidental e não ocidental, vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e sua concepção de que os seres humanos, pelo fato de existir, são titulares de alguns direitos naturais e inalienáveis (SARLET, 2008).

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana. No pensamento cristão, com influência da doutrina da igreja católica, a dignidade da pessoa humana é vista como uma dádiva divina do homem, como imagem e semelhança de Deus, que faria o homem digno e distinto das demais criaturas. Essa vinculação da

lado, e o livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa interessada (art. 1º), por outro. A lei aplica-se, portanto, tanto ao setor privado quanto à administração pública, como bem ensina Wachowicz (2020, p. 28).

¹¹ Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018: “Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...]VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 01 de Maio de 2021.

dignidade da pessoa humana cristã, foi aspecto dominante no pensamento ocidental, em função do domínio da igreja católica no decorrer da idade média (SARLET, 2008).

No renascimento italiano, entre os séculos XVI e XVII, com os primeiros filósofos jusnaturalistas conhecidos como racionalistas, houve uma espécie de secularização da noção da dignidade da pessoa humana e dos direitos naturais do homem como uma disputa entre a dignidade da pessoa humana (inspiração divina no pensamento cristão) e o jusnaturalista de inspiração racionalista (jusracionalista). O principal filósofo que defendeu a racionalidade da dignidade da pessoa humana em sua obra *fundamentação da metafísica dos costumes* foi o alemão Immanuel Kant:

Pode-se, querendo, (assim como se distingue a matemática pura da aplicada, a lógica pura da aplicada) distinguir igualmente a pura filosofia dos costumes (Metafísica) da moral aplicada (à natureza humana). Esta terminologia lembra-nos imediatamente também que os princípios morais se não fundam nas particularidades da natureza humana, mas que têm de existir por si mesmos a priori, porém que deles se podem derivar regras práticas para a natureza humana como para qualquer natureza racional (2007, p. 44).

Nas relações com os demais seres humanos, fica estabelecida no entendimento do filósofo alemão Kant, a vinculação definitiva da dignidade da pessoa humana à razão, à capacidade, à autonomia e à autodeterminação ética.

Dessa forma, o pensamento do filósofo Hegel, expoente do idealismo da filosofia do direito alemão, contribuiu para os conceitos a respeito da dignidade da pessoa humana, cuja liberdade é o princípio orientador e fundamentador de toda a estrutura jurídica, econômica e social de um Estado democrático. Nesse contexto, pode-se afirmar que, em Hegel, o respeito à dignidade se expressa pelo respeito à liberdade, sendo que aquela se traduz pelas diferentes formas de concretização desta. Já em seu ponto de partida na referida obra, a dignidade assume o papel de pressuposto básico de toda a estrutura jurídica e social, por meio dos conceitos de pessoa e personalidade. Essas noções indicam a fundamental igualdade no que se refere à capacidade para a titularidade de direitos de todos os homens (WEBER, 2014)¹². Por essa razão, percebe-se na visão kantiana e hegeliana, que a dignidade está inserida no conceito de personalidade, fruto da construção constante da própria pessoa no seu espaço social.

¹² WEBER, Thadeu. Dignidade humana e liberdade em Hegel. DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE EM HEGEL / HUMAN DIGNITY AND FREEDOM BY HEGEL. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 15(2), 387–398. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3732>. Acesso em 01 de maio de 2021.

A dignidade da pessoa humana, no que toca aos direitos fundamentais, é assegurada na Constituição Federal em seu artigo 1º inciso III reconhecida como princípio fundamental. Assim sendo, quando a dignidade é guindada à condição de princípio estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e a promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas, categoricamente afirmando que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2008).

Em contexto de lutas, injustiças e revoltas, o direito à dignidade da pessoa humana passou a ser construído no decorrer da história, sobretudo com a importância do homem perante o Estado, advinda da celebração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, que reconheceu “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Nessa perspectiva, a problematização enfrentada pelo indivíduo, pela dinamização de vazamentos de dados pessoais e pela velocidade do fluxo de informações geradas e disponíveis no mundo digital, deve abarcar o tratamento de dados no que diz respeito aos direitos à privacidade e à inviolabilidade das informações do indivíduo. Com isso, os direitos à informação na era da internet devem estar comprometidos com a observância ao cumprimento dos ditames estatuídos pelo princípio da dignidade da pessoa humana enquanto direito fundamental.

4. A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E AS TELEVISITAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A pessoa em privação da liberdade e o seu tratamento nos estabelecimento de cárcere privado, está inserida no âmbito da tutela dos direitos fundamentais e humanos e está consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIX¹³. Por sua vez, a Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, Leis de Execuções Penais, teve como objetivo dispor, regulamentar e efetivar as disposições impostas ao apenado pela condenação sofrida a fim de proporcionar as condições harmônicas para a reintegração social do condenado¹⁴.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de abr. de 2021.

¹⁴ Art. 1º da Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e

O direito à visita¹⁵ do condenado, possibilita a manutenção dos laços familiares e sociais, sendo que as visitas ocorrem de acordo com as regras próprias inseridas nos regulamentos proferidos pelos Estados Federados no Brasil e devem seguir os parâmetros das normas federais, notadamente, a Lei nº. 7.210/84.

No Brasil, não há estabelecimento próprio prisional que possua um local adequado para as visitas, elas ocorrem no interior do estabelecimento prisional, nas galerias e pátios, onde os presos realizam o chamado “banho de sol”. Há previsões, em projeto de lei da construção de novos estabelecimentos prisionais com ambientes adequados para o receber os familiares, no entanto, devido às questões de política criminal, os projetos de lei nesse sentido parecem não avançar.

Em outros países da Europa e nos Estados Unidos, os presos recebem as visitas em locais adequados. Isso impede que os visitantes adentrem aos locais reservados ao cumprimento da pena e, principalmente, torna absolutamente desnecessárias as revistas, bastando apenas que os visitantes passem por detectores de metais e as encomendas por aparelhos de raio-X. Havendo um lugar adequado, não há mais a necessidade de submeter as pessoas que não estão sujeitas ao regime excepcional de privação da liberdade a esse constrangimento indevido e, assim, inverte-se o procedimento: em vez de revistar o visitante na entrada, basta revistar o preso no momento em que retornar para as dependências internas exclusivas. A medida de segurança será a mesma ou até mais apropriada, e a manutenção da dignidade de quem visita não será violada de modo leviano, sem justificativa, como se vem fazendo atualmente, como bem ensina Brito (2020, p. 116-117).

O sistema de penitenciário federal, foi instituído em 2006, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública Brasileira, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN sua finalidade é o acolhimento e isolamento das lideranças das organizações criminosas e o cumprimento da pena mais rigorosa de acordo com os critérios estabelecidos na Lei de Execução Penal, observados os direitos e garantias fundamentais da pessoa privada da liberdade.

Por essa razão, no ano de 2010, a Portaria nº 500 de 30 de Agosto de 2010, permite a visita virtual para os familiares que não podem se deslocar para as visitas dos presos que estejam em estabelecimento prisional distantes do cônjuge ou companheira(o) de comprovada união estável, parentes e amigos. Diante do cenário pandêmico decorrente da

do internado”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 29 de Abr de 2021.

¹⁵ Art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984: “Constituem direitos do preso: X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 29 de Abr de 2021.

Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, surgiram diversas discussões e debates criminológicos pelo Mundo. Os impactos sobre a propagação do vírus nos locais de encarceramento no Brasil ganharam destaque, devido às condições precárias e à superlotação e seus efeitos pelo contágio entre as pessoas privadas da sua liberdade, levando essas comunidades a serem inseridas no grupos de risco.

Como medida de prevenção ao contágio do coronavírus, o sistema penitenciário brasileiro estadual adota como referência o sistema penitenciário federal, a visita virtual como modalidade de comunicação dos apenados com os familiares, parentes e amigos para amenizar a ausência do direito à visita ocasionadas pelas limitações impostas pelo distanciamento social.

Para amenizar os impactos do total fechamento dos presídios brasileiros, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, recomendou a adoção das televisitas aos apenados para reforçar os vínculos quando do retorno à sociedade, ao final do cumprimento da pena. As televisitas são um direito garantido, no sentido de proporcionar a manutenção do vínculo e afeto familiar, ainda que seja por videoconferência como principal ferramenta à humanização da pena.

Por outro lado, o mundo virtual está sujeito a ataques cibernéticos, com o aumento de práticas ilícitas e nocivas, abusos e manipulação de dados cometidos de forma criminosa, o Estado deve garantir à luz dos princípios Constitucional de 1988 celebrado na Declaração dos Direitos Humanos a dignidade da pessoa humana, à proteção e confiabilidade da tramitação de dados e informações inseridas virtualmente, assim como a proteção ao direito à privacidade e de imagem do condenado.

É importante frisar que a proteção de dados é reconhecida pelo Estado como direito fundamental pela busca da garantia à privacidade, essencial para controle da segurança da informação e sedimentado aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados, como à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, busca combater as ilegalidades contra a forma de ataque nocivos que tramitam nas redes virtuais ao direito à privacidade, liberdade e preservando o direito personalíssimo da pessoa.

A perspectiva trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil contribui para os tratamentos de dados pessoais na utilização das televisitas e aponta as regras de proteção dos direitos fundamentais às pessoas privadas de liberdade.

No entanto, o uso da tecnologia requer a adoção de medidas preventivas para a segurança de dados pessoais. A lei de segurança de dados impõe sanções e intervenções estatais ao acesso não autorizado ou comportamento ilegal, revelando-se tais medidas como necessárias para a criação de uma rede de proteção cibernética.

As comunidades mundiais de tecnologia de cada país, tanto público como privado, devem buscar as medidas mais eficientes para o cumprimento da proteção de dados, as quais são essenciais na identificação dos riscos na operação tecnológica para evitar as violações das informações e da segurança da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 de maio de 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 27 de Abr. de 2021.

BRASIL. *General Data Protection Regulation – GDPR*. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em 22/04/2021, às 15h.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portaWeb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em 27 de Abr. de 2021.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 a III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 01 de maio de 2021

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Lei de execução penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 29 de Abr de 2021.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Angêlo Gamba Prata de (Coord.). FERNANDES, Ricardo Vieira de. *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia* [Livro eletrônico]. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: 70, Lda, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. 1ª ed. [Livro eletrônico]. São Paulo: Método, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)* [Livro eletrônico] 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos* [Livro eletrônico] 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WACHOWICZ, Marcos (Org.) *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e P967 RGPD na ótica do direito comparado* [Livro eletrônico]. Curitiba: Gedai, UFPR 2020.

WEBER, Thadeu. *Dignidade humana e liberdade em Hegel. DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE EM HEGEL / HUMAN DIGNITY AND FREEDOM BY HEGEL*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 15(2), 387–398. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3732>. Acesso em 01 de maio de 2021.

BREVE PANORAMA SOBRE A IDENTIFICAÇÃO SOBRE A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA PARA FINS CRIMINAIS E A CRIAÇÃO DE BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS

Brief Overview of Genetic Identification for Criminal Purposes and the Creation of Databases of Genetic Profiles

ANA PAULA PASINATTO¹

SUMÁRIO: 1. Palavras Iniciais; 2. Contexto histórico: da ciência à justiça; 3. Problematização - breve reflexão: bens jurídicos lesados?; 4. Pontos positivos com as inovações no Brasil: banco de dados de perfis genéticos e rede integrada de bancos de perfis genéticos; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

RESUMO: A identificação genética teve início, mais precisamente, no Reino Unido, na cidade de Leicester. Apenas posteriormente começou a surgir Bancos de Dados dos mapeamentos dos códigos genéticos (DNA). De acordo com o estudo da **ENFSI**, de junho de 2016, o Reino Unido possui, atualmente, o maior Banco de Dados nesse âmbito e só tende a crescer, tanto no Reino Unido como em outros países. Especialmente pela possibilidade de provar a inocência de indivíduos que realmente não tiveram nenhum vínculo com o fato criminoso ocorrido. Outro grande incentivo é o Tratado de Prüm, que criou um vínculo com países da União Europeia para acessarem o Banco de Dados de perfis genéticos, um do outro, de forma sigilosa. Colaborando para que haja a identificação dos suspeitos de terrorismo entre esses países ou, até mesmo, de suspeitos de crimes que ultrapassam as fronteiras, solucionando-os da melhor forma. Nesse panorama geral o Brasil, desde o ano de 2012, mais especificamente desde 28 de maio de 2012, com a Lei n. 12.654, já possui enunciados que prescrevem a identificação genética como uma forma de identificação criminal. Enunciados estes que, além de tudo, obrigam a coleta de material genético quando se tratar de crimes graves. Esta questão ensejou diversas discussões, principalmente se há a constitucionalidade na exigência de material genético. Sob a perspectiva de método hipotético-dedutivo, após ser apresentado o breve contexto histórico da identificação genética para fins criminais, será analisado, de forma crítica e breve, algumas discussões que permeiam a Lei brasileira n. 12.654/2012.

Palavras-chave: Bancos de Dados; DNA; Identificação Genética; Fins Criminais.

ABSTRACT: Genetic identification started, more precisely, in the United Kingdom, in the city of Leicester. Only later did databases of genetic code (DNA) mapping begin to emerge. According to the ENFSI study of June 2016, the United Kingdom currently has the largest database in this area and is only likely to grow, both in the United Kingdom and in other countries. Especially because of the possibility of proving the innocence of individuals who really had no connection with the criminal fact that occurred. Another great incentive is the Prüm Treaty, which created a link with countries of the European Union to access the

¹ Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Pós-Graduada em Processo Civil pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba/Paraná. Presidente da Subcomissão de Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil/Distrito Federal. Sócia-Fundadora do Instituto Brasileiro de Arbitragem Tributária – São Paulo/Brasil. Diretora Científica da AMAR/DF. Realizou estudos e pesquisas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: appasinatto@gmail.com.

Database of genetic profiles, of each other, in a confidential way. Collaborating for the identification of terrorism suspects between these countries or, even, of suspects of crimes that cross borders, solving them in the best way. In this general scenario, Brazil, since 2012, more specifically since May 28, 2012, with Law no. 12,654, already has statements that prescribe genetic identification as a form of criminal identification. These are statements that, above all, require the collection of genetic material when dealing with serious crimes. This question gave rise to several discussions, mainly if there is constitutionality in the requirement for genetic material. Under the perspective of a hypothetical-deductive method, after presenting the brief historical context of genetic identification for criminal purposes, some discussions that permeate Brazilian Law no. 12,654 / 2012.

Keywords: Databases; DNA; Genetic Identification; Criminal Purposes.

1. INTRODUÇÃO

É inegável afirmar que a junção do direito e da ciência possui clara importância para a segurança jurídica, para a justiça em si. De certa forma, essas inovações para o ramo do direito, principalmente a possibilidade de valer-se da identificação genética para a resolução de crimes, exercem papel de proteção às normas legais, à ordem.²

Há, como claro exemplo da relevância da atuação da ciência no direito, os casos que serão demonstrados durante o desenvolvimento do trabalho. Basicamente, o primeiro caso apontado no decorrer do trabalho trata de duas mulheres que foram estupradas e, após, assassinadas, com um lapso temporal de dois anos entre cada crime. Se não fosse por Alec John Jeffreys e a equipe geneticista, quiçá esse crime teria permanecido impune. Quiçá o criminoso não teria sido encontrado a tempo de serem evitados outros crimes. A atitude na pequena cidade de Leicester foi tão relevante a ponto de hoje, em diversos países além do Brasil, existirem enunciados prescritivos visando a utilização de Banco de Dados genéticos (DNA) para fins criminais, principalmente para os crimes mais graves.

O objetivo desse presente estudo é realizar um panorama geral a respeito da identificação genética para fins criminais, iniciando desde o seu surgimento neste âmbito, até a necessidade de criação dos Bancos de Dados de perfis genéticos e sua efetiva utilização, em diferentes partes do mundo. Colaborando, de forma breve, para um raciocínio completo a respeito desse tema.

Necessário lembrar que, quando se fala de Banco de Dados de perfis genéticos fala-se, basicamente de um "reservatório de perfis de onde podemos obter algum match

² PARVEN, KHALEDA. Forensic Use of DNA v Human Rights and Privacy. **University of Western Sydney Law Review**. Vol. 17:41. 2013. p. 41-42.

(acerto/concordância), ou seja, algum perfil armazenado no banco corresponde com o perfil de DNA analisado e extraído de alguma vítima”.³

Sob a perspectiva de método hipotético-dedutivo, após ser apresentado o breve contexto histórico da identificação genética para fins criminais, serão analisadas, de forma crítica e breve, algumas discussões que permeiam a Lei brasileira n. 12.654/2012. Tão instigante e inovadora no Brasil, que completará, em breve, no dia 28 de maio de 2018, seis anos de vigência.

2. CONTEXTO HISTÓRICO: DA CIÊNCIA À JUSTIÇA

A identificação genética para fins criminais teve seu início no Reino Unido, em 1985, mais especificamente em Leicester, uma das cidades da Inglaterra. Uma equipe de geneticistas da Universidade de Leicester, nela inclui-se o protagonista Alec John Jeffreys, recrutou homens de certa faixa etária nas três comunidades próximas a Leicester. Estes homens, dessa determinada faixa etária, deveriam se submeter a testes de DNA para uma técnica de DNA de evidências forenses. Esse recrutamento ocorreu, justamente, entre dois estupros seguidos de assassinado na pequena cidade. Um ocorrido no ano de 1983, quando, então, uma mulher foi estuprada e logo após assassinada. O outro em uma cidade vizinha de Leicester, três anos depois, em 1986. Nenhum dos homens da faixa etária recrutada coincidiu com o material deixado na cena do crime ocorrido em 1983, nem com o material do crime ocorrido em 1986.⁴

Ironicamente o desencontro foi resolvido em um lugar descontraído, chamado de “pub” no Reino Unido, quando um dos homens, que foi recrutado pela faixa etária, comentou com os outros que havia recebido certa quantia em dinheiro para substituir outro homem durante os testes de DNA. Claro que nessas conversas, principalmente em lugares com aglomerados de pessoas, há riscos de outros ouvirem. O que aconteceu. Assim, soube-se a identidade do homem que tentou não realizar o teste de DNA, qual seja, Colin Pitchfork⁵

³ BASSO, Miguel Ângelo. **A identificação criminal por meio da coleta de material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12.** 2014. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112107/000954095.pdf?sequence=1>>. Acesso em: maio de 2021.

⁴ GERLACH, Neil. **The Genetic Imaginary: DNA in the Canadian Criminal Justice System.** University of Toronto Press: Toronto Buffalo London, 2004. p. 34.

⁵ PARVEN, KHALEDA. Forensic Use of DNA v Human Rights and Privacy. **University of Western Sydney Law Review.** Vol. 17:41. 2013. p. 43.

– a primeira pessoa nos anais da justiça criminal do Reino Unido condenado⁶ por um DNA que correspondia ao material colhido no dia dos fatos.⁷

No ano de 1995 foi criado o Banco de Dados do Reino Unido, denominando-se *United Kingdom National DNA Database* (NDNAD - Base Nacional de Dados de DNA do Reino Unido), relacionando registros de perfis de cenas do crime (*Forensic Index* – Índice Forense) com perfis de criminosos (*Offender Index* – Índice de Criminosos), colaborando para que haja a identificação dos suspeitos de forma a solucionar os crimes. No ano de 2001, foi regulamentado o material genético para fins criminais, sendo possível a coleta de qualquer detido - *Criminal Justice and Police Act*^{8,9}. Carlos Henrique Borlido Haddad salienta, ainda, a respeito do *Evidence Act* (1984) e a respeito do *Criminal Justice and Public Order Act* (1994):

O *Evidence Act*, de 1984, distinguiu entre amostra biológica íntima e não íntima, e dispensou para a coleta desta última o consentimento do acusado. O critério seria o local onde fosse colhida a amostra e, na hipótese de estar localizada em um orifício do corpo humano, considerar-se-ia íntima. Posteriormente, o *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, reputou a saliva como uma amostra não íntima, posto que colhida no interior da boca.¹⁰

Várias são as formas que quem comete o crime pode ser descoberto pelo DNA. Nathaniel Harris apresenta algumas hipóteses, tais como, sangue, saliva e raízes do cabelo.¹¹ Mas a correspondência de DNA não é o suficiente para garantir a condenação do suspeito.

No Reino Unido quando o sujeito maior de 18 anos é preso, mas não é condenado, o seu perfil permanece no banco de dados durante 6 anos ou mais, até 12 anos. Dependerá da gravidade do crime pelo qual o sujeito foi preso. Os menores de 18 anos podem ter seu perfil removido do Banco de Dados quando eles fizerem 18 anos, se não forem condenados por nenhum crime até o momento.¹²

Recentes pesquisas¹³ demonstram que o Reino Unido possui atualmente “um dos maiores bancos de perfis genéticos do mundo e uma larga experiência técnica, jurídica e

⁶ R v Pitchfork, Case No: 2008/04629/A1, EWCA Crim 963.

⁷ GERLACH, *op. cit.*, p. 34.

⁸ REINO UNIDO. **Criminal Justice and Police Act**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/16/contents>>. Acesso em: maio 2021.

⁹ SCHIOCCHEIT, 2012, p. 37.

¹⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação. **Revista da EMERJ**, v. 10, n° 39, 2007. p. 223.

¹¹ "Experts can extract DNA from tiny drops of blood, saliva, hair roots, and most other biological materials". HARRIS, Nathaniel. **Impact of Science and Technology: Crime Fighting**. London: Encyclopaedia Britannica, 2015. p. 42.

¹² BUTLER, John Marshall. **Advanced Topics in Forensic DNA typing: Methodology**. London: Elsevier, 2011. p. 220.

¹³ Parecido com o estudo do Conselho Nacional de Justiça sobre a litigiosidade brasileira, o “Justiça em Números”, há, no Reino Unido, estudos e pesquisas anuais a respeito da estratégia do Banco de Dados. O estudo mais recente demonstra que no ano de 2015/2016 a chance de que um perfil de cena do crime, uma vez carregado no NDNAD, correspondesse a um perfil de assunto armazenado no NDNAD, era de 63,3%.

político-criminal”¹⁴ e que “while the UK has one of the largest Databases containing crime and subject DNA profiles, other EU countries are developing large DNA databases that will enable the detection of serious crime and the identification of terrorists across international borders”¹⁵.

Nos Estados Unidos “a tecnologia de análise do DNA para fins criminais foi implantada em 1988”, surgindo em 1989 “a ideia de criação do Banco de Dados para fins criminais”.¹⁶ Carlos Haddad confirma a importância que teve a criação desse Banco de Dados:

Apesar da finalidade eminentemente repressiva da montagem do banco de dados de DNA, através dele foi possível mudar mais de 60 condenações motivadas por erros judiciais, em alguns casos com o condenado aguardando a execução da pena no corredor da morte.¹⁷

O FBI Laboratory’s desenvolveu o CODIS (Combined DNA Index System), software piloto projetado no ano de 1990, servindo 14 estados e laboratórios locais. Em 1994 o *DNA Identification Act* formalizou, para fins de aplicação da lei, que o Federal Bureau of Investigation (FBI) estabelecesse um *National DNA Index System* (NDIS – Sistema Nacional de Indexação de DNA), levando 190 laboratórios a participarem do NDIS nos EUA. Em âmbito internacional, mais de 90 laboratórios, em mais de 50 países, utilizam o CODIS para suas iniciativas de banco de dados.¹⁸

Na União Europeia, para assegurar uma relação mais estreita na investigação de crimes (com potencial dimensão transfronteiriça) entre os Estados-Membros, surgiu o Tratado de Prüm, pela *European Commission*. Esse tratado obrigou todos os países da União

REINO UNIDO. National DNA Database Strategy Board Annual Report 2015/2016. February, 2017. Disponível em:

<www.assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/attachment_data/file/594185/58714_Un-Num_Nat_DNA_DB_Accessible.pdf>. Acesso em: maio 2021.

Ver, ainda: EUROPA. ENFSI survey on DNA Databases in Europe. June 2016, published January 2017. Disponível em: <<http://enfsi.eu/wp-content/uploads/2017/01/ENFSI-Survey-on-DNA-Databases-in-Europe-June-2016.pdf>>. Acesso: maio 2021.

¹⁴ SCHIOCCHET, Taysa et alli. Banco de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. **Pesquisas de Direito Comparado**. p. 36. Ainda, veja a próxima nota de rodapé deste artigo, n. 14.

¹⁵ “Enquanto o Reino Unido tem um dos maiores bancos de dados contendo crimes e sujeitos a perfis de DNA, outros países da EU estão desenvolvendo grandes bases de dados de DNA que permitirão a detecção de crimes graves e a identificação de terroristas através das fronteiras internacionais”. Tradução nossa. REINO UNIDO. **National DNA Database Strategy Board Annual Report 2015/2016**. February, 2017. Disponível em: <www.assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/attachment_data/file/594185/58714_Un-Num_Nat_DNA_DB_Accessible.pdf>. Acesso em: maio 2021.

¹⁶ SCHIOCCHET, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷ HADDAD, *op. cit.*, p. 224.

¹⁸ EUA. FBI. Official site of the U.S. government, U.S. Department of Justice. Combined DNA Index System (CODIS). Disponível em: <www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: maio 2021.

Europeia a criarem um Banco de Dados de DNA para as autoridades dos outros países terem acesso, combatendo, por exemplo, a imigração ilegal, ou, até mesmo, o terrorismo. Sete Estados-Membros o firmaram no mesmo ano de 2005. Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos. Mais tarde, outros países também o firmaram, tais como, a Finlândia, Itália, Portugal, Eslovênia, Suécia, Romênia, Bulgária e Grécia.¹⁹

O panorama global muda constantemente, mas pode-se informar que estudos recentes constatarem mais de 47 países que já aderiram legislação estabelecendo uma Base de Dados de DNA para fins criminais, tais como Austrália, Áustria, Barbados, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Croácia, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Hong Kong, Israel, Japão, Kuwait, Portugal, Qatar, Rússia, Singapura, Espanha, Taiwan, Estados Unidos, entre outros, já citados ou não. Por outro lado, muitos países que não estão entre esses que já aderiram ao método estão com interesses em criar esse Banco de Dados também. Em síntese, esse meio que serve às investigações criminais só tende a expandir.²⁰

No Brasil, por sua vez, houve avanços recentes no que diz respeito à utilização dos bancos de perfis genéticos a favor da justiça, tais como a Lei n. 12.654 de 28 de maio de 2012 e o Decreto n. 7.950 de 12 de março de 2013. Tem razão Guilherme Jacques ao afirmar que essas inovações marcam a inauguração de uma nova era. Como lembra o autor, o Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, em seu art. 159, exige exame de corpo de delito e outras perícias que forem necessárias. Mas, por outro lado, a persecução penal ficava dependente da boa vontade do infrator ceder voluntariamente uma amostra biológica sua. Não existiam mecanismos previstos em lei para que isso fosse feito independente da vontade do infrator. Essa falta de enunciados prescritivos foi suprida justamente pela Lei n. 12.654/2012, que modificou a Lei que dispõe sobre a Identificação Criminal, n. 12.037 de 01 de outubro de 2009 e a Lei que institui a Lei de Execução Penal, n. 7.210 de 11 de julho de 1984:

¹⁹ “Prüm is a decentralised system of national databases that dates back to 2005. That year, seven Member States—Belgium, Germany, Spain, France, Luxembourg, the Netherlands and Austria – signed the Prüm Convention (Council of the European Union 2005), which aimed at achieving a closer co-operation between Member States in the investigation of crimes with a potential cross-border dimension. [...]Originally, the Prüm Convention was a purely intergovernmental agreement and, therefore, it fell outside the scope of the EU treaties. Criticism about the lack of transparency (European Parliament 2007) led to a change in the Prüm Convention's nature in 2008. A proposal to integrate Prüm into the EU laws was presented in January 2007 by the German Presidency of the Council (Hermanz EU instruments: the Prüm Decisions (Council Decisions 2008/615/JHA and 2008/616/JHA).” CASAGRAN, Cristina Blasi. **Global Data Protection in the Field of Law Enforcement: An EU Perspective**. London and New York: Routledge, 2016. p. 17.

Ainda: “Prüm decision by the *European Commission* obliged all countries in the *European Union* to make their forensic *DNA databases* searchable for use by authorities in other *EU* countries”. ELKINS, Kelly M. **Forensic DNA Biology: A Laboratory Manual**. USA: Academic Press, 2012. p. 183.

²⁰ É recomendável a seguinte leitura: PRIMORAC, Dragan; SCHANFIELD, Moses. **Forensic DNA Applications: An Interdisciplinary Perspective**. New York: CRC Press Taylor e Francis Group, 2014.

A coleta de matéria biológico durante a identificação criminal, para fins de cadastramento no banco de perfis genéticos, poderá ocorrer quando o magistrado entender que a identificação criminal é essencial às investigações. Durante a execução penal, ocorrerá quando o indivíduo for condenado por crime hediondo ou crime violento, grave, contra a pessoa.²¹

Ocorre, porém, discussões, principalmente em âmbito constitucional, sobre a questão de submeter o acusado, contra a sua vontade, a realizar exames de DNA. Há quem diga que essa submissão forçada fere a própria liberdade constitucional do acusado, prevista no art. 5º, inciso LIV e LXV. Que, também, fere a integridade física e o correto tratamento que deve ser dado ao ser humano, conforme trata o art. 5º, inciso III da Constituição Federal. Outros encontram, ainda, violação aos incisos X e LXIII do art. 5º da CF, quais sejam, a intimidade corporal e o direito de permanecer calado. Além, claro, da alegada ofensa à dignidade humana prevista no art. 1º, inciso III da Magna Carta.

3. PROBLEMATIZAÇÃO - BREVE REFLEXÃO: BENS JURÍDICOS LESADOS?²²

Entre os bens jurídicos supostamente lesados, tem-se a liberdade de locomoção do acusado, conforme previsto no art. 5º, inciso LIV e LXV da Constituição Federal. Em regra, prevalece o direito à locomoção. Mas, quando o acusado é conduzido para fornecer determinado material genético, sua liberdade de locomoção deixa de prevalecer por certo lapso temporal. Dizem que esse dogma da privação da liberdade se assemelha a uma condução coercitiva. Ocorre que o STF não considera que a condução coercitiva seja uma ofensa a garantia constitucional da liberdade de locomoção. Consequentemente, considerando a semelhança, não há que se falar em ofensa a garantia constitucional da liberdade de locomoção nesses casos.

A ofensa à integridade física, estabelecida no art. 5º, inciso III da Constituição Federal, seria outro óbice à coleta obrigatória de material genético para fins criminais. Principalmente no momento em que o instrumento de coleta fosse inserido no corpo do acusado. Mas, feliz e atualmente, há vários meios que o exame de DNA pode ser realizado.

²¹ JACQUES, Guilherme. Banco de Perfis Genéticos: A ciência em prol da justiça. Revista Jurídica Consulex: v.17, n. 389, abr. 2013. p. 25. Disponível em: <www.apcf.org.br/Portais/0>. Acesso em: maio 2021.

²² Recomendação de leitura para refletir sobre as questões pontuadas: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação. **Revista da EMERJ**, v. 10, n° 39, 2007.

Como mencionado anteriormente, Nathaniel Harris apontou que o DNA pode ser extraído tanto do sangue, como da saliva ou das raízes do cabelo.²³⁻²⁴

Há quem defenda que o ato de colocar um cotonete, ou qualquer outro instrumento de coleta, para a obtenção de DNA por meio da saliva do sujeito, violaria a intimidade corporal prevista no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Por outro lado, há a defesa de que o exame de sangue violaria a intimidade da pessoa em si, pois forneceria informações sobre a pessoa do que o necessário. Nesse sentido, de privacidade genética, há projetos de lei²⁵ pela importância do tema. Essa violação a intimidade está intimamente conectada à violação da dignidade da pessoa humana, prescrita no art. 1º, inciso III da Magna Carta. Ou seja, não se refere à “adoção da força para empregar métodos invasivos de colheita de elementos de prova” e, sim, aos métodos em si que provoquem no sujeito qualquer ofensa aos bens jurídicos do pudor, da intimidade, por exemplo.

Sustentam, ainda, que a nova Lei ofende a garantia contra a autoincriminação, tendo em vista que “será realizada perícia do material biológico coletado do imputado” e, “caso o perfil genético coincida com o do DNA localizado na vítima” no laudo pericial constará que o sujeito teve alguma relação com o crime. Assim, há discussões que dizem ser o teste de DNA apenas uma probabilidade, sem 100% de certeza da autoria criminosa e, portanto, deveria se somar a outras provas.²⁶

4. PONTOS POSITIVOS COM AS INOVAÇÕES NO BRASIL: BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS E REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

Inicialmente, há, mesmo que intrinsecamente e subjetivamente a esse método, a forma de evitar crimes e salvar vidas, identificando adequadamente os criminosos violentos, quais sejam, os homicidas e os estupradores. Guilherme Jacques lembra de caso específico ocorrido em 2009 e 2010, na região metropolitana de Belo Horizonte, chamada Contagem.

²³ Veja a nota de rodapé n. 10 da segunda parte desse artigo. HARRIS, 2015. p. 42.

²⁴ “Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido material de sua tipicidade. O afastamento da tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam sequelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios da tolerância, da danosidade social e da proporcionalidade.” HADDAD, 2007. p. 229.

²⁵ Projeto de Lei n. 4.610/98, Projeto de Lei n. 4.662/2001, Projeto de Lei n. 4.661/2001, Projeto de Lei n. 3.377/2000.

²⁶ GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A Identificação Criminal Pelo Dna Em Face Da Garantia Contra A Autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. p. 400.

Cinco mulheres foram violentadas e mortas. O autor do crime já havia passado pela Polícia, era um criminoso conhecido. A perícia dizia, com base nos testes de DNA, que os crimes estavam sendo realizados pela mesma pessoa mas, infelizmente, não existia um banco de dados de perfis genéticos capaz de identificar o sujeito. Se esse banco de perfis genéticos existisse, quiçá quatro vidas teriam sido salvas ou, ao menos, uma vida. Claro que as famílias dessas mulheres, como relata Jacques, apoiou de forma unânime a Lei 12.654/2012.²⁷

Outro ponto relevante a respeito da Genética Forense apontado por Guilherme Jacques é o fato de que esse método pode evitar a condenação de pessoas inocentes, como já comentado durante o trabalho. Para o autor trata-se de uma “importante proteção para os cidadãos equivocadamente considerados suspeitos”, pois as próprias vítimas e as próprias testemunhas se enganam ao reconhecer o suspeito. Acreditam ser um sujeito, pelo reconhecimento visual, mas na realidade é outro.²⁸

Por fim, Guilherme Jacques confirma que os Bancos de Dados de perfis genéticos também podem auxiliar na identificação de vítimas de desastres e na busca por pessoas desaparecidas. Isso ocorre da seguinte forma. Quando ocorre um desastre e as vítimas ficam carbonizadas, fragmentadas ou totalmente deformadas, como ocorreu no acidente aéreo com o voo da Air France 447 no ano de 2009, utiliza-se esse método para identificar e liberar corretamente os corpos. No acidente do voo da Air France 447 houve o intercâmbio de perfis genéticos com 33 países diferentes. Por outro lado, no caso de desaparecimentos, muitas vezes a pessoa desaparecida é uma criança, um bebê, vítimas de intercâmbio de pessoas. Outras estão no IMLs aguardando o reconhecimento, outras já foram enterradas sem reconhecimento. Entre outros casos. Com o Banco de Dados de perfis genéticos, em qualquer um desses casos, a família do desaparecido deixa, de forma voluntária, seu material genético no Banco de Dados para que, assim, possa ser confrontado com pessoas não identificadas e, coincidindo os DNAs, passam a ser consideradas achadas e, a família, sem mais aflições.²⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Felizmente a tecnologia, a cada avanço, beneficia a sociedade como um todo. Grande exemplo é este da possibilidade de utilizar a identificação genética para fins criminais e mais, a criação de um Banco Nacional de Dados de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de

²⁷ JACQUES, 2018, p. 26.

²⁸ Ibid., p. 27.

²⁹ JACQUES, 2018, p. 27.

Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), conforme o Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013 e Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.

Guilherme Jacques compartilhou, de forma concisa, pontos positivos na utilização desse mecanismo. É necessário lembrar de que o mundo como um todo está saindo de uma era de pouca (ou nenhuma) tecnologia. Principalmente o Brasil, que vem entrando em uma era de inovações e, com ela, é preciso aceitar as modificações. Há vantagens que devem ser reconhecidas, principalmente nesse caso, ora em estudo.

Quanto à possibilidade de inconstitucionalidade de criação de Banco de Dados de perfis genéticos pela obrigatoriedade de fornecer material genético em alguns casos, no ponto de vista deste trabalho, não se vislumbra. Basicamente, assim como, em alguns casos, é possível se ter limitada a liberdade de locomoção, por exemplo, por determinação de lei, é possível haver a obrigatoriedade de fornecer material genético em outros casos, também por determinação de lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSO, Miguel Ângelo. **A identificação criminal por meio da coleta de material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12**. 2014. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112107/000954095.pdf?sequence=1>>. Acesso em: maio de 2021.

BUTLER, John Marshall. **Advanced Topics in Forensic DNA typing: Methodology**. London: Elsevier, 2011.

CASAGRAN, Cristina Blasi. **Global Data Protection in the Field of Law Enforcement: An EU Perspective**. London and New York: Routledge, 2016.

ELKINS, Kelly M. **Forensic DNA Biology: A Laboratory Manual**. USA: Academic Press, 2012.

EUA. FBI. Official site of the U.S. government, U.S. Department of Justice. Combined DNA Index System (CODIS). Disponível em: <www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: maio de 2021.

EUROPA. ENFSI survey on DNA Databases in Europe. June 2016, published January 2017. Disponível em: <<http://enfsi.eu/wp-content/uploads/2017/01/ENFSI-Survey-on-DNA-Databases-in-Europe-June-2016.pdf>>. Acesso: 9 abril 2018.

GERLACH, Neil. **The Genetic Imaginary: DNA in the Canadian Criminal Justice System**. University of Toronto Press: Toronto Buffalo London, 2004.

GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A Identificação Criminal Pelo Dna Em Face Da Garantia Contra A Autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. ano 10. vol. 17. n. 2. Julho a Dezembro de 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação. **Revista da EMERJ**. v. 10. n. 39. 2007.

HARRIS, Nathaniel. **Impact of Science and Technology: Crime Fighting**. London: Encyclopaedia Britannica, 2015.

JACQUES, Guilherme. Banco de Perfis Genéticos: A ciência em prol da justiça. Revista Jurídica Consulex: v.17, n. 389, abr. 2013. p. 25. Disponível em: <www.apcf.org.br/Portais/0>. Acesso em: maio de 2021.

PARVEN, KHALEDA. Forensic Use of DNA v Human Rights and Privacy. **University of Western Sydney Law Review**. Vol. 17:41. 2013.

PRIMORAC, Dragan; SCHANFIELD, Moses. **Forensic DNA Applications: An Interdisciplinary Perspective**. New York: CRC Press Taylor e Francis Group, 2014.

REINO UNIDO. **Criminal Justice and Police Act**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/16/contents>>. Acesso em: maio de 2021.

REINO UNIDO. **National DNA Database Strategy Board Annual Report 2015/2016**. February, 2017. Disponível em: <www.assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/attachment_data/file/594185/58714_Un-Num_Nat_DNA_DB_Accessible.pdf>. Acesso em: maio de 2021.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. Banco de Perfis Genéticos para fins de Persecução Criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. **Pesquisas de Direito Comparado**.

A (IN)EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL PELO SISTEMA PENAL BRASILEIRO NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

The efficiency or ineffectiveness of the application of the decadent term by the Brazilian Penal System in crimes against women

MAYARA LOPES DA COSTA¹

Sumário: Introdução; 1 Breve panorama da construção da inferioridade das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Introdução à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006); 2.1 Dano Psíquico e Nexo Causalidade; 2.2 A mulher e o Direito Penal; 2.3 Casos subnotificados de violência contra as mulheres no Brasil após o advento da pandemia; 3. Considerações Finais.

Resumo: Neste trabalho, a raiva é adotada como força propulsora da provocação de debates relacionados ao campo de direitos das mulheres (através de uma metodologia dedutiva, com extração de referencial bibliográfico e materiais jornalísticos referentes ao tema proposto), buscando expor as nuances da construção histórica da inferioridade das mulheres pelo panorama do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente dentro do sistema penal. Ainda, trará questões psicológicas que são relativas e estão correlacionadas ao tempo que a vítima de violência doméstica deverá ou não levar para recorrer ao Judiciário. E como, por essa mesma razão, o sistema penal brasileiro contribui com potencial impedimento da efetivação das normas ao determinar o início da contagem do prazo decadencial a partir de seis meses do conhecimento da autoria do crime. Assim, a duração da violência é subjetiva para cada mulher, não havendo que se falar em prazo para a vítima receber amparo estatal. Busca, por fim, apresentar as porcentagens de casos de violência doméstica subnotificados por razão derradeira da ausência do aspecto punitivista em relação ao agressor. Mesmo que visivelmente lenta, há uma trilha ainda sendo percorrida pelas mulheres em busca da conquista de seus direitos, devendo ser cooperada dentro e fora da lei, por todos, com embates que merecem enfrentamento.

Palavras-chave: Direitos das Mulheres; Violência Doméstica; Sistema penal brasileiro; Criminologia Feminista; Violência psicológica.

Abstract: In this paper, anger is adopted as the driving force behind the provocation of debates related of women's rights, seeking to expose nuances of the construction of women's inferiority by the panorama of the Brazilian legal system, starting from a historical perspective. Even though, it will bring emotional and psychological issues that are subjective and correlated with the time it takes the victim of domestic violence to go to the Judiciary System. And because, for the same reason, the Brazilian penal system contributes with a potential impediment to the enforcement of the rules when determining the beginning of the counting of the decadence period after six months of the knowledge of the perpetrator of the crime. The duration of the violence is defined for each woman. Finally, this paper presents some percentages of cases of underreported domestic violence, motivated by the helplessness of state power, due to the absence of punishment from the aggressor. Therefore, there is a trail still being followed by women, and it must be cooperated inside and outside the law, by everyone, with clashes that deserve to be faced.

¹Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. E-mail: mayaralcosta@outlook.com.

Keywords: Women's Rights; Domestic violence; Brazilian Penal System; Feminist Criminology; Psychological violence.

Introdução

O início da história do Direito Penal brasileiro se concentra na aplicação das leis portuguesas transportadas para o território recém descoberto, uma vez que o sistema jurídico lusitano fora introduzido nas novas terras, relegando ao limbo as tradições e costumes indígenas, até então prevalentes.²

No trabalho será feita análise da violência contra as mulheres vivenciada durante a construção histórica da legislação penal, como fruto da dominação-exploração fundidos no patriarcado, que julga-se no direito de espancar a mulher, enquanto esta é educada para submeter-se aos desejos do homem.³

O trabalho buscará expor uma introdução à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que inicialmente fora taxada como sexista, por suposta afronta ao princípio isonômico entre homens e mulheres garantido pela Carta Magna, porém, a legislação específica se justificou na medida em que se reconheceu que a violência que de maneira geral vitima mulheres, é bem diferente e específica em relação à violência praticada contra homens. Sendo assim, esse entendimento já restou superado.⁴

A Lei Maria da Penha entrou em vigor definindo explicitamente os conceitos das diversas formas de violências de gênero, a saber: sexual, física, moral, patrimonial e psicológica.⁵ Contudo, o percurso de positivação do referido diploma é uma questão complexa e merece análise detida, o que não será abordado neste trabalho para atender critérios de delimitação proposta. Ainda, será analisado o Direito Penal sob um ponto de vista crítico feminista.

Sem a pretensão, no entanto, de esgotar o tema, utilizando como metodologia referencial teórico extraído de leitura de textos, artigos e periódicos relacionados à perspectiva de gênero e à criminologia crítica feminista.

A partir da exposição da inferioridade das mulheres no que concerne à construção do sistema penal brasileiro, o presente trabalho buscará responder o seguinte problema de pesquisa: seria pertinente a aplicação de um prazo decadencial para as vítimas prestarem queixa crime ou representarem, diante dos crimes de violência doméstica, mesmo com todo

² CHAKIAN, Sílvia. **A Construção dos Direitos das Mulheres**: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.91.

³ SAFFIOTTI, Heleith. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 60-64

⁴ CHAKIAN, op. cit., 2020, p.256-277.

⁵ Ibid., 2020, p. 256-277.

sofrimento psíquico que lhes é gerado? Ademais, o contexto se agravava após o advento da pandemia de coronavírus, como se verá melhor adiante.

Dessa forma, o objetivo geral da pesquisa será compreender o dever do Estado de amparar as vítimas de violência doméstica acima de quaisquer formalidades, conforme dispõe a Súmula 542 do STJ, “a ação penal ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra mulher é pública incondicionada”. E como objetivo específico, a pesquisa trará a premissa de que qualquer violência por si só resta em danos psicológicos, por vezes duradouros ou permanentes, contribuindo na dificuldade da autodefesa dos direitos da vítima.

1 Breve panorama da construção da inferioridade das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro

As Ordenações Afonsinas tiveram sua publicação em 1446. Nesse diploma era possível verificar a posição de inferioridade das mulheres, com destaque para o Título 3º, XVIII, que tratava do privilégio da nobreza no crime de adultério, com previsão de pena de degredo (exílio) para o marido ultrajado, que encontrasse sua mulher em flagrante delito com um nobre e o matasse, sendo que se o adúltero fosse um “vilão” ou homem de “pequena qualidade”, o assassino seria somente açoitado, e se, por outro lado, o marido tivesse o título de “cavaleiro” ou “fidalgo”, poderia simplesmente matar as amantes sem ser punido pela justiça.⁶

Mais tarde, as Ordenações Manuelinas tiveram vigência de 1521 a 1569.⁷ No que diz respeito aos valores da época, o seguinte crime merece destaque: de acordo com o Título XIV, se a vítima de estupro fosse escrava ou prostituta, a pena não poderia ser executada até a ordem do Rei. Nem mesmo o casamento por vontade da vítima impediria a aplicação da pena.⁸

O Código de D. Sebastião surgiu, portanto, em uma tentativa de aperfeiçoamento das Ordenações Manuelinas e das leis que vieram depois. Por conseguinte, as Ordenações Filipinas foram caracterizadas pelo rigor excessivo e tiveram extensa longevidade. No tocante

⁶ORDENAÇÃO AFONSINAS. Texto fac-simile das Ordenações Afonsinas. **Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Coimbra**. Portugal. 1988. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/>. Acesso em 30 abr. 2021.

⁷ORDENAÇÃO MANUELINAS. Bibliografia e outros meios auxiliares. **Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Coimbra**. Portugal. 1988. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/>. Acesso em 30 abr. 2021.

⁸ Ibid., 2020.

à condição da mulher, de acordo com o sistema patriarcal da época, quanto às mulheres brancas era reservado exclusivamente o destino do casamento, razão pela qual deveriam desde cedo se esmerar nos afazeres domésticos, esperando-se delas nada menos do que a dedicação exclusiva, a obediência ao marido, a fidelidade, a fragilidade e o exercício da maternidade. Esse era o lugar social da mulher branca pertencente às classes mais favorecidas: o espaço privado, ao passo que aos homens era permitido o acesso à leitura, os estudos, a escrita e o poder da decisão, nas mais diversas esferas de poder. Aliás, a mulher da época colonial não tinha nem mesmo direito reconhecido à própria honra. Inicialmente, a mulher tinha o dever de assegurar a honra de seu pai, de manter-se virgem e depois de assegurar a honra de seu marido, sendo fiel.⁹

A lei, portanto, não se prestava a proteger a sexualidade de todas as mulheres, de idêntica forma, tanto que eram feitas distinções, nos Títulos do Livro V, acerca das categorias sociais, religião, entre outros atributos, como se tão somente algumas mulheres pudessem ser consideradas “verdadeiramente vítimas”, em detrimento de outras, que não obedecessem ao padrão de comportamento social, sexual e religioso exigido às mulheres.¹⁰ Essas concepções, posteriormente, se prestaram a criar distinções na legislação, entre “mulheres honestas” e “mulheres não honestas”, de modo a autorizar que a proteção em crimes de natureza sexual ocorresse somente no primeiro caso.¹¹

Da mesma forma, a hipótese de anulação do casamento, caso a mulher “deflorada” não comunicasse esse fato ao noivo (o que seria caracterizado como induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento). Como reflexo desse sistema, a valoração da palavra da mulher naquela época era praticamente nenhuma.¹²

Mais adiante, o Código Criminal do Império fora publicado em 1830. O Código do Império manteve o crime de adultério, mas extinguiu a autorização legal para o marido matar a mulher adúltera. Para os crimes sexuais, as mulheres continuaram dependendo da condição de “honestidade”, ainda que o crime fosse praticado com violência ou grave ameaça, a pena poderia ser maior ou consideravelmente menor.¹³ No tocante ao crime de aborto, fora a partir desse diploma penal que a interrupção voluntária da gravidez passou a ser criminalizada.¹⁴

⁹ SABADEL, Ana Lucia. A violência doméstica contra as mulheres sob a perspectiva do controle social. In: MELLO, Adriana Ramos. **Feminicídio, uma análise sócio-jurídica da violência contra a mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p.88

¹⁰ CHAKIAN, op. cit., 2020, p.98

¹¹ Ibid., 2020, p.98

¹² Ibid., 2020, p.99

¹³ Ibid., 2020, p.103.

¹⁴ Ibid., 2020, p.105.

Por sua vez, o Código Republicano fora promulgado em 1890. Um ano depois, a Constituição de 1891 contemplaria a separação entre Estado e Religião. Também extinguiria a pena de morte, bem como as cruéis e infamantes, elevando a pena privativa de liberdade.¹⁵

Fora estabelecido que seria isento de responsabilidade criminal aquele homem que cometesse o crime sob total estado de perturbação dos sentidos e da inteligência. A partir dessa previsão legal ressuscitou-se a tese da legítima defesa da honra, dando margem para que assassinos de mulheres passassem a ser defendidos sob o argumento de que “o comportamento fiel da esposa ou companheira seria o responsável por causar emoção tão forte ao ponto de gerar o ato da violência”.¹⁶ No que concerne ao crime de aborto, o diploma penal da República também inovou ao passar a punir a mulher pelo autoaborto, o qual seria punido com redução de um terço da pena se a mulher tivesse em mente a “ocultação da própria desonra”.¹⁷

Por sua vez, o Código de 1940 nascera à luz da Constituição Federal de 1937, sendo construído a partir de uma concepção conservadora. No tocante ao crime de homicídio, originou-se a figura do homicídio privilegiado, representando suposto progresso contra a impunidade dos então chamados crimes passionais, cujas vítimas, em sua maioria, eram mulheres. Levando-se em consideração, ainda, que a história do Brasil é marcada por inúmeros exemplos de como o homicídio “passional” sempre fora romantizado, relacionado à ideia de amor.¹⁸ Fora alterada a definição de estupro, que passou a se caracterizar pelo coito vaginal, havendo ainda majoração da pena máxima. Importante modificação fora também a extinção de diferença na pena prevista em razão da “categoria” da mulher vítima, “pública ou prostituta”.¹⁹ A partir desse diploma penal passou a ser prevista a exclusão do crime no caso da prática do aborto como única forma de salvar a vida da gestante ou para interromper a gestação, na hipótese de ter havido estupro.²⁰

2. Introdução à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)

O ordenamento jurídico só veio a tratar da necessidade do enfrentamento da violência doméstica no meio familiar, de forma explícita, a teor do que dispõe o artigo 226, parágrafo oitavo, da Constituição Federal/88. Assim, a partir dessa necessidade de ações positivas do Estado, com a finalidade de acelerar o processo de busca e igualdade entre

¹⁵ Ibid., 2020, p.106.

¹⁶ CHAKIAN, op. cit., 2020, p.113.

¹⁷ BRASIL, op. cit., 1890.

¹⁸ CHAKIAN, op. cit., p.116-117.

¹⁹ Ibid., op. cit., 2020, p.120.

²⁰ Ibid., op. cit., 2020, p.120

homens e mulheres, somado à disposição constitucional, que ganhou força a ideia da necessidade de um diploma específico que tratasse da questão violência contra a mulher, a saber: a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). E não foi assim tão simples, visto que a cearense Maria da Penha Fernandes teve de acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pretendendo o reconhecimento de negligência do Estado Brasileiro na apuração de seu caso, uma vez que, passados mais de 15 anos das duas tentativas de homicídio as quais foi vítima do marido, mesmo após deixá-la paraplégica no segundo atentado, seu marido ainda não havia recebido qualquer punição e o processo criminal se arrastava sem decisão definitiva.²¹

O referido diploma se tornou referência internacional, a partir do reconhecimento pela UNIFEM – Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, em 2008, considerada ainda uma das três legislações mais avançadas do mundo sobre a questão da violência de gênero. O conceito de violência doméstica surge, então, da conjugação dos artigos 5º e 7º do referido diploma: “qualquer ação ou omissão que lhe cause sofrimento físico, moral, sexual, psicológico ou patrimonial, quando praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou de relação íntima de afeto, independentemente de ter com ela coabitado”.²²

A violência psicológica, especificamente, é entendida no diploma como “qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e a autodeterminação”.²³

2.1 Dano Psíquico e Nexa Causalidade

É considerado dano psíquico aquele ligado à ideia de prejuízos à psique do sujeito e às situações traumáticas.²⁴ O trauma pode ser conceituado, no contexto clínico, como sendo uma “resposta a um evento, que causa um impacto grave e nocivo sobre o indivíduo que se estrutura psicopatologicamente pelo transtorno de estresse pós-traumático. Além disso, seu

²¹ Ibid., op. cit., 2020, p.256-257

²² Ibid., op. cit., 2020, p.256-257

²³ Ibid., op. cit., 2020, p.256-257

²⁴ ROVINSKI, Sônia Liane Reichert. **Dano psíquico em mulheres vítimas de violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

desenvolvimento e evolução, segundo Medina Amor, condicionam-se às dificuldades em integrar a experiência traumática ao conjunto da memória biográfica da pessoa.²⁵ Os sintomas da reexperiência traumática, por sua vez, são o grupo que engloba os sintomas de revivência ou recordação aflitiva do evento traumático, dos sonhos ou dos *flashbacks*.²⁶ Ao sujeito é difícil proteger-se das lembranças, uma vez que as memórias podem vir a ser evocadas por pequenos ou até mesmo insignificantes estímulos (tanto os mais específicos quanto os mais genéricos) e dessa forma, elas “retornam com toda força, intensidade e nitidez do acontecimento original”.²⁷

Assim, com a ocorrência do dano psíquico acima descrito, que é originado por um evento traumático provocado dolosamente por terceiro, é possível dizer que houve ofensa à saúde mental da vítima. Há uma conformação do sujeito que padece e pode ser resultado do crime de lesão corporal.²⁸ Essa relação de causa e efeito deve ficar bem caracterizada, de modo que se constituirá em elemento primordial da caracterização e reparação do dano psíquico.²⁹ Considerando-se sempre o lapso temporal entre o fato e os danos experimentados pela vítima.³⁰

2.2 A mulher e o Direito Penal sob uma perspectiva crítica feminista

O problema trazido ao debate tange à regra geral, considerada no âmbito desta pesquisa como desfavorável às mulheres (principalmente no atual contexto pandêmico), uma vez que com base no artigo 38 do Código de Processo Penal, pressupõe que “o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses”. Esse prazo, ainda de acordo com o mencionado dispositivo

²⁵ RAMOS, Ana Luisa Schmidt; KLIEMANN, Barbarella S.R.A.; BETIN, Ivanise C.; GRAZIANO, Rosana E.S.; Bedin, Viviane M.C. **Lauda pericial e dano psíquico nos crimes de lesão corporal em violência doméstica**. 2015. Execução de projeto de pesquisa como requisito para aprovação na Unidade de Aprendizagem Execução de projeto de pesquisa em ciências humanas e sociais no curso de graduação de psicologia. Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Psicologia, Florianópolis, 2015.

²⁶ Ibid., 2015.

²⁷ CÂMARA, Filho, José W.; SOUGEY, Everton B. Transtorno de estresse pós-traumático: formulação diagnóstica e questões sobre comorbidade. **Rev. Bras. Psiquiatria**, 2001, p. 221-228. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462001000400009&script=s-ci_arttext >. Acesso em 30 abr. 2021

²⁸ GOMES, Celeste Leite Dos Santos Pereira; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; SANTOS, José Américo. **Dano Psíquico**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998

²⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Avaliação e valoração médico legal do dano psíquico**. 2010. Disponível em: < <http://www.efov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12341-12343-1-PB.Pdf> >. Acesso em: 30 abr. 2021

³⁰ CASTRO, Ana.; MAIA, Ângela. A avaliação do dano psíquico em psicologia e psiquiatria forense: um contributo para seu estudo. **O portal dos psicólogos**. 2012. Disponível em: < <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0610.PDF> >. Acesso em: 30 abr. 2020

legal, é contado “do dia em que vier a saber quem é o autor do crime”. Ou seja, dentro de determinado prazo, previsto em lei, deve a vítima representar ou oferecer queixa-crime, sob pena de perda desse direito. Desfavorável em que ponto? Nem sempre as mulheres possuem a devida chance de argüírem seus agressores dentro do prazo estipulado pelo legislador.

Então é certo que, no campo penal, muito do debate feminista sobre os direitos das mulheres gira em torno da liberdade e da inviolabilidade do corpo, o que, para muitos, pode corresponder a uma pauta aparentemente contraditória que paira pelo movimento feminista, pois, ao mesmo tempo que reivindica de forma libertária a descriminação do aborto (em uma tendência abolicionista), também assume uma postura punitivista, ao pleitear penas mais duras em casos de violência de gênero. No entanto, referida contradição trata de ser desfeita quando a pauta feminista é analisada sob a ótica dos direitos fundamentais.³¹

Como visto, a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre mulheres. Ao longo do tempo, transformou-se em um discurso de homens, para homens e sobre homens, pois já não era mais necessário, para alguns, estudar mulheres; ou politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica. De maneira que, no discurso criminológico competente atual, a mulher surge somente em alguns momentos, no máximo como uma variável, e jamais como sujeito. Portanto, adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres dentro e fora do sistema de justiça criminal.³²

2.3 Casos subnotificados de violência contra as mulheres no Brasil após o advento da pandemia

Embora os registros administrativos aparentemente indiquem redução da violência de gênero, os números de feminicídios e homicídios femininos apresentam crescimento, indicando que a violência doméstica e familiar está em ascensão. Em São Paulo o aumento dos feminicídios chegou a 46% na comparação de março de 2020 com março de 2019 e duplicou na primeira quinzena de abril. No Acre o crescimento foi de 67% no período e no Rio Grande do Norte o número triplicou em março de 2020.³³

Além do aumento dos casos de violência, o advento da pandemia de coronavírus acarretou na diminuição das denúncias justificando-se que muitas mulheres não têm conseguido sair de casa para fazê-la ou têm medo de realizá-la pela aproximação do parceiro, na função do isolamento. Tendo em vista a dificuldade que mulheres encontram para fazer

³¹ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³² Ibid., op. cit., 2017.

³³ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Violência doméstica: durante a pandemia de Covid-19. **Nota Técnica**, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

denúncias de violência por conta própria nesse cenário, a percepção de agentes externos sobre os episódios e a possibilidade de que eles denunciem possíveis crimes se tornou fundamental para assegurar às vítimas as medidas de proteção necessárias.³⁴

A pesquisa no digital identificou que houve um aumento em 431% de relatos de brigas de casal por vizinhos entre fevereiro e abril de 2020. Isto corrobora a tese de que há incremento da violência doméstica e familiar no período de quarentena necessário à contenção da pandemia da COVID-19, ainda que este crescimento não esteja sendo captado pelos registros oficiais de denúncias.³⁵

3 Considerações Finais

Pelo exposto, foi possível analisar a construção histórica do ordenamento jurídico brasileiro por uma perspectiva de gênero, desde cedo sendo criada pelos homens e para privilegiá-los (até mesmo no tocante ao cumprimento das penas), de modo que sustentando seus próprios desejos e ideologias, tiveram a mulher como mero objeto, como meio, para alcançar o seu fim: uma farsa travestida de moral e uma potencial ideia de poder e dominação. A pretensão nunca foi obter respeito e amparo aos direitos da mulher, tampouco lhe conferir credibilidade, num âmbito penal onde ainda se evoca a tese de legítima defesa da honra, em 2021.

Tanto que, após sofrerem diversas violências de todos os tipos, não é de se esperar que, tão logo, as mulheres denunciem a agressão. Não é como se elas não estivessem ocupadas sentindo medo – de morrer ou do que ainda virá. E resta a seguinte questão: dentro de reduzido prazo de seis meses, seria possível à mulher superar a negação, elaborar a violência sofrida, reunir forças para ultrapassar todas as consequências diretas e indiretas que advêm do rompimento do ciclo de violência e ainda vencer o medo de comparecer ao Judiciário?

Muitas vezes a mulher nem ao menos possui o devido acesso aos direitos fundamentais básicos. Muitas vezes (e na maioria delas), a mulher vem a conhecer o seu direito somente após ter sofrido uma ou mais violações dele, e não a partir da educação e instrução que recebeu, o que seria o ideal. Mas o que mais espanta, é que essa violência alcança até mesmo as mais instruídas das mulheres, que nem com toda a educação do mundo são impedidas de serem violentadas por esse mal que acompanha todas as gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

³⁴ Ibid., op. cit., 2020.

³⁵ Ibid., op. cit., 2020

CÂMARA, Filho, José W.; SOUGEY, Everton. Transtorno de estresse pós-traumático: formulação diagnóstica e questões sobre comorbidade. **Rev. Bras. Psiquiatria**, 2001, p. 221-228. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462001000400009&script=s-ci_arttext >. Acesso em 30 abr. 2021

CASTRO, Ana.; MAIA, Ângela. A avaliação do dano psíquico em psicologia e psiquiatria forense: um contributo para seu estudo. **O portal dos psicólogos**. 2012. Disponível em: < <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0610.PDF> >. Acesso em: 30 abr. 2020.

CHAKIAN, Silvia. **A Construção dos Direitos das Mulheres**: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.92

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Violência doméstica: durante a pandemia de Covid-19. **Nota Técnica**, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

FRANÇA, Genival veloso de. **Avaliação e valoração médico legal do dano psíquico**. 2010. Disponível em: < <http://www.efov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12341-12343-1-PB.Pdf> >. Acesso em: 30 abr. 2021

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; SANTOS, José Américo. **Dano Psíquico**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998

GRAZIANO, Rosana E.S.; Bedin, Viviane M.C. **Laudo pericial e dano psíquico nos crimes de lesão corporal em violência doméstica**. 2015. Execução de projeto de pesquisa como requisito para aprovação na Unidade de Aprendizagem Execução de projeto de pesquisa em ciências humanas e sociais no curso de graduação de psicologia. Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Psicologia, Florianópolis, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt; KLIEMANN, Barbarella S.R.A.; BETIN, Ivanise C.; ROVINSKI, Sônia Liane Reichert. **Dano psíquico em mulheres vítimas de violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

ORDENAÇÃO AFONSINAS. Texto fac-simile das Ordenações Afonsinas. **Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Coimbra**. Portugal. 1988. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/>. Acesso em 30 abr. 2021.

ORDENAÇÃO MANUELINAS. Bibliografia e outros meios auxiliares. **Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Coimbra**. Portugal. 1988. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/>. Acesso em 30 abr. 2021.

SABADEL, Ana Lucia. A violência doméstica contra as mulheres sob a perspectiva do controle social. In: MELLO, Adriana Ramos. **Feminicídio, uma análise sócio-jurídica da violência contra a mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p.88

SAFFIOTTI, Heleith. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 60-64.

NUDGE EM PREVIDÊNCIA COMPLETAR: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DEFININDO AS HIPÓTESES DE OP-IN E APRIMORANDO O DESEMPENHO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS

A Nudge in Private Pension: Artificial intelligence defining opt-in hypotheses and improving the performance of benefit plans

FÁBIO JUNQUEIRA DE CARVALHO¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Dos limites orçamentários dos regimes públicos de previdência; 3. A Importância da previdência complementar na construção de uma política de previdência; 4. Adesão automática em previdência complementar e a utilização da inteligência artificial; 5.; Considerações Finais.

Resumo: A utilização da inteligência artificial nos programas de adesão automática em previdência complementar, é uma ferramenta que deve ser adotada tanto na identificação do cidadão que se enquadra como elegível para participar de um plano de benefícios e qual o melhor momento para seu ingresso na previdência complementar, como será de extrema importância na escolha do tipo de plano de benefícios e nos perfis de investimento mais adequados durante o período de poupança previdenciária. O estudo tem como objetivo demonstrar que os Estados podem e devem adotar uma posição mais ativa no processo de tomada de decisão dos cidadãos, auxiliando-os no processo decisório de ingressar em planos de previdência complementar. O direcionamento estatal deverá se dar mediante a adoção de programas de adesão automática a planos de previdência, seguindo a doutrina do Paternalismo Liberal e da Teoria do Empurrão (Nudge), no qual os cidadãos são automaticamente inscritos em planos de previdência. A utilização da inteligência artificial neste projeto trará uma maior segurança e efetividade. A metodologia a ser usada será a não empírica, baseada em consultas bibliográficas, jurisprudenciais, revistas especializadas, boletins e periódicos, realizando pesquisas sobre *nudges* e inteligência artificial suas especificidades, aplicações e interfaces quando utilizada pela atividade estatal. Com a utilização da inteligência artificial será possível a correta identificação da pessoa, tempo e produto, trará maior segurança para a opção automática, reduzindo o percentual de *opt-out* e por outro lado, melhorando o valor do benefício a ser recebido pelo participante, resultando assim dois efeitos imediatos e vinculados: (i) atenuar a pressão por aportes de recursos públicos aos regimes de segurança social, regimes estes cada dia mais expostos aos efeitos da

¹ Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Estágio de Pós-doutorado em "Novas Tecnologias e Direito" pelo Mediterranean International Centre for Human Rights Research (MICHR) da Università Mediterranea di Reggio Calabria (2021)

Vinculado à Universidade Presbiteriana Mackenzie como membro do Grupo de Pesquisa "O Sistema de Seguridade Social" da Faculdade de Direito e Professor de cursos de Pós-Graduação do IBET e da UEL.
fabio@jcmconsultores.com.br.

longevidade e das baixas taxas de natalidade; (ii) maximização da poupança previdenciária.

Palavras-chave: nudge; previdência complementar; adesão automática; inteligência artificial.

Abstract: The use of artificial intelligence in automatic enrolment to supplementary pension programs is a tool that should be adopted both in identifying the citizen who is eligible to participate in a benefit plan, and the best time to join the private pension, as it will be extremely important in choosing the type of benefit plan and the most appropriate investment profiles during the period of social security savings. The study aims to demonstrate that States can and should adopt a more active position in the decision-making process of citizens, supporting them chose joining supplementary pension plans. The state's orientation should be given through adopting programs to automatic enrolment to pension plans, according to the doctrine of Liberal Paternalism and the Push Theory (Nudge), in which citizens are automatically enrolled in pension plans. The use of artificial intelligence in this project will bring greater reliability and effectiveness. The methodology to be used will be non-empirical, based on bibliographic and jurisprudential consultations, specialized magazines, newsletters, carrying out researches on nudges and artificial intelligence, their specificities, applications and interfaces when used by the state activity. With the use of artificial intelligence, it will be possible to correctly identify the person, time and product, it will bring greater security to the automatic enrolment, reducing the percentage of opt-out and, on the other hand, improving the value of the benefit to be received by the participant, resulting two immediate and linked effects: (i) attenuate the pressure for contributions of public resources to social security systems, which are each day more exposed to the effects of longevity and low birth rates; (ii) maximization of social security savings.

Keywords: nudge; private pension; automatic enrolment; artificial intelligence

1. Introdução

A inteligência artificial vem sendo cada vez mais empregada nas atividades que afetam as pessoas, inclusive pela administração pública nas funções que são de sua competência. O presente estudo analisará a utilização da inteligência artificial nos *nudges* de previdência complementar, seja em programas de adesão automática, bem como na escolha da modalidade de planos de benefícios que sejam aderentes às necessidades e peculiaridades de cada participante.

Normalmente os regimes de previdência privada não são obrigatórios e o fato de requerer uma opção de adesão muita das vezes reduz a quantidade de pessoas que ingressam neste regime em decorrência da complexidade técnica envolvida na decisão. Países que passaram a adotar a adesão automática aumentaram significativamente a quantidade de participantes nos planos de previdência complementar.

Será demonstrada a importância do fomento à previdência complementar, como instrumento de suporte para os regimes de segurança social, sendo uma opção extremamente adequada para auxiliar o Estado em políticas de previdência. Para tanto, a implementação de programas e adesão automática para os regimes de previdência complementar com o emprego da inteligência artificial para as definições dos *nudges*, se mostra uma estratégia extremamente vantajosa para os cidadãos e para o próprio Estado.

Utilizando estudos disponíveis sobre *nudges* em previdência complementar e da utilização de sistemas de inteligência artificial pela administração pública, ficará exposto que com ajuda da inteligência artificial será possível identificar de forma individualizada não só quais são as pessoas que pelas suas características devem ser inscritas automaticamente em um plano de previdência complementar, mas também, qual o melhor momento e em que tipo de plano de benefícios e quais os perfis de investimento são mais adequados para as características da participante.

2. Dos limites orçamentários dos regimes públicos de previdência

Existe um cenário preocupante para os regimes de segurança social que são oferecidos pelos Países, já que estes tendem a exigir esforços financeiros cada vez maiores do poder público e o correspondente sacrifício proporcional para a sociedade como um todo. Tal situação se reflete diretamente para os regimes de públicos de previdência que são ofertados pelos Estados.

A afirmação acima é lastreada na constatação de que, quase a totalidade dos regimes públicos de previdência utilizam a repartição simples como regime de financiamento, modalidade esta baseada no pacto geracional, na qual, o trabalhador da ativa contribui para o regime de previdência não para formar a reserva para a sua aposentadoria futura, mas sim para financiar o benefício de um ex-trabalhador que já está aposentado. Como as taxas de natalidade diminuem em contrapartida às taxas de longevidade cada vez mais elevadas, o modelo de financiamento fica difícil de ser mantido.

Para se ter uma dimensão da inviabilidade de manutenção da modalidade de financiamento por repartição simples para os regimes públicos de previdência diante da nova realidade social, na qual nascem menos pessoas que morrem cada vez mais tarde, pela

OCDE² (2019, p.19) a proporção de dependência de pessoas com mais de 65 anos em relação às que ainda estão em fase laboral, ou seja, com idade entre 20 e 64 anos, aumentou de 20 em 1980 para 31 em 2020, e está projetada para acelerar e quase dobrar para 58 em 2060, em média nos países que compõem a OCDE.

Segundo este mesmo estudo da OCDE³ (2019, p.211) «as despesas com as pensões públicas nos países da OCDE representam 14,3% do PIB (média ponderada), sendo que países como Finlândia e Japão já superam 28% do PIB», o que já demonstra qual o atual peso dos regimes públicos nos orçamentos, com perspectiva de aumento para os próximos anos.

Em decorrência desta averiguação de acréscimo nos gastos com benefícios de aposentadoria e pensões a grande maioria dos países da OCDE efetuou nas 2 últimas décadas reformas nos seus regimes públicos de previdência buscando a redução dos compromissos financeiros futuros com esta modalidade de despesas.

Ao abordar a crise dos direitos sociais e, mais especificamente, a crise das aposentadorias públicas em Portugal, BOTELHO⁴ percebe que «O Estado social pode ser menos interventivo, mas tal não significa que seja menos compelido socialmente. Mais prosaicamente, o problema é agora a falta de meios financeiros ao dispor do Estado e não um menor empenhamento na causa social e na promoção de uma igualdade real entre as pessoas».

Ainda que tenha sido detectada pela OCDE⁵ (2019, p.25), nos anos 2017 à 2019, uma amenização por parte dos países membros no ritmo das reformas, foi constatado que os regimes de previdência pública estão sempre sendo reformulados, e mais, pelo panorama de agravamento da equação formada pelo crescimento da expectativa de vida, da diminuição das taxas de natalidade e das limitações orçamentárias, é certo que os ajustes continuarão a ocorrer.

² OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Pensions at a Glance 2019*: OECD and G20 Indicators. Paris: OECD Publishing, 2019, p. 19 Disponível em: < https://oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/pensions-at-a-glance-2019_b6d3dcfc-en >. Acesso em: 18 mai. 2021.

³ OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Pensions at a Glance 2019*: OECD and G20 Indicators. Paris: OECD Publishing, 2019, ob.cit.

⁴ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise – ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 501-511

⁵ OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Pensions at a Glance 2019*: OECD and G20 Indicators. ob. cit.

3. A Importância da previdência complementar na construção de uma política de previdência

Desde 1994 quando o Banco Mundial⁶ (1994, p. XV) publicou um estudo no qual propôs que os Estados deixassem de utilizar um único regime de previdência, público e universal, estruturado em regime de repartição simples, e passassem a adotar três regimes diferentes de previdência, denominados de pilares, cada um com suas características próprias, começa a ser consolidada a ideia de estruturação de uma política de previdência mais complexa visando garantir o melhor benefício de aposentadoria sem comprometer os orçamentos públicos.

Posteriormente, União Europeia⁷(2010, p.25), OCDE⁸ (2005, p.28-9)e OIT⁹ (2000, p.26), também formularam as suas classificações, além do próprio Banco Mundial¹⁰ (2005, p.03) ter atualizado o seu estudo de 1994, restou incontestado que os Estados devem empregar múltiplos regimes de previdência, sendo que a garantia estatal seria a de um mínimo para a subsistência das pessoas na velhice, com natureza de distribuição de renda, sem onerar demasiadamente os compromissos orçamentários públicos, que acabam resultando em aumento de impostos. Os outros regimes permitiriam a complementação da aposentadoria pública, aproximando os benefícios auferidos na velhice da renda que a pessoa tinha quando estava no mercado de trabalho, bem como a poupança individual para quem desejasse.

Pode-se afirmar que independentemente da preferência por uma das modalidades de classificação de regimes de previdência elaborados pelos organismos internacionais, existe um núcleo comum entre todos. Tomando de empréstimo a lição de BARRA¹¹, é possível identificá-lo como: um primeiro pilar tratado como regime público; um segundo pilar de regime de capitalização, financiado ou cofinanciado pelo empregador e com um gestor de

⁶ WORLD BANK. Averting the old age crisis: policies to protect the old and promote growth - summary (English). Washington DC: World Bank, 1994 p.15

⁷ COMISSÃO EUROPEIA. Livro verde – Regimes europeus de pensões adequados, sustentáveis e seguros. Bruxelas: Comissão Europeia, 2010, p.25.

⁸ OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Private Pensions: OECD Classification and Glossary*. 2005, p.28-9. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/38356329.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

⁹ GILLION, Colin; TURNER, Turner; BAILEY, Clive; LATULIPPE, Denis (eds.). *Social Security Pensions. Development and Reform*. Geneva: International Labour Office, 2000, p.26.

¹⁰ WORLD BANK. *Old-age income support in the 21st century: an international perspective on pension systems and reform*. Washington DC: World Bank, 2005, p.3.

¹¹ BARRA, Juliano Sarmento. A previdência complementar na União Europeia: uma introdução ao direito institucional da União Europeia e da responsabilidade administrativa dos administradores de entidades de previdência complementar e fundos de pensão. *Revista de Direito Previdenciário*, São Paulo, v. 4, 2014, p.50-1.

fundos designado por ele, que muito se assemelha ao sistema fechado de previdência no Brasil; e um terceiro pilar voluntário de poupança, mais próximo dos seguros.

De todo modo é impossível negar que, em maior ou menor intensidade, a previdência privada é veículo significativamente utilizado pela grande maioria das economias desenvolvidas na construção de uma política que previdência, que além da busca pela proteção da renda para aqueles que encerram as suas atividades laborais, é também utilizado com um notável catalizador para a economia dos países.

Segundo o relatório da OCDE *Pensions at a Glance 2019: OECD and G20 Indicators*, dos 36 países membros (2019, p.206), dezessete adotam um regime obrigatório ou semiobrigatório de previdência complementar. Nos países que adotam o regime obrigatório, o nível de cobertura chega a ultrapassar 70% da população economicamente ativa, enquanto nos países de regimes semiobrigatórios a cobertura, apesar de ser um pouco inferior, é muito próxima dos países com regimes obrigatórios¹². Somente em oito dos 35 países da OCDE (2019, p.207), o nível de cobertura da previdência privada para a população economicamente ativa é inferior a 40%.

4. Adesão automática em previdência complementar e a utilização da inteligência artificial

Uma das principais ferramentas para fomento dos regimes complementares de previdência é a utilização da adesão automática,¹³ que tem sua gênese na denominada economia comportamental, decorrente de estudos de como as heurísticas e os vieses cognitivos afetam o processo decisório, tornando uma escolha normalmente complexa, mais lógica, certa e célere.

A Teoria do Empurrão (*nudge*) foi desenvolvida por THALER e SUNSTEIN¹⁴ defendendo que o Estado, assim como instituições privadas, podem e devem, em

¹² “Em 2018, 17 dos 36 países da OCDE adotam regime obrigatória ou semi-obrigatória de previdência complementar, garantindo uma alta cobertura da idade produtiva da população. Na Finlândia e na Suíça, o regime é obrigatório para a população em idade laboral e cobrem mais de 70% da população em idade ativa: os empregadores devem gerir um esquema e as taxas de contribuição são fixadas pelo governo.” (OECD, 2019, p. 206, tradução nossa).

¹³ Outra importante ferramenta de incentivo para a previdência complementar que é muito usual são os benefícios fiscais ou a tributação diferenciada.

¹⁴ THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008, , p.5 e 6.

determinadas situações, direcionar a ação do cidadão, influenciando-o em sua tomada de decisão.

Como características obrigatórias de um *nudge* criado pelos Governos devem estar presentes a transparência e a eficácia, pois o cidadão deve estar ciente do real interesse do Estado, não podendo ser ludibriado. Nas palavras de SUNSTEIN¹⁵ «As decisões do governo, especialmente, devem ser sujeitas ao exame e crítica por parte da população. (...) O público tem de ser capaz de analisar e investigar os nudges, tanto quanto quaisquer outros tipos de ações do governo. »

THALER e SUNSTEIN¹⁶ defendem a utilização de *nudge* pelo Estado para direcionar o cidadão a entrar em um plano de previdência privada, mediante a adoção de programas de adesão automática em planos de previdência complementar e desta forma induzir o cidadão a perceber a importância e a vantagem de ter uma poupança em previdência complementar.

Como o processo de adesão a um plano de previdência complementar é complexo e impõe conhecimento técnico em finanças e economia que o cidadão comum não detém, os vieses cognitivos da inércia e da procrastinação acabam por induzir o não afiliação. Os Estados Unidos, Reino Unido, Nova Zelândia, Itália são exemplos de países que decidiram adotar a adesão automática para planos de previdência, apresentando um aumento significativo de novos participantes, crescimento dos valores das reservas poupadas e baixo número de pessoas que exerceram a opção de se retirar do plano de previdência (*opt-out*).

É justamente nestes programas de adesão automática para planos de previdência que se vislumbra uma grande oportunidade de utilização da inteligência artificial na elaboração dos *nudges* que irão determinar não só quem são as pessoas que se encontram aptas para ingresso na previdência complementar e qual o melhor momento, mas principalmente, a escolha do modelo de planos de benefícios mais adequado e a seleção do perfil de investimento mais adequado para os anseios e apetite de risco do participante.

Ora, inexistente dúvida que a inteligência artificial vem impactando as relações sociais, assim como há uma perspectiva de que os algoritmos vão estar cada vez mais presente na vida das pessoas, podendo gerar benefícios diversos. Por outro lado, paira uma gigantesca

¹⁵ SUNSTEIN, Cass R. Nudging: um guia bem breve. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (orgs.). Guia de Economia Comportamental e Experimental. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Economia Comportamental.org, 2015, , p. 111.

¹⁶ THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Ob.cit., p. 117.

insegurança acerca dos riscos que estão ligados à utilização da inteligência artificial, pois já são conhecidas aplicações que podem gerar danos e prejuízos para os usuários. Esta dualidade acabou sendo conhecida como «Sociedade Algorítmica» após o trabalho de BALKIN¹⁷(2017, p.1).

Assim, mister que o cidadão ao se deparar com algoritmos, tenha a confiança e a segurança de que o sistema ofertado irá lhe gerar um benefício, uma vantagem que ele não teria caso este algoritmo não tivesse sido desenvolvido¹⁸. Para tanto é fundamental que o princípio da transparência esteja sendo aplicado, já que o usuário tem que não só saber quando está diante de um sistema que utiliza a inteligência artificial, mas também ser capaz de entender o racional dos algoritmos para conseguir fazer a crítica ao resultado.

O princípio da transparência é tão importante que a União Europeia (2021, p.42) na Proposta de Regulamento Inteligência Artificial¹⁹, fez a sua previsão no artigo 1º que versa sobre o objeto²⁰ da proposta, no 13º - «Transparência e prestação de informações aos utilizadores» e no 52º «Obrigações de transparência aplicáveis a determinados sistemas de inteligência artificial» e várias outras citações ao longo do documento.

Há de se ter em mente todos os princípios que regem a atuação estatal, tais como a proporcionalidade, a moralidade, a eficiência, a ética, também precisam estar presentes quando da utilização da inteligência artificial em especial nos processos de decisórios que envolvem a relação do cidadão com a Poder Público²¹.

¹⁷ Balkin, Jack M., Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. September 9, 2017. UC Davis Law Review, (2018 Forthcoming), Yale Law School, Public Law Research Paper No. 615, p. 01. disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3038939> acesso 15 de junho 2021

¹⁸ SILVA, Nilton Correia da. *Inteligência artificial*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.49

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento Inteligência Artificial*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2021, p. 42.

²⁰ d) Regras de transparência harmonizadas para sistemas de IA concebidos para interagir com pessoas singulares, sistemas de reconhecimento de emoções e sistemas de categorização biométrica, bem como para sistemas de IA usados para gerar ou manipular conteúdos de imagem, áudio ou vídeo;

²¹ BRAGA NETTO, Felipe, FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura, A Atividade Estatal entre o Hoje e o Amanhã: Reflexões sobre os Impactos da Inteligência Artificial no Direito Público, in: *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa* – BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords) – Indaiatuba Editora Foco, 2021 - ; 1ª edição, p.752

Reconhecendo a relevância da inteligência artificial na concepção de políticas públicas ZULLO, TORRES e ARAÚJO²² defendem que o Estado se tornará mais eficiente, possibilitando que os governos pratiquem ações preditivas no lugar de aguardar o surgimento de uma necessidade para então agir.

Assim o Estado deve fomentar os sistemas de previdência complementar, adotando políticas de adesão automática, que tenham o *nudge* desenvolvido com ajuda de algoritmos de inteligência artificial suficientemente capazes de detectar o momento adequado no qual cada pessoa deva ser inserida na previdência complementar, e mais ao analisar os dados e os comportamentos que se consiga escolher um modelo de plano de benefícios e os perfis de investimento.

Será viável criar algoritmos que levem em consideração todas as informações financeiras disponíveis sobre a pessoa que juntamente com todos os demais tipos de dados das suas redes sociais são capazes de captar o padrão consumo e as preferências, efetuando diagnósticos e prognósticos que tendem a ser bem mais assertivas que uma decisão não técnica que venha a ser feita por um indivíduo padrão.

É claro que o desenvolvimento de um sistema de algoritmos de IA para *nudges* de previdência complementar será extremamente complexo e traz consigo uma série de questões e problemas, tais como, a escolha de fatos, condutas, populações, comportamentos e ações que serão utilizados como referência. Também será um desafio a escolha de qual será a base de comparação, se apenas os participantes do plano de benefícios, todos que possuem previdência complementar ou toda uma população economicamente ativa, ou fórmulas que levem todas as variáveis em consideração.

Outra interrogação que precisará de resposta é se os sistemas de inteligência artificial serão capazes de compreender toda a natureza e desejos de cada pessoa envolvida e com isto acertar nas escolhas, tal como expõe XU e CHEN²³ sobre o desafio dos sistemas de

²² ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener; *Big Data, Algoritmos e Inteligência Artificial na Administração Pública: Reflexões para a sua Utilização em um Ambiente Democrático*, in: Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa – BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords) – Indaiatuba Editora Foco, 2021 - ; 1ª edição, p.794

²³ XU, Jennifer; CHEN, Hsinchun. Fighting organized crimes: using shortest-patch algorithms to identify associations in criminal networks. *Decision Support Systems*, v. 38, n. 3, , 2004, p. 473-487. Disponível em: <https://sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923603001179> . Acesso em: 12 jun. 2021.

inteligência artificial desenvolverem capacidade de julgar a vontade consciente de cada cidadão.

A aplicação da inteligência artificial em previdência complementar deve ser tratada com muito cuidado, pois está enquadrada nas hipóteses de risco elevado da União Europeia²⁴ (2021, p.11), sendo necessário uma qualidade superior «dos dados, à documentação e à rastreabilidade, à transparência, à supervisão humana, à exatidão e à solidez são estritamente necessários para atenuar os riscos para os direitos fundamentais e a segurança colocados pela inteligência artificial».

Outra preocupação no Regulamento Inteligência Artificial Europeu é que os sistemas de inteligência artificial não perpetuem discriminações que ocorrem na sociedade, «em razão da origem étnica ou racial, deficiência, idade ou orientação sexual, ou criar novas formas de impactos discriminatórios. »²⁵ o que acabaria por gerar ainda mais marginalização para grupos.

Por fim, deve ser garantida a privacidade e o sigilo dos dados dos cidadãos. Como se sabe, na elaboração das métricas dos algoritmos quanto melhor for a qualidade dos dados o resultado prático será superior²⁶, no entanto, deve ser buscado mitigar ao máximo risco de ofensa à privacidade das pessoas, sendo que o próprio Poder Público pode e deve exercer esta função reguladora e fiscalizadora quando a inteligência artificial vir a ser utilizada.

Considerações Finais

O presente artigo propôs alertar para as possibilidades de utilização da inteligência artificial na formulação de sistemas em previdência complementar que venham a aprimorar a inclusão de novos participantes e uma melhor escolha de produtos viabilizando maximizar o resultado para o cidadão.

O Poder Público deve estimular a criação de programas de adesão automática, viabilizando assim que uma quantidade cada vez maior de pessoas possa entrar em planos de benefícios de previdência complementar, sendo que a aplicação da inteligência artificial nos *nudges* trarão maior assertividade e eficiência, não só na escolha da pessoa e do momento que

²⁴ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento Inteligência Artificial*. Ob. Cit., p.11

²⁵ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento Inteligência Artificial*. Ob. Cit. P.29

²⁶ ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener; *Big Data, Algoritmos e Inteligência Artificial na Administração Pública: Reflexões para a sua Utilização em um Ambiente Democrático*, pag. 803

a mesma será incluída na previdência complementar, mas também na adequada escolha do tipo de produto e dos seus perfis de investimento.

O uso da inteligência artificial em previdência complementar deve ser encarado como de risco elevado e, portanto, com somente implementada após análise de impacto e deve ser pautado pelo respeito à qualidade dos dados, documentação, rastreabilidade, transparência, supervisão humana, exatidão e solidez.

Referências Bibliográficas

BALKIN, Jack M., Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. September 9, 2017. UC Davis Law Review, (2018 Forthcoming), Yale Law School, Public Law Research Paper No. 615, p. 01. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3038939> acesso em 15 de junho 2021

BARRA, Juliano Sarmiento. A previdência complementar na União Europeia: uma introdução ao direito institucional da União Europeia e da responsabilidade administrativa dos administradores de entidades de previdência complementar e fundos de pensão. *Revista de Direito Previdenciário*, São Paulo, v. 4, 2014, p. 50-1

BOTELHO, Catarina Santos. “[Os direitos sociais em tempos de crise – ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015

BRAGA NETTO, Felipe, FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura, A Atividade Estatal entre o Hoje e o Amanhã: Reflexões sobre os Impactos da Inteligência Artificial no Direito Público, in: Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa – BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords) – Indaiatuba Editora Foco, 2021 - ; 1ª edição

COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde – Regimes europeus de pensões adequados, sustentáveis e seguros*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2010

GILLION, Colin; TURNER, Turner; BAILEY, Clive; LATULIPPE, Denis (eds.). Social Security Pensions. Development and Reform. Geneva: International Labour Office, 2000.

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Pensions at a Glance 2019: OECD and G20 Indicators*. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <https://oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/pensions-at-a-glance-2019_b6d3dcfc-en>. Acesso em: 18 mai. 2021

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Private Pensions: OECD Classification and Glossary*, 2005. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/38356329.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. *Regulamento Inteligência Artificial*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2021

SILVA, Nilton Correia da. *Inteligência artificial*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: um guia bem breve. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Economia Comportamental.org

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

WORLD BANK. *Averting the old age crisis: policies to protect the old and promote growth - summary* (English). Washington DC: World Bank, 1994.

XU, Jennifer; CHEN, Hsinchun. Fighting organized crimes: using shortest-patch algorithms to indentify associations in criminal networks. *Decision Support Systems*, v. 38, n. 3, 2004, p. 473-487. Disponível em: <https://sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923603001179> . Acesso em: 12 jun. 2021

ZULLO, Bruno; TORRES, Maurilio; ARAÚJO, Valter Shuenquener; *Big Data, Algoritmos e Inteligência Artificial na Administração Pública: Reflexões para a sua Utilização em um Ambiente Democrático*, in: *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa* – BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords) – Indaiatuba Editora Foco, 2021 - ; 1ª edição.

HEALTH TECHNOLOGY: O USO DE WEARABLES COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Health technology: the use of wearables as a means of economic development and guarantee of the fundamental right to health

FABIANO FERNANDO DA SILVA¹

JONATHAN BARROS VITA²

Sumário: Introdução; 1 Sistema Único de Saúde e o dever constitucional de investir no desenvolvimento científico e tecnológico e em inovação; 2 *Health technology*: os dispositivos tecnológicos vestíveis e suas funcionalidades médicas; 3 *Wearables* como instrumento de desenvolvimento econômico e garantia do direito fundamental à saúde: uma constatação empírica a partir da pandemia; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o uso de *wearables*, modalidade de tecnologia, pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como instrumento de desenvolvimento econômico e de garantia do direito social fundamental à saúde. Com foco em tal propósito, o estudo – teórico e empírico ao mesmo tempo – examina essa modalidade de *health technology* como forma de proporcionar equilíbrio econômico-sanitário, o que exige, como plano de trabalho: (i) a análise do dever constitucional do Sistema Único de Saúde de investir no desenvolvimento científico e tecnológico e em inovação; (ii) a apresentação dos dispositivos vestíveis, a demonstração de suas funcionalidades e a apuração das externalidades decorrentes de seu uso; (iii) o exame do contexto da pandemia do novo coronavírus no sistema público de saúde e sua relação com eventual uso dos vestíveis. O marco teórico utilizado é a Análise Econômica do Direito, no intuito de apurar, por meio da ponderação de externalidades positivas e negativas, a viabilidade do uso de tais dispositivos pelo sistema público de saúde. Dada a escassez de estudos nessa vertente, o trabalho tem caráter exploratório, mas, por examinar a viabilidade da promoção de políticas públicas voltadas ao uso desses dispositivos, utiliza também a vertente jurídico-propositiva. Adotou-se o método dedutivo, com pesquisa teórica e documental, juntamente com pesquisa empírica, materializada em consulta do tema nos Conselhos de Classe, nacional e regional, dos profissionais de medicina, bem como em organizações internas e internacionais, atendendo ao caráter interdisciplinar da pesquisa. Como resultado, concluiu-se que a utilização de dispositivos vestíveis pelo sistema público de saúde atende ao comando previsto no artigo 200, V, da Constituição Federal, que estipula ser competência do Sistema Único de Saúde incrementar, na sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Especialista em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Cândido Rondon, em Direito e Processo Penal pela Faculdade Integrada, em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso. Analista Judiciário e Assessor Técnico Jurídico do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. E-mail: fabianofsilva28@gmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela Wirtschaftsuniversität Wien, Áustria. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Coordenador e Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Advogado. E-mail: jbvita@gmail.com

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito à saúde; Desenvolvimento econômico; *Health technology*; *Wearables*.

Abstract: This paper aims to analyze the use of wearables, a kind of technology, by the Unified Health System as a means of economic development and guarantee of the fundamental social right to health. With a focus on this purpose, this theoretical and empirical study examines this kind of health technology as a way to provide economic-sanitary balance, considering the following work plan: (i) analysis of the constitutional duty of the Unified Health System to invest in both scientific and technological development, and innovation; (ii) presentation of the wearables, showing their functionalities, and externalities derived from their use; (iii) examination of the context of the new coronavirus pandemic in the public health system and its relation with the potential use of wearables. The theoretical grounding of the Economic Analysis of Law was adopted, in order to investigate the viability of use of those devices by the public health system, regarding their positive and negative externalities. Given the shortness of studies in this area, this is an exploratory paper; however, as it examines the viability of promoting public policies focused on the use of those devices, it also follows a propositional-juridical approach. The deductive method has been used, with documentary and theoretical research, along with empirical research carried out in national and regional Healthcare Professional Associations, as well as in Brazilian and foreign organizations, thus characterizing the interdisciplinarity of this study. As a result, it has been concluded that the use of wearable devices by the public health system fulfills the requirement set forth in article 200, V, of the Federal Constitution, which stipulates the promotion of scientific and technological development and innovation as attributions of the Unified Health System in its area of action.

Keywords: Economic Analysis of Law; Right to health; Economic development; Health technology; Wearables.

INTRODUÇÃO

O mundo experimenta, atualmente, uma revolução tecnológica sem precedentes. A chamada Revolução 4.0 exerce influência direta sobre o modo de produção capitalista e cria novos modelos de negócios. Com isso, novas tecnologias têm impactado, sobremaneira, o campo das relações humanas, e na seara da medicina não é diferente.

A telemedicina, a impressão de órgãos em 3D, a nanotecnologia e nanorrobótica no auxílio de cirurgias, o uso de prontuário eletrônico e o fornecimento de atendimento, diagnósticos e medicamentos de forma personalizada são realidades e não mais meros anseios.³

O implemento da tecnologia na área médica tem por finalidade proporcionar a obtenção de diagnósticos cada vez mais rápidos e precisos, assim como visa auxiliar os

³ LOBO, Luiz Carlos. Inteligência artificial, o Futuro da Medicina e a Educação Médica. **Rev. bras. educ. med.** n. 42, v. 3, jul-sep, p. 1-8, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/PyRJrW4vzDhZKzZW47wddQy/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

profissionais da medicina na realização de procedimentos de forma mais segura e eficaz, minimizando erros médicos.

Com efeito, diante da realidade de saúde pública brasileira e do contexto instalado pela pandemia, objetiva-se, nesta pesquisa, analisar o uso de *wearables*, modalidade de tecnologia, pelo sistema único de saúde como instrumento de desenvolvimento econômico e de garantia do direito social fundamental à saúde.

A questão-problema a ser respondida é a seguinte: os dispositivos tecnológicos vestíveis são instrumentos capazes de proporcionar equilíbrio econômico-sanitário?

Visando a atingir o objetivo proposto nesta pesquisa, adotar-se-á o método dedutivo como técnica de investigação científica. O marco teórico será a Análise Econômica do Direito com vista a apurar, por meio da ponderação de externalidades positivas e negativas, a viabilidade do uso dos *wearables* pelo sistema público de saúde.

A pesquisa assumirá duplo caráter: será exploratória e propositiva ao mesmo tempo. Dada a escassez de estudos nessa vertente, o trabalho assumirá o caráter exploratório com pesquisa teórica e documental. Para tanto, fará uso de pesquisa empírica materializada em consulta do tema junto aos Conselhos de Classe dos profissionais de medicina – Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso –, bem como junto a órgãos internos – Agência Nacional de Saúde, Ministério da Saúde e Congresso Nacional – e organismos internacionais – Organização das Nações Unidas, Organização Mundial de Saúde e Organização Pan-Americana da Saúde, cumprindo o caráter interdisciplinar da pesquisa.

Por examinar e sugerir o uso de dispositivos vestíveis para o implemento do direito à saúde e para o resgate da economia, o trabalho assumirá, também, a vertente jurídico-propositiva.

Com vista a responder à questão-problema, o artigo será dividido em três eixos. No primeiro, far-se-á uma análise do dever constitucional do sistema único de saúde de investir no desenvolvimento científico e tecnológico e em inovação; no segundo, serão apresentados os dispositivos vestíveis e suas funcionalidades; por fim, realizar-se-á o exame do impacto da pandemia do novo coronavírus no sistema público de saúde a fim de comprovar, empiricamente, a eficiência dos vestíveis para o equilíbrio econômico-sanitário.

1 Sistema Único de Saúde e o dever constitucional de investir no desenvolvimento científico e tecnológico e em inovação

A saúde, no Brasil, nos termos do artigo 194 da Constituição Federal, integra o sistema da seguridade social. Esse, por sua vez, compreende o conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público, em todas as esferas, e da sociedade com vista a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Especificamente, o direito à saúde encontra amparo no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal. Aquele dispositivo determina que as políticas públicas tenham por finalidade a redução do risco de doenças e de outros agravos. Impõe também que as ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação do direito à saúde sejam franqueados a todos de forma universal e igualitária.

Por se tratar de um serviço público de alta relevância, o artigo 197 da Constituição Federal determina que o Estado disponha, regulamente, fiscalize e controle o direito à saúde. Criou-se, com essa finalidade, no artigo 198 da Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde ao estabelecer que: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”.

O dever de prestação pública da saúde decorre da natureza do Estado Brasileiro que se converte em um Estado Social Democrático de Direito, que deve obediência à “Constituição do Estado social”.⁴ Com isso, deve o Estado brasileiro adotar políticas públicas efetivas que tenham por fim reduzir o risco de doenças e de outros agravos. Essa obrigação constitucional, dado o fenômeno da globalização e o contexto da revolução tecnológica, não dispensa o dever estatal de investir em novos aparatos tecnológicos necessários ao implemento do direito à saúde de seus cidadãos.

Por isso, a Constituição Federal estabelece, no artigo 200, que ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (inciso I) e incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (inciso V).

A determinação constitucional emanada de tais incisos, portanto, vincula o Estado brasileiro a (i) fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico e (ii) controlar, fiscalizar e participar da produção de equipamentos de interesse para saúde, categoria na qual se enquadram os *wearables*.

No Brasil, o órgão responsável por viabilizar cooperações técnicas nessa área específica é o Ministério da Saúde. Por meio da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos e do Departamento do Complexo Industrial, referido Ministério divulga, periodicamente, o relatório “Inovação em Saúde Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para a saúde”.

2 *Health technology*: os dispositivos tecnológicos vestíveis e suas funcionalidades médicas

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 379.

É essencial, para o desenvolvimento deste eixo da pesquisa, diferenciar *health technology* e *wearables*. Esses vocábulos guardam entre si relação de gênero e espécie.

Por *health technology*, conforme definição fornecida pela OMS, deve-se compreender a “aplicação de conhecimentos e habilidades organizados na forma de dispositivos, medicamentos, vacinas, procedimentos e sistemas desenvolvidos para resolver um problema de saúde e melhorar a qualidade de vida”.⁵

Todavia, tal definição é por demais ampla para as finalidades desta pesquisa, que se dedica a investigar modalidade de tecnologia de saúde que está atrelada à concepção do que há de mais moderno em termos de tecnologias médicas, da qual os *wearables* – computação vestível – e as *startups* são exemplos. Estas, aliás, são capazes de desenvolver “tecnologias de mapeamento de pacientes infectados, baseadas em geoprocessamento”⁶, como os vestíveis.

Health technology é, pois, neste trabalho, uma definição restritiva, e se dedica a averiguar “a relevância das tecnologias em saúde como ferramentas intercessoras de mudança de comportamento na área da saúde”⁷.

Wearables devices, por sua vez, são dispositivos tecnológicos vestíveis, quer dizer, usáveis, acomodáveis, adaptáveis ao corpo humano com o fim de prevenir, monitorar e tratar enfermidades, a exemplo de óculos, relógio, roupas e outros acessórios.

Tais dispositivos, quando inseridos na concepção de tecnologia de saúde, têm por finalidade contribuir cientificamente para a prevenção de patologias, antecipando diagnósticos e fornecendo-os de forma mais precisa, bem como para o seu tratamento, de modo eficiente e seguro.

Segundo o Ministério da Saúde, *wearables* “significa ‘vestível’, e esta tecnologia se refere a todos os dispositivos que são utilizados junto ao corpo, promovendo uma interação ainda mais próxima entre indivíduo e tecnologia do que a proporcionada pelos smartphones”.⁸

Para Lopes e Teixeira, os dispositivos eletrônicos *wearables* representam a evolução da tecnologia móvel e são criados “para vestir”, sendo esperada uma invasão no cotidiano das pessoas por tais dispositivos, já que significam o maior passo de integração entre o ser humano e a tecnologia. Para os autores, “a evolução da tecnologia móvel também é analisada

⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHA 60.29 Health technologies**. Disponível em: https://www.who.int/healthsystems/WHA60_29.pdf?ua=1. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁶ MACHADO, Juliana Martins *et al.* Ações de startups e empresas brasileiras no combate à pandemia da COVID-19. **Ciência em Movimento - Reabilitação e Saúde**, n. 44, v. 22, dez., 2020. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/RS/article/view/1072/903>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁷ PAIVA, Carlos Eduardo Quirino *et al.* Construção de uma tecnologia em saúde para identificação de sinais e sintomas em pacientes surdos. **Journal Health NPEPS**, v. 5, n. 2, p. 303-316, jul-dez; 2020, p. 305. Disponível em: <https://periodicos.unemat.br/index.php/jhnpeps/article/view/4560/3842>. Acesso em 20 jun. 2021.

⁸ LOPES, A. M.; TEIXEIRA, T. Direito das Tecnologias Móveis: mobile & wearable law. Aspectos legais das tecnologias e negócios móveis (M-business). In: ____ (Coord.). **Direito das Novas Tecnologias**: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

e juridicamente tratada, isso porque a tecnologia *wearable* (para vestir) é tida por especialistas como o próximo passo na evolução digital mobile”.⁹

Com efeito, os *wearables devices* – objeto deste estudo – são uma vertente, um tipo específico de *health technology* que se atrelam ao campo da internet das coisas, dada a promessa de monitoramento remoto em tempo real e interligado a um banco de dados, permitindo uma melhor conexão entre paciente e profissionais da saúde.¹⁰

Não por outro motivo é que a Organização Pan-Americana da Saúde considera a criação e o uso de dispositivos tecnológicos na área da medicina essenciais à segurança e eficácia da prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação de doenças e agravos.¹¹

No mesmo sentido, conferindo importância capital ao uso de dispositivos tecnológicos na medicina, a OMS tem promovido “Chamada para Soluções de Tecnologias Inovadoras em Saúde para situação de recursos limitados”. Após a chamada, as soluções selecionadas passam a integrar um “Compêndio de tecnologias inovadoras em saúde: dispositivos médicos, soluções e-Health”. A OMS, por meio da Assembleia Mundial da Saúde, aprovou a Resolução WHA60.29, cujo objetivo é assegurar a melhoria do acesso, a qualidade e uso apropriado e seguro dos dispositivos médicos.¹²

Por certo, a preocupação cada vez maior com a implementação de dispositivos tecnológicos na seara médica induz a necessidade de preparação estatal para esse contexto, o que não é uma exigência desconhecida do Estado brasileiro, pois em seus relatórios tem destacado a importância das *health technologies*:

[...] a inovação tecnológica pode ser entendida como fator de desenvolvimento econômico e social, responsável pelo surgimento ou aperfeiçoamento de produtos ou processos e trazer, desta forma, ganhos em termos de competitividade. [...] Este programa possui quatro linhas temáticas para área de equipamentos médicos, a saber: diagnóstico *in vitro* e por imagens, dispositivos implantáveis,

⁹ LOPES, A. M.; TEIXEIRA, T. Direito das Tecnologias Móveis: mobile & wearable law. Aspectos legais das tecnologias e negócios móveis (M-business). In: ____ (Coord.). **Direito das Novas Tecnologias**: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 245.

¹⁰ COPETTI, Luciele. **Interação, memória e saúde nas redes de conexões móveis: uma análise das conexões sociais da nike+ fuelband**. 2013. 231 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) - a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4532>. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹¹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE BRASIL – OPAS. **Pesquisa e tecnologia em saúde**. 2010. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=551:pesquisa-e-tecnologia-em-saude&Itemid=559. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹² WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHA 60.29 Health technologies**. Disponível em: https://www.who.int/healthsystems/WHA60_29.pdf?ua=1. Acesso em: 30 dez. 2019.

equipamentos eletromédicos e odontológicos, tecnologias da informação e comunicação.¹³

Todavia, durante o desenvolvimento da pesquisa, a partir de contato com os Conselhos de Classe dos profissionais de medicina – Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso –, obteve-se a informação de que não há qualquer normativa interna que discipline o uso de tais dispositivos no Brasil.

Igual resposta fora obtida do Ministério da Saúde e do Congresso Nacional, não tendo havido resposta da Agência Nacional de Saúde.

A Organização das Nações Unidas e a Organização Pan-Americana da Saúde remeteu ao contato da Organização Mundial de Saúde, que possui as normativas acima indicadas.

Com efeito, a partir da pesquisa realizada, constata-se que o interesse na área da tecnologia da saúde e no desenvolvimento de dispositivos tecnológicos médicos é mundial. Esse interesse foi acelerado a partir do contexto da pandemia, o que demanda a investigação de alguns dispositivos e suas funcionalidades na área médica, pois “a tecnologia *wearable* está em expansão e estará cada mais presente em nosso cotidiano”¹⁴.

Como exemplo de *wearables devices* com funcionalidades médicas, citam-se: o IRhythm’s ZIO, destinado a diagnosticar arritmias cardíacas de forma remota com eficiência 57% superior ao obsoleto holter; o Share Cardio Health APP, destinado a monitorar pacientes cardiopatas e hipertensos, prevenindo incidentes cardiovasculares, com acesso aos dados gravados em nuvem de forma remota e em tempo real; o Omada Health, voltado aos pacientes diabéticos e cardiopatas com o fim de modificar a rotina e facilitar a perda de peso; o BlueSky, destinado ao monitoramento de pacientes com doença de Parkinson e a apurar a evolução do tratamento; o EXEHDA-IS, destinado à reabilitação cardíaca, pois classifica as atividades do paciente como normais, identificando situações de risco; e o Projeto CARA, sistema de assistência remoto integral para idosos, incumbido de, por meio de sensores, monitorar todas as atividades do usuário e seus sinais vitais.¹⁵

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para a saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 7. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/avancos_desafios_complexo_industrial_produtos_saude.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021.

¹⁴ PIRES, Gabrielli Tiburi Soares. Câmeras wearables: reflexões sobre uma possível memória fotográfica. In: **XXXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, Foz do Iguaçu, 2014. Disponível em: encurtador.com.br/gHRX6. Acesso em: 19 jun. 2021, p. 07.

¹⁵ CARVALHO, Fabiano Valias de; PEREIRA, Carlos Eduardo Pinto. A internet das coisas (IoT): cenário e perspectivas no Brasil e aplicações práticas. In: **VII SRST Seminário de Redes e Sistemas de Telecomunicações**. Instituto Nacional de Telecomunicações - INATEL, ISSN 2358-1913, set. 2017. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/381466941/A-Internet-das-Coisas-IoT-Cenario-e-Perspectivas-pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

É possível, ainda, especificar outros dispositivos vestíveis com funcionalidades peculiares: a cueca inteligente, desenvolvida por Joseph Wang, que possui um biossensor eletrônico que possibilita aferir a pressão sanguínea, pulsação e acompanhar outros sinais vitais do usuário de forma continuada; tecnologias vestíveis na forma de próteses, implantes e tecidos inteligentes que, ao mesmo tempo em que identificam ferimentos, são capazes de administrar fármacos para combatê-los.¹⁶

Os *wearables*, portanto, possuem como premissa básica a possibilidade de monitoramento remoto, à distância e em tempo real dos pacientes, possibilitando o armazenamento dos dados em prontuário eletrônico arquivado em nuvem, assim como melhor interação entre médico e paciente.

3 *Wearables* como instrumento de desenvolvimento econômico e garantia do direito fundamental à saúde: uma constatação empírica a partir da pandemia

Com a finalidade de introduzir e exemplificar a temática que ilustra este eixo da pesquisa, faz-se necessário diferenciar desenvolvimento de crescimento econômico. Para Amartya Sen, “preços e custos relativos são parâmetros importantes na determinação do quanto um país pode gastar”.¹⁷

Isso ocorre porque a problemática envolve a definição e a análise dos custos do direito. A efetivação de direitos depende, previamente, do desenvolvimento econômico, pois não se desconhece a tese do custo dos direitos: “os direitos não têm somente um custo orçamentário, mas também um custo social”¹⁸.

Todavia, segundo aquele autor, “dado um comprometimento apropriado com o social, a necessidade de levar em conta a variabilidade dos custos relativos é particularmente importante para os serviços sociais nas áreas da saúde e educação”.¹⁹

Nesse quadrante, cumpre examinar o contexto da pandemia do novo coronavírus, que causou o colapso do sistema público de saúde e grave crise econômica.

Em termos econômicos, o Banco Central do Brasil anunciou, como efeito da pandemia, crescimento zero do PIB brasileiro para 2020, conforme relatório de inflação

¹⁶ CORSO, Aline. **Computadores vestíveis afetivos como interface de comunicação**. 2012. 92 f. Monografia (Bacharelado em Tecnologias Digitais) - Universidade de Caxias do Sul. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/13452>. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 70.

¹⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 10.

¹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 70.

divulgado.²⁰ Em 22 de março de 2020, o valor total do plano de saúde econômica destinado a reduzir os impactos do coronavírus no país era de R\$ 214,6 bilhões²¹ e, em 17 de abril de 2020, tal cifra já havia atingido R\$ 1,169 trilhão.²²

O colapso do sistema público de saúde decorreu justamente dessas duas variantes: contato físico e falta de leitos. Com efeito, os vestíveis propiciam o acesso aos dados de saúde dos pacientes de forma integral, remota e em tempo real e anula o risco de contágio decorrente da superlotação das unidades de saúde e preserva leitos hospitalares àqueles que realmente necessitam, diminuindo o risco de uma recessão econômica. E o contexto da pandemia serve exatamente para demonstrar essa viabilidade, pois os países que dominaram tecnologias de saúde tiveram melhores resultados na proteção da saúde e da vida de seus cidadãos, assim como tiveram condições de resgatar mais rapidamente a sua economia.

A literatura médico-científica previu, em 2013, a atual pandemia, do mesmo modo que alerta para a provável ocorrência de novas pandemias, de efeitos ainda piores²³. Discutir aparatos tecnológicos que possam assegurar o equilíbrio econômico-sanitário se mostra, assim, uma necessidade premente ante o risco de nova recessão econômica.

A incerteza sobre o que se está combatendo e o alto risco de contágio impõem a necessidade de segregação da população como forma de conter a transmissão do vírus. Mais ainda, trata-se de impedir o contágio de pessoas do grupo de risco e a superlotação de unidades de saúde, a fim de evitar o colapso do sistema de saúde por falta de leitos, falta de profissionais, falta de utensílios médicos e de insumos hospitalares. A vigente situação de calamidade pública de saúde deve ser tomada como experiência e, mais que isso, como uma advertência de que vidas estão expostas a novos surtos.

Nesse sentido, a implementação de medidas de saúde pública, a exemplo do uso de tecnologias de atendimento remoto, apresenta-se como uma medida econômico-sanitária viável.

A telemedicina, aliada ao uso de dispositivos tecnológicos vestíveis, os *wearables*, pode mostrar-se altamente eficiente por conta do funcionamento de forma remota, a distância. Acredita-se que a orientação, a supervisão, o monitoramento e a vigilância de pacientes infectados ou com suspeita de infecção, a distância, por meio de técnicas de telemedicina e do uso de *wearables*, são medidas importantes que podem ser adotadas no combate da Covid-19 e de outras pandemias.

²⁰ SENADO NOTÍCIAS. **Banco Central zera estimativa de crescimento do PIB em 2020**. Brasília, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/agenda-economica-banco-central-zera-estimativa-de-crescimento-do-pib-em-2020>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²¹ GOVERNO DO BRASIL. **Boletim das medidas tomadas em função da Covid-19 (Coronavírus)**. Brasília, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/covid-19/timeline/marco/22-de-marco-de-2020>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²² GOVERNO DO BRASIL. **Economia apresenta balanço de medidas de combate ao novo coronavírus**. Brasília, 17 de abr. 2020c. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/04/ministerio-da-economia-apresenta-balanco-de-medidas-de-combate-ao-coronavirus>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³ UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: a humanidade em risco**. São Paulo: Contexto, 2011.

Tais tecnologias possibilitam a coleta de dados de saúde do paciente, sem que seja necessária a sua presença em ambiente hospitalar, dados esses transmitidos instantaneamente aos profissionais da saúde, em qualquer lugar do planeta, aumentando a possibilidade de intercâmbio entre profissionais e os cuidados com saúde. O Estado deve preparar-se para novas pandemias, o que se vislumbra que pode ocorrer por meio do uso de *wearables*.

Considerações Finais

1 – O Estado brasileiro tem o dever de promover o desenvolvimento científico e tecnológico e, ao mesmo tempo, controlar, fiscalizar e participar da produção de equipamentos de interesse para saúde, categoria na qual se enquadram os *wearables*;

2 – A pandemia do novo coronavírus causou o colapso do SUS e instalou uma crise econômica, o que demanda estudos sobre a eficiência e incentivo a políticas públicas voltadas ao uso de *wearables* como instrumento de desenvolvimento econômico e garantia do direito fundamental à saúde;

3 – A computação vestível tem funcionalidades que são capazes de combater pandemias e, assim, contribuir para o equilíbrio econômico-sanitário ao permitir o isolamento de pacientes, o monitoramento remoto e a reserva de leitos a casos urgentes;

4 – A utilização dos *wearables* pelo SUS atende ao comando previsto no artigo 200, V, da Constituição Federal, que estipula ser competência do Sistema Único de Saúde incrementar, na sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para a saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/avancos_desafios_complexo_industrial_produtos_saude.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021.

CARVALHO, Fabiano Valias de; PEREIRA, Carlos Eduardo Pinto. A internet das coisas (IoT): cenário e perspectivas no Brasil e aplicações práticas. In: **VII SRST Seminário de Redes e Sistemas de Telecomunicações**. Instituto Nacional de Telecomunicações - INATEL, ISSN 2358-1913, set. 2017. Disponível em:

<https://pt.scribd.com/document/381466941/A-Internet-das-Coisas-IoT-Cenario-e-Perspectivas-pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

COPETTI, Luciele. **Interação, memória e saúde nas redes de conexões móveis: uma análise das conexões sociais da nike+ fuelband**. 2013. 231 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4532>. Acesso em: 19 jun. 2021.

CORSO, Aline. **Computadores vestíveis afetivos como interface de comunicação**. 2012. 92 f. Monografia (Bacharelado em Tecnologias Digitais) - Universidade de Caxias do Sul. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/1345>. Acesso em: 19 jun. 2021.

GOVERNO DO BRASIL. **Boletim das medidas tomadas em função da Covid-19 (Coronavírus)**. Brasília, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/covid-19/timeline/marco/22-de-marco-de-2020>. Acesso em: 19 jun. 2021.

GOVERNO DO BRASIL. **Economia apresenta balanço de medidas de combate ao novo coronavírus**. Brasília, 17 de abr. 2020c. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/04/ministerio-da-economia-apresenta-balanco-de-medidas-de-combate-ao-coronavirus>. Acesso em: 19 jun. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LOBO, Luiz Carlos. Inteligência artificial, o Futuro da Medicina e a Educação Médica. **Rev. bras. educ. med.** n. 42, v. 3, jul-sep, p. 1-8, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/PyRJrW4vzDhZKzZW47wddQy/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

LOPES, A. M.; TEIXEIRA, T. Direito das Tecnologias Móveis: mobile & wearable law. Aspectos legais das tecnologias e negócios móveis (M-business). In: ____ (Coord.). **Direito das Novas Tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Juliana Martins et al. Ações de startups e empresas brasileiras no combate à pandemia da COVID-19. **Ciência em Movimento - Reabilitação e Saúde**, n. 44, v. 22, dez., 2020. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/RS/article/view/1072/903>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE BRASIL – OPAS. **Pesquisa e tecnologia em saúde**. 2010. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=551:pesquisa-e-tecnologia-em-saude&Itemid=559. Acesso em: 19 jun. 2021.

PAIVA, Carlos Eduardo Quirino et al. Construção de uma tecnologia em saúde para identificação de sinais e sintomas em pacientes surdos. **Journal Health NPEPS**, v. 5, n. 2, p. 303-316, jul-dez; 2020, p. 305. Disponível em: <https://periodicos.unemat.br/index.php/jhnpeps/article/view/4560/3842>. Acesso em 20 jun. 2021.

PIRES, Gabrielli Tíburli Soares. Câmeras wearables: reflexões sobre uma possível memória fotográfica. In: **XXXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, Foz do Iguaçu, 2014. Disponível em: encurtador.com.br/gHRX6. Acesso em: 19 jun. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENADO NOTÍCIAS. **Banco Central zera estimativa de crescimento do PIB em 2020**. Brasília, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/agenda-economica-banco-central-zera-estimativa-de-crescimento-do-pib-em-2020>. Acesso em: 19 jun. 2021.

UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias**: a humanidade em risco. São Paulo: Contexto, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHA 60.29 Health technologies**. Disponível em: https://www.who.int/healthsystems/WHA60_29.pdf?ua=1. Acesso em: 19 jun. 2021.

MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA E O DIREITO À PRIVACIDADE DO TELETRABALHADOR

Means of distance surveillance and the right to teleworker privacy

MÁRIO SIMÕES BARATA¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Teletrabalho: noção e modalidades; 3. Poder de direção do empregador; 4. Vigilância do teletrabalhador; 5. A privacidade no Código de Trabalho; 6. Novas ameaças ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador; 7. Conclusão.

Resumo: O presente artigo visa analisar o poder de direção ou conformativo da prestação que é exercido pela entidade empregadora. Este poder encontra-se consagrado no Artigo 97º do Código do Trabalho e abarca a capacidade para vigiar e controlar o desempenho profissional do trabalhador. Contudo, a lei estabelece que a entidade patronal não pode recorrer aos meios de vigilância à distância para monitorizar o trabalhador. Tal princípio está vertido no Artigo 20º do Código de Trabalho. Porém, o legislador aligeirou esta proibição quando se trata de teletrabalho subordinado dado que não há outra via de controlar o desempenho laboral. O recurso aos meios de vigilância à distância por parte do empregador convoca várias questões ligadas à privacidade do teletrabalhador que vão desde o assédio à violação da sua intimidade quando a entidade patronal faz uso dos múltiplos programas informáticos existentes no mercado para controlar o desempenho profissional que recolhem todo o tipo de dados. A utilização destes programas viola o Artigo 26º da Constituição da República Portuguesa que consagra um direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e de acordo com o regime dos direitos, liberdades e garantias estabelecido no Artigo 18º da lei fundamental aquela norma constitucional é diretamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas (leia-se as empresas).

Palavras-chave: Meios de vigilância à distância, Teletrabalho, Privacidade.

Abstract: This article analyses the employer's power of direction or conformation. This power is established in Article 97º of the Labour Code and encompasses the ability of the employer to monitor and control the worker's professional performance. However, the law states that the employer cannot use remote means of surveillance to monitor an employee. This principle is enshrined in Article 20º of the Labour Code. Nevertheless, the legislator eased this prohibition when it comes to subordinate telework since there is no other way to control a worker's performance. The use of remote means of surveillance poses many questions that range from teleworker harassment to the violation of the right to privacy when the employer uses one of the multiple computer programs that are available on the market to monitor professional performance and that also collect all types of data. The use of these programs violates Article 26º of the Portuguese Constitution, which enshrines a right to privacy and, in accordance with the legal regime referring to rights, liberties and guarantees

¹ Doutor em Direito. Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP-IP Leiria). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

established in Article 18 of Portugal's fundamental law, is directly applicable and binding upon public and private entities (for example: employers).

Key words: Remote means of Surveillance; Telework; Privacy.

1. Introdução

Um dos poderes da entidade patronal prende-se com o poder de direção ou o poder conformativo da prestação. Este poder, que assenta na liberdade económica, encontra-se estabelecido no artigo 97º do Código do Trabalho (CT). No quadro do exercício do mesmo, é reconhecido ao empregador a capacidade para vigiar e controlar o desempenho profissional do trabalhador. No entanto, a entidade empregadora terá que observar determinados limites. Um desses limites impede a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho. Tal limitação deriva do princípio geral de proibição da vigilância do trabalhador à distância, que está consagrado no n.º 1 do Artigo 20º do CT.

Ciente desta realidade, o legislador aligeirou o princípio geral de proibição da vigilância do trabalhador à distância quando se trata de teletrabalho subordinado na parte final do n.º 2 do Artigo 20º do CT. O aligeiramento deveu-se à própria natureza da atividade, na medida em que não há outra forma de exercer o poder de controlo. Por outras palavras, o controlo terá de ser feito utilizando os mesmos meios que o trabalhador utiliza para prestar a sua atividade (i.e., através das tecnologias de informação e de comunicação). Contudo, a doutrina alerta para o risco conexo com eventuais comportamentos assediantes do trabalhador por via informática por parte da entidade empregadora.

Para além daquela problemática, o recurso aos meios de vigilância à distância levanta outras questões ligadas à privacidade do trabalhador. Assim, a utilização de meios e programas conexos com o controlo do cumprimento das obrigações laborais em contexto de teletrabalho subordinado tem um limite, na medida em que não podem ser recolhidos dados que constituem uma invasão ilegítima e ilegal da esfera privada do trabalhador no domicílio.

Este artigo visa analisar a problemática conexa com a vigilância do trabalhador para efeitos de controlo de desempenho, as questões conexas com o recurso aos meios de vigilância à distância por parte da entidade patronal no quadro do teletrabalho subordinado e o impacto da sua utilização na privacidade do teletrabalhador, assim como propor algumas alterações à atual legislação laboral de modo a mitigar os problemas suscitados pela natureza intrusiva destas novas ferramentas tecnológicas.

2. Noção e modalidades²

O legislador define o teletrabalho no Artigo 165º do CT como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”. Esta noção comporta, de acordo com João Leal Amado, os dois elementos que caracterizam o teletrabalho: o elemento geográfico (i.e., o trabalho realizado a distância) e o elemento tecnológico (i.e., com recurso a tecnologias de informação e de comunicação).³

Diferentemente, António Monteiro Fernandes dá destaque às características da subordinação e da distância quando analisa a noção de teletrabalho. Assim, ao contrário do contrato de trabalho comum onde o empregador e trabalhador partilham o mesmo espaço, i.e., a relação laboral é presencial, o teletrabalho subordinado “organiza-se de modo que o empregador ou a chefia tem, em cada momento (de um horário de trabalho), a possibilidade de transmitir instruções, acompanhar diretamente a sua execução e realizar eventuais ações corretivas, sem que se achem na presença um do outro”.⁴

Contudo, a noção oferecida pelo legislador é alvo de críticas na doutrina. Nesse sentido, Monteiro Fernandes considera que a expressão “tecnologias de informação e de comunicação” é débil e vaga. O autor sustenta que o significado do enunciado aponta para os domínios da informática e da eletrónica e afirma que estas “existem há muito, com distintas características e diferentes graus de sofisticação. A expressão não é, pois, inteiramente esclarecedora”.⁵

O teletrabalho apresenta, de acordo com Leal Amado, um “carácter multifacetado, assumindo diversas modalidades”.⁶ Nesse sentido, se atendermos ao critério geográfico, ou seja, o local onde o teletrabalho se desenvolve, estamos perante o chamado teletrabalho no domicílio e fora do mesmo. O primeiro representa a modalidade mais frequente de teletrabalho. No entanto, existe o chamado teletrabalho prestado num telecentro (i.e., uma estrutura partilhada por diversos trabalhadores sem relação entre si e ligados a diversas empresas). Para além deste, há o teletrabalho móvel ou nómada que é prestado através de instrumentos portáteis (por exemplo: *smartphones* e *tablets*) em qualquer lugar. Se considerarmos o critério comunicativo, ou seja, o tipo de ligação entre a entidade patronal e o trabalhador, a doutrina distingue entre o teletrabalho “on-line” e o teletrabalho “offline”.

² Os pontos nº 2 segue a nossa exposição em BARATA, Mário S. – “O Regime Jurídico do Teletrabalho em Portugal”, in *Revista Ibérica de Direito*, volume I, nº 1, 2020, p. 58-65.

³ AMADO, João C. L. - *Contrato de Trabalho*, p. 121.

⁴ FERNANDES, A. M. - *Direito do Trabalho*, p. 210.

⁵ Idem, p. 210.

⁶ AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 121.

Todavia, aquele que interessa mais é, na opinião de Leal Amado, o teletrabalho “on-line” e em ambos os sentidos, dada a conexão permanente e a possibilidade de existir um diálogo entre o computador periférico do trabalhador e o computador central do empregador.⁷

3. Poder de direção do empregador

Um dos poderes da entidade patronal prende-se com o poder de direção ou o poder conformativo da prestação. Este poder, que assenta na liberdade económica, encontra-se estabelecido no Artigo 97º do Código do Trabalho. Em concreto, o preceito dispõe “que compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado”.

A doutrina entende que o âmbito deste poder é variável. Nesse sentido, Monteiro Fernandes sustenta que o poder conformativo da prestação varia de acordo a situação de dependência técnica do trabalhador. Assim, é reconhecido ao empregador o poder de definir “os termos em que o trabalho é prestado” nas situações de dependência técnica. Diferentemente, nas situações de autonomia técnica o poder de direção é menos intenso e prende-se como a fixação do tempo e do local de trabalho.⁸ Para além desta questão, o autor entende que este poder abarca a organização do trabalho. Tal significa que este poder tem por objeto “a articulação racional da prestação de cada trabalhador com as dos restantes, nomeadamente através da fixação dos parâmetros temporais das várias prestações de trabalho”.⁹

Em sentido não muito diferente, Leal Amado define o poder de direção como uma “espécie de poder geral de comando, cabendo no âmbito do poder de direção a faculdade de determinar a concreta função a exercer pelo trabalhador, o poder de conformar a prestação laboral e ainda poderes de vigilância e de controlo sobre a atividade desenvolvida pelo trabalhador em sede de execução contratual”.¹⁰ Por outras palavras, o poder de direção ou o poder conformativa da prestação abrange, de acordo com aquele Professor de Coimbra, a capacidade para vigiar e controlar o desempenho profissional do trabalhador. No entanto, a entidade empregadora terá que observar a parte final do Artigo 97º do CT que alude aos “limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”.

⁷ Ver, AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 121 e 122.

⁸ Ver o artigo 116º do Código do Trabalho.

⁹ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 360. Uma manifestação deste poder encontra-se na fixação dos horários de trabalho. Ver o Artigo 212º do Código do Trabalho.

¹⁰ AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 204.

4. Vigilância do teletrabalhador

Um dos limites ao poder de direção ou o poder conformativo da prestação encontra-se no Artigo 20º do Código do Trabalho referente aos meios de vigilância à distância. Em concreto, a norma tem a seguinte redação:

Artigo 20º - Meios de vigilância a distância

1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.

3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no nº 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no nº 3.

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho, o legislador estabeleceu uma proibição de vigilância do trabalhador à distância no nº 1 do Artigo 20º do CT com o intuito de monitorizar o desempenho do mesmo. Contudo, este princípio geral de proibição foi aligeirado no nº 2 do Artigo 20º do CT no caso do teletrabalho subordinado, dado que este controlo terá de ser feito utilizando os mesmos meios que o trabalhador utiliza para prestar a sua atividade (i.e., os meios informáticos). Dito de outro modo, no caso do teletrabalho o aligeiramento deveu-se à própria natureza da atividade, na medida em que “não há outra forma de exercer o poder de vigilância ou controlo”.¹¹

Porém, a doutrina alerta para o risco conexo com possíveis comportamentos assediantes do trabalhador por via informática por parte da entidade patronal ou

¹¹ RAMALHO, M. R. P. - *Contratos e Regimes Especiais*, p. 188.

empregadora. Consequentemente, uma eventual revisão do regime jurídico relativamente ao teletrabalho subordinado deverá contemplar a questão da vigilância ou do controlo do desempenho do trabalhador, de modo a salvaguardar a privacidade do mesmo e dissuadir fortemente qualquer prática de assédio.¹²

5. A privacidade do teletrabalhador no Código do Trabalho

A questão da privacidade no teletrabalho assume uma relevância especial dado que o trabalhador, na maior parte dos casos desta modalidade de trabalho, desempenha funções em casa. Como tal, o legislador entendeu introduzir algumas regras específicas no Código de Trabalho, designadamente no n.º 1 do artigo 170.º.¹³ Desta forma, o empregador tem de respeitar a privacidade do teletrabalhador, os tempos de descanso e de repouso da família. Nesse sentido, o empregador pode visitar o teletrabalhador em casa. Contudo, tais visitas, destinadas ao controlo da atividade laboral e à verificação dos instrumentos de trabalho, só podem ser efetuadas entre as 9 e as 19 horas.

Apesar de o legislador ter balizado o período temporal relativamente às visitas da entidade patronal, a doutrina entende que o fez de uma forma deficiente. Neste quadro, Maria do Rosário Palma Ramalho defende que tais visitas só podem ocorrer em dia normal de trabalho e subscrive as observações de Teresa Coelho Moreira, que afirma que “a norma peca por defeito ao não limitar expressamente o horário das visitas em função do período de trabalho semanal, uma vez que não faz sentido que o empregador visite o teletrabalhador no seu domicílio durante o período de repouso semanal, ainda que entre as 9 e as 19 horas”.¹⁴ Assim, o legislador deverá, em nossa opinião, rever a redação dos n.º 1 e 2 do atual Artigo 170.º do CT de modo a garantir a privacidade do teletrabalhador subordinado no sector privado (e público) com vista a proteger o mesmo de visitas indesejadas e inoportunas da entidade patronal fora do período normal de trabalho.

6. Novas ameaças ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador

Todavia, a problemática conexa com as visitas despropositadas da entidade empregadora ao domicílio do trabalhador não constitui a única questão que se coloca em

¹² Ver o Artigo 29.º do Código do Trabalho.

¹³ Ver o Artigo 170.º do Código do Trabalho.

¹⁴ RAMALHO, *Contratos e Regimes Especiais*, p. 187, nota 209.

matéria de privacidade. Na verdade, o poder de controlar a execução da prestação laboral, que assenta na liberdade económica da entidade patronal, levanta igualmente questões ligadas à privacidade do trabalhador quando o empregador recorre aos meios de vigilância a distância. A propósito desta questão Teresa Coelho Moreira alude à multiplicidade de dispositivos eletrónicos que incluem “a videovigilância, que engloba agora todos os sensores num contexto da Internet das Coisas, a audiovigilância, a geolocalização, o controlo das comunicações eletrónicas, o controlo através das redes sociais, das mensagens instantâneas, dos dados biométricos, do reconhecimento facial, da crescente utilização da *Inteligência Artificial*, que permitem monitorizar, virtualmente, todos os aspetos da vida profissional, assim como a vida extraprofissional, e mesmo, por vezes, a vida íntima dos trabalhadores, muitas vezes através do cruzamento deste tipo de informação”.¹⁵ Assim, a utilização de meios e programas conexos com o controlo do cumprimento das obrigações laborais em contexto de teletrabalho subordinado tem um limite, na medida em que não podem ser recolhidos dados que constituem uma invasão ilegítima e ilegal da esfera privada do teletrabalhador e da sua família.

Perante o poder do empregador de vigiar a execução da prestação laboral do teletrabalhador subordinada, Teresa Moreira defende uma utilização restrita de programas que tem por objetivo o controlo dos trabalhadores.¹⁶ Nesse sentido, convoca a posição da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) que se encontra vertida na Orientação sobre o controlo à distância de trabalhadores. Assim, a CNPD defende a proibição da utilização de programas e de “softwares que, para além do rastreamento do tempo de trabalho e de inatividade, registam as páginas de Internet visitadas, a localização do terminal em tempo real, as utilizações dos dispositivos periféricos (ratos e teclados), fazem captura de imagem do ambiente de trabalho, observem e registam quando se inicia o acesso a uma aplicação, controlam o documento em que se está a trabalhar e registam o respetivo tempo gasto em cada tarefa (v.g., *TimeDoctor*, *Hubstaff*, *Timing*, *Manic Time*; *TimeCamp*, *Toggl*, *Harvest*)”.¹⁷

Teresa Moreira oferece ainda vários exemplos de programas que controlam a atividade dos trabalhadores e descreve pormenorizadamente o tipo de dados recolhidos pelos mesmos. Por exemplo, os arquivos e ficheiros log do servidor identificam o emissor e o recetor de cada mensagem, o assunto, os anexos, bem como a hora da comunicação, com o

¹⁵ MOREIRA, T. C. - *Privacidade em tempos de pandemia?*, p. 76.

¹⁶ *Idem*, p. 78.

¹⁷ Orientação de 17 de abril de 2020 e disponível em http://www.cnpd.pt/home/orientações/Orientações_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf.

propósito de saber quais os números marcados, a natureza da chamada (i.e., pessoal ou profissional) e a duração da mesma. Um outro exemplo reside nos programas que detetam certas e determinadas palavras, de natureza obscena, nos e-mails enviados ou recebidos, de modo a aferir se existe um nexo com a atividade profissional. Um terceiro exemplo encontra-se nos programas que controlam os conteúdos do correio eletrónico e de todas as mensagens trocadas pelo trabalhador por outros meios de comunicação. De acordo com a referida autora estes programas “vão para além da procura de determinados palavras-chave, pretendendo analisar o conteúdo da mensagem, realizando uma verdadeira análise contextual, tentando encontrar o próprio sentido da mensagem”¹⁸ Por último, alude aos programas que ciclicamente fotografam aquilo que está a ser visualizado no computador do trabalhador. Os “screenshots” que são tirados “permitem ver as pessoas que estão por exemplo numa reunião com este trabalhador, o interior das casas dessas pessoas, assim como do próprio trabalhador e do seu agregado familiar, nomeadamente menores de idade”.¹⁹

Acontece que a utilização dos programas que acabámos de descrever por parte da entidade patronal suscita questões de natureza jurídico-constitucional em linha com a seguinte constatação de Jorge Miranda e Rui Medeiros: “a relação laboral pode também levantar questões relativas à intimidade da vida privada”.²⁰ Tal utilização é, em nossa opinião, inconstitucional, dado que viola a privacidade do trabalhador que está protegida pelo n.º 1 do Artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Nesse preceito, a lei fundamental portuguesa consagra um direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. O direito em questão implica, de acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira “o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar,” bem como “o direito que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.²¹ Assim, qualquer tipo de controlo através do recurso a programas informáticos só respeitará a Constituição se não aceder e recolher informações sobre a vida privada e familiar do teletrabalhador e cumprir como “todos os requisitos do tratamento de dados pessoais, nomeadamente o princípio da finalidade, da proporcionalidade e da transparência, assim como o princípio da proteção de dados desde a conceção e por defeito, previsto no artigo 25.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados”.²²

¹⁸ MOREIRA, *Privacidade em tempos de pandemia?*, p. 79.

¹⁹ *Idem*, p. 80.

²⁰ MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. – *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I: Introdução Geral, Preambulo, Artigos 1.º a 79.º*, p. 291.

²¹ CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. – *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, p. 467.

²² MOREIRA, *Privacidade em tempos de pandemia?*, p. 81.

No entanto, a doutrina constata que as vendas destes programas triplicaram desde o início da pandemia, número que exprime uma clara insensibilidade relativamente aos direitos dos teletrabalhadores e desrespeito relativamente às normas em vigor.²³ Ora, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador é um direito, liberdade e garantia diretamente aplicável e vinculou, por força do n.º 1 do Artigo 18.º da Constituição, as entidades públicas e privadas (leia-se as empresas/ entidade patronal). Consequentemente, o legislador deverá, em nossa opinião, legislar no sentido de melhor proteger a privacidade do teletrabalhador subordinado, concretizando assim o n.º 2 do Artigo 26.º da Constituição assim como a função garantística do Direito do Trabalho, i.e., “de promover a específica realização, no domínio das relações laborais, de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global”.²⁴

Nesse sentido, e para começar a resolver o problema conexo com estas novas ameaças o legislador deverá, em nossa opinião, alterar a qualificação da contraordenação prevista na parte final do n.º 4 do Artigo 20.º do CT de “leve” para “muito grave” quando a entidade patronal não cumpre com a sua obrigação de informar o trabalhador sobre a existência e a finalidade dos meios de vigilância concretamente utilizados para monitorizar ou controlar o desempenho profissional do mesmo previstos no n.º 3 do preceito.

Para além desta alteração relativamente à qualificação da contraordenação, consideramos que este assunto merece reflexão nas instituições da União Europeia e do Estado português. Assim, os órgãos dotados de poderes legislativos deverão adotar legislação que proíba a comercialização de programas informáticas que, a propósito de controlar o desempenho dos teletrabalhadores, recolhem todo o tipo de dados que pertencem à esfera privada do trabalhador, ao arrefio dos direitos consagrados nas constituições nacionais, da legislação europeia e nacional que regulam os dados pessoais²⁵ e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).²⁶

7. Conclusão

Em suma, a análise do poder de direção ou conformativo da prestação do empregador que acabámos de apresentar revela que o legislador (leia-se Código do Trabalho) protege de uma forma deficiente a privacidade no contexto de teletrabalho. Dito de outro modo, as questões conexas com a privacidade de quem assume a qualidade de teletrabalhador

²³ *Idem*, p. 80.

²⁴ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 360.

²⁵ Lei n.º 58/ 2019.

²⁶ Ver o Artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

subordinado não se circunscrevem às visitas indesejadas da entidade patronal nem às potenciais situações de assédio. Pelo contrário, a pandemia veio expor as inúmeras violações da esfera íntima dos teletrabalhadores e das suas famílias, dada a utilização de programas informáticas que visam controlar o desempenho profissional do trabalhador, mas que recolhem uma enorme quantidade de dados privados. Assim, defendemos que o legislador (europeu e ou nacional) deverá ponderar esta nova realidade e adotar uma proibição geral de comercialização de programas informáticos que tenham uma natureza intrusiva e desrespeitadora da esfera privada do teletrabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8014-7.

BARATA, Mário Simões – O regime do teletrabalho em Portugal. *Revista Ibérica de Direito*, 2020, volume I, nº 1, p. 58-65. ISSN 2184-7487.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

FERNANDES, António M. - *Direito do Trabalho, 18ª edição*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6999-9.

LAMBELHO, Ana; GONÇALVES, Luísa Andias – *Direito do Trabalho: Da Teoria à Prática*. Lisboa: Rei dos Livros, 2017. ISBN 978-989-8823-48-9.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I: Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 972.32-1308-7.

MOREIRA, Teresa Coelho – Privacidade em Tempos de Pandemia? In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma & MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Covid-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 65-88. ISBN 978-972-629-599-0.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho: Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8054-3.

REDINHA, Maria Regina - Teletrabalho 2020 ou o encanto de Janos. In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma & MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Covid-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 39-48. ISBN 978-972-629-599-0.

PERSPECTIVAS PARA O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

Perspectives for the Use of Artificial Intelligence for the Judgement of Repetitive Litigation

RAFAELA SÁNCHEZ VISSOKY¹

MARCO FÉLIX JOBIM²

Sumário: 1. Introdução; 2. As Ações Repetitivas e o IRDR no Contexto da Pandemia da COVID-19; 3. O Uso da Inteligência Artificial para o Julgamento de Casos Repetitivos; 4. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem como propósito enfrentar os principais desafios e perspectivas para o empreendimento de meios tecnológicos, em especial da inteligência artificial, para o julgamento de demandas repetitivas que alcançam ao Poder Judiciário. Com o advento das novas tecnologias e a multiplicidade e complexidade de demandas que permeiam o poder judiciário, bem como a crescente quantidade de ações judiciais decorrentes da pandemia da COVID-19, discute-se a viabilidade do uso da inteligência artificial para o julgamento de casos repetitivos, analisando a sua frontal colisão com os direitos fundamentais. Nesse sentido, pretende-se perpassar pelos conceitos de ações repetitivas e de incidente de resolução de demandas repetitivas, desde o seu surgimento até a sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro, para, posteriormente, analisar a pandemia e suas consequências jurídicas no âmbito do direito processual, bem como sua correlação com o surgimento crescente destas. Finalmente, examinar-se-á a evolução tecnológica do direito processual civil e as perspectivas para o uso da inteligência artificial para o julgamento de casos repetitivos. Utilizar-se-á do método dedutivo tradicional, tendo como base de estudo a doutrina e a legislação brasileira, bem como a revisão bibliográfica e a coleta jurisprudencial, utilizando-se da legislação e doutrina comparada, nas hipóteses em que cabível.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Tecnologia; Ações Repetitivas; Direitos Fundamentais.

¹ Graduanda do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Bolsista de Iniciação Científica em Direito Processual Civil. E-mail: rafaella.vissoky@edu.pucrs.br.

² Orientador, Doutor em Direito, Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: marco.jobim@edu.pucrs.br.

Abstract: This article aims to face the main challenges and perspectives for the development of technological means, especially artificial intelligence, for the judgment of repetitive demands that reach the Judiciary. With the advent of the new technologies and the multiplicity and the complexity of demands that permeate the judiciary, as well as the growing number of lawsuits arising from the COVID-19 pandemic, the feasibility of using artificial intelligence to judge cases is being discussed, analyzing its frontal collision with the fundamental rights. In this sense, it is intended to go through the concepts of the repetitive actions and the incident of resolving repetitive demands, from its emergence to its consolidation in the Brazilian legal system, to later analyze the pandemic and its legal consequences in the scope of procedural law, as well as its correlation with the increasing emergence of these. Finally, we will examine the technological evolution of civil procedural law and the perspectives for the use of artificial intelligence for the judgment of repetitive cases. The traditional deductive method will be used, based on the Brazilian doctrine and the Brazilian legislation, as well as the bibliographical review and the jurisprudential collection, using the legislation and the comparative doctrine, when it is applicable.

Keywords: Artificial Intelligence; Technology; Repetitive Litigation; Fundamental Rights.

1. Introdução

Um dos impactos da pandemia da COVID-19 no direito processual civil foi aumento significativo do número de ações repetitivas que cercam o poder judiciário. Independentemente desse fator, já é consabido que nosso sistema jurídico se encontra sobrecarregado, ante a diversidade, complexidade e multiplicidade de demandas a que lhe alcançam. Não por outro motivo, é que se denota maior exploração de meios alternativos de resolução de disputas, tais como a negociação, a mediação e a arbitragem, com o ímpeto de aliviar o poder judiciário e viabilizar julgamentos mais céleres, eficazes e menos onerosos às partes envolvidas. No mesmo sentido, evoluem os estudos do emprego de meios tecnológicos, em especial da inteligência artificial, para o julgamento de demandas judiciais, inclusive para julgamentos repetitivos.

Nesse andar, cuidará o presente artigo das perspectivas para o emprego da inteligência artificial para o julgamento de casos repetitivos, a partir da análise do surgimento das ações repetitivas decorrentes da pandemia da COVID-19.

2. As Ações Repetitivas e o IRDR no Contexto da Pandemia da COVID-19

Um dos marcos trazidos pela vigência do novo Código de Processo Civil é, sem dúvidas, a previsão legal da hipótese da instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). A Comissão do Senado, presidida por Luiz Fux, já idealizava um incidente de coletivização, aliado à iniciativa de fortalecer o instituto jurídico de

precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com o escopo de uniformizar a jurisprudência nacional de forma efetiva.³

Naturalmente, o presente mecanismo passa a compreender diversas áreas do direito processual civil e do direito constitucional, em especial às ações coletivas, cujas ações envolvem matéria ambiental, trabalhista, civil, tributária e até mesmo penal.⁴

Com isso, ocorre o deslocamento das demandas individuais para a abrangência de demandas cujo espectro é amplo, com o intuito de impedir um fluxo desnecessário de ações repetidas, trazendo economia temporal, financeira e processual aos julgamentos massificados.⁵

Não por outro motivo, inspirando-se na doutrina alemã (*Musterverfahren*), o Código de Processo Civil institui o instituto do IRDR, que conjuga instrumentos nacionais com características genuínas para a sua aplicação, trazendo maior efetividade ao julgamento das demandas de massa.⁶

Bem assim, o cenário de inadequação dos meios processuais tradicionais para o julgamento de casos repetitivos acaba por obstar a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e o próprio acesso à justiça, não somente pela duração razoável do processo, mas também pelo tratamento isonômico e uniformidade das decisões judiciais.⁷

É nesse contexto que se reconhece a pandemia da COVID-19 como emergência da saúde pública, ante a multiplicação exponencial dos casos detectados e a necessidade de prestação jurisdicional para cumprir seus fins.⁸ O alcance da pandemia e de seus impactos

³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁵ SOUZA, Artur César de. **Resolução de Demandas Repetitivas: Comunicação de Demanda Individual, incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O IRDR e o requisito da efetiva repetição de processos (ou causas pendentes) que dependam da solução da questão comum de direito a ser uniformizada. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, 2021, pp. 01-21.

⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁸ Chinese Centre for Disease Control and Prevention. The Epidemiological Characteristics of an Outbreak of 2019 Novel Coronavirus Diseases (COVID-19). China: **China CDC Weekly**, v. 2. n. 8., 2020, pp. 113-122.

abrange repercussões de ordem econômica, atividades públicas e industriais, mercado financeiro e o próprio fenômeno da globalização.⁹

Nesse sentido, compreende-se que a pandemia da COVID-19, em se tratando de circunstância afeta à saúde pública, apenas pode ser contida através de medidas sociais e ações por parte de indivíduos, instituições, comunidades e iniciativas conjuntas por parte do governo nacional e das corporações internacionais.¹⁰ No caso em estudo, interessa ao processo civil a iniciativa de adequar o procedimento utilizado para o julgamento efetivo e tempestivo das ações repetitivas.

3. O Uso da Inteligência Artificial para o Julgamento de Casos Repetitivos

Como alternativa à numerosa quantidade de ações repetitivas, especialmente no contexto de pandemia da COVID-19, tem-se o uso da inteligência artificial, com o escopo de uniformizar os julgamentos, de modo célere e efetivo. Não obstante o intenso fomento da modernidade de promover a autocomposição em juízo, o exercício da jurisdição parece imprescindível à prestação da tutela jurisdicional, sob a ótica da necessidade de que exista uma bipolaridade, ou seja, dois polos distintos, o que conduz ao questionamento da viabilidade do uso da inteligência artificial para tanto.¹¹

Sob outro viés, descabe o entendimento de que seja concebida uma jurisdição que não acompanhe a virada tecnológica crescente em outros campos de estudo, em maior ou menor grau, conquanto inevitável no contexto atual.¹² Nesse andar, é que se compreende a possibilidade de que alternativas como *design thinking*, *legal design* e *visual law* sejam empregadas cuja interpretação seja realizada através dos valores públicos em questão para a tomada da

⁹ COSTANZO, Lucia Di. A look at the COVID-19 pandemic: the Italian case. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2020, pp. 382-396.

¹⁰ World Health Organisation. Coronavirus disease 2019 (COVID-19). **SUBJECT ON FOCUS: Public Health and Social Measures for the COVID-19 Pandemic**, 2020.

¹¹ SALLES, Bruno Makowiecky. Jurisdição e Inteligência Artificial. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, v. 2, n. 2, 2020.

¹² LAGE, Lorena Muniz e Castro; LIMA, Henrique Cunha Souza; MARTINO, Antonio Anselmo (coord.). Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. Inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao direito II. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. ANDRADE, Marcela Adriana Carvalho. **Contraditório como Garantia de Influência: Problemáticas em Face de Decisões Algorítmicas**. Belo Horizonte - Skema Business School, 2020.

decisão no caso em concreto, uma vez que permite mensurações científicas e consequentemente, menos políticas.¹³

O emprego de meios tecnológicos para o julgamento de casos, especialmente em havendo demandas massificadas, vem sendo exaustivamente tratado entre profissionais jurídicos. O uso de algoritmos, ou dos denominados “juízes robôs” para a tomada de decisões acarreta preocupações aos aplicadores do direito, na medida em que não detém a capacidade plena da análise das peculiaridades do caso concreto. Outrossim, a ausência de domínio por parte dos juízes em relação ao funcionamento da ferramenta também coloca em ameaça os princípios-base do ordenamento vigente¹⁴, tais como a imparcialidade e o princípio do juiz natural.

Bem assim, a tomada de decisão por parte de algoritmos tende a exercer julgamentos discriminatórios, além de afetar a transparência decisória e, como tema central da presente discussão, cinge-se ao aspecto da impossibilidade de exercício ao direito de explicação, também conhecido como direito de influência, fundamental assegurado pelo princípio do contraditório¹⁵.

Sem embargo, os possíveis obstáculos à implementação da inteligência artificial, como a mitigação do princípio do contraditório perante os direitos difusos, individuais e coletivos, por si só, não obsta a sua aplicação em determinadas circunstâncias. Nas palavras de Jordi Nieva Fenoll¹⁶:

Pero igualmente se equivoca un juez cuando dicta una sentencia errando en la interpretación adecuada del ordenamiento jurídico, o en la elección de la ley aplicable. El ser humano no está exento de descuidos,

¹³ NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O Contraditório e a sua Implementação pelo Design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020. pp. 199-225.

¹⁴ BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. Direito à Explicação e Decisões Automatizadas: Reflexões sobre o Princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020. pp. 199-225.

¹⁵ BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. Direito à Explicação e Decisões Automatizadas: Reflexões sobre o Princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020. pp. 199-225.

¹⁶ FENOLL, Jordi Nieva. **inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2018.

errores o inexactitudes. Es crucial entender y asumir las limitaciones de unos y otros para no suponer la inteligencia artificial capacidades que no puede tener; pero tampoco para exagerar las capacidades del ser humano.

Consequentemente, superada a visão meramente formal do direito ao contraditório, ou como o simples direito à bilateralidade, nasce a necessidade de se compatibilizar a virada tecnológica e suas inúmeras vantagens, quais sejam, a celeridade a segurança jurídica e a mitigação dos custos, com os direitos fundamentais estruturantes do processo.¹⁷

Nessa perspectiva, a crise quantitativa sem precedentes que permeia o poder judiciário conduz ao fomento à autocomposição e reformas judiciais, sem que se olvide dos possíveis prejuízos destes ao sistema vigente.¹⁸

4. Considerações Finais

Em sendo o Código de Processo Civil um instrumento para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e, não somente isso, mas também para a efetivação dos direitos fundamentais, o papel do julgador no exercício da jurisdição torna-se imprescindível e necessário à concretização da justiça.

Não obstante, é imperioso ressaltar que o exercício da jurisdição deve estar em consonância com as circunstâncias jurídicas e sociais vigentes, como é o caso da pandemia da COVID-19. Ademais, com o advento da revolução tecnológica e a sociedade da informação, resta evidente a necessidade de adaptação do judiciário para que cumpra seus fins, atendendo, também, aos critérios da celeridade e da tempestiva da prestação da tutela de direito material.

Não por outro motivo, é que a inteligência artificial vem sendo estudada por inúmeros operadores do direito e de outros campos científicos, ainda que a passos não tão largos, atividade esta que também depende do bom senso e da atuação por parte de agentes públicos e da coletividade.

¹⁷ LAGE, Lorena Muniz e Castro; LIMA, Henrique Cunha Souza; MARTINO, Antonio Anselmo (coord.). Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. Inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao direito II. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. ANDRADE, Marcela Adriana Carvalho. **Contraditório como Garantia de Influência: Problemáticas em Face de Decisões Algorítmicas**. Belo Horizonte - Skema Business School, 2020.

¹⁸ SALLES, Bruno Makowiecky. Jurisdição e Inteligência Artificial. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, v. 2, n. 2, 2020.

Referências Bibliográficas

BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. Direito à Explicação e Decisões Automatizadas: Reflexões sobre o Princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020. pp. 199-225.

Chinese Centre for Disease Control and Prevention. The Epidemiological Characteristics of an Outbreak of 2019 Novel Coronavirus Diseases (COVID-19). China: **China CDC Weekly**, v. 2. n. 8., 2020, pp. 113-122.

COSTANZO, Lucia Di. A look at the COVID-19 pandemic: the Italian case. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2020, pp. 382-396.

FENOLL, Jordi Nieva. **inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2018.

LAGE, Lorena Muniz e Castro; LIMA, Henrique Cunha Souza; MARTINO, Antonio Anselmo (coord.). Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. Inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao direito II. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. ANDRADE, Marcela Adriana Carvalho. **Contraditório como Garantia de Influência: Problemáticas em Face de Decisões Algorítmicas**. Belo Horizonte - Skema Business School, 2020.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O IRDR e o requisito da efetiva repetição de processos (ou causas pendentes) que dependam da solução da questão comum de direito a ser uniformizada. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, 2021, pp. 01-21.

MENDONÇA, Leticia Koepfel. **Design Thinking e Políticas Públicas: Ampliando as possibilidades de diálogo**. Orientador: Prof. Dr. Roberto Rocha Coelho Pires. Co-orientador: Prof. Dr. Pedro Luiz Costa Cavalcante. Dissertação (mestrado em Economia) -

Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, Brasília - IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2019.

NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O Contraditório e a sua Implementação pelo Design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva da influência. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020. pp. 199-225.

SALLES, Bruno Makowiecky. Jurisdição e Inteligência Artificial. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, v. 2, n. 2, 2020.

SOUZA, Artur César de. **Resolução de Demandas Repetitivas: Comunicação de Demanda Individual, incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

World Health Organisation. Coronavirus disease 2019 (COVID-19). **SUBJECT ON FOCUS: Public Health and Social Measures for the COVID-19 Pandemic**, 2020.

TRANSPARÊNCIA NO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Transparency in data sharing by the public administration: reflections from the general data protection law

DANIELA WENDT TONIAZZO¹

CLÁUDIO TEIXEIRA DAMILANO²

Sumário: Introdução; 1. O princípio da transparência e o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública; 2. A interoperabilidade dos sistemas da Administração Pública com pressuposto para um compartilhamento de dados compatível com o princípio da transparência na LGPD; Conclusão; Referências.

Resumo: O objetivo geral deste artigo é abordar o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública a partir do princípio da transparência. Por sua vez, o objetivo específico é analisar a interoperabilidade dos sistemas como pressuposto para a transferência dos dados entre os órgãos do Poder Público e melhor atuação dos mesmos na prestação de serviços e implementação de políticas públicas. Ou seja, o problema que se busca resolver no presente artigo é como a interoperabilidade dos sistemas aparece, a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, como requisito para a concretização do princípio da transparência e, consequentemente, proteção da privacidade, no compartilhamento de dados entre os órgãos da Administração Pública. Questiona-se a possibilidade de compartilhamento de dados e a observância do princípio da transparência sem que se tenham sistemas interoperáveis, uma vez que o compartilhamento adequado e contínuo de dados e informações, indispensável para a implementação de políticas públicas eficientes e prestação de serviços de qualidade pela Administração Pública, pressupõe sistemas interligados e seguros e prestação de informações claras e completas aos titulares que terão seus dados compartilhados. Para tanto, a pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo, formulando hipóteses que serão acolhidas ou rejeitadas. O método de procedimento será o comparativo e o de interpretação será o sistemático e sociológico. A pesquisa utilizará como base fontes bibliográficas e documentais. O texto é dividido em dois itens: no primeiro, será abordado o princípio da transparência e o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública; no segundo item, a interoperabilidade dos sistemas da Administração Pública como pressuposto para um compartilhamento de dados compatível com o princípio da transparência. O resultado obtido na pesquisa revela que a relativização da privacidade, decorrente do compartilhamento dos dados pelos órgãos públicos, utilizado como

¹ Mestranda em Direito pela PUC/RS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Procuradora do Ministério Público de Contas do Rio Grande do Sul. E-mail: danitoniazzo@terra.com.br; CV: <http://lattes.cnpq.br/6257252084634239>.

² Mestrando em Direito pela PUC/RS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/1215685488127905>.

importante instrumento de gestão e necessário para a implementação de políticas públicas eficientes e prestação de serviços adequados, somente se justifica diante de uma Administração Pública transparente, interligada, comprometida com o princípio da privacidade, bem como amparada em sistemas interoperáveis e que atendam aos requisitos da “cibersegurança”.

Palavras-chave: transparência; proteção de dados; Administração Pública.

Abstract: The general objective of this article is to approach data sharing in Public Administration based on the principle of transparency. The specific objective here is to analyze the interoperability of the systems as a prerequisite for the transfer of data between government agencies and to improve their performance in the provision of services and implementation of public policies. Therefore, this article aims to understand how the interoperability of systems appears in the Brazilian General Law of Data Protection as a requirement for the implementation of the principle of transparency and protection of privacy in the sharing of data among the Administration Public agencies. The possibility of data sharing and the observance of the principle of transparency without interoperable systems is questioned since the adequate and continuous sharing of data, which is indispensable for the implementation of effective public policies and the provision of quality services by the Public Administration, presupposes interconnected and secure systems and the provision of clear and complete information to the owners of the shared data. For this, the research adopts the hypothetical-deductive approach formulating hypotheses that will be accepted or rejected. The method of procedure will be comparative and the method of interpretation will be systematic and sociological. The research will be based on bibliographic and documentary sources. The text is divided into two items. The first item will discuss the principle of transparency and data sharing in Public Administration; the second item will deal with the interoperability of Public Administration systems as a prerequisite for data sharing compatible with the principle of transparency. The result obtained in the research reveals that the relativization of privacy resulting from the sharing of data by the Public Administration bodies, used as an important management tool and necessary for the implementation of efficient public policies and the provision of adequate services, is only justified in the light of a transparent and interconnected Public Administration committed to the principle of privacy and supported by interoperable systems that meet the requirements of “cybersecurity”.

Keywords: transparency; data protection; Public Administration.

Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018), surge no Brasil com o objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Assim sendo, impôs uma mudança de comportamento nas pessoas e no Estado, dando-se início a uma nova realidade.

Neste breve estudo, será abordado o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública a partir do princípio da transparência (artigo 6, inciso VI da LGPD).

Diante disto, será demonstrada a importância da interoperabilidade entre os sistemas estatais para uma gestão administrativa eficiente e ajustada aos princípios e direitos relacionados à privacidade de dados. O Estado gerencia uma gigantesca quantidade de informações e dados dos cidadãos, os quais são indispensáveis para a implementação de políticas públicas, nos mais diversos âmbitos: saúde, segurança, educação etc. O compartilhamento desses dados restou cancelado pela LGPD, pois o artigo 7º autoriza-o para a execução de políticas públicas e reforça, no artigo 26, que o uso deve atender a finalidades específicas, respeitando os princípios associados à proteção de dados pessoais.

Não havendo qualquer questionamento sobre a possibilidade de compartilhamento de dados entre os órgãos da Administração Pública, tanto para a prestação de serviços públicos quanto para a realização de políticas públicas, surge a necessidade de observância do princípio da transparência para que essas trocas ocorram de forma a não violar a privacidade dos cidadãos titulares dos dados³. Além disso, o artigo 25 da LGPD estabelece a necessidade de que esses dados sejam mantidos em formato interoperável, ou seja, os sistemas dos órgãos da administração pública devem ser integrados, inteligíveis e seguros.

A pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo, formulando hipóteses que serão acolhidas ou rejeitadas. O método de procedimento será o comparativo e o de interpretação será o sistemático e sociológico. A pesquisa utilizará como base fontes bibliográficas e documentais. Assim, o texto é dividido em dois itens. No primeiro, serão abordados o princípio da transparência e o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública. No segundo item, a interoperabilidade dos sistemas da Administração Pública como pressuposto para um compartilhamento de dados compatível com o princípio da transparência.

1. O princípio da transparência e o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública

O tratamento e compartilhamento adequado e contínuo dos dados e informações pela Administração Pública são atividades ínsitas ao Estado, sem as quais não seria possível o cumprimento de suas funções, em especial, a implementação de políticas públicas e a prestação de serviços essenciais. A partir da LGPD, o compartilhamento de informações deve observar o princípio da transparência, nos termos exigidos pelo artigo 6º. Isto porque,

³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 2. p. 22. “A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada a velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social.”

os dados são capazes de traduzir aspectos da personalidade, comportamento e preferências⁴, e, quando coletados pelo Poder Público, são indispensáveis para o atendimento das necessidades públicas. O Estado deve e pode conhecer seus cidadãos⁵ a partir da coleta e tratamento dessas informações para alcançar as finalidades constitucionalmente impostas.

A preocupação com a privacidade e suas garantias, tais como o direito à informação sobre a utilização de dados pessoais, exige uma atuação cautelosa do Estado, para não ser ele um potencial causador de dano a esses direitos, desvirtuando a sua utilização. Aliás, a própria origem da disciplina de proteção de dados pessoais foi alavancada pela ideia de limitação do poder do Estado. Desde a positivação do direito à privacidade, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶ até as primeiras concepções de legislações de proteção de dados propriamente ditas, o Estado tem um papel central no debate sobre a interação entre público e privado e os limites de interferência na vida do indivíduo.

Como bem explica Danilo Doneda⁷, a proteção à privacidade ganhou especial atenção após a Segunda Guerra Mundial, no âmbito internacional, e, posteriormente, no plano nacional, restou reconhecida como verdadeiro direito fundamental, não restando dúvidas, portanto, de que sendo direito humano e fundamental, de eficácia horizontal⁸, explicitamente reconhecido, seu afastamento ou abrandamento necessita da devida justificativa, também, constitucional e, sendo assim, qualquer sistema ou mecanismo que viabilize o tratamento e compartilhamento de dados dos cidadãos está apto a expor, de forma desproporcional, sua privacidade. Nesse sentido, Miriam Wimmer afirma que “os mais importantes instrumentos internacionais de proteção de dados indicam que os princípios e regras referentes à proteção de dados pessoais se aplicam ao setor público”⁹.

⁴ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

⁵ WIMMER, Miriam. Regime Jurídico do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 273. v. 1.

⁶ Art. 12 (DUDH): “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Todos os seres humanos têm direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 191.

⁸ Têmis Limberger escreve nesse sentido em relação à intimidade, que certamente possui idêntica aplicação com relação à privacidade. (LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 38.)

⁹ WIMMER, Miriam. Regime Jurídico do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 275.

Segundo Stefano Rodotà¹⁰ as “novas formas da coleta e do tratamento de informações possibilitadas pelo uso dos computadores” e a utilização desses dados pelas instituições públicas impõem o enfrentamento do “nó das relações entre a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa”. Assim, da leitura dos artigos que regem a matéria na LGPD, percebe-se que a Administração Pública ao efetuar o tratamento de dados pessoais no exercício de suas competências legais vinculadas às políticas públicas e entrega de serviços públicos, o consentimento do titular estará dispensado. Todavia, não está dispensada de observar os direitos do titular e os princípios elencados no artigo 6º da lei, com destaque para o princípio da transparência, foco deste trabalho.

O princípio da transparência implica que, em todas as situações nas quais o consentimento para a utilização dos dados não acontece, seja por impossibilidade de obtê-lo individualmente e/ou por dispensa legal¹¹, os órgãos públicos detentores dessas informações somente poderão compartilhá-los se os seus titulares estiverem informados adequadamente sobre a possibilidade, utilidade e finalidade do uso. Existe, não sem motivos, uma grande desconfiança do cidadão em relação ao Estado sobre o uso dos dados. Segundo Stefano Rodotà, a defesa da privacidade ou a coleta de dados pode adotar sentidos distintos “dependendo de qual seja o objetivo perseguido através da coleta das informações”¹².

A observância criteriosa do princípio da transparência, previsto no artigo 6º da LGPD, que garante aos titulares dos dados informações precisas e acessíveis em relação a sua utilização, pelo Estado, implica confiança dos cidadãos no adequado aproveitamento dessas informações, que importam em benefícios reais, melhorando a qualidade de vida de todos. A transparência sobre a coleta, utilização e compartilhamento de dados, tanto na esfera privada quanto na pública, auxilia a dirimir eventuais dúvidas e questionamentos sobre o efetivo respeito à privacidade, porque não são as novas tecnologias em si que causam risco ou insegurança, mas o uso desviado ou inadequado das informações coletadas. Nas palavras de Antoni Batalla “*la implantación de las mejoras electrónicas, que suponen una mejora en la eficacia administrativa, no pueden significar a la vez un perjuicio para los usuarios en cuanto a las garantías*”¹³;

¹⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

¹¹ MOREIRA, Patricia Prieto. Tratamento e uso compartilhado de dados pessoais pela administração pública na execução de políticas públicas. In: POZZO, Augusto Neves dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (Orgs.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 276-292.

¹² RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25.

¹³ BATALLA, Antoni Roig. Intimidad y administración electrónica. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; TORRIJOS, Julián Valero (Coord.). **Administración electrónica**: la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España. Valencia: Tirant do Blanch, 2010. p. 730.

contudo, se restarem claramente informados ao cidadão os objetivos para os quais os dados estão sendo coletados, e sendo certo de que, em termos de Estado, o serão para a implementação de políticas públicas de qualidade e, conseqüentemente, realização de uma sociedade mais justa e igualitária, não haverá de se falar em ofensa a direitos individuais quando ocorrer o compartilhamento de informações *intra* Administração Pública.

Destarte, é preciso que o Estado esteja conectado às pessoas de maneira que elas se sintam satisfeitas e seguras com esse uso, e, então, dificilmente adotarão medidas contra ele. Portanto, a Administração Pública, além de simplesmente indicar as bases legais aplicáveis e observar os direitos dos titulares, para o tratamento e compartilhamento de dados, deverá impor em seus sistemas uma transformação estrutural que priorize a privacidade dos dados pessoais durante todo o processo, oportunizando um cenário de conectividade e transparência diante da sociedade, para que as informações dos cidadãos possa orientar melhorias nos serviços prestados e nas escolhas de boas políticas públicas.

É nesse cenário de troca de informações entre a Administração Pública que a interoperabilidade ganha importância. O termo interoperabilidade, significa a capacidade dos sistemas das diversas esferas administrativas se comunicarem de forma eficiente e transparente. Como se verá, a interoperabilidade já estava presente na legislação brasileira mesmo antes da publicação da LGPD. Por outro lado, ainda não se identificam programas ou política pública para pôr em prática essa premissa que indiscutivelmente é o “vértice” de um Estado compatível com a sociedade em rede e que busca respeitar a LGPD.

2. A interoperabilidade dos sistemas da Administração Pública com pressuposto para um compartilhamento de dados compatível com o princípio da transparência

Segundo o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014), a rede mundial de computadores no Brasil tem por objetivo a promoção “da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados”. No artigo 24, ao disciplinar as diretrizes para a atuação do poder público no desenvolvimento da internet no Brasil, os incisos III e IV trazem a promoção da “interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação”, como forma de “permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos”, bem como a “interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade”. Portanto, a LGPD não inovou ao tratar da interoperabilidade dentro da estrutura administrativa brasileira.

A regra que se impõe à Administração Pública, nos termos do artigo 25 da LGPD, é a de manter os dados em formato interoperável, “com vistas à execução de políticas públicas,

à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral”. E a regra é complementada pelo artigo 40, que autoriza a autoridade nacional a “dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência”.

O doutrinador Rubén Martínez Gutiérrez¹⁴ ensina que o objetivo da interoperabilidade é garantir “conectividade” entre as diversas estruturas administrativas, de modo a possibilitar o fluxo das informações. É a possibilidade de um sistema compartilhar informação com outros programas, estabelecendo-se uma comunicação entre eles, refletindo diretamente nos resultados e acabando com as “ilhas” de sistemas¹⁵. Ressalta-se que, estas ilhas, acabam gerando desperdícios incalculáveis de tempo e dinheiro, inviabilizando políticas públicas satisfatórias, pois um Estado com informações fragmentadas e desconectadas não é capaz de executar uma boa administração, sendo pouco confiável aos olhos dos cidadãos.

Ora, é impensável um Estado contemporânea, sem um sistema integrado e interoperável de informações que permita a colaboração *intra* administrativa, aumentando a eficiência e viabilizando a implementação de políticas públicas seguras, sem ofensas à privacidade dos titulares das informações utilizadas e compartilhadas pelos órgãos públicos.

A título ilustrativo, a lei n.º 40, de 2015¹⁶, da Espanha, em seu artigo 3º, trata a interoperabilidade como imprescindível à proteção de dados:

Las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados.

Sistemas integrados potencializam o uso da informação e orientam a atuação do Estado nas suas diversas competências prestacionais, tais como políticas públicas na área da educação, saúde, saneamento básico, segurança, entre uma infinidade de atividades que deve ser colocado a serviço da sociedade. Entretanto, essa possibilidade de comunicação entre os sistemas e, conseqüentemente, a possibilidade de compartilhamento de informações somente será possível a partir do diálogo entre todas as esferas administrativas. Deve existir entre os órgãos públicos esforços de colaboração, conforme prevê o artigo 26 da LGPD, que orienta

¹⁴ GUTIÉRREZ, Rubén Martínez. **Administración pública electrónica**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009. p. 172.

¹⁵ CASADO, Eduardo Gamero. Interoperabilidad y administración eletrónica: conéctense, por favor. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 179, p. 291-332, maio/ago. 2009.

¹⁶ ESPANHA. Jefatura del Estado. **Id. Ley 40, de 1 de octubre de 2015**. De Régimen Jurídico del Sector Público. Madrid: Jefatura del Estado, 2014. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>>. Acesso em: 10 maio 2021.

o uso compartilhado de dados para o fim de atender as “finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais”.

Ademais, a “cooperação” (ainda que tratada como “instrumento”) para fins tecnológicos já está prevista, desde 2015, na Constituição Federal, com a inserção do artigo 219-A, em que os entes federativos poderão cooperar entre si ou com entidades privadas para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação. Portanto, tal compartilhamento somente se apresenta viável se os sistemas forem interoperáveis e com transparência efetiva. Como bem destaca Reilly¹⁷, não é incomum as Administrações Públicas solicitarem diversas vezes a mesma informação do cidadão (algumas, por razões de privacidade ou segurança, o que daí se justifica). Deveria, sim, segue o autor, o Estado buscar as informações em seus próprios sistemas (se fossem interoperáveis), deixando um “rastro digital” daqueles que as buscaram, de forma a garantir a necessária transparência e eventual responsabilização pelo mau uso do dado consultado.

A interoperabilidade entre os sistemas dos diversos setores do Estado exige uma transformação estrutural, uma reunião de esforços, em diferentes níveis, para que, ao mesmo tempo que oportunize melhorias nos serviços prestados aos cidadãos, ofereça aos mesmos a segurança de que seus dados serão tratados e compartilhados em consonância com o princípio da privacidade.

A União Europeia há muito percebeu a importância da interoperabilidade e promoveu diferentes iniciativas para a sua concretização, desde 1995, a partir do IDA¹⁸, que culminou no atual IDABC¹⁹. A partir desses programas, ações diretas são realizadas para promover a interoperabilidade, a criação de redes para a interligação das instituições com os Estados membros e entre eles. Em 2014 foi criado o Marco Europeu de Interoperabilidade²⁰, que possui como objetivo principal “facilitar a interação eletrônica eficiente e eficaz transfronteiriças ou intersetorial entre as administrações públicas europeias e entre estas e os

¹⁷ REILLY, Marcelo Bauzá. La Administración electrónica a la luz de los principios. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; TORRIJOS, Julián Valero (Coord.). **Administración electrónica: la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España**. Valencia: Tirant do Blanch, 2010. p. 47-66.

¹⁸ Aprovado pela Decisão (95/468 /CE) do Conselho da União Europeia, de 6 de novembro de 1995, sobre a contribuição da Comunidade para o intercâmbio telemático de dados entre as administrações na Comunidade.

¹⁹ Decisão 2004/387/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, relativa à prestação interoperável de serviços pan-europeus de administração em linha ao setor público, às empresas e aos cidadãos. A sigla IDABC corresponde à expressão “*Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Businesses and Citizens*”.

²⁰ EUR-Lex. **Document 52014PC0367**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52014PC0367>>. Acesso em: 19 maio 2021.

cidadãos e as empresas, de modo a permitir a prestação de serviços públicos eletrônicos que apoiem a execução das políticas e ações da União”.

Assim como na Europa, a implementação da interoperabilidade, no âmbito da Administração Pública, proporcionará melhores serviços para os cidadãos, redução de custos e tempo, aumento da eficiência, transparência e qualidade dos serviços do setor público e das políticas públicas, principalmente num cenário em que o compartilhamento de dados se mostra indispensável para a boa administração pública.

Conclusão

O presente estudo, sem pretender esgotar a matéria, trouxe ao debate o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública e a necessidade de observância do princípio da transparência, insculpido no artigo 6º da LGPD. Se, de um lado, o Estado deve prestar serviços públicos adequados e executar políticas públicas eficientes, utilizando a massa de informações que tem em seu poder; de outro, temos o cidadão, que deve ter seus direitos e garantias individuais protegidos, em especial sua privacidade de dados. Para equacionar essa necessidade do Estado e a privacidade dos indivíduos, compreendeu-se que a estrita observância do princípio da transparência pode ser o caminho para uma Administração Pública eficiente, segura e confiável.

O uso dinâmico e inteligente de dados é importante para a prestação de serviços e implementação de políticas públicas compatíveis com a boa administração. Contudo é indispensável que os titulares tenham informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e compartilhamento dessas informações, principalmente porque o Estado, no exercício de suas competências legais, está dispensado de obter o consentimento dos titulares dos dados. Uma das exigências trazidas pela LGPD para a realização do compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública, em sintonia com o princípio da transparência, é a interoperabilidade dos sistemas públicos. A interoperabilidade possibilita que vários sistemas (públicos) se interconectem, compartilhando informações que chegam por meio dos dados fornecidos ou coletados do cidadão. Essa comunicação entre os órgãos e setores estatais facilita a interação e a consecução dos objetivos do Estado, em benefício da sociedade, a partir da troca de informações e conhecimentos.

Contudo, essa diminuição da privacidade pelo compartilhamento de dados somente pode acontecer quando estiverem claras para o titular as finalidades do seu uso, em observância ao princípio da transparência. As informações compartilhadas, que devem ser direcionadas e capazes de viabilizar programas sociais, também permitem “novas

concentrações de poder”, razão pela qual “os cidadãos têm o direito de pretender exercer controle direto” sobre os sujeitos possuidores dessas informações, e isso somente se dá a partir da transparência²¹. Stefano Rodotà ensina que o controle viabilizado por meio da transparência possibilitaria não apenas verificar-se a exatidão ou o uso correto das informações coletadas, mas também serviria como um “instrumento de equilíbrio na nova distribuição de poder”²².

Conclui-se que, sendo o compartilhamento adequado e contínuo de dados e informações, pela Administração Pública, algo indispensável para a implementação de políticas eficientes e prestação de serviços públicos de qualidade, a existência de sistemas interoperáveis, transparentes e seguros é pressuposto para uma atuação estatal que observa o princípio da transparência e tutela a privacidade dos dados de seus cidadãos. Sistemas estruturados e conectados tornam a gestão pública mais eficiente e fornecem segurança e confiabilidade à atuação do Estado.

Referências Bibliográfica

BATALLA, Antoni Roig. Intimidad y administración electrónica. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; TORRIJOS, Julián Valero (Coord.). **Administración electrónica: la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España**. Valencia: Tirant do Blanch, 2010. p. 729-748.

CASADO, Eduardo Gamero. Interoperabilidad y administración eletrônica: conéctense, por favor. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 179, p. 291-332, maio/ago. 2009.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESPANHA. Jefatura del Estado. **Id. Ley 40, de 1 de octubre de 2015**. De Régimen Jurídico del Sector Público. Madrid: Jefatura del Estado, 2014. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>>. Acesso em: 10 maio 2021.

EUR-Lex. **Document 52014PC0367**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52014PC0367>>. Acesso em: 19 maio 2021.

GUTIÉRREZ, Rubén Martínez. **Administración pública electrónica**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, Patricia Prieto. Tratamento e uso compartilhado de dados pessoais pela administração pública na execução de políticas públicas. In: POZZO, Augusto Neves da; MARTINS, Ricardo Marcondes (Orgs.). **LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 276-292.

REILLY, Marcelo Bauzá. La Administración electrónica a la luz de los principios. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; TORRIJOS, Julián Valero (Coords.). **Administración electrónica: la ley**

²¹ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36-37.

²² RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37.

11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España. Valencia: Tirant do Blanch, 2010. p. 47-66.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WIMMER, Miriam. Regime Jurídico do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 271-288.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 2. p. 21-59.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO BRASILEIRO: ESTUDO DE CASO DO INSTITUTO DA CAUSA MADURA

Artificial Intelligence in Brazilian Law: Case Study of the Causa Madura's Institute

ROGERIO DE OLIVEIRA GONÇALVES¹

TAINÁ AGUIAR JUNQUILHO²

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. A Minirreforma do Código Civil Brasileiro; 3. O Instituto da Causa Madura como Agente de Celeridade e Efetividade Processual; 4. Emprego da Inteligência Artificial no Direito e suas Possibilidades Futuras; 5. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O processo de redemocratização ocorrido no Brasil culminou na promulgação da Constituição de 1988 a qual, ao prever rol extenso de direitos, facilitou o acesso ao Judiciário. A Inteligência Artificial (IA) que cada vez mais está inserida nas atividades humanas vem revolucionando o Direito e poderá significar no futuro um mecanismo estratégico para apoio à decisão no Poder Judiciário de forma ampla. De acordo com o mais recente Relatório Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça no Brasil o número de processos pendentes no Poder Judiciário atingiu a cifra de 77,1 milhões de processos em 2019³. O direito processual brasileiro entre alguns dos seus princípios valoriza a duração razoável do processo e o duplo grau de jurisdição. O primeiro, positivado no art. 5o, LXXVIII da Constituição e o segundo, apesar de atualmente não se encontrar na carta magna, é aceito pela doutrina e jurisprudência brasileiras. O Instituto da Causa Madura, uma possibilidade recursal que tem o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional com o “salto na jurisdição” foi positivado no arcabouço jurídico pátrio por meio da Lei no 10.352/2001 que alterou o Código de Processo Civil de 1973. O atual Código de 2015 ratificou seu uso, enraizando no Direito brasileiro a Teoria da Causa Madura, que privilegia a duração razoável do processo em detrimento do duplo grau de jurisdição e proporciona maior efetividade e celeridade processuais, necessidade premente na justiça brasileira. O presente artigo é um estudo de caso que tem por proposta responder à indagação se o uso da IA em apoio ao Direito pode contribuir com a redução do gigantesco número de processos pendentes de decisão. Por meio de revisão bibliográfica e estudo de seu emprego no instituto da Causa Madura, constatou-se que a IA é tecnologia que pode contribuir para a eficiência da justiça e da

¹ Capitão de Mar e Guerra (RM1) da Marinha do Brasil. Acadêmico de Graduação do último período da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). E-mail: rogeriogoncalves@terra.com.br.

² Professora Substituta de Direito da UnB. Doutoranda em Direito pela UnB. Mestre em Direito Processual pela UFES. Participou como bolsista pesquisadora do Projeto Victor do STF. Advogada. E-mail: taina.aguiarj@gmail.com.

³BRASIL. **Relatório Justiça em Números 2020**. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em 11mar21.

prestação jurisdicional. será realizada a necessária exegese do Instituto e o confronto entre princípios e constatando o que vem sendo realizado no Brasil com a Inteligência Artificial no meio jurídico chegando à conclusão que a Teoria da Causa Madura é um bom exemplo em que sistemas de Machine Learning aprimoradas pela Inteligência Artificial podem facilitar e muito o trabalho seja por parte dos Operadores quanto dos Juízos, nas mais diversas instâncias decisoras no Poder Judiciário brasileiro. O objetivo do artigo demonstra o caráter social que o uso da IA facilita aos operadores jurídicos na fase recursal reduzindo o vai e vem entre instâncias o que proporciona atrasos muitas vezes inaceitáveis em face da expectativa da prestação jurisdicional em prazo razoável.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Acesso à justiça; Teoria da Causa Madura.

Abstract: The redemocratization process that took place in Brazil culminated in the promulgation of the 1988 Constitution which, by providing for an extensive list of rights, facilitated access to the Judiciary. Artificial Intelligence (AI), which is increasingly inserted in human activities, has revolutionized the Law and could mean in the future a strategic mechanism to support decision-making in the Judiciary in a broad manner. According to the most recent Justice Report in numbers of the National Council of Justice in Brazil, the number of cases pending in the Judiciary reached the figure of 77.1 million cases in 2019. The Brazilian procedural law, among some of its principles, values the reasonable duration of the process and the double degree of jurisdiction. The first, confirmed in art. 5th, LXXVIII of the Constitution and the second, despite not currently being found in the Magna Carta, is accepted by Brazilian doctrine and jurisprudence. The Instituto da Causa Madura, an appeal possibility that has the objective of accelerating the jurisdictional provision with the “jump in jurisdiction” was confirmed in the Brazilian legal framework by means of Law No. 10,352/2001, which amended the 1973 Code of Civil Procedure. The current 2015 Code ratified its use, rooting the Theory of Mature Cause in Brazilian Law, which privileges the reasonable duration of the process over the double degree of jurisdiction and provides greater effectiveness and speed of proceedings, a pressing need in Brazilian justice. This article is a case study that aims to answer the question whether the use of AI in support of the Law can contribute to reducing the huge number of cases pending decision. Through a literature review and study of its use at the Instituto da Causa Madura, it was found that AI is a technology that can contribute to the efficiency of justice and jurisdictional provision. the necessary exegesis of the Institute will be carried out and the confrontation between principles and noting what has been done in Brazil with Artificial Intelligence in the legal environment, reaching the conclusion that the Theory of Mature Cause is a good example in which Machine Learning systems improved by Intelligence Artificial ones can greatly facilitate the work, both by Operators and by the Courts, in the most diverse decision-making instances in the Brazilian Judiciary Power. The purpose of the article demonstrates the social nature that the use of AI facilitates legal operators in the appeal stage, reducing the back and forth between instances, which often provides unacceptable delays in view of the expectation of providing jurisdictional services within a reasonable time.

Keywords: Artificial intelligence; Access to justice; Mature Cause Theory.

1. Introdução

Um Judiciário autônomo, efetivo e que busque entregar jurisdição à sociedade em tempo razoável é um poder-dever do Estado Democrático de Direito. A redemocratização do estado brasileiro que tem marco importante na Constituição de 1988 proporcionou profundas alterações no Poder Judiciário brasileiro. O efeito prático dessa evolução foi a judicialização intensa promovida pela sociedade, e passados hoje pouco mais de trinta anos representa uma das maiores preocupações do Conselho Nacional de Justiça a imensa quantidade de processos em fila de instrução, julgamento e sentença.

O Direito Processual brasileiro deriva de um modelo português criado no século XV. As ordenações manuelinas e filipinas disseram o direito no Brasil em sua fase colonial e monárquica, porém a partir da Proclamação da República (1889) o processualismo pátrio seguiu influenciado pelo federalismo norte-americano que conduziu no início do século XX a praticamente um regramento processual distinto por estado da federação nacional recém instituída. Essa situação caótica conduziu ao surgimento do primeiro Código de Processo Civil em 1939 influenciado pela cultura processual europeia do início do Século XX, particularmente pela doutrina presente no código austríaco de 1895, no projeto Chiovenda de 1919 e no código português de 1926⁴.

Seguiu o direito processual brasileiro, agora unificado pelo comando constitucional de 1934, um caminho burocrático, alternando maiores ou menores poderes ao juiz na condução do processo e essa situação chegou ao Código de Processo de 1973 que motivou um movimento reformista denominado de minirreforma. Nascido na década de 1990, produziu diversas alterações no Código de Processo, entre elas inserindo o Instituto da Causa Madura, mecanismo recursal que colocou em choque os princípios da duração razoável do processo *versus* o duplo grau de jurisdição.

Hoje em dia vive-se no Brasil sob a égide do Código de Processo de 2015 que ratificou e ampliou o mecanismo do instituto determinando ao juízo de segundo grau o imediato julgamento da causa que cumpra os requisitos estabelecidos em lei não dando margem ao movimento de devolução da ação a primeira instância para novo julgamento. Consoante as altas taxas de recorribilidade principalmente em sede trabalhista (cerca de 60%,

⁴ RAATZ, Igor. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. **Revista Justiça & História** – Vol. 9, nº 17-18, 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/>. Acesso em: 08 abr. 2021.

consoante o Relatório Justiça em Números de 2020)⁵, o instituto reveste-se de importância fundamental naquela justiça especializada, onde estão em jogo na maioria dos casos verbas de caráter alimentar.

O uso intensivo da Inteligência Artificial (IA) aplicada ao Direito é uma realidade. Particularmente em suporte à ferramenta da Jurimetria, compreendida como a aproximação com a ciência estatística em busca da previsibilidade significou a iniciativa dos estudos jurídicos em busca de critérios científicos para tratar dessa importante questão do mundo jurídico⁶.

Nesse sentido, o artigo busca responder como a IA pode ser uma ferramenta útil para reduzir o alto número de processos pendentes de decisão no Brasil, operacionalizando tanto no lado de quem propõe a ação como aos juízos decisores:

2. A Minirreforma do Processo Civil Brasileiro

Avaliar o processo reformista iniciado na década de 1990 e, em particular, a Constituição de 1988 ajuda a entender movimento processual que trouxe o instituto da causa madura como ferramenta de celeridade processual na dinâmica dos Recursos. Compreender isso é crucial para inferir se realmente o instituto poderá trazer de fato maior celeridade e efetividade, reduzindo o grande número de processos pendentes e garantindo às partes a satisfação de suas demandas em tempo razoável. Assim, optou o legislador por privilegiar a todo custo a efetividade em nítido detrimento ao contraditório e à ampla defesa⁷.

A partir das incertezas políticas que o país experimentou no século passado com crises que colocaram à prova o Estado democrático, tendo como último exemplo o período dos governos militares, iniciado em 1964, com um forte movimento de restrição política e de desequilíbrio entre os poderes constitucionais, um empoderamento do poder executivo em face do legislativo e do judiciário criou as condições para o surgimento do Código de Processo Civil de 1973.

⁵BRASIL. **Relatório Justiça em Números 2020**. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em 11mar21.

⁶ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

O Código de 1973 apresentou inovações em relação ao anterior, mas também foi muito criticado, na medida em que manteve o estilo de processo e os procedimentos de outrora. Logo, já nasceu carente de inúmeras reformas, as quais não tardaram a ocorrer, em um processo denominado de minirreformas.

Dentre as diversas leis que modificaram o CPC de 1973, é importante referir-se à lei nº 10.352/2001, que entrou em vigência no dia 26 de março de 2002. Dentre outras mudanças, foi inserido o § 3º no artigo 515 com a possibilidade de o tribunal julgar a lide de imediato em grau de recurso, desde que a causa estivesse em condições de imediato julgamento e versasse exclusivamente sobre questão de direito.

A partir da inserção no arcabouço jurídico brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, um forte movimento pela celeridade e efetividade processual teve resposta pelo Senado Federal, que ao instituir uma comissão de juristas, elaborou o novo Código de Processo Civil de 2015, por meio da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que, entre várias mudanças, ratificou no art. 1.013, §3º, o Instituto da Causa Madura, ampliando sua utilização.

3. O Instituto da Causa Madura como Agente de Celeridade e Efetividade Processual

Em sua obra *Processo Constitucional*, o Ministro Luiz Fux afirma que o binômio processo e Constituição está presente em Cartas nacionais e estrangeiras, desde tempos remotos⁸.

A compreensão do movimento reformista de um processualismo preso a um movimento jurídico que não fazia mais sentido no final do Século XX é a chave para o entendimento do instituto dos princípios constitucionais que foram fundamentais para seu surgimento e nesse sentido a inserção na Carta Constitucional da Emenda Constitucional 45/2004 é o corolário desse novo status quo, que traz à realidade processual brasileira o Código de Processo Civil de 2015, e que procura avançar a ciência processual brasileira para um novo momento no qual a celeridade e a efetividade processuais são um fim a ser obtido na jurisdição.

⁸ FUX, Luiz. **Processo Constitucional**. Ana Carolina Squadri Santanna... [et al.]; coordenação Luiz Fux. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Apenas para pontuar um ótimo exemplo onde o instituto atua com precisão para reduzir a imensa quantidade de processos pendentes de decisão, vale a pena considerar sua atuação na seara da justiça do trabalho brasileira, na medida em que as questões tratadas naquela jurisdição normalmente envolvem créditos de natureza alimentícia.

Consoante Pasqualeto *et al* (2018), o modelo procedimental trabalhista definido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) buscou desde sua origem um procedimento célere e abreviado (art. 837 e ss)⁹. Anos mais tarde, na década de 1990, o legislador alinhado à essa necessidade determinou que os juízes trabalhistas dessem solução nas ações sumaríssimas em apenas trinta dias. Nesse sentido, o instituto da causa madura vem a catalisar ainda mais a celeridade e a efetividade processuais em sede laboral.

Doutrina e jurisprudência trabalhistas seguem pacificamente o mesmo caminho, apontando perfeita sinergia de aceitação nas lides trabalhistas do instituto da causa madura. A maior demonstração dessa afirmação foi a edição, desde a primeira alteração legal, ainda contemporânea ao Código de Processo Civil de 1973, da Súmula nº 393 do Tribunal Superior do Trabalho, que hoje reeditada, ratifica em seu texto o instituto, indicando inclusive a possibilidade do Conflito de Competência Negativo quando da devolução do processo ao Tribunal de Primeira Instância sem julgamento pelo Tribunal Regional do Trabalho. Segue sua atual redação:

I – O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, § 1º, do CPC/73), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado. II – Se o processo estiver em condições, o tribunal, ao julgar o recurso ordinário, deverá decidir desde logo o mérito da causa, nos termos do § 3º do art. 1.013 do CPC de 2015, inclusive quando constatar a omissão da sentença no exame de um dos pedidos¹⁰.

⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETTO, Olívia. **Teoria da causa madura: breves considerações sobre suas origens próximas, sua constitucionalidade e sua aplicação ao processo do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 53, p. 5-21, jul./dez. 2018.

¹⁰ Tribunal Superior do Trabalho. **Índice de Súmulas**. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 11.mar.21.

Nesse sentido, a resposta que a jurisdição trabalhista brasileira vem dando ao instituto da causa madura dá uma indicação de sua perspectiva futura, já que em seara civil sua assimilação ainda é bem mais lenta, função principalmente do que se encontra em jogo nos processos e pela natureza menos célere do rito processual. Ainda assim, o instituto vem sendo muito utilizado e a jurisprudência aparenta apontar para sua ampla aceitação e utilização.

Deste modo, a fim de aumentar a previsibilidade no mundo jurídico, a ferramenta jurimétrica se mostra altamente promissora, seja para que ingresa com alguma demanda ou para quem necessita decidir fundamentadamente, reduzindo ao mínimo a possibilidade do erro de julgamento ou de procedimento.

A utilização da estatística aplicada vem desde o fim do século passado sendo de grande importância¹¹, para o planejamento estratégico nos escritórios de advocacia, bem como para os tribunais e em um contexto de grandes mudanças que a Inteligência Artificial e a tecnologia trouxeram novos paradigmas ao Direito, avaliar bem o papel e a importância que essas mudanças poderão trazer para o futuro do mundo jurídico é o que o próximo capítulo procurará trazer.

4. Emprego da Inteligência Artificial no Direito e suas Possibilidades Futuras

A IA traduz-se como conjunto de modelos que buscam, por meio de procedimentos computacionais, reproduzir certos comportamentos inteligentes¹². Nesse sentido, diversas tecnologias têm sido desenvolvidas e aplicadas no cotidiano humano, como por exemplo, aprendizado de máquina, processamento de linguagem natural e aprendizado por reforço, que traduzem resultados na medicina, na agricultura, na educação, no marketing, na segurança pública etc.

O Direito também tem se utilizado de ferramentas desenvolvidas por tecnologias de IA, em especial o aprendizado de máquina (AM), para produzir resultados eficazes, melhorar a eficiência do processo e o acesso à justiça¹³. O primeiro modelo de aplicação de IA para o

¹¹ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 152.

¹² RUSSELL, S.; NORVIG, P. **Artificial Intelligence: a modern approach**. New Jersey: Alan Apt, 2013.

¹³ SUSSKIND, R. **Online Courts and the Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Direito foi o Ross, criado pela IBM para realizar pesquisa jurisprudencial com maior precisão nos Estados Unidos (EUA).

Apesar de os EUA terem sido a primeira nação a desenvolver IA para o Direito, o Brasil tem despontado como país de vanguarda na produção de tecnologia para o Judiciário. Isso porque, os modelos de AM, requerem vasta quantidade de dados para produzirem bons resultados. O Brasil é, nesse sentido, campo fértil por apresentar um Poder Judiciário especialmente congestionado (como demonstram os relatórios anuais do CNJ).

Tanto é assim que o país foi o primeiro a desenvolver projeto de IA aplicada a uma corte constitucional no mundo, o Projeto Victor¹⁴ e que desde sua criação em 2018, atualmente conta com 47 tribunais produzindo IA para implantar alguma melhoria na jurisdição¹⁵.

Por essa razão acredita-se que, desde que respeitando os ditames éticos colocados pela Resolução n. 332/2020 do CNJ¹⁶, a IA é muito bem-vinda e deve ser estimulada, em especial no Brasil, país com grande quantidade de processos por julgar e, portanto, com dados suficientes para o desenvolvimento de AM.

5. Considerações Finais

O Brasil vive desde a Consituição de 1988, com o amplo acesso da sociedade ao Poder Judiciário uma imensa quantidade de processos pendentes de decisão. O Conselho Nacional de Justiça vem demonstrando esses números, ano após ano, indicando, entre outros problemas, a questão da natureza alimentar dos créditos em disputa.

Nesse condão, o movimento reformista iniciado na década de 1990 buscou paulatinamente melhorar os ditames processuais brasileiros, criando por meio da lei nº 10.352/2001, o Instituto da Causa Madura, estabelecendo a possibilidade de o tribunal

¹⁴ MAIA FILHO, M. S.; JUNQUILHO, T. A. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 218–237, 2018.

¹⁵ “**Relatório de Pesquisa:** Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro”, realizado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021.

¹⁶ **Resolução 332/2020 CNJ**. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em 18.jun.2021.

julgar a lide de imediato em grau de recurso, hoje ratificada no atual Código de Processo Civil de 2015.

A aceitação do instituto em sede trabalhista foi excelente, já tendo sido editada a súmula 393/TST, sendo pacífico nessa jurisdição inclusive o incidente processual do conflito de competência negativo, quando o tribunal de segundo grau devolve ao tribunal de origem processo apto a julgamento imediato. Em sede civil, o caminho jurisprudencial ainda será longo, mas as decisões apontam nessa direção.

A Jurimetria vem sendo, desde o final do século XX uma ferramenta importante no sentido de reduzir as incertezas no Direito, contribuindo a todos os operadores, seja na proposição de demandas com maior chance de sucesso, seja aos decisores, na medida em que favorece uma análise estatística depurada desse histórico processual, facilitando em muito a efetividade e a celeridade processuais.

Desde que a IA passou a ser utilizada como ferramenta de apoio no mundo jurídico, esse fenômeno ganhou novos contornos, iniciando uma verdadeira revolução, em andamento na sociedade e que cada vez mais ganha importância, na medida em que os escritórios jurídicos e os tribunais criam ferramentas com utilização intensiva de IA e da AM. Nesse sentido, a IA mostra-se, assim, um caminho possível para realização e produção de modelos capazes de melhorar o acesso à justiça e a duração razoável do processo no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020**. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> >. Acesso em 11mar21.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 332/2020 CNJ**. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429> >. Acesso em 18.jun.2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Índice de Súmulas**. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/sumulas> >. Acesso em 11.mar.21.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETTO, Olívia. **Teoria da causa madura: breves considerações sobre suas origens próximas, sua constitucionalidade e sua aplicação ao processo do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 53, p. 5-21, jul./dez. 2018.

FUX, Luiz. **Processo Constitucional**. Ana Carolina Squadri Santanna... [et al.]; coordenação Luiz Fux. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RAATZ, Igor. **Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973**. Revista Justiça & História – Vol. 9, no 17-18, 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/>. Acesso em: 08 abr. 2021.

RUSSELL, S.; NORVIG, P. **Artificial Intelligence: a modern approach**. New Jersey: Alan Apt, 2013.

SUSSKIND, R. **Online Courts and the Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

MAIA FILHO, M. S.; JUNQUILHO, T. A. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 218–237, 2018.

Relatório de Pesquisa: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro”, realizado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em: <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2021.

O NOVO DESAFIO NO DIREITO PROBATÓRIO: DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

The new challenge in probatory law: electronic documents

ADRIANA SAWARIS HENRIQUES¹

Sumário: 1. Do documento físico ao documento eletrônico; 1.1 Da nova conceituação do documento; 1.2 Da materialidade do documento eletrônico; 2. O documento eletrônico; 2.1 O documento eletrônico confiável.

Resumo: A evolução tecnológica e o indissociável contexto que a vida em sociedade está inserida acaba por gerar no campo processual jurídico novas necessidades. Desde a concepção de novos regramentos legais à formação de novos conceitos, princípios e interpretações jurídicas acerca do tema, para solucionar as questões postas em juízo. Acompanhando a evolução das provas eletrônicas e do documento eletrônico, diversos ordenamentos jurídicos, em torno do mundo, buscam respostas e adequação à nova realidade processual. Para a adaptação dos novos documentos à esfera das relações jurídico processuais faz-se necessário beber das fontes anteriores do saber jurídico, que já conceituavam e delimitavam a importância dos documentos como provas processuais. Nesta vemos possível o enquadramento do documento eletrônico como fonte e meio de prova. E as questões originadas da desvinculação do suporte ao conteúdo, com a solidificação do caráter material daquele. Consta-se a necessidade de verificação da transposição dos elementos essenciais do documento antigo ao novo com o fim de considerá-lo prova eficaz em processo judicial, certificando e solidificando suas bases no direito probatório. Seguida da adoção e adaptação nos diversos ordenamentos jurídicos dos documentos eletrônicos e da busca das soluções apresentadas nestes para torná-los mais confiáveis. Bem como a preocupação com a autenticidade dos documentos e tratamento especial conferido as assinaturas eletrônicas, que parece ser uma alternativa à diversos questionamentos relacionados à confiabilidade do documento eletrônico.

Palavras-chave: provas; documento eletrônico; assinatura eletrônica.

Abstract: The technological evolution and the inseparable context that life in society is inserted ends up generating in the legal procedural field new needs. From the conception of new legal regulations to the formation of new concepts, principles and legal interpretations on the subject, to solve the issues put on trial. Following the evolution of electronic evidence and the electronic document, several legal systems, around the world, seek answers and adequacy to the new procedural reality. In order to adapt the new documents to the sphere of procedural legal relations, it is necessary to draw on the previous sources of legal knowledge, which already conceptualized and delimited the importance of documents as procedural evidence. In this we see possible the framing of the electronic document as source

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal; Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela mesma Faculdade, com estágio na Università La Sapienza/Roma; Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Fundação Getúlio Vargas/Brasil; Especialista em Direito Cível e Processual Civil pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal/Brasil; Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco/Brasil. E-mail: adrianasawaris@gmail.com

and means of proof. And the questions originated from the disconnection of the support to the content, with the solidification of the material character of that. There is a need to verify the transposition of the essential elements of the old document to the new in order to consider it effective evidence in court proceedings, certifying and solidifying its basis in the probative law. Followed by the adoption and adaptation in the various legal systems of the electronic documents and the search for solutions presented in these to make them more reliable. As well as the concern with the authenticity of the documents and special treatment conferred the electronic signatures, which seems to be an alternative to several questions related to the reliability of the electronic document.

Keywords: evidence; electronic document; electronic signature.

1. Do documento físico ao documento eletrônico

1.1 Da nova conceituação do documento

A era informática apresenta como característica “desmaterialização de conceitos tradicionais, como o de documento”².

Para melhor compreensão do que se trata documento eletrônico é importante analisar as características intrínsecas de seu processo de formação. Em sua fase de criação o programa informático do computador transforma a linguagem humana em binária³. Na fase de armazenamento a informação fica guardada em vários suportes. E na fase recuperação, lançando mão do programa informático os caracteres tornam a ser intelegíveis. Neste processo pode-se desmembrar as características do documento eletrônico como: a redação

²Na conceituação do documento eletrônico primeira barreira a ser vencida é a da terminologia, e da confusão que paira sobre ela. A doutrina utiliza em um dado momento documento eletrônico em outro documento informático, ou telemático, como preferem alguns autores italianos. A doutrina² afirma que os documentos informáticos fazem parte de uma categoria mais abrangente, onde se podem incluir os documentos informáticos estrito *sensu* (fax, telegramas) e os documentos eletrônicos que são aqueles que passam em algum momento do seu processo de criação, armazenamento ou recuperação, pelos computadores. Fernandez² afirma que há meios informáticos que não são considerados documentos, e outros que existem dúvidas sobre se são ou não. Para ele são documentos eletrônicos algum fato histórico que incorpore uma narração, declaração de vontade, palavras, dados, cifras operacionais matemáticas, imagens, sons, dentre outros. Contudo, não tem caráter de documento eletrônico um documento eletrônico criado sem intencionalidade alguma. Cita como exemplo o hardware que se trata apenas de componentes físicos tecnológicos². O caso do software, que compreende as aplicações, e consiste em um código e uma linguagem de máquina específico para um processador individual, vem sendo objeto de prova como reconhecem algumas decisões, por exemplo Julgado de lei Penal número 2 de Barcelona de 23 de fevereiro de 2005. Neste sentido: LACORTE, Christiano Vitor de Campos. A validade jurídica do documento digital. Revista *Jus Navigandi*. ISSN 1518-4862. Ano 11. nº. 1078, 14 de junho de 2006. (Consult. 12/10/2018). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8524/a-validade-juridica-do-documento-digital>. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. O Documento Eletrônico como Meio de Prova no Brasil. Revista Jurídica Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática. Ano 2001. Brasília. (Consult. 10/01/2019). Disponível em: https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/14/. FERNÁNDEZ, José María Illán. “La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil. Nueva Oficina Judicial, Comunicaciones Telemáticas (LEXNETT) y el Expediente Judicial Electrónico”. Pamplona/Espanha: Aranzadi, 2009, p. 383.

em linguagem binária, o armazenamento em suporte informático ou similar, a possibilidade de transmutação dos caracteres especiais em linguagem humana.

Na legislação portuguesa, o conceito, conforme definiu Teixeira de Sousa⁴, que “fornece a definição do documento como meio de provas” está previsto no artigo 362º. do Código Civil, que determina como documento qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto⁵.

Na Itália o Código de Administração Digital Italiano, no artigo 1º., define documentos eletrónicos como “representação informática de atos, fatos ou dados juridicamente relevantes”.

A definição de documento eletrónico na lei espanhola vem apresentado na Lei 59/2003, que dispôs sobre a assinatura eletrónica. “A informação de qualquer natureza em forma eletrónica, arquivada em suporte eletrónico segundo um formato determinado e suscetível de identificação e tratamento diferenciado”⁶. Neste sentido a doutrina daquele país (Lluch e Picó i Junoy) consideram a nova concepção de documento como todo o objeto que representa um fato interessante para o processo, contendo unidade de informação e facilmente transportável em um suporte papel, audiovisual ou informático a expressão de certa informação⁷. Formando assim, um novo conceito de prova documental em que se inclui a forma física e a informática.

1.2 Da materialidade do documento eletrónico

No que concerne à materialidade do documento eletrónico, cumpre inicialmente observar os elementos que compõe o documento eletrónico. Neste caminho recebem da doutrina a clássica diferenciação atribuída aos documentos de papel: *corpus e docere*⁸.

Assim, depreende-se que “o documento eletrónico constitui uma entidade lógica”⁹. Em contraponto com o documento tradicional que pode ser analisado no plano físico, já o

⁴ SOUSA, Miguel Teixeira. O valor probatório dos documentos electrónicos. Direito da Sociedade da Informação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. II. vol. Ano 1999, p. 184.

⁵ Conforme artigo 362 do atual Código Civil Português.

⁶ FERNÁNDEZ, José María Illán. Op. cit. p. 383.

⁷ LLUCH, Xavier Abel; PICÓ e JUNOY, Joan. “Objeto y carga de la prueba civil”. Barcelona: Bosch Editor: 2011. p. 60.

⁸ FERNÁNDEZ, José María Illán. Op. cit. p. 359.

⁹ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op cit. p. 33.

eletrônico representa a somatória de vários elementos (software, hardware, metadados entre outros) nem sempre visíveis mas unidos de forma operacional e lógica¹⁰.

Neste sentido a discussão instaurada sobre a imaterialidade do documento eletrônico em contraponto com o documento tradicional, que é vinculado a uma *res*, não encontra grande respaldo jurídico.

Da definição clássica Carnelutti¹¹, depreende-se que o documento é uma coisa representativa, pois representa um fato através do tempo. No mesmo caminho Chiovenda¹² entende pela representatividade material do documento, com capacidade para reproduzir a manifestação do pensamento¹³. Complementando, das duas categorias de representação dos documentos, documentos diretamente representativos e indiretamente representativos, os documentos eletrônicos se enquadram na segunda¹⁴.

Em contrapartida ao documento eletrônico, que também representa um fato além do tempo e do espaço territorial, e tem como única diferença o suporte que torna legível a informação armazenada, para apresentação como prova válida em processo. “Apesar da prova eletrônica ser distinta da prova documental, e do documento eletrônico ser distinto do documento *stricto sensu*, possuem pontos em comum e a mesma “equivalência funcional”¹⁵.

De fato existe uma autonomia maior entre o conteúdo e o suporte no documento eletrônico que no documento tradicional, onde são indissociáveis. Assim, permite-se que o exato conteúdo seja reproduzido diversas vezes sem que a informação seja modificada, em contrapartida “*i documenti non informatici consentono di distinguere l'originale dall'eventuale copia, ciò non si verifica in ipotesi di documento informatico*”¹⁶. De outro ângulo vemos que tal característica pode refletir posteriormente na questão da confiabilidade do documento eletrônico em relação à sua paternidade, como abordaremos adiante.

¹⁰ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op cit. p. 33.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. “La Prova Civile”. 2ª. ed. Roma: Dell’atteno, 1947. p. 183.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. “Saggi di diritto processuale civile”. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1993. p. 151.

¹³ A propósito da noção de documento associada à teoria da representação, questiona se a representação é elemento interno ao documento ou se é um juízo firmado no documento, como assevera Pires de Sousa (Op. cit. p. 14). Pois a representação não está nos sinais impressos no documento mas na interpretação destes. Deslocando-se assim o caráter representativo do documento da objetividade para a subjetividade do intérprete, conforme o autor. Apesar de prevalecente a teoria da representação também sofre críticas para os que defendem ser esta característica insuficiente para conceitualizar a amplitude do documento.

¹⁴ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op cit. p. 16.

¹⁵ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Coord. geral Fredie Didier Júnior. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. “A prova eletrônica (documentos eletrônicos) no CPC-2015”. vol V. 3ª. ed. rev. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 877.

¹⁶ RIZZO, Francesco. “Il documento informatico. Paternità e falsità”. Scientifiche Italiane: Napoli, 2004, p. 267.

Outro ponto em que os defensores da imaterialidade do documento eletrônico decaem é de que a informação para se tornar intelegível deve sempre utilizar um suporte ou uma *res*, visto que “a fisicalidade do documento não é aferível com os sentidos humanos”¹⁷. Contrapondo-se a esta ideia Francesco Rizzo¹⁸ conclui que o documento eletrônico, não sendo aferível aos olhos humanos, e necessitando impreterivelmente de um suporte para seu armazenamento ou apresentação não pode ser considerado imaterial¹⁹.

Chega-se a cogitar se o documento eletrônico é verdadeiramente documento²⁰ na acepção jurídica da palavra²¹, visto que a doutrina também entende como uma ‘coisa’ que representa outra.

Não discordamos que a prova documental é todo o registro que represente uma expressão de pensamento, com a intenção de influir na formação da convicção do juiz. É sempre portanto uma prova real, porque representada por uma *res* material. Contudo, entender que documento eletrônico é documento em toda a sua plenitude é desconsiderar as características especiais daquele documento e as consequências processuais advindas disso.

2. O documento eletrônico

2.1 O documento eletrônico confiável

Segundo Marinoni o documento eletrônico apresenta um grande desafio, a confiabilidade da prova documental e a importância que os diversos ordenamentos lhe atribuem, assentam-se na “estabilidade do suporte em que a informação é registrada”²².

Para que possamos dizer que um documento eletrônico é confiável, em outros termos, que pode ser considerado apto a produzir prova em processo, como prova plena²³,

¹⁷ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op cit, p. 35.

¹⁸ RIZZO, Francesco. Op. cit, p. 267.

¹⁹ No mesmo caminho segue Marcacini (*in* O documento eletrônico como meio de prova. Revista Eletrônica Avocati Locus. Atual. 02/03/1999. (Consult. 04/01/2019). Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>). Defende a dissociação do conteúdo eletrônico ao suporte. Definindo documento eletrônico como uma sequência de bits, traduzida pelas ferramentas de um computador, que representam um fato. Enfatizando a perpetuidade dos documentos eletrônicos.

²⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit.

²¹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Op. cit.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Da prova e convicção. 4ª. edição rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 659.

²³ Conforme Luís Filipe Pires de Sousa, em obra supracitada, p. 50, só é considerada a força probatória plena, nos termos do artigo 376.1 do Código Civil Português, o documento eletrônico com assinatura eletrônica qualificada certificada.

precisam estar presentes dois requisitos essenciais, quais sejam: a autenticidade e a integridade de seu conteúdo.

Nesse sentido, Luís Filipe Pires de Sousa²⁴ afirma que no primeiro momento a força probatória do documento eletrônico baseia-se na verificação da autoria do documento, ou seja de sua proveniência, e na fidedignidade do seu conteúdo, em segundo na constatação da veracidade de seu conteúdo.

Participa da mesma opinião Illán Fernández ao afirmar que os documentos eletrônicos, independentemente do suporte que os apresenta, tem validade e eficácia do documento físico quando se puder garantir, além dos requisitos exigidos nas leis processuais, sua autenticidade e integridade²⁵.

Neste sentido, quanto maior a segurança apresentada pelo documento, com a constatação da sua autoria e fidedignidade do seu conteúdo, maior será a eficácia probatória desta prova, coadunando assim com o princípio de simetria²⁶.

Taruffo ao mencionar o problema da confiabilidade das provas informáticas traça um paralelo com os países que adotam o sistema da *common law* e verifica que nestes o problema resolve-se exigindo-se diversas condições para esta espécie de prova, como: o “equipamento do computador deve ser padrão, o processo precisa se executado de maneira correta e apropriada e o programa deve ser implementado adequadamente²⁷”. Neste sentido, a primeira linha representa a eficácia formal documento, enquanto a outra refere-se à eficácia material do documento, o que provém do fato documentado e não do documento em si²⁸.

No que se refere à autenticidade do documento, sabe-se que um documento que não tem assinatura não poderá atingir a força probatória plena conferida aos documentos autênticos, conforme a disciplina legal portuguesa, artigo 371º, 1, do Código Civil, e §2, do art. 10 da Medida Provisória 2.200 brasileira, e no atual Código de Processo Civil.

Carnelutti²⁹ considera que a autenticidade do documento relaciona o autor aparente do autor real, e descreve que a verdade da indicação do autor, em particular da subscrição,

²⁴ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op. cit. p. 65.

²⁵ FERNÁNDEZ, José María Illán. Op. cit. p.

²⁶ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op. cit. p. 65.

²⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 84.

²⁸ TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 84.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. p. 199. Tradução livre de trecho da obra citada.

faz a correspondência entre o autor aparente e o real e denomina-se autenticidade do documento, assim a autenticidade é a verdade do documento assinado.

Diversamente, a “autenticação” é a certificação quanto à autenticidade de determinado documento, conforme refere Marinoni³⁰. Apenas para que fique esclarecida a distinção.

Com preocupação da autenticidade do documento eletrônico ante a confiabilidade que pode representar como prova processual é que tratamos as especificidades do assunto, a seguir.

2.2 Da assinatura eletrônica

Buscando dar maior confiabilidade ao documento eletrônico, e na tentativa de fazer com que a segurança nele expressada o permitisse produzir prova eficaz em juízo, institui-se a assinatura eletrônica. Sendo esta gênero que abriga espécies e subespécies³¹. Em sentido amplo podem ser definidas como qualquer combinação de algarismos ou letras que condicionam as mensagens ou a utilização dos sistemas informáticos, como palavras-passe, número de identificação pessoal, PIN³², dentre outras.

A assinatura eletrônica, nos termos do artigo 2º. c, do RJDEAD português, é o resultado do processo eletrônico de dados que será utilizado para reconhecer a autenticidade do documento e que constitui um objeto de direito individual e único³³. Demonstra assim, de forma genérica que falamos de um documento eletrônico o qual pode-se identificar sua paternidade (autoria)³⁴. Requisito, como já dito acima, que é essencial para a confiabilidade do documento eletrônico.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 659.

³¹ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Op. cit. p. 65.

³² Andrade e Krasnoperova, Francisco Carneiro Pacheco; Larisa. Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal. Revista Scientia Iuridica. Ano 2005. Scientia Iuridica. ISSN 0870-8185. Tomo 54, nº. 302. p. 300. “Ainda que a doutrina não seja unânime quanto à admissibilidade do PIN enquanto ‘assinatura electrónica’, a verdade é que, em Portugal, já em 1991, um diploma legal relativo às Declarações Aduaneiras – o DL nº. 264/91, de 26 de Julho – no nº. 2 do seu art. 3º. Expressamente previu ‘a utilização de um código de envio, que substitui e tem os mesmos efeitos jurídicos de uma assinatura manuscrita’”.

³³ Cf. Luís Filipe Pires de Sousa, em obra supracitada, p. 66, a legislação portuguesa concentra o conceito de assinatura eletrônica na sua ‘função’, enquanto a legislação italiana concentra-se na conformação específica dos dados.

³⁴ RIZZO, Francesco. Op. cit. p. 281.

Analisando os elementos da assinatura eletrônica destacam-se três funções básicas: indicativa (aponta quem é o autor); declarativa (o autor assume a paternidade do que assinou, concordando com o conteúdo); e probatória (concretiza materialmente as funções anteriores).

A Diretiva 99/93/CE³⁵, apresentou nas considerações iniciais³⁶ a necessidade de autenticação de dados, por meio das assinaturas eletrônicas e de serviços a ela associados para unificação entre os países da Comunidade Europeia otimizando a comunicação e o comércio eletrônico entre eles. Assim, além de abranger a validade jurídica da assinatura digital, trata de outros aspectos muito relevantes que é o desenvolvimento econômico e político-administrativo do comércio nos Estados Membros³⁷.

Denota-se da análise do dispositivo acima que a Comissão Europeia pretendeu efetivamente que fosse aceite como meio de prova no processo o documento com assinatura eletrônica, impedindo qualquer obstáculo. De tal maneira que admite valor probatório até mesmo aqueles documentos cuja assinatura eletrônica não tenha um certificado qualificado, ou o prestador de serviço a credita, ou mesmo não tiver sido criada por um dispositivo seguro de criação.

De certa forma perigosa a admissão de prova eletrônica que não ofereça minimamente os requisitos de segurança em relação à assinatura eletrônica, como por exemplo os provenientes de um dispositivo não seguro de criação³⁸. Contudo, verifica-se a efetividade da Diretiva ao influenciar a criação das diversas legislações nos Estados Membros, que transpuseram e ratificaram o conteúdo da Diretiva no ordenamento interno.

BREVES CONCLUSÕES

No contexto em que se insere a nova disciplina de documentos eletrônicos, por mais que a doutrina queira apresentar uma nova conceituação de documento promovendo a

³⁵ Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999. Relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas.

³⁶ Considerações iniciais da Diretiva 1999/93/CE, 13 de Dezembro de 1999.

³⁷ CORREIA, Miguel Pupo. Documentos electrónicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas. Revista jurídica Lusíada. Série 2, nº. 1 (Jan./Jun.). Ano 2003. ISSN 0872-2498. p. 180.

³⁸ Cabe uma observação apresentada por PUPO CORREIA (in Op. cit. p. 191). De que “os documentos portadores de assinaturas digitais baseadas em chaves criptográficas emitidas por entidades não credenciadas não são destituídos de valor probatório, embora em menor grau, pois apenas serão livremente apreciados nos termos gerais de direito”.

similitude destes, concluímos que o mais adequado é a formação de uma conceituação própria, ante as peculiaridades informáticas que a prova apresenta, e as diferentes situações advindas destas.

Seguidamente da necessidade do documento eletrônico se demonstrar confiável para se tornar prova em juízo, e os requisitos necessários para que isto aconteça. Trabalhamos especialmente com as assinatura eletrônica, que pela evolução legal, com a disciplina em diversos ordenamentos a nível Comunitário e nacional, têm se mostrado deveras importante para o reconhecimento da autenticidade e fidedignidade do conteúdo do documento o apresentando como prova confiável. Verificamos assim, apesar da presente evolução jurídica e aceitação do documento eletrônico com meio probatório, alguns pontos de confiabilidade ainda não temos respaldo doutrinário e legal, sendo necessário o progresso neste campo ante a rápida evolução informática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, FRANCISCO CARNEIRO PACHECO; E KRASNOPEROVA, LARISA. Algumas considerações sobre o regime jurídico da assinatura electrónica e digital, na Rússia e em Portugal. Revista Scientia Iuridica. Ano 2005. Scientia Iuridica. ISSN 0870-8185. Tomo 54, nº. 302. 0

CARNELUTTI, Francesco. “La Prova Civile”. 2ª. ed. Roma: Dell’atteno, 1947.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Saggi di diritto processuale civile”. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1993. p. 151.

CORREIA, Miguel Pupo. Documentos electrónicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas. Revista jurídica Lusíada. Série 2, nº. 1 (Jan./Jun.). Ano 2003. ISSN 0872-2498.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. O Documento Eletrônico como Meio de Prova no Brasil. Revista Jurídica Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática. Ano 2001. Brasília. (Consult. 10/01/2019). Disponível em: https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/14/.

ILLÁN FERNÁNDEZ, José María. “La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil. Nueva Oficina Judicial, Comunicaciones Telemáticas (LEXNETT) y el Expediente Judicial Electrónico”. Pamplona/Espanha: Aranzadi, 2009.

LACORTE, Christiano Vitor de Campos. A validade jurídica do documento digital. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862. Ano 11. nº. 1078, 14 de junho de 2006. (Consult. 12/10/2018). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8524/a-validade-juridica-do-documento-digital>.

LLUCH, Xavier Abel; PICÓ e JUNOY, Joan. “Objeto y carga de la prueba civil”. Barcelona: Bosch Editor: 2011.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. Revista Eletrônica Avocati Locus. Atual. 02/03/1999. (Consult. 04/01/2019). Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Da prova e convicção. 4ª. edição rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MATA, Frederico Bueno da. “Prueba Electrónica y Proceso 2.0”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MONTERO AROCA, Juan. “La prueba en el proceso civil”. Madrid: Civitas, 1996.

RIZZO, Francesco. “Il documento informatico. Paternità e falsità”. Scientifiche Italiane: Napoli, 2004.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. O valor probatório do documento electrónico no Processo Civil. Almedina: 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. O valor probatório dos documentos electrónicos. Direito da Sociedade da Informação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. II. vol. Ano 1999.

TARUFFO, Michele. A prova. Trad. João Gabriel Couto. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2004.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Coord. geral Fredie Didier Júnior. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. “A prova eletrônica (documentos eletrônicos) no CPC-2015”. vol V. 3ª. ed. rev. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2018.

A OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL DIANTE DA NOVA LEI DO PACOTE ANTICRIME E A NECESSIDADE DE REVISÃO CRIMINAL DIANTE DA NOVA LEI DO PACOTE ANTICRIME E A NECESSIDADE DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO BRASIL – PROIBIÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO

The mandatory presence of the public prosecutor at the criminal investigation hearing in view of the new anti-crime package law and the need to review the jurisprudence of Brazil - prohibition of the production of ex-of-its-kind evidence

ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA¹

MÜLLER AURELIANO DA SILVA²

Sumário: I. Introdução. II. Sistema acusatório e atribuição da produção probatória. III. Fontes formais do Direito. IV. Considerações Finais.

Resumo: O Brasil vem passando por uma grande mudança em seu cenário Legislativo, trazendo diversas incorporações nos ramos do direito criminal, ressaltadas no presente. A Lei n. 13.964/19 trouxe significativas modificações no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais. O Processo Penal Brasileiro é regido pelo Sistema Acusatório e, por meio do presente artigo, buscou-se melhor analisar a aplicação da supracitada Lei como forma a ratificar o sistema adotado no processo penal brasileiro, o acusatório, bem como trazer a visão de necessidade de readequação, pelos tribunais brasileiros, no que se refere à produção de provas pelo Magistrado sem a participação do representante do Ministério Público nas audiências de instruções criminais, corroborando assim o entendimento de ser indispensável a participação dos Membros do Ministério Público nas referidas audiências. Tal estudo sistemático buscou um breve aprimoramento nos sistemas que regem os processos penais, bem como teve enfoque, também, na aplicação das fontes do Direito dentro dos processos criminais, sendo a Lei a fonte imediata e, como tal, deve ter prevalência sobre as fontes secundárias, como a jurisprudência, por exemplo, deixando esculpido que o Ministério Público é um órgão essencial à efetiva prestação jurisdicional, atuando de maneira dúplice, ou seja, com atuação não só como órgão Acusador nas Ações Penais, mas também como um órgão fiscalizador da ordem jurídica em qualquer ação que intervenha, inclusive na pública.

Palavras-chave: Processo Penal; Sistema Acusatório; Produção de Provas.

Summary: Brazil has been going through a great change in its Legislative scenario, bringing several incorporations in the fields of law where the validity of Law n. Law no. 13,964/19

¹ Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – Portugal. Endereço eletrônico: rosemarysoutomaior@gmail.com. Tele móvel: 55 (81) 999715872

² Pós Graduando em Direito Penal e Processo Penal e em Direito Público – Centro Universitário UniAmérica. Endereço eletrônico: mileraureliano14@hotmail.com. Tele móvel: 55 (81) 995033905

brought changes to the Penal Code, Code of Criminal Procedure and Criminal Execution Law. The Brazilian Criminal Procedure is governed by the Accusatory System and, through this article, we sought to better analyze an application of the aforementioned Law as a way to ratify the system adopted in the Brazilian criminal procedure, the accusatory, as well as to bring the view of the need for readjustment, by the Brazilian courts, with regard to the production of evidence by the Magistrate without the participation of the representative of the Public Ministry in the criminal instruction hearings, thus corroborating the understanding that the participation of the Members of the Public Ministry in the hearings is essential. This systematic study sought a brief improvement in the systems that govern criminal proceedings, as well as focusing on the application of the sources of Law within criminal proceedings, with the Law being the immediate source and, as such, it should take precedence over the sources secondary, such as jurisprudence, for example, make it clear that the Public Prosecutor's Office is an essential body to the provision of jurisdiction, acting in a plicit manner, that is, acting not only as an Accuser in Criminal Actions, but also as an inspector of the body of law in any action that intervenes, including public.

Keywords: Criminal Procedure; Accusatory System; Evidence Production.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de técnicas de aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito da justiça criminal brasileira. Insere-se no cenário de afirmação expressa pelo Legislador Ordinário pelo sistema processual penal chamado acusatório, em detrimento do sistema inquisitório, ambos assim definidos por ampla doutrina.

Delimita-se, diante do tema proposto, a investigar possíveis implicações na atuação dos membros do Ministério Público, órgão exclusivamente legitimado à promoção da ação penal pública, por decorrência da ratificação da sua exclusividade na atuação probatória e da vedação aos magistrados à imiscuição nas funções que seriam próprias ao *dominus litis*, por força de imposição constitucional.

O trabalho parte de uma discussão doutrinária que tem como base os conceitos teóricos consolidados nas Ciências Criminais a respeito da possibilidade e da limitação da atividade probatória por parte dos magistrados. Busca, nesse sentido, estabelecer um diálogo entre os trabalhos doutrinários basilares acerca dos institutos principais que fundam o Processo Penal Democrático e a nova realidade da persecução penal na vida forense brasileira.

Nesse sentido, pretende-se verificar se a presença física ou virtual do representante do Ministério Público no momento da audiência de instrução, acarretaria a impossibilidade de realização do ato ou se, como admite ampla jurisprudência, ao magistrado estaria

permitido complementar a inquirição como forma de suprir a ausência do titular da ação penal.

Para isso, lançou-se mão de uma abordagem pelo método dedutivo, partindo-se da investigação de conceitos gerais e principiológicos da Teoria Geral do Direito e das Ciências Criminais para, com base nas premissas descobertas, vislumbrar o Direito aplicável à questão específica. Nesse sentido, o estudo inicia com uma revisão do diálogo das fontes do Direito.

Vislumbra se, pelo fato de haver ampla jurisprudência consolidada no sentido de negar nulidades na ausência do Parquet na instrução, obstada estaria a aplicação do novo entendimento legislativo do qual se infere a obrigatoriedade da presença do acusador. Em continuação, estuda-se as bases fundamentais do processo penal, em especial os sistemas históricos de persecução e os conceitos que desenham a produção probatória no ordenamento brasileiro com vistas a vislumbrar eventuais erros e incoerências epistêmicas na atuação probatória por parte dos magistrados.

Com a entrada em vigência da Lei n. 13.964/19 houveram várias modificações significativas em diversos ramos do Direito Brasileiro, notadamente o Penal, Processual Penal e Execuções. No tema enfoque, houve o acréscimo do art. 3 A do Código de Processo Penal, ao proibir o Magistrado na produção de provas de ofício, ratificando, mais uma vez, que o Brasil adotou, no processo penal, o sistema acusatório, ao aduzir que:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. ³

Nesse cenário, destaca-se o suprimento da lacuna anteriormente existente corroborar com o sistema acusatório no processo penal brasileiro. Se antes apenas a Constituição Federal, ao atribuir ao Ministério Público a exclusividade na titularidade da ação penal pública, delineava os contornos de um processo penal com ênfase na atividade do *dominus litis*, agora eis a expressão inequívoca da adoção do sistema acusatório.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO E A ATRIBUIÇÃO DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

³ BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

O debate acerca dos sistemas históricos de persecução penal encontra seu principal traço definidor na titularidade da gestão da prova. Se, de um lado, a gestão da prova encontra escopo no convencimento de um terceiro imparcial a quem recai o papel de dizer o Direito ante o caso concreto, do outro, a produção de elementos dispensa o papel de convencimento de outrem, assumindo a função de confirmação de premissas.

Nesse sentido, o chamado Sistema Acusatório é definido pela rígida separação dos papéis atribuídos ao julgador e à parte a quem incumbir a promoção da acusação. Conforme esse sistema, ao juiz é relegada postura passiva, semelhante a um espectador que, apenas ao fim e depois de observar todos os lados da causa, emitiria uma decisão conforme as informações que apreendeu. Impede-se, portanto, a atuação do “juiz justiceiro” que, a despeito da existência de um legitimado à acusação, imiscui-se na produção probatória, determinando diligências de ofício, inquirindo testemunhas e partes etc.

É a estrita separação de funções entre acusador e magistrado que, nas palavras de Aury Lopes Júnior(2019)⁴, “cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.”

O sistema processual inquisitivo, por sua vez, tem por palavra de sua essência a aglutinação das funções de julgador e acusador em um só indivíduo. Ao magistrado é dado perquirir as informações, dados e depoimentos que, após isso, decidir sobre as provas por ele mesmo produzidas. Conforme lição de Moreira e Camargo (2014):

Quando o juiz tem em torno de sua figura as funções de investigar, acusar e julgar, estar-se-á, necessariamente, diante do Sistema Inquisitivo. Nesses casos, não há livre convencimento na sentença, porque o juiz que realizou investigações e formulou a acusação, já parte de sua íntima convicção formada, pois, ao atuar dessa forma, está muito propício a condenar o réu. A separação das funções surge não só pelo Ministério Público seja cuidando da acusação, seja atuando como *custus legis* (ao Estado não interessa a condenação em todos processos), mas também pela polícia

⁴ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

judiciária que cuida das investigações e cumprimentos de diligências e pela defesa que resguarda os interesses do réu, todos eles formados a partir da ideia de Sistema Acusatório⁵.

Pode-se dizer, com isso que o principal traço diferenciador do sistema acusatório para o sistema inquisitório está na produção probatória onde, chamado sistema inquisitorial, vislumbrava-se a aglutinação das funções do magistrado e do persecutor e o mesmo indivíduo que buscava a prova, investigava e colhia indícios era o que os aquilata para, ao fim, tomar uma decisão sobre o material por ele mesmo colhido.

Já no modelo acusatório, o processo adquire a verdadeira face de *actum trium personarum* no qual duas das partes digladiam entre si com o escopo de convencer uma terceira da veracidade de sua hipótese. Esta terceira pessoa, equidistante em relação as outras, é o magistrado, aqui visto não mais como protagonista, mas como aquele que – apenas ao final – virá dar a sentença. A mudança adquire melhores contornos conforme se observa o inteiro teor do novo artigo 3-A, do Código de Processo Penal.

Conforme o dispositivo, ficam vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Em relação à segunda vedação, de substituição da atuação probatória do órgão de acusação, a linguagem utilizada pelo legislador parece confusa. No entanto, o que se pretende dizer é que ao *Parquet*, legitimado constitucionalmente como órgão de acusação, é consagrada a atividade probatória. Ao órgão incumbe, enquanto promotor da persecução penal, é dada toda a carga probatória, todo o *ônus probandi*. Nesse cenário, vislumbra-se uma problemática no principal meio de prova no Processo Penal Brasileiro: a audiência de instrução e julgamento.

Como se sabe, o Ministério Público é um órgão essencial à efetiva prestação jurisdicional, atuando de maneira dúplice, ou seja, ele atua não somente como Órgão Acusador nas Ações Penais Públicas, mas também como órgão fiscalizador da ordem jurídica em qualquer ação que intervenha, inclusive na pública. Desta feita, considerando a promulgação da Lei que estabelece o Pacote Anticrime, entende-se que não podem mais os Tribunais Pátrios permanecerem no entendimento de que a presença do Representante do Ministério Público nas audiências de instruções criminais são dispensáveis em vista de comando legal proibitivo de atuação de ofício, pelo Magistrado, na produção das provas também no Processo Penal, sob pena de malferimento do sistema acusatório. Tal reforma

⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. In.: Revista de Direito Constitucional e Internacional do MPSP. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF.

Legislativa apenas corroborou com o acatamento, mais uma vez, do sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro, trazendo elementos proibitivos mais concretos, ou seja, proibindo, com promulgação de norma infraconstitucional, a atuação de ofício pelos Magistrados no Processo Penal. Desta, o presente artigo busca um estudo sistemático e dedutivo dos institutos que regem o Processo Penal Brasileiro, bem como a necessidade, diante de promulgação de nova norma infraconstitucional, de revisão perante os Tribunais brasileiros quanto ao entendimento da necessidade de participação dos Membros do Ministério Público nas audiências de instruções, em vista da expressa vedação da atuação probatória do Magistrado e, também, como forma de evitar um Processo Penal vago e eivado de nulidades.

3. FONTES FORMAIS DO DIREITO

Os tribunais brasileiros possuem um entendimento uníssono quanto à não obrigatoriedade da participação dos Membros do Ministério Público nas audiências de instrução criminal, ante o argumento de que devem prevalecer os Princípios da Celeridade Processual e da Garantia da Razoável Duração do Processo, conforme se verifica no posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n. 65205⁶, dentre tantos outros julgados proferidos por aquele Pretório Tribunal.

Prosseguindo ao disposto, mister se faz ponderar pequenos traços acerca das fontes formais do Direito Penal brasileiro, porque, em sendo a Lei a fonte primária do Direito, devem os Tribunais remoldarem seus entendimentos para aplicar o texto previsto em Lei, readequando a jurisprudência já sedimentada no que diz respeito à não obrigatoriedade da presença do Membro do Ministério Público nas audiências de instrução criminal.

O ilustre professor Luiz Flávio Gomes⁷ traz um pequeno estudo sobre as fontes do Direito, aduzindo como fontes formais imediatas (de cognição ou exteriorização do direito) a Constituição e as Leis, dentre outros e, por seu turno, as fontes formais mediatas que são as de caráter supletivo, devendo ser aplicadas somente em caso de inexistência de norma

⁶ STJ - RMS: 65205 AL 2020/0320851-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 02/02/2021.

⁷ Luiz Flávio Gomes. Fontes do Direito Penal. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/44990/fontes-do-direito-penal--necessaria-revisao-desse-assunto--parte-1>. Data da publicação: 10/09/2007. Data do acesso: 21/06/2021

específica sobre a matéria. Assim, podem ser enquadrados a doutrina, a jurisprudência, os Costumes, dentre outros.

Assim, a Lei é uma fonte formal única, exclusiva e imediata quando se fala em Direito Penal da incriminação, não deixando margens de dúvidas que os entendimentos jurisprudenciais, bem como costumes ou diversas outras fontes mediatas do direito, só podem ser utilizadas quando houver uma omissão expressa no ordenamento jurídico, tudo isto trazendo a essência do Direito Incriminador, que traz ampliação e criação do *jus puniendi*.

Não havendo mais lacunas na Lei no que diz respeito à necessidade de participação dos Membros do Ministério Público nas audiências de instruções criminais, posto que a nova Lei em vigor de n. 13.964/19 inseriu o art. 3-A no Código de Processo Penal brasileiro para tornar vedado o Juiz a produção de provas de ofício no âmbito do processo penal, há uma necessidade – repito – de reamoldação do entendimento, tanto por parte da jurisprudência quando por parte dos doutrinadores, quanto à necessidade de aplicação imediata dos efeitos da referida norma, de maneira a buscar sua efetivação no âmbito dos processos criminais, sob pena de malferir a legislação, o sistema acusatório, bem como os próprios primados das fontes formais imediatas do Direito, instituto este tão estudado em diversos países com doutrinadores clássicos e modernos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente, portanto, que em busca do aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional e em prol de um processo penal democrático, é imperioso reafirmar a estrutura acusatória da persecução penal, nos moldes estabelecidos na Constituição Federal.

Nesse trilhar, viu-se que, com a nova redação do Artigo 3-A, do Código de Processo Penal, o traço diferenciador do sistema acusatório para o sistema inquisitório, qual seja, a iniciativa de produção probatória, restou muito bem delineado na legislação instrumental, dirimindo quaisquer dúvidas sobre qual seria o sistema de persecução adotado no país.

Todavia, viu-se que a inovação na legislação infraconstitucional vai de encontro à jurisprudência bastante sedimentada dos tribunais brasileiros. Costumeiramente, vê-se que a ausência do titular da ação penal pública nas audiências de instrução e julgamento é tido pelos tribunais no máximo como mera irregularidade, não gerando nulidades ou máculas insanáveis no procedimento.

Dessa forma, o trabalho chega a conclusão que lhe dá tema: forçosa é a revisão da jurisprudência dos tribunais com vistas à adequação para a nova realidade. Sendo, de fato, a lei em sentido estrito, fonte primária do Direito, deve prevalecer em detrimento até mesmo da jurisprudência mais consolidada.

No Brasil apenas poderá ser vista eventual reformulação de entendimento por parte dos Tribunais quando da interposição de recursos para mudança do entendimento, questão que poderá levar um pouco de tempo diante da burocratização que por vezes os processos penais exigem, bem como da atual adaptação que os Tribunais vivenciam diante da Pandemia da COVID-19.

Apenas dessa forma, notadamente com a reformulação do entendimento jurisprudencial e doutrinário, se poderá falar em juízes verdadeiramente imparciais, em julgamento justo e em processo como *actum trium personarum*, em que Estado-Promotor exerce o direito de ação, o cidadão defende-se das acusações, e o Estado-Juiz, distante de ambos, diz o Direito ao final.⁸

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, itens 10.1.5 a 10.1.14.

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

Luiz Flávio Gomes. Fontes do Direito Penal. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/44990/fontes-do-direito-penal--necessaria-revisao-desse-assunto--parte-1>. Data da publicação: 10/09/2007. Data do acesso: 21/06/2021.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. In.: Revista de Direito Constitucional e Internacional do MPSP. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF.

STJ - RMS: 65205 AL 2020/0320851-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 02/02/2021.

ZILLI, Marcos. A admissibilidade da acusação e o fio de Ariadne. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 23, nº 267, pp. 04-06, fev., 2015.

NORMAS ISO COMO INTERFACES REGULATÓRIAS PARA NANOTECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

ISO Standards as Regulatory Interfaces for Nanotechnologies and the Protection of Human Rights

PATRICIA SANTOS MARTINS¹

WILSON ENGELMANN²

Sumário: 1. Introdução. 2. O Desenvolvimento Nanotecnológico e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. 3. A Eficácia dos Direitos Humanos em rede: as aplicações das nanotecnologias em benefício do homem e meio ambiente. 4. As normas técnicas ISO como interfaces para concretização de Direitos Humanos. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: O estudo se desenvolve a partir do seguinte problema de pesquisa: Quais as condições para proteção e concretização de direitos humanos no cenário nanotecnológico em casos de ausência de marcos regulatórios nanoespecíficos? Para responder a esta pergunta se busca analisar as condições segundo as quais as normas técnicas ISO podem ser utilizadas como instrumentos para proteção de direitos humanos no curso do desenvolvimento nanotecnológico. A metodologia empregada para a pesquisa é fenomenológica construtivista, com emprego de técnica de pesquisa a documentos legais, artigos publicados e levantamento de dados estatísticos sobre a temática. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que as normas técnicas cumprem indiretamente com enunciados dispostos nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e, conseqüentemente coadunam-se com princípios e dispositivos constitucionais brasileiros de proteção aos direitos humanos, reconhecendo-os como direitos fundamentais. Como conclusão se tem que, as normas técnicas ISO possuem princípios e requisitos que podem ser conectados com enunciados de proteção aos direitos humanos e fundamentais, representando um destes mecanismos que podem ser adotados pelos desenvolvedores. Importa, assim, difundir a necessidade de que o sistema do Direito esteja aberto ao acoplamento com interfaces regulatórias que sejam tão céleres quanto é disruptivo o desenvolvimento nanotecnológico. Além disso, pesquisa empírica realizada, indica que 88,4% dos participantes da pesquisa, aplicada por meio eletrônico, se sentiriam seguros ao consumir nanotecnologias, caso as normas técnicas sejam adotadas uma vez que tais normas possuem conexão indireta entre seu conteúdo e conteúdo de proteção aos direitos, as respostas levam em consideração a ausência de marco regulatório nanoespecífico no Brasil. Diante dos dados levantados e, utilizando a teoria do hibridismo normativo de Benoit Frydman, se concretiza a possibilidade de que o sistema do Direito poderá encontrar nas normas técnicas ISO uma interface regulatória capaz de assegurar um desenvolvimento nanotecnológico que ao mesmo tempo: respeite os direitos humanos e fundamentais e,

¹ Professora Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS, Bolsista CAPES/Proex. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS, Bolsista do PROEX/CAPES (2016). Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); professora do Curso de Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/Torres) RS. E-mail: patricia.mart@hotmail.com.

² Wilson Engelmann. Professor Pós-Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Atualmente é professor deste Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em Direito da UNISINOS. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

assegure aos desenvolvedores um caminho juridicamente adequado para proteção de suas atividades a médio e longo prazo.

Palavras-Chave: Normas Técnicas ISO; Regulação; Autorregulação Regulada; Nanotecnologias.

Abstract: The study is developed from the following research problem: What are the conditions for the protection and realization of human rights in the nanotechnology scenario in cases of absence of nanospecific regulatory frameworks? To answer this question, we seek to analyze the conditions under which ISO technical standards can be used as instruments for the protection of human rights in the course of nanotechnology development. The methodology used for the research is constructivist phenomenological, using a research technique to legal documents, published articles and survey of statistical data on the subject. The objective of this research is to demonstrate that technical standards indirectly comply with statements set out in international documents for the protection of human rights and, consequently, are consistent with Brazilian constitutional principles and provisions for the protection of human rights, recognizing them as fundamental rights. In conclusion, ISO technical standards have principles and requirements that can be connected with statements of protection of human and fundamental rights, representing one of these mechanisms that can be adopted by developers. It is important, therefore, to spread the need for the legal system to be open to coupling with regulatory interfaces that are as quick as nanotechnological development is disruptive. In addition, empirical research carried out indicates that 88.4% of the research participants, applied by electronic means, would feel safe when consuming nanotechnologies, if the technical standards are adopted since such standards have an indirect connection between their content and the content of rights protection, the answers take into account the absence of a nanospecific regulatory framework in Brazil. In view of the data collected and using Benoit Frydman, theory of normative hybridism, the possibility is realized that the legal system may find in ISO technical standards a regulatory interface capable of ensuring a nanotechnological development that at the same time respects human rights and fundamental and, ensure developers a legally adequate path to protect their activities in the medium and long term.

Key words: ISO Technical Standards; Regulation; Regulated Self-Regulation; Nanotechnologies.

1. Introdução

O estudo possui o objetivo de demonstrar que a adoção de norma técnicas ISO por meio da autorregulação pode ser eficaz para proporcionar um desenvolvimento nanotecnológico que vise a proteção dos recursos naturais e de direitos humanos e direitos fundamentais já tutelados como a vida, a saúde, o meio ambiente o acesso à água, dentre outros. Para alcançar o objetivo exposto se utiliza o seguinte questionamento: Quais as condições para proteção e concretização de direitos humanos no cenário nanotecnológico em casos de ausência de marcos regulatórios nanoespecíficos? Por meio da metodologia fenomenológica construtivista, e de técnica de pesquisa de revisão bibliográfica a documentos legais e levantamento de dados estatísticos sobre a temática, se pretende produzir reflexões sobre possíveis interfaces entre as normas técnicas e o Direito.

Lançando base aos dizeres de Benoit Frydman sobre um pluralismo jurídico normativo caracterizado pelo hibridismo entre normas técnicas e, normas jurídicas, se ratifica as possibilidades teóricas com os dados obtidos por meio de pesquisa de campo, autorizada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo/RS/Brasil) integrante da tese de doutoramento da autora Patricia Santos Martins no respectivo Programa de Pós Graduação, com bolsa concedida pela Capes/PROEX.

Como resultado das conexões teóricas e empíricas o leitor poderá aferir que elevado percentual de participantes sente-se seguro ao consumir nanotecnologias caso, os desenvolvedores observe padrões técnicos e ainda, o percentual que percebe interfaces entre normas técnicas e princípios jurídicos possibilitando afirmar que a observância de normas técnicas promove a proteção de direitos humanos.

2. O Desenvolvimento Nanotecnológico e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável

Falar de nanotecnologias é referir as diversas técnicas que possibilitam ao homem engenheirar os elementos já conhecidos, em uma escala equivalente a bilionésima parte de um metro. Representada na equação 10^{-9} permite a manipulação da matéria para obter em nanoescala, reações físico-químicas diferentes daquelas já conhecidas nos materiais em escala macro. Silva³ menciona que “no universo das nanopartículas, quanto menor, mais importância há. É o que mostra a nanotecnologia, que carrega consigo possibilidades quase infinitas para a agricultura, a começar pela adubação mais eficiente, passando pelo aumento de vida útil dos alimentos”. Trata-se de uma área da Ciência e Tecnologia que busca estudar “os sistemas nanoestruturados ou nanossistemas, devido ao seu tamanho em pelo menos uma das dimensões (comprimento, largura e/ou altura) em nanoescala, geralmente de 1 a 100 nanômetros”⁴ Ainda, segundo Silva, há uma motivação específica em estudar materiais nanoestruturados pois, eles promovem possibilidades de “produzir alimentos, têxteis e energia com propriedades novas ou incrementadas por meio do desenvolvimento de produtos e processos inovadores e mais recentemente com a sustentabilidade, o que vem sendo possível pela chamada nanotecnologia verde”⁵.

³ SILVA, Luciano Paulino da. **Nanotecnologia é uma grandeza por trás das partículas** IN: CAMPO&NEGÓCIOS. Disponível em: < <https://revistacampoenegocios.com.br/nanotecnologia-e-uma-grandeza-por-tras-das-particulas/> > Acesso em: 20 jun. 2021.

⁴ SILVA, Luciano Paulino da. **Nanotecnologia é uma grandeza por trás das partículas** IN: CAMPO&NEGÓCIOS. Disponível em: < <https://revistacampoenegocios.com.br/nanotecnologia-e-uma-grandeza-por-tras-das-particulas/> > Acesso em: 20 jun. 2021

⁵ SILVA, Luciano Paulino da. **Nanotecnologia é uma grandeza por trás das partículas** IN: CAMPO&NEGÓCIOS. Disponível em: < <https://revistacampoenegocios.com.br/nanotecnologia-e-uma-grandeza-por-tras-das-particulas/> > Acesso em: 20 jun. 2021

Ao obter essas diferentes características dos materiais abre-se o espaço para uso em inúmeras aplicações que podem ser empregadas desde a indústria automobilística até, embalagens para alimentos, cosméticos, fármacos, materiais esportivos, equipamentos eletrônicos, tintas com maior grau de eficiência, materiais de higiene e produtos de limpeza. Para se ter uma noção do atual estado da arte em produtos disponíveis atualmente no mercado, nas diferentes área de aplicação, é possível citar um total registrado na base de dados StatNano, que acumula 9210 produtos, produzidos por 2.641 empresas em 64 países. Dentre as principais aplicações estão a área médica com 1.121 produtos produzidos a partir de 45 países distintos, com aplicações como suprimentos médicos, farmacêutica, odontologia e engenharia de tecidos. Outra aplicação relevante se verifica são os cosméticos com 889 nanoprodutos, distribuídos entre cuidado capilar, maquiagem, cuidado pessoal, cuidados com a pele, bem estar sexual, preparações para barbear, dentre outros. O setor de agricultura e comida chamam atenção com respectivamente 232 e 357 produtos produzidos a partir do emprego de nanotecnologias⁶.

O estado da arte a partir das aplicações permite depreender que há preocupação com aplicações que estejam direcionadas ao bem estar humano, manutenção da saúde e tratamentos para doenças que assolam a humanidade em escala global, como o câncer. Percebe-se no fato de que na listagem de produtos fármacos produzidos, constam as vacinas elaboradas por laboratórios de diferentes países, contra a Covid-19⁷. Assim, evidente que estão voltadas à colocar a humanidade como destinatários dos benefícios do desenvolvimento.

De outro lado observa-se um movimento por parte de diferentes atores sociais (empresas, governos, organizações não governamentais, organizações de normalização técnica e outros sistemas sociais) no sentido de empregar esforços para concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, expressamente manifesto na Agenda 2030 da ONU, dentre eles: erradicação da pobreza, fome zero e agricultura sustentável, redução das desigualdades⁸, e, através da observação dos movimentos legislativos com relação a regulação para nanotecnologias no Brasil, observa-se que o ritmo da produção legislativa é inversamente proporcional ao desenvolvimento das nanotecnologias e igualmente oposto ao esforço que os desenvolvedores estão empregando com relação à destinação da inovação

⁶ SATANANO. **Products**. Disponível em: < <https://product.statnano.com/> > Acesso em 20 jun. 2021.

⁷ STATNANO. **Vacina Pfizer-BioNTech COVID-19**. Disponível em: < <https://product.statnano.com/product/11888/pfizer-biontech-covid-19-vaccine> > Acesso em: 20 jun. 2021.

⁸ ODSBrasil. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: < <https://odsbrasil.gov.br/> > Acesso em: 20 jun. 2021.

para benefício da saúde e vida humanas, fontes renováveis de energia, tratamento da água para fins de dar acesso ao saneamento básico e água potável.

Destas três perspectivas de observação é possível dizer que o desenvolvimento das nanotecnologias, a partir das atividades de empresas privadas e também de entidades governamentais, busca reduzir as desigualdades, erradicar a pobreza, estabelecer metas para alcançar a fome zero e acima de tudo, no atual cenário de pandemia por Covid-19, possibilitar medicações e vacinas que protejam pessoas contra o risco de desenvolver sintomas severos e graves provocados por Covid-19.

Diante das conexões e, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável pode se afirmar que há interfaces entre ambos, o que não ocorre com a produção normativa estatal brasileira, que busque assegurar aos produtores segurança jurídica no desenvolvimento. Até o momento, há uma iniciativa legislativa, o Projeto de Lei nº 880 de 2019⁹ que encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, contudo, arrasta-se diante dos burocráticos sistemas de produção normativa estatal brasileiro.

Assim, importa refletir acerca das nanotecnologias e Direito, para popularizar o conhecimento e trazer à luz o fenômeno social e científico que já integra o cotidiano global, produzindo melhor compreensão e concretizando direitos já tutelados.

3. A Eficácia dos Direitos Humanos em rede: as aplicações das nanotecnologias em benefício do homem e meio ambiente

Frydman¹⁰ menciona que há uma hibridização normativa que representa interfaces entre o Direito e outros sistemas de normalização, em que é necessário “considerar as relações entre as normas técnicas e as regras jurídicas, à maneira como o pluralismo jurídico ordenado tenta coordenar as relações das diferentes ordens jurídicas” apontando com isso, interfaces entre as normas técnicas ISO e o Direito, que oportuniza, não um Direito Global, mas um mercado global de direitos que oferece incontáveis oportunidades para que o Direito Estatal conecte-se com normas técnicas, que são, em prima facie, normas isentas de conteúdo axiológico ou político, contudo trazem especificações, diretrizes e princípios possíveis de uso como interfaces com os já conhecidos princípios jurídicos estabelecendo de forma transversal ou indireta, conexões com enunciados normativos e legais que já manifestam expressamente pela proteção de bens jurídicos como a vida, saúde e meio ambiente.

⁹ Projeto de Lei nº 880 de 2019. **Marco Legal da Nanotecnologia**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135353> > Acesso em: 20 de jun. 2021.

¹⁰ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: Governar por Standards e Indicadores**. Tradução Mara Beatriz Krug. Revisão: Jânia Maria Lopes Saldanha. 2 Ed. Porto Alegre, 2018. p.90

Se de fato todos possuem a responsabilidade de dar efetividade aos enunciados constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos, especialmente naquilo que diz respeito ao direito à vida, à liberdade e segurança pessoal¹¹ e, o direito à um “padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez”¹², e; a atualidade demonstra que a sociedade global vive um cenário de transformações constantes em que diversos atores sociais atuam na produção normativa independente do monopólio estatal, então, é possível afirmar sobre a necessidade de condutas de todos os atores sociais parciais para concretizarem os direitos humanos, independente da imposição estatal. É dizer de uma responsabilidade informada por critérios fraternos e orientados pelo princípio da solidariedade que denota a boa-fé nas relações privadas e entre a esfera privada e o Estado.

Não aguardar por uma normativa estatal, significa dizer da possibilidade de constante ajuste de conduta àqueles que são reconhecidos internacionalmente como Direitos Humanos, internalizados no Brasil com status de direitos fundamentais a partir da manifestação constitucional acerca dos direito à vida, à saúde, à alimentação¹³ e com isso, cumprir com o desiderato de concretizar direitos humanos em rede, cada ator de produção normativa seja capaz de tensionar as condutas dos demais, a fim de dar efetividade aos direitos mencionados. Com esse movimento, possibilitar um movimento de exigibilidade de condutas das organizações e empresas, especialmente aqueles envolvidos no desenvolvimento nanotecnológico, para observarem critérios sustentáveis capazes de concretizar os direitos humanos.

Nesse sentido, a partir da exploração anterior sobre as aplicações das nanotecnologias, pode-se afirmar sobre a viabilidade de que esta rede de esforços, dos diversos sistemas sociais parciais ou atores de desenvolvimento, possam ser efetivos para concretização de direitos humanos. Assegurar que nanotecnologias sejam empregadas para sanar os males que assolam a saúde em escala global, é assegurar direito humano. E que o seu emprego nas áreas de alimentação e agroquímicos, possa contribuir para a redução da fome no mundo também; de sorte a lançar esforços de que efetivamente a humanidade esteja no foco dos benefícios nanotecnológicos.

¹¹ Declaração Universal de Direito Humanos. **Artigo 3**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 20 de jun. 2021.

¹² Declaração Universal de Direito Humanos. **Artigo 25**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 20 de jun. 2021.

¹³ Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Artigo 5º e Artigo 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 de jun. 2021.

O sistema de normalização ISO com a produção de normas técnicas pelo Comitê Técnico 229, Comitê de trabalho voltado à produção de normalização para nanotecnologias, é uma das possíveis interfaces regulatórias capazes de informar ao Direito acerca de padrões de desenvolvimento que estejam tecnicamente adequados a respeitar critérios não apenas técnicos mas também jurídicos.

O movimento autorregulatório que nasce com a adoção de normas ISO passa por uma etapa posterior de observâncias das normas legais atinentes à atividade econômica e de desenvolvimento nanotecnológico, com isso, é possível utilizar normas técnicas ISO com a finalidade de orientar condutas de desenvolvimento sustentável e direcionado a cumprir com ditames legais já expressos no ordenamento jurídico.

4. As normas técnicas ISO como interfaces para concretização de Direitos Humanos

O estudo das normas técnicas ISO especialmente a ISO 9001 e ISO 31000, indica que seus requisitos e princípios, estão em coerência com enunciados de princípios jurídicos. É necessário informar que no Brasil, a organização responsável por internalizar as normas ISO é a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e por meio de seu trabalho, normas técnicas com conteúdo direcionado às nanotecnologias têm sido analisadas, traduzidas e publicadas. Independente destas, as normas de Gestão para a Qualidade¹⁴ e Gestão de Riscos¹⁵, possuem respectivamente requisitos como: valorização humana, engajamento das pessoas, outros direcionados aos colaboradores e demais partes interessadas como: criar e proteger valor, estão indiretamente conectados com princípios de valorização humana como o da dignidade humana e proteção do trabalhador.

O caráter voluntário da adoção das normas técnicas ISO reforça a intenção dos desenvolvedores em utilizar critérios tecnicamente seguros no curso do desenvolvimento e, por possuírem requisitos e princípios técnicos coerentes com princípios jurídicos, a pesquisa consolida a ideia de que estejam aptos a estabelecer interfaces regulatórias com o Direito, informando o sistema jurídico acerca de como as empresas e organizações engajadas neste novo espaço nanométrico, tem observado os padrões técnicos e indiretamente, jurídicos também.

¹⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **ABNT NBR ISO 9001:2015 – Sistemas de gestão da qualidade – Requisitos**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=345041#>. Acesso em: 26 jan. 2021

¹⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR ISO 31000:2018 – Gestão de riscos – Diretrizes**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/pdfview/viewer.aspx?Q=3DF3FE6C91BC24E98C765C746925EA009BC8A7DA5901627615FE5D2B69B57C5F>. Acesso em: 28 jan. 2021.

Em pesquisa de campo realizada com autorização do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS, Brasil, foram lançados alguns questionamentos acerca da inexistência de marco regulatório nanoespecífico no Brasil e, divulgados princípios e requisitos das referidas normas técnicas com a proposição de que os respondentes manifestassem suas percepções acerca do desenvolvimento nanotecnológico sem a existência de lei nanoespecífica, inclusive quanto às suas percepções de como se sentiam como consumidores neste cenário.

Com os dados obtidos na pesquisa de campo, compreende-se que o grupos sociais sentem-se seguros ao consumir nanotecnologas quando os desenvolvedores estão utilizando normas técnicas ISO que possuem princípios e requisitos coerentes com princípios jurídicos, 88,4% dos participantes informou que se não existe marco regulatório em vigor no Brasil, para nanotecnologias, mas são observados princípios jurídicos, isto é suficiente para assegurar a proteção de bens jurídicos como a vida, integridade, dignidade humana e meio ambiente. Enquanto, 55% dos participantes acreditam nas interfaces existentes entre normas técnicas e normas jurídicas por meio de seus princípios, o que lhes assegura maior confiança para o consumo.

Com os dados obtidos se tornou possível analisar as normas técnicas a partir das conexões que podem estabelecer com o sistema do Direito, a fim de informar ao Direito o status de desenvolvimento e, também possibilitar que desenvolvedores (empresas e outras organizações, inclusive governamentais) consigam produzir evidências de médio e longo prazo, capazes de evidenciar as boas práticas orientadas por condutas de Responsabilidade de Desenvolvimento Sustentável e Responsabilidade Social Empresarial de cunho protetivo com relação aos recursos exploráveis e de natureza precaucional com relação aos possíveis resultados inesperados que é peculiar da manipulação em escala nanométrica.

Dizer, portanto, que a autorregulação por meio de adoção de normas técnicas promove um desenvolvimento capaz de respeitar e proteger direitos humanos não é apenas um esforço teórico mas, a partir da pesquisa empírica realizada, é uma expectativa social de concretização quanto às melhores práticas empresariais e organizacionais e a eficácia dos direitos já reconhecidos como relevantes em qualquer esfera ou sob qualquer perspectiva, seja verticalizada, quando o Estado impõe por meio de sua atuação na produção normativa, seja entre privados ou até mesmo, entre a esfera privada e estatal, forçando o reconhecimento de que os direitos humanos podem ser exigíveis e concretizados em rede, ultrapassando a ideia de transversalidade ou horizontalidade.

Assim, verifica-se a efetividade da adoção de normas técnicas por meio de seus requisitos e princípios, no cenário de ausência de marco regulatório nanoespecífico, para operar com o sistema do Direito, cumprindo o desiderato de conferir eficácia jurídica às práticas adotadas no desenvolvimento nanotecnológico que cumpram com o teor do sistema de normalização técnica. Logo, as condições paraproteção e concretização de direitos humanos no cenário nanotecnológico estão vinculadas à adoção de normas técnicas e observância de seus requisitos e princípios norteadores.

5. Conclusão

Ao término do presente estudo se pode conferir que a adoção de normas técnicas ISO que possuem requisitos, princípios e diretrizes coerentes com princípios jurídicos, permite que desenvolvedores de nanotecnologias promovam um desenvolvimento orientado a proteger direitos humanos, especialmente, a colocar o homem e o meio ambiente como destinatários dos benefícios do nanodesenvolvimento.

É o que acontece por exemplo, com a aplicação em fármacos que permitiu o desenvolvimento da vacina contra Covid-19 do laboratório Pfizer. A partir do emprego de nanotecnologias a humanidade pode estar recebendo doses do imunizante que protege pessoas contra a crise sanitária que se impôs desde o fim do ano de 2019 em escala global.

Dizer destas possibilidades bem como, nas demais aplicações das nanotecnologias, permite pensar que é possível dar acesso a saneamento básico e água potável, bem como melhores condições de assegurar o direito à vida e saúde, como forma não apenas de concretizar direitos humanos mas, igualmente, cumprir com os objetivos de desenvolvimento sustentável proposto na Agenda 2030 da ONU.

Para isso é necessário que o Estado se manifeste e produza atos normativos com força cogente impondo as organizações e empresas que observem determinadas condutas empresariais de desenvolvimento responsável? Não! Pois é possível verificar que a autorregulação (com normas técnicas ISO) por parte dos desenvolvedores, por via indireta, cumpre com princípios jurídicos norteadores de práticas que respeitam direitos humanos e fundamentais.

Diante destas constatações é possível concluir o presente estudo com a afirmação que, na atualidade a concretização de direitos humanos depende, no cenário de desenvolvimento nanotecnológico, das práticas empresariais e organizacionais que permitam a exigibilidade do cumprimento de determinados padrões de conduta independentemente do agir estatal. A prática de exigir o cumprimento de condutas que assegurem direitos humanos

pode se dar em rede, uma rede em que cada sistema social exige do outro o cumprimento e observância de critérios de desenvolvimento norteados por princípios protetivos.

6. Referências Bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **ABNT NBR ISO 9001:2015 – Sistemas de gestão da qualidade – Requisitos**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=345041#>. Acesso em: 26 jan. 2021

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR ISO 31000:2018 – Gestão de riscos – Diretrizes**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/pdfview/viewer.aspx?Q=3DF3FE6C91BC24E98C765C746925EA009BC8A7DA5901627615FE5D2B69B57C5F>. Acesso em: 28 jan. 2021.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil. **Artigo 5º e Artigo 6º**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 20 de jun. 2021.

Declaração Universal de Direito Humanos. **Artigo 25**. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> > Acesso em: 20 de jun. 2021.

Declaração Universal de Direito Humanos. **Artigo 3**. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> > Acesso em: 20 de jun. 2021.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: Governar por Standards e Indicadores**. Tradução Mara Beatriz Krug. Revisão: Jânia Maria Lopes Saldanha. 2 Ed. Porto Alegre, 2018. p.90

ODSBrasil. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: < <https://odsbrasil.gov.br/> > Acesso em: 20 jun. 2021.

Projeto de Lei n 880 de 2019. **Marco Legal da Nanotecnologia**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135353> > Acesso em: 20 de jun. 2021.

SILVA, Luciano Paulino da. **Nanotecnologia é uma grandeza por trás das partículas** IN: CAMPO&NEGÓCIOS. Disponível em: < <https://revistacampoenegocios.com.br/nanotecnologia-e-uma-grandeza-por-tras-das-particulas/> > Acesso em: 20 jun. 2021.

STATNANO. **Products**. Disponível em: < <https://product.statnano.com/> > Acesso em: 20 jun. 2021.

STATNANO. **Vacina Pfizer-BioNTech COVID-19**. Disponível em: < <https://product.statnano.com/product/11888/pfizer-biontech-covid-19-vaccine> > Acesso em: 20 jun. 2021

FORUM SHOPPING Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

MARIUSZ FRAS¹

Summary: 1. Introducción. 2. Principio de Buena Administración de Justicia. 3. Concepto de Forum Shopping. 4. Motivaciones detrás de la selección del foro (causas de fórum shopping). 5. Influencia de la aplicación de las nuevas tecnologías em las causas del fórum shopping. 6. Conclusiones.

Resumen: La prevención del fenómeno de *forum shopping* (o «foro de conveniencia») constituye un aspecto importante del principio de buena administración de justicia. *Forum shopping* es un concepto utilizado para describir las estrategias procesales de las partes con el objetivo de incoar una acción en un país distinto al país de domicilio del acusado, teniendo en cuenta los beneficios procesales asociados al hecho de llevar el litigio en ese lugar. En el contexto de la problemática abordada en el presente artículo, podemos apreciar un enfoque liberal en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, es evidente que el enfoque territorial tradicional para la resolución de los litigios derivados de la violación de derechos se enfrenta con dificultades en el ámbito digital, el cual cuestiona tal territorialidad o exige su modificación. Dicha modificación consiste en valerse de las normas de conflicto (también jurisdiccionales) que abarcan la cuestión del principio de territorialidad tomando en cuenta sus objetivos y funciones y adaptándolos a las formas modernas de explotación de bienes inmateriales

Palabras clave: forum shopping, nuevas tecnologías, derecho internacional privado, producto defectuoso, smart contracts, inteligencia artificial

Keywords: forum shopping, new technologies, international private law, defective product, smart contracts, artificial intelligence

1. Introducción

La jurisdicción adecuada permite delimitar de manera correcta la competencia de los órganos judiciales y tribunales de un país de las competencias de los órganos judiciales y tribunales homólogos en el otro.¹ Se subraya que la «jurisdicción nacional se asocia a la

¹Cátedra de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado. Universidad de Silesia de Katowice

El artículo fue escrito en el marco del proyecto n.º 2020/39/B/HS5/02631, otorgado por el Centro Nacional de las Ciencias [PL: Narodowe Centrum Nauki] de Polonia.

¹ Ereciński T., [en:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5 Ereciński T. (red.), Warszawa 2021, p. 45.

cuestión de acceso a un juzgado o tribunal de un país determinado, por lo que establece los límites entre los cuales la realización del derecho a acudir a los tribunales puede darse ante los juzgados o tribunales de distintos países».² Asimismo, ya en la etapa de formular la definición de este concepto, se puede señalar su importante papel ante la cuestión de *forum shopping*. Precisamente, la determinación de la jurisdicción competente elegida por el sujeto es uno de los elementos de *forum shopping*.

En la literatura se utilizan conceptos de «competencia jurisdiccional» y de «jurisdicción estatal». La competencia jurisdiccional es un concepto utilizado al hablar sobre «un cierto *derecho, competencia, autorización* o, en otras palabras, *poder* propio de un estado en el ámbito internacional para aplicar el derecho y gestionar el ordenamiento jurídico en su propio territorio en todos los ámbitos. La jurisdicción o, dicho de otra manera, la competencia jurisdiccional (competencia para juzgar) vista desde esta perspectiva constituye —junto con la competencia legislativa— el atributo de la soberanía de un estado como sujeto de derecho internacional».³ Por otro lado, al analizar el concepto de jurisdicción estatal, el autor citado indica que dicha jurisdicción «constituye una competencia de los juzgados y tribunales polacos para brindar protección legal determinada según el tipo de asunto. Dicha protección tiene como objetivo relacionar este asunto de manera suficiente con el ámbito jurídico de Polonia. Esta competencia se acopla a la obligación de hacer uso de la misma en el sentido de que, si aplica la jurisdicción estatal, el tribunal polaco —por supuesto asumiendo la existencia de los demás requisitos de admisibilidad— está obligado a conocer de la causa».⁴ De esta manera, se diferencian dos conceptos mutuamente complementarios. Este es un planteamiento sumamente importante y justificado desde el punto de vista de la doctrina, puesto que evidencia (debemos admitir que razonablemente) dos planos de la jurisdicción estatal que ha sido percibida como un concepto coherente que incluía la jurisdicción tanto *sensu largo*, es decir, como un componente de la soberanía del estado, como *sensu stricto*, como una competencia de un juzgado o tribunal para examinar una determinada situación jurídica.

Algunos opinan que, al analizar la problemática del concepto de jurisdicción estatal en el procedimiento civil en el aspecto de la realización del derecho a acudir a los tribunales en el procedimiento civil, la jurisdicción estatal se define como una «competencia general de los juzgados y tribunales de un país determinado para conocer de un caso que contiene un

² Weitz K., *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, p. 113.

³ Grzegorzczak P., *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej*, Warszawa – Kraków 2008, p. 96.

⁴ Grzegorzczak P., Reżim procesowy immunitetu państwa w postępowaniu sądowym, *Przegląd Sądowy*, 1/2010, pp. 24-25.

elemento internacional».⁵ Sin entender de manera correcta la jurisdicción, es decir, como una competencia de los juzgados, tribunales y órganos de un país determinado para examinar los asuntos de un ámbito particular con un elemento extranjero (transfronterizo, internacional), la cual es un componente de la soberanía del estado en el ámbito internacional, no es posible entender plenamente la cuestión de *forum shopping*.

2. Principio de buena administración de justicia

El motivo 16 del preámbulo del reglamento Bruselas I bis⁶ indica que la jurisdicción basada en el foro de domicilio debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. El principio comentado implica que la jurisdicción estatal en un asunto particular la pueden ejercer los juzgados y los tribunales que garanticen un procedimiento efectivo al encontrarse en la debida proximidad a las pruebas directas y tener un buen conocimiento del derecho aplicable en este asunto (principio de proximidad).⁷ Se indica en la jurisprudencia que el principio anteriormente comentado puede realizarse únicamente cuando existe una relación territorial directa entre los hechos y el juzgado o tribunal.⁸ Dicha relación existe cuando en el territorio de un país determinado se ha producido un hecho que origina la responsabilidad civil, o una parte importante de este hecho, por lo que el juzgado o el tribunal puede citar con facilidad a los testigos u obtener pruebas materiales.⁹

3. Concepto de forum shopping

⁵ Pogonowski P., *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, p. 18.

⁶ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁷ Sentencia del TJUE de 4 de marzo de 1982, en el caso *Effer*, C-38/81, EU:C:1982:71, pto. 7; sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2012, en el caso *Folien Fisher y Fofitec*, C-133/11, EU:C:2012:664, pto. 38.

⁸ Sentencia del TJUE de 22 de marzo de 1983, en el caso *Peters*, C-34/82, EU:C:2983, pto. 11; sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1997, en el caso *MSG*, C-106/95, EU:C:1997:70, pto. 29.

⁹ Pontier J. A., Burg E., *EU Principles on Jurisdiction*, pp. 162-164; sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2013, en el caso *Melzer*, C-228/11, EU:C:2013:205, pto. 26.

La prevención del fenómeno de *forum shopping* (o «foro de conveniencia») constituye un aspecto importante del principio de buena administración de justicia. *Forum shopping* es un concepto utilizado para describir las estrategias procesales de las partes con el objetivo de incoar una acción en un país distinto al país de domicilio del acusado, teniendo en cuenta los beneficios procesales asociados al hecho de llevar el litigio en ese lugar, los beneficios derivados de derecho material —cuando además de la jurisdicción se puede indicar que puede aplicarse la ley de ese país— u otros beneficios personales, tales como la posibilidad de llevar el procedimiento ante los tribunales del lugar de domicilio de uno mismo.¹⁰

En la doctrina se diferencian tres formas distintas de *forum shopping*. La primera es el *forum shopping* derivado de un contrato de prórroga de jurisdicción celebrado entre las partes. La segunda es el denominado *forum shopping* «fraudulento», es decir, una situación en la cual las partes (una o ambas) crean (o incluso idean) de manera consciente e intencional las circunstancias de los hechos que justifiquen una jurisdicción previamente inexistente. La tercera consiste en aprovechar una jurisdicción «común» y ya existente en un foro determinado que, desde la perspectiva internacional, es una jurisdicción que existe de manera paralela a las competencias de los juzgados y tribunales nacionales y extranjeros, y es competitiva frente a las mismas.¹¹

Se subraya que el *forum shopping* proporciona ventajas solo si se reúnen los requisitos determinados, ya que, en ausencia de estos requisitos, no hay posibilidad de elegir entre los juzgados y tribunales de distintos países. Primero, cada país regula de manera autónoma la cuestión de la competencia internacional de sus juzgados, tribunales y órganos. Sin embargo, si dichas regulaciones se basan en convenios internacionales, muy a menudo nos encontramos ante la competencia concurrente. Esto puede significar que el demandante puede aprovechar el *forum shopping* únicamente si tiene la posibilidad de elegir entre un juzgado o tribunal nacional o extranjero.

Segundo, el requisito indispensable para la existencia de *forum shopping* es la competencia de un determinado derecho sustancial para resolver un caso, pues, de esta manera, las circunstancias que condicionan este fenómeno yacen en el ámbito de derecho conflictual y las normas de conflicto de derecho internacional privado deben indicar el

¹⁰ Opinión de RG Léger, TJUE de 08/12/2005, en el caso *Roche Nederland y otros*, C-539/03, EU:C:2005:749, pto. 97.

¹¹ Siehr K., *Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1984, p. 125.

derecho más favorable para el demandante (o aquel que lo es desde el punto de vista del mismo).

La diversidad de las normas de conflicto en distintas leyes nacionales sobre el derecho internacional privado resulta en una situación en la cual los mismos hechos pueden someterse a distintas competencias según la legislación. Esto significa que los juzgados y tribunales en distintos países indicarán para los mismos hechos otro derecho material, puesto que el juez o magistrado, buscando la ley competente, aplicará las normas de conflicto según el principio de *lex fori*. De esta manera, la demanda se presentará ante el juzgado o tribunal del país en el cual las normas de conflicto indiquen la competencia del derecho solicitado por el demandante.

Tercero, hasta el momento, las disposiciones relativas al procedimiento civil, la argumentación y las costas procesales han sido unificadas solo en pequeña medida. Asimismo, la diversidad de regulaciones asociadas a estas cuestiones en determinados sistemas judiciales favorece el fenómeno de *forum shopping*. Constituye una excepción a ello la regulación dentro de la Unión Europea.

Cuarto, en la actualidad, en el país (los países) se admiten y ejecutan las resoluciones de los juzgados y tribunales extranjeros con cada vez mayor frecuencia. De esta manera, cuando el demandante remite el asunto al juzgado o tribunal de un país determinado para que este conozca del mismo, ya no debe temer que la sentencia favorable sea válida solo «sobre el papel», puesto que los fallos se reconocen y ejecutan sin problema en otros países cada vez más.¹²

4. Motivaciones detrás de la selección del foro (causas de *forum shopping*)

Al hablar de las estrategias para obtener beneficios procesales, se toman en consideración: las herramientas y construcciones del procedimiento probatorio que puedan beneficiar al demandante o desfavorecer al demandado, las posibilidades que les brinda a las partes el procedimiento que adopta medidas cautelares en el orden procesal, las costas procesales, la previsibilidad de los resultados y la posibilidad de paralizar el asunto al presentar

¹²Fuchs, B., *Ujednolicanie prawa na płaszczyźnie międzynarodowej a zagadnienie forum shopping*, [en:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Ogiełło L., Popiołek W., Szpunar M. (red.), Zakamycze 2005, pp. 412-413.

la demanda en un país determinado.¹³ Las estrategias motivadas por los beneficios derivados del derecho material se centran sobre todo en la búsqueda de un sistema en el cual una acción determinada será —o, en caso de demandas negativas, no será— considerada una infracción o, teniendo en cuenta las políticas del sistema judicial, permitirá otorgar una indemnización más alta.¹⁴

El Internet tiene carácter global y está presente en cualquier lado. Con razón se acepta que la disponibilidad de un sitio web determinado en el territorio de un Estado miembro es suficiente para reconocer que los juzgados y tribunales de este estado son competentes para conocer del asunto. Esto puede conducir al aumento excesivo en el número de juzgados y tribunales potencialmente competentes y, en consecuencia, favorecer el *forum shopping*.¹⁵ Asimismo, las facilidades probatorias nacionales a menudo son decisivas para la existencia de *forum shopping*. Podemos referirnos a un caso famoso de la reclamación de indemnizaciones después de un siniestro aéreo en 1974. Las familias de las víctimas decidieron no reclamar la indemnización en Francia (lugar del siniestro) ni en Turquía (país de matriculación del avión), ni en Gran Bretaña (sede del asegurador), sino en Estados Unidos, donde se encontraba la sede del fabricante del avión. Esto se debía a las facilidades probatorias previstas en la legislación estadounidense.¹⁶ También se conocen comúnmente las facilidades probatorias estadounidenses en materia de responsabilidad por productos, lo que sitúa al perjudicado en una posición muy privilegiada. De esta manera, no es de sorprender que las personas perjudicadas por un objeto defectuoso reclamen indemnizaciones ante los tribunales norteamericanos con bastante frecuencia.¹⁷

5. Influencia de la aplicación de las nuevas tecnologías en las causas del *forum shopping*

¹³ Fawcett J. J., Torremans P., *Intellectual property and Private International Law*, Oxford 2011, p. 224.

¹⁴ *Ibidem*, p. 226.

¹⁵ Świerczyński M., Szostek D., Wpływ nowych technologii na prawo prywatne międzynarodowe [en:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Trąpke*, Targosz T., Podrecki P., Kostański P. (red.), Warszawa 2017, pp. 1294-1308.

¹⁶ Siehr K., *Forum shopping im...*, p. 129.

¹⁷ *Ibidem*, p. 129.

A efectos de la directiva 85/374/CEE¹⁸ se entiende por producto cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Por producto se entiende también la electricidad. Muchos problemas se derivan del hecho de que la definición de «producto» es bastante limitada en el derecho europeo. Además, se plantean dudas acerca de la posibilidad de aplicar la regulación de la Unión Europea a los productos electrónicos o aquellos con componentes digitales. Puesto que algunas nuevas tecnologías funcionan por medio de la conectividad (equipos conectados al Internet, servicios automatizados, vehículos autónomos), existe un riesgo aumentado de que un evento particular produzca daños extensos que perjudiquen a muchos individuos a la vez (p. ej. debido al error en el software o al defecto de un dispositivo conectado a la red).

Numerosas voces apuntan que, en la práctica, las posibilidades de obtener una indemnización están limitadas por las dificultades y costes necesarios para probar que un producto es defectuoso y que existe una relación causal entre dicho defecto y el daño. El desarrollo rápido de la tecnología y sus formas cada vez más avanzadas probablemente incluso agravarán este problema. Dicha cuestión se regula en la directiva apenas a medias: la relación causal es un requisito para declarar la responsabilidad, pero es el perjudicado quien tiene que probarla (art. 4 de la directiva 85/374/CEE). No obstante, las técnicas probatorias dependen de la legislación nacional. Por esta razón, los distintos países pueden desarrollar diversos mecanismos procesales que faciliten la obtención de pruebas, prácticamente anulando la carga de la prueba especificada en la directiva.¹⁹

En el aspecto de las nuevas tecnologías y la aplicación de *forum shopping*, es necesario hacer referencia a los denominados contratos inteligentes (*smart contracts*). Como los contratos inteligentes pueden celebrarse de manera anónima, puede surgir un problema para definir a la persona contra la cual se debe interponer una demanda. Por la misma razón pueden aparecer problemas probatorios a la hora de determinar la responsabilidad por los daños derivados de los errores en sistemas operativos o aquellos provocados por un código defectuoso. En cuanto a las cuestiones probatorias, cabe indicar que algunos litigios originados a partir de los contratos inteligentes pueden requerir la obtención de pruebas de

¹⁸ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, OJ L 210, 7.8.1985, pp. 29-33.

¹⁹ Baranowska N., Machnikowski P., Odpowiedzialność za produkt wobec rozwoju nowych technologii, *Studia Prawa Prywatnego* 2(45)/2017, pp. 39-45.

funcionamiento del *software* y/o de los equipos protegidos por el secreto empresarial y cuya revelación puede provocar consecuencias negativas para una de las partes del litigio.

Al analizar los retos derivados de la resolución de los litigios originados por los contratos inteligentes cabe mencionar el hecho de que, actualmente, para su otorgamiento, se suele utilizar la tecnología de registro distribuido, la cual sobrepasa las fronteras (y tales fronteras ciertamente no existen para la tecnología de *blockchain* público). Por esta razón pueden surgir dificultades tanto a la hora de indicar la ley aplicable para un contrato determinado, como a la de determinar la jurisdicción del juzgado o tribunal competente para resolver el litigio resultante de su ejecución. Esta incertidumbre aumenta también el riesgo de aparición de un litigio asociado precisamente a esta cuestión. Por esta razón, es importante que —dentro de lo posible— la ley aplicable para las cuestiones asociadas a un contrato inteligente se especifique explícitamente en el contrato principal o en otro convenio regulador del funcionamiento de dicho contrato, lo que es posible en el marco de libertad contractual de las partes (cláusula de elección de la ley aplicable). No obstante, la condición para disfrutar de este precepto es la naturaleza nacional de un contrato determinado. Si las partes de un contrato celebrado en Polonia no indican tal ley, para determinar la ley aplicable en función del país de origen de las partes serán de aplicación las disposiciones del Reglamento «Roma I»²⁰ o del Derecho Internacional Privado.²¹ Lo mismo aplica para la jurisdicción: las partes de un contrato determinado deben contemplar la cuestión de otorgar la jurisdicción para resolver los litigios que puedan surgir entre ellas a un tercero (juzgado o tribunal) determinado ya en la etapa de la celebración de este contrato (prórroga de la competencia).

Procede subrayar que, en caso de no especificar la ley aplicable, se debe indicar la misma de acuerdo a las normas de conflicto, respetando la justicia y la seguridad jurídica.²² Asimismo, si algunos preceptos de una ley extranjera relativos a la inteligencia artificial suscitan *a priori* nuestras objeciones —las cuales pueden basarse, por ejemplo, en los denominados prejuicios tecnológicos— es necesario hacer referencia a un hecho jurídico determinado, el cual es el objeto del proceso. Si, por ejemplo, se evalúa la validez de los

²⁰ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), OJ L 177, 4.7.2008, pp. 6-16.

²¹ Ley de 4 de febrero de 2011, Prawo Prywatne Międzynarodowe (Diario Oficial de 2011, n.º 80, ítem 432 con cambios posteriores)

²² Czepelak M., Między Hągą a Brukselą – w poszukiwaniu współczesnej wizji unifikacji prawa prywatnego międzynarodowego, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2006, cuaderno 96, pp. 299-300.

denominados contratos inteligentes (*smart contract*)²³ o la responsabilidad por un daño ocasionado mediante la utilización de la inteligencia artificial, el rechazo de una norma de conflicto debido a, por ejemplo, una creencia de que los algoritmos de inteligencia artificial no pueden surtir ningún efecto jurídico, puede conducir a unas resoluciones socialmente incorrectas.

6. Conclusiones

La percepción del fenómeno de *forum shopping* no es inequívoca. Algunos lo tratan como una consecuencia natural de la posibilidad de elegir el foro. Otros le atribuyen una connotación peyorativa percibiéndolo como un comportamiento inmoral o como una suerte de abuso del derecho procesal. En la práctica, es difícil aplicar el criterio ético para delimitar las situaciones en las cuales el demandante abusa de la libertad de elegir el foro de aquellas en las que únicamente se aprovecha de los foros de jurisdicción y del derecho competente determinados en las normas de carácter imperativo.²⁴ En el contexto de la problemática abordada en el presente artículo, podemos apreciar un enfoque liberal en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁵ En su resolución, el Tribunal admitió un amplio acceso a la justicia, lo que parece deberse a la necesidad de ampliar la protección de los sujetos en caso de violaciones originadas en Internet. El contenido del reglamento sobre la marca de la Unión Europea proporciona argumentos adicionales para aceptar tal interpretación de las disposiciones. Este reglamento precisa qué son los hechos de violación. En caso de actividad por Internet, dicha violación consiste en difundir publicidad y ofertas de venta con un signo idéntico a la marca violada. En consecuencia, como el Tribunal resolvió acertadamente en el pto. 54 de la sentencia, debe considerarse que dichos actos han sido «cometidos» en el territorio en que hayan adquirido su carácter de publicidad y oferta de venta. Esto equivale a la difusión de ciertos contenidos a los clientes en un territorio determinado. Es significativo que la sentencia confirma otra vez que la

²³ Governatori G., Idelberger F., Milosevic Z., Riveret R., Sarot G., Xu X., On legal contracts, imperative and declarative smart contracts and blockchain systems, *Artificial Intelligence Law* 2018 vol. 26, p. 384 y siguientes

²⁴ Żyrek S., Forum shopping w międzynarodowym procesie cywilnym, *Prawo europejskie w praktyce* 8(146)/2016, p. 8.

²⁵ Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2019 referida al caso *AMS Neve Ltd., Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree p. Heritage Audio SL*, Pedrow Rodríguez Arribas, C-172/18, ECLI:EU:C:2019:674.

localización del servidor implicado en el proceso técnico no es factor importante a la hora de determinar la jurisdicción nacional.

También son valiosas las consideraciones del Tribunal acerca del riesgo de la denominada carrera hacia abajo (*race to bottom*).²⁶ En el pto. 50, el Tribunal indicó que, si se aceptase una interpretación restrictiva de las disposiciones de la jurisdicción, esto aumentaría el riesgo de que los infractores se estableciesen en el territorio de un país determinado (p. ej. al trasladar su sede) para evitar la jurisdicción de los juzgados y tribunales del estado en el cual se produce la presentación de determinados contenidos o productos. Esto, a su vez, significaría que las disposiciones relativas a la jurisdicción particular perdiesen su carácter alternativo a las disposiciones generales, basadas en el foro del domicilio del demandado. Es difícil rechazar tal argumentación. Podemos ver que los infractores digitales trasladan sus sedes (a veces ficticias) a otros países para obstruir la justicia.

No obstante, es evidente que el enfoque territorial tradicional para la resolución de los litigios derivados de la violación de derechos se enfrenta con dificultades en el ámbito digital, el cual cuestiona tal territorialidad o exige su modificación. Dicha modificación consiste en valerse de las normas de conflicto (también jurisdiccionales) que abarcan la cuestión del principio de territorialidad tomando en cuenta sus objetivos y funciones y adaptándolos a las formas modernas de explotación de bienes inmateriales.²⁷

Referencias bibliográficas

BARANOWSKA N., MACHNIKOWSKI P., Odpowiedzialność za produkt wobec rozwoju nowych technologii, *Studia Prawa Prywatnego* 2(45)/2017

CZEPELAK M., Między Hagą a Brukselą – w poszukiwaniu współczesnej wizji unifikacji prawa prywatnego międzynarodowego, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2006, cuaderno 96

²⁶ Vea más en: Świerczyński M., Zasada terytorializmu praw własności intelektualnej w kontekście handlu elektronicznego oraz zmian zachodzących w prawie prywatnym międzynarodowym [en:] *Własność intelektualna w obrocie elektronicznym*, t. V Kępiński J., Kłafkowska-Waśniowska K., Sikorski R. (red.), *Zarys Prawa Własności Intelektualnej*, Warszawa 2015.

²⁷ Świerczyński M., Glosa aprobująca do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-172/18 *AMS NEVE*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 1/2020, pp. 163-164.

ERECIŃSKI T., [en:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5 Ereciński T. (red.), Warszawa 2021

FAWCETT J. J., TORREMANS P., *Intellectual property and Private International Law*, Oxford 2011

FUCHS, B., *Ujednolicanie prawa na płaszczyźnie międzynarodowej a zagadnienie forum shopping*, [en:] Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Ogiełło L., Popiołek W., Szpunar M. (red.), Zakamycze 2005

GOVERNATORI G., IDELBERGER F., MILOSEVIC Z., RIVERET R., SAROT G., XU X., On legal contracts, imperative and declarative smart contracts and blockchain systems, *Artificial Intelligence Law* 2018 vol. 26

GRZEGORCZYK P., *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej*, Warszawa – Kraków 2008

GRZEGORCZYK P., Reżim procesowy immunitetu państwa w postępowaniu sądowym, *Przegląd Sądowy*, 1/2010

POGONOWSKI P., *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005

PONTIER J. A., BURG E., *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, Springer 2004

SIEHR K., Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1984

ŚWIERCZYŃSKI M., Glosa aprobuująca do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-172/18 *AMS NEVE*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 1/2020

ŚWIERCZYŃSKI M., SZOSTEK D., Wpływ nowych technologii na prawo prywatne międzynarodowe [en:] *Experienta docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Targosz T., Podrecki P., Kostański P. (red.), Warszawa 2017

ŚWIERCZYŃSKI M., Zasada terytorializmu praw własności intelektualnej w kontekście handlu elektronicznego oraz zmian zachodzących w prawie prywatnym międzynarodowym [en:] *Własność intelektualna w obrocie elektronicznym*, t. V Kępiński J., Kłafkowska-Waśniowska K., Sikorski R. (red.), *Zarys Prawa Własności Intelektualnej*, Warszawa 2015

WEITZ K., *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005

ŻYREK S., Forum shopping w międzynarodowym procesie cywilnym, *Prawo europejskie w praktyce* 8(146)/2016

REPRESENTATIVE FOR AN ABSENT PARTY AND AI – SELECTED COMMENTS. HOW TO STREAMLINE THE FUNCTIONING OF THE INSTITUTION?¹

ALEKSANDRA PARTYK²

Summary:

1. Introduction. 2. Reasons for the establishment of guardianship. 3. Guardian appointment announcement. 4. Guardian's tasks. 5. Possibility to improve the institution – a voice in the discussion. 6. Final Considerations. 7. References.

Abstract: In civil cases it sometimes turns out that the place of abode of the defendant or of the interested person is not known. Then it may be necessary to appoint a guardian for the absent party who can represent the party's interests in a proceeded case. Undoubtedly, without the participation of a representative of the absent party the case cannot be proceeded, as there is a lack of a person who would protect the interests of the person whose whereabouts are unknown. In my paper I would like to pay attention to the current procedural solutions in Polish law. Moreover, I would like to highlight the shortcomings of this institution to lay the groundwork for analyzing the purposefulness of applying the mechanisms based on artificial intelligence and changes in the law that would make this institution work more effectively.

Key words: civil procedure; representative for an absent party; search for a person whose whereabouts are unknown; artificial intelligence

1. Introduction:

It is a cliché to say that obtaining a decision in a court case which is satisfactory for a party requires the said party to perform appropriate actions, more often than not meaning that their engagement needs to be remarkable. Court cases are not won just like that; the latin maxim “absens carens” stands the test of time. One that is absent, one that does not take care of their interest should not expect to prevail in a contentious civil proceeding³. At the same time it is obvious that in order to be able to take appropriate, intensified actions during a civil proceeding, it is necessary for a party to be informed about the very proceeding before they begin. Lack of notification regarding an ongoing court battle makes it impossible not only to raise most justified objections, but to raise any objections at all. Such a state of affairs by definition prevents any motions or demands from being submitted. This issue is especially important when viewed from the perspective of executing the right to a fair trial. Meanwhile, one needs to keep in mind that there are such proceedings where only part of the actors

¹ The research was financed from the funds allocated for the maintenance and development of research potential in the discipline of law no: WPAiSM/PRAWO/SUB/9/2020-KON. Translation by Krystyna Sylwestrow.

² PhD; Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University; apartyk@afm.edu.pl; ORCID: 0000-0003-3196-6601.

³ Admittedly, it cannot be ruled out that in some rare cases a party displaying a passive approach prevails (for example, the court issues a default judgment dismissing a claim), it is rather an exception to the rule, however.

playing roles at this peculiar theatre have any knowledge of the situation. The rest of them have not been notified. It is not, however, the problem of cases in which a party is not informed about the proceedings because of court's mistakes or organisational errors. I would like to have a closer look at the category of cases which cannot proceed due to the fact that the court does not have any information regarding the contact or address details of one of the persons involved in the proceedings. In such a situation certified copies of all decisions and judicial documents actually cannot reach one of the parties and the court case cannot be initiated properly. In order for proceeding such cases further to be possible, Polish legislator introduced a specific procedural mechanism, namely: appointment of a guardian for the absent party. Thanks to this measure the proceedings can be continued.

One might have an impression that the issue of absent party's guardianship has already been analysed sufficiently throughout literature. Nevertheless, it needs to be pointed out that those analyses do not account for any technological advances within the realm of IT which shed a new light on the problem of notifying persons whose address details are not available to the court regarding court proceedings. Rapid development of new technologies, among them various systems based on artificial intelligence⁴, coupled with ever increasing access to the internet demands the question to be asked of to what extent could one (and should one) reach for information available on the internet and make attempts to contact a person whose whereabouts are not known to the court. Those are the questions which I would like to find the answers to.

In the first part of this article the solutions regarding absent party's guardianship will be presented which are currently applied within the Polish law. Next, the second part of the study will comprise an analysis of the problem how it ought to be determined whether a certain person is absent and how a "search" procedure could be conducted using artificial intelligence.

2. Reasons for the establishment of guardianship

The possibility to appoint a guardian regarding an absent party exists within both modes of the Polish civil procedure: contentious procedure and non-contentious procedure.

⁴ Considering the limited frame of the paper I choose not to focus on varied definitions of the term 'artificial intelligence'. Regarding the topic, it is worth referring to the European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)) (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PL.html; access on: 13.06.2021).

Pursuant to art. 143 Code of Civil Procedure (CCP)⁵ once a party whose whereabouts are not known should be served a summons or any other court document resulting in the need to start to defend the said parties' rights, the delivery [...] can take place only by handing the documents out to a guardian appointed by the adjudicating court upon the request of an involved party. In accordance with art. 144 § 1 CCP the presiding judge shall appoint a guardian when the petitioner shows that it is plausible that the whereabouts of a party are not known. In cases concerning alimonies and child support or establishment of parentage and related claims the presiding judge shall conduct an appropriate investigation aimed at determining the permanent address or place of residence of the defendant before they appoint a guardian.

During court proceedings held in contentious procedure there is no possibility to appoint a guardian *ex officio*, a petition needs to be filed by a party involved, namely the plaintiff. Within the contentious procedure once the defendant does not receive the correspondence sent to them (despite the fact that the plaintiff included the defendant's postal address in their statement of claim), the procedure of delivering correspondence through a court enforcement officer (as stipulated in art. 139(1) CCP) needs to be carried out. Nevertheless, court enforcement officers do not always succeed in delivering correspondence to defendants. Sometimes they determine that there is no information concerning the person's address. Acting within their competence court enforcement officers can turn, for instance, to ZUS (the Social Insurance Institution) or NFZ (National Health Fund) requesting address information regarding the person they are looking for. It is not always possible, though, as more often than not defendants do not receive correspondence at the addresses listed in ZUS or NFZ databases, either. Once the court enforcement officer fails to determine the defendant's address, a well-established basis appears for the plaintiff to submit a request regarding the appointment of a guardian for the absent party.

Sometimes plaintiffs in their statement of claim already point out that they have no means of determining the defendant's address and immediately demand that a guardian be appointed according to the procedure stipulated in art. 144 CCP. In such a situation it needs to be proven plausible that the plaintiff does not know the whereabouts of their adversary and is unable to determine them.

Obviously, not every time a request for a guardian to be appointed is submitted such a request is granted. Regulations state that the plaintiff is supposed to substantiate the claim that their adversary's whereabouts are unknown. The legislator does not require the plaintiff

⁵ Act of 17 November 1964 Code of Civil Procedure (Dz.U.2020.1575).

to conduct a strict, formal evidentiary procedure in that regard; it is sufficient for them to demonstrate the plausibility of the circumstance. Demonstrating plausibility does not equal certainty; it means only that there is a possibility for a particular circumstance to be true. It is defined as a proof surrogate exempted from strict evidentiary formalities⁶. As the Supreme Court explained in the decision of 10 July 2020 in the case III CZ 16/20⁷, demonstrating plausibility of a party's whereabouts (pursuant to art. 144 § 1 CCP) is not equivalent to proving the circumstance (as stipulated in art. 243 CCP), considering the importance of correctness of a guardian's appointment for the proceedings' validity, however, the appointment of a guardian can take place after all the widely available technical means have been exhausted, on which initiation of a search was based, failing to bring positive results. In other words, the appointment of a guardian for the absent party is admissible even if the presiding judge is not certain whether the person's address is indeed unknown. It has been rightly pointed out in literature that there are no means to demonstrate that the whereabouts of that person are not known⁸. An opinion presented by the Court of Appeal of Gdańsk, pronounced in the decision of 9 March 2017 in the case V ACa 331/16⁹ is also worth mentioning. That court pointed out that in court practice the reasons for appointing a guardian are shown to be valid using such documents as information provided in writing by address offices or authorities possessing population evidence records. In the face of practically unlimited possibilities to leave the country and to temporarily reside abroad, the criteria for evaluating whether the claim has been substantiated ought to be appropriately tightened.

Therefore it should be emphasised that the sheer difficulty to obtain the other party's residency address or whereabouts details, declared by the plaintiff, does not automatically result in the presiding judge appointing a guardian for that person¹⁰. The moment a request for a guardian to be appointed is formally submitted the court may (although not necessarily has to) on their own undertake certain actions aimed at establishing whether the defendant's address is indeed unknown. For from the court's perspective a state is optimal when it is the defendant themselves, who possesses their own knowledge concerning the subject of the dispute and the case's circumstances, take part in the proceedings in person, and not a guardian whose knowledge of the subject of the dispute is limited to information included

⁶ Desision of the Court of Appeal in Lublin of 30.05.2011, I ACz 462/11, LEX no 837767.

⁷ LEX no 3054429.

⁸ Misztal-Konecka, J., (2016). *Czy na zarządzenie o zwrocie wniosku o ustanowienie kuratora dla dłużnika, którego miejsce pobytu nie jest znane (art. 802 k.p.c.), przysługuje zażalenie?*. PPC 2016/4, p. 700.

⁹ LEX nr 2338606.

¹⁰ Kościółek, A., (2015). *Z problematyki ustanowienia kuratora procesowego dla osoby nieznanej z miejsca pobytu*. PS 2015/5, p. 60.

in the case files, and so provided primarily by the plaintiff. Moreover, an unfounded appointment of a guardian for a party, pursuant to the analysed regulation has far-fetching effects. There have been cases in which appointment of a guardian took place too hastily¹¹. The Court of Appeal of Cracow in the judgement of 1 December 2017 in the case I ACa 1139/17¹² rightly pointed out that depriving a party of the possibility to defend their rights may result from procedural defectiveness on the court's part or on the adversary's part, from validation of certain Code of Civil Procedure regulations. A complaint from a party (participant) claiming that they have been deprived of the possibility to defend their rights may also arise from an appointment of a guardian which took place despite an improper substantiation by the adversary of the lack of knowledge concerning the whereabouts of the party for whom the guardian is to be appointed. It is due to these reasons that judges more often than not undertake some activities on their own in order to verify if there really is no possibility to determine the defendant's place of abode.

In pursue of obtaining the defendant's address details the court may first look up any relevant information in the PESEL-SAD database available to them (comprising personal and address data of all Polish citizens and foreigners who have been assigned a PESEL number), and in the CURENDA system (which includes data concerning all the cases proceeded at a certain court)¹³. Each and every judge has access to these databases. The court can also turn to the National Health Fund, ZUS, or any other entities inquiring about address details of a person considered absent. Moreover, the court can request that the Police conduct an inquiry at the place where the party used to reside, for instance gathering information from former neighbours. Sometimes such steps bring results and the absent party is contacted successfully. In numerous cases, though, the search procedure proves to be fruitless and then it is necessary to appoint a guardian.

As it has already been discussed, in the course of court proceedings an appointment of a guardian takes place upon a request from a party (the plaintiff). The problem looks differently when cases are examined during non-contentious proceedings. Pursuant to art. 510 § 2 CCP if the need to appoint a guardian arises to represent an interested party whose whereabouts are unknown, their appointment takes place *ex officio*¹⁴. In such situations the court initiates steps aimed at determining address details of the participants whereas

¹¹ See also, Kościółek, A., (2015). *Z problematyki ustanowienia kuratora procesowego dla osoby nieznannej z miejsca pobytu*. PS 2015/5, p. 56.

¹² LEX no 2474300.

¹³ See: Partyk, A., Partyk, T., (2015). *Niewskazanie numeru PESEL jako brak formalny pozwu. Glosa do postanowienia s. apel. z dnia 11 marca 2015 r., I ACz 244/15*, LEX/el. 2015.

¹⁴ Cf. the Supreme Court judgment of 24.09.1998, II CKU 61/98, LEX no 1402775.

claimants or other persons do not submit any requests of that nature. Upon establishing by the court that such and such should take part in a non-contentious proceeding (e.g., concerning inheritance), the court should ex officio determine the person's details and summon them to participate in proceedings. In such situations it is a standard approach for a judge to browse the available databases (PESEL-SAD, CURENDA). The court can also request various institutions and authorities to make contact details available. Sometimes they are able to obtain a valid address of the participant or their telephone number which poses a chance to effectively notify them regarding the ongoing court proceedings. Whereas if steps taken by the court prove to be fruitless, a guardian for the party whose whereabouts remain unknown ought to be appointed.

3. Guardian appointment announcement

The legislator directly stipulated the actions that need to be undertaken in connection with an appointment of a guardian. Pursuant to art. 144 § 2 CCP the presiding judge shall publicly announce that a guardian has been appointed, and they shall do so at the court premises as well as local authority's head (the common's leader or mayor, Polish: *wójt, burmistrz, prezydent miasta*) seat, whereas concerning cases of higher importance, should they deem it needed, in the press. At the same time, according to § 3 of the very regulation, upon reception of the document by the guardian it is regarded as effectively served. The court, however, may make the service's effectiveness conditional on the passage of a certain period starting on the date the announcement is displayed at the court's premises.

As a result of the above discussed, the appointment of a guardian for a person whose place of abode remains unknown is of a public character and everyone can familiarise themselves with it. The decision concerning the matter is subject to a proper announcement thanks to which the interested party themselves can potentially find out that the proceedings are under way¹⁵. The announcement becomes openly accessible on the internet (on the court's internet site¹⁶). There is also an additional option available which is making the announcement public via a press release (should it be a case of higher importance). As a rule, courts condition the effectiveness of the decision issued upon passage of a set period (a month, for instance) counted from the moment an appropriate announcement appears at the court's premises. Only when the term passes and the absent party do not report in order to take part in proceedings, the guardian can take some steps, especially amounting to

¹⁵ The announcement might also reach individuals who know the absent party and can inform them that a guardian has been appointed for them pursuant to the analyzed regulation.

¹⁶ See, e.g., <https://opole.sr.gov.pl/postanowienie-w-sprawie-i-nc-112217,ogloszenie,609> (accessed: 6.05.2021).

presenting a stance regarding the case, following the need to protect the represented party's interests.

4. Guardian's tasks

A guardian may themselves be a lawyer, e.g., an attorney, sometimes a court employee is appointed to serve the role¹⁷. It may happen as well that the role is served by a relative or another person close to the absent party, as long as there is no conflict of interests between them. Before a particular person is appointed a guardian the presiding judge should determine whether this person is willing to take it upon themselves to perform the new function and if there is no conflict between the interests of the person to be appointed and those of the party whose whereabouts remain unknown.

The newly appointed guardian is supposed to, first of all, make an attempt to determine the place of abode of the person they represent. The actions aimed at determining the whereabouts of the absent party can be multidirectional. The guardian might visit the last known place of residence of the person they represent in order to ask people who live there currently or former neighbours in order to verify whether they remain in contact with the person whose whereabouts remain unknown. The guardian may well initiate a search using social networking portals such as Facebook or Twitter. They can also look for information regarding the person on various internet sites hoping to come across a trace that would enable them to initiate contact. Such actions, though, more often than not turn out to be time-consuming. The scale of the project is also influenced by what the party are called. If their name and surname are rare, it is easier to determine whether there is any information about them available across the internet. Whereas if their name and surname are popular, it may well happen that willing to contact the party the guardian would need to contact even as many as hundreds of individuals, identically named, without any guarantee that any of them actually is the court proceedings' absent party¹⁸. And so it might turn out that the immensity of data the guardian were supposed to search through will discourage them from attempts to contact every single person found on the internet, whose name and surname match those of the party involved in proceedings.

¹⁷ See, Rydlichowska, D., (2016). Rola kuratora dla doręczeń w postępowaniu cywilnym w kontekście zabezpieczenia interesu reprezentowanej strony. *Palestra*, 2016/3, p. 27-28 *for more information*.

¹⁸ See, data regarding the most popular surnames in Poland: Male: https://dane.gov.pl/pl/dataset/1681,nazwiska-osob-zyjacych-wystepujace-w-rejestrze-pesel/resource/28052/table?page=1&per_page=20&q=&sort= (accessed: 6.05.2021); female: https://dane.gov.pl/pl/dataset/1681,nazwiska-osob-zyjacych-wystepujace-w-rejestrze-pesel/resource/28080/table?page=1&per_page=20&q=&sort= (accessed: 6.05.2021).

Apart from undertaking a search it is within the scope of a guardian's duties to represent the absent person – i.e. to submit pleadings, to raise objections, to file petitions or requests in the course of the proceedings (for example, to take evidence or to present reasons for a decision). Undoubtedly, the role of a guardian is not limited to receiving documents sent to the absent party¹⁹. They should pursue to obtain a decision beneficial for the party, which will not, however, be possible in every case²⁰. Nevertheless, a guardian is not the party's proxy. In particular, they are not allowed to agree to a court settlement on behalf of the party²¹. The service of a guardian is a basis for them to be granted a remuneration.

5. Possibility to improve the institution – a voice in the discussion

In the context of the issues presented above it is worth considering whether the procedure regarding the guardianship for a party whose whereabouts remain unknown may be streamlined.

First of all, it is worth pointing out that the instance of recognizing a party as an individual whose whereabouts are unknown in the course of a court proceeding does not mean that there truly is no way to determine the party's address information. It undoubtedly indicates that the plaintiff or complainant and the court using – more or less effectively – the means available to them, have not managed to establish the individual's whereabouts. It cannot be ruled out, nevertheless, that it would be possible to establish the address of the individual considered a party whose whereabouts remain unknown if other search methods were utilized.

At the current stage of computer science development it seems plausible – from technical perspective – to construct software (based on artificial intelligence) which could be helpful in the course of determining by the court the address information of a party considered by the court as unknown regarding their whereabouts. Obviously, an enterprise of such kind would require precise regulations and framework as the problems of the right to privacy and personal data protection come into play²². Such software would have to gain access to certain databases which include personal and address information.

¹⁹ Cf., The Supreme Court judgement of 14.04.2016, IV CSK 412/15, LEX no 2044488.

²⁰ Cf., Jasiecki, A., Jurzec-Jasiecka, A., (2014). *Wybrane zagadnienia dotyczące instytucji kuratora procesowego dla osoby, która nie jest znana z miejsca pobytu (art. 143-144 k.p.c.)*. PS 2014/7-8, p. 69.

²¹ Cf., The Supreme Court judgement of 17.10.2007, II CSK 261/07, LEX no 435649.

²² See: Goździaszek, Ł., (2021). *Informatyzacja postępowania cywilnego (in:) Prawo nowych technologii* (eds. Flaga-Gieruszyńska, K., Gołaczyński, J.). Wolters Kluwer, Warszawa 2021, p. 137.

Currently, particular courts have various databases on their disposal which contain information on parties and other individuals (e.g. witnesses) taking part in different proceedings (such as Currenda). Information included in those databases comprises, among others, names and surnames, as well as address information. More often than not confirmations of receipt of court documents are posted there, which allows one to verify whether a particular individual has picked up correspondence at the listed address. Nevertheless, judges have access to above mentioned databases only on their local level, usually corresponding to their institutional unit. For example, a judge adjudicating in the District Court of Wieliczka does not have access to information included in the database run by the District Court of Sopot. Of course, every court can turn to any other court and request to be given particular information such as a party's contact details. Such an action would only be rational, however, only once the searching court possessed knowledge that other court has the needed information on their disposal. Turning to every single court in Poland with such an inquiry looks practically undoable.

Should a suitable machine system be created, however, information of such kind could be verified in an automated and prompt manner. After a party's personal data (e.g. their name, surname, year of birth or PESEL number) were entered, a computer program, based on artificial intelligence, would comb through a particular database or several databases and later it would provide an appropriate answer while publishing a proper report.

A point of departure for creating "search software" of this kind could be constituted by putting together a nationwide database including information on all court proceedings. Such a database would contain in particular address information concerning parties to all ongoing and already completed court proceedings. Obviously, such an archive would be subject to hedging with professional, multi-level security features aimed at protection of all the collected data from any undesired access. It would also be absolutely essential to limit the possibility to browse the information contained in such a database to the need connected with a particular court case, solely for professional purposes. And so, naming a particular court case, in the course of which a necessity arose to inquire about certain information, would be a condition for browsing the data gathered there. The access to the database should therefore be limited, for instance by the request for authorisation by a judge or a licensed court employee (e.g. secretariat manager). Nevertheless, upon gaining access and submitting a particular inquiry by a human, the search for information would remain "in the hands" of AI. The software would comb through the database's resources and, subsequently, generate a report stating whether a party considered an individual whose whereabouts are unknown

is or has been a party to a different court proceeding or if they have testified in a different court case. Carrying out these steps could help determine their residence address.

One could also envision a more far-reaching solution, and therefore offering a higher chance of success. It would involve creating dedicated software – based on artificial intelligence – which would search for information on the absent party across widely available internet resources. Once the system came across such information it would report it; thanks to that the judge or the secretariat employee would then verify the dug up information. That could help contact with individuals whose whereabouts are unknown to the court.

Another possibility to utilize modern computer programs based on artificial intelligence during court proceedings involving an individual whose whereabouts are unknown can be found at the stage that comes after an order appointing a guardian for the absent party is issued. As it was described earlier, information regarding the appointment of a guardian for a particular individual is openly available and publicly announced, among other means, by posting a scan of the order on the court's internet site. Consequently, everyone can familiarise themselves with this document.

Nowadays many people have accounts on various social media portals. It is often possible to contact those people via those portals. Perhaps it would be worth considering whether to create software which would enable searching through internet resources aiming at determining if an individual who has been recognized as a party whose whereabouts are unknown and a guardian has been appointed for them, could be contacted through a social media platform. Obviously, such a search carries a risk that an individual who has an account on a social media portal actually is not the same person who is a party to a court proceeding, only their names and surnames are identical. Nevertheless, a situation does not seem to be abusive when information concerning the appointment of a guardian for a party, in the shape of a link to the court's internet website where the scan of the order has been posted, would be sent – in an automated manner – to people possessing accounts on social media portals and whose personal details are identical to those characterising the said party. It is worth repeating once more that the information concerning an appointment of a guardian is openly available and publicly announced, and so sharing it with people who are not interested in the subject does not in any way infringe regulations, neither is it in conflict with their aim and function. Thanks to such an operation, however, there is a chance that an individual whose whereabouts remain unknown will acquire information regarding the ongoing court proceedings and will come forward to take part in them. In such a situation the guardianship is revoked.

6. Final Considerations

Advancements in science should serve the society which deserves to have a modern administration of justice. I believe that there is a need to start a discussion on modernising the Polish civil procedure so that actions would be undertaken quickly, yet at the same time the rights of the parties to a diligently conducted trial would be respected²³. Undoubtedly, constructing appropriate computer programs offers numerous possibilities within that area. Streamlining procedures that take place during court cases thanks to modern technologies should simply be treated as a priority²⁴. Within many legal systems various concepts appear aimed at modernising the administration of justice thanks to the development of IT tools based on artificial intelligence²⁵.

Among those tools there could be the ones discussed in this analysis, targeted at limiting the number of cases in which court proceedings take place without actual participation of one of the parties, whose whereabouts remain unknown to the court. Such solutions seem to remain within the limits of current technical possibilities. Moreover, working out some appropriate legal solutions which would enable application of such machine programs to meet the needs of the justice system does not seem impossible, either. Considering significant benefits which can be gained thanks to the implementation of such solutions it is worth including the problem of the possibility of using them in the ongoing discussion on modernisation of the Polish justice system.

References:

1. Act of 17 November 1964 Code of Civil Procedure (Dz.U.2020.1575).
2. The European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)) (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PL.html; accessed: 13.06.2021).
3. Goździaszek, Ł., (2021). Informatyzacja postępowania cywilnego (in:) Prawo nowych technologii (eds. Flaga-Gieruszyńska, K., Gołaczyński, J.). Wolters Kluwer, Warszawa 2021.

²³ Cf., Partyk, A., (2019). *Legitim 2.0. czyli o robocie przyszłości... rozstrzygającym spory zachowkowe*. Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały, 2019/2, p. 30.

²⁴ Cf., Malecki-Tepicht, Ł., (2020). *Revolucja cyfrowa w sądownictwie – przegląd obszarów i narzędzi wzmacniania efektywności wymiaru sprawiedliwości*. Iustitia. Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich, 2020/2, p. 70.

²⁵ *Comprehensively*: Szostek, D., (ed.). (2021). *LegalTech. Czyli jak bezpiecznie korzystać z narzędzi informatycznych w organizacji, w tym w kancelarii oraz dziale prawnym*. C.H. Beck, Warszawa 2021, p. 400 et seq.

4. Jasiecki, A., Jurzec-Jasiecka, A., (2014). *Wybrane zagadnienia dotyczące instytucji kuratora procesowego dla osoby, która nie jest znana z miejsca pobytu (art. 143-144 k.p.c.)*. PS 2014/7-8.
5. Kościółek, A., (2015). *Z problematyki ustanowienia kuratora procesowego dla osoby nieznanej z miejsca pobytu*. PS 2015/5.
6. Małecki-Tepicht, Ł., (2020). *Revolucja cyfrowa w sądownictwie – przegląd obszarów i narzędzi wzmocnienia efektywności wymiaru sprawiedliwości*. Iustitia. Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich, 2020/2.
7. Misztal-Konecka, J., (2016). *Czy na zarządzenie o zwrocie wniosku o ustanowienie kuratora dla dłużnika, którego miejsce pobytu nie jest znane (art. 802 k.p.c.), przysługuje zażalenie?*. PPC 2016/4.
8. Partyk, A., Partyk, T., (2015). *Niewskazanie numeru PESEL jako błąd formalny pozwu. Glosa do postanowienia s. apel. z dnia 11 marca 2015 r., I ACz 244/15*, LEX/el. 2015.
9. Partyk, A., (2019). *Legitim 2.0. czyli o robocie przyszłości... rozstrzygającym spory zachowkowe*. Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały, 2019/2.
10. Rydlichowska, D., (2016). *Rola kuratora dla doręczeń w postępowaniu cywilnym w kontekście zabezpieczenia interesu reprezentowanej strony*. Palestra, 2016/3.
11. Szostek, D., (ed.). (2021). *LegalTech. Czyli jak bezpiecznie korzystać z narzędzi informatycznych w organizacji, w tym w kancelarii oraz dziale prawnym*. C.H. Beck, Warszawa 2021.
12. The Supreme Court judgment of 17.10.2007, II CSK 261/07, LEX no 435649.
13. The Supreme Court judgement of 14.04.2016, IV CSK 412/15, LEX no 2044488.
14. The Supreme Court judgment of 24.09.1998, II CKU 61/98, LEX no 1402775.
15. The Supreme Court decision of 10.07.2020, III CZ 16/20, LEX no 3054429.
16. The Court of Appeal in Lublin decision of 30.05.2011, I ACz 462/11, LEX no 837767.
17. The Court of Appeal of Gdańsk decision of 9.03.2017, V ACa 331/16, LEX no 2338606.
18. The Court of Appeal of Cracow judgement of 1.12.2017, I ACa 1139/17, LEX no 2474300.
19. <https://opole.sr.gov.pl/postanowienie-w-sprawie-i-nc-112217,ogloszenie,609> (accessed: 6.05.2021).

20. https://dane.gov.pl/pl/dataset/1681,nazwiska-osob-zyjacych-wystepujace-w-rejestrze-pesel/resource/28052/table?page=1&per_page=20&q=&sort= (accessed: 6.05.2021);
21. https://dane.gov.pl/pl/dataset/1681,nazwiska-osob-zyjacych-wystepujace-w-rejestrze-pesel/resource/28080/table?page=1&per_page=20&q=&sort= (accessed: 6.05.2021).

DISTANCE COURT PROCEEDINGS AGAINST THE BACKGROUND OF POLISH CONSTITUTIONAL LAW

BEATA STĘPIEŃ-ZALUCKA¹

Abstract: The introduction of new technologies to the judiciary in Poland spans two decades. During this time many instruments have been implemented in the judiciary. Some of them were less controversial, while others were more controversial and debatable. The trial in another location undoubtedly belongs to the latter group. It raises doubts as to its compliance with the Constitution of the Republic of Poland in many areas, which will be the subject of a detailed analysis in the following article.

Key words: Re-locating trial, remote trial (hearing in a different location), judicial procedure, right to court, new technologies in the judiciary.

Summary

The introduction of new technologies into the judiciary in Poland spans two decades. During this period, many instruments have been implemented into the judiciary. Some of them have been less controversial, while others have been more controversial and questionable. The trial in a different location should undoubtedly belong to the latter group. It raises doubts as to its compliance with the Constitution of the Republic of Poland in many areas. Starting from the right to a court, through the right to privacy, the principle of a democratic state of law, to two-instance proceedings. What is important, however, is that the direction chosen by the legislator is right and expected by attorneys, courts and the society. The problem is, however, that the hastily introduced regulations do not meet the constitutional requirements and it is them that the legislator should reflect on, maintaining the chosen direction. Therefore, it remains to be hoped that the trial which is distanced as a desirable tool, but burdened with many childhood diseases, will be cured.

I. Introduction

It is a fact that our everyday life is moving online. Every day we use the benefits of new technologies while working, shopping, or meeting friends. Pandemic times, however, have forced the legislature to use new technologies also in the judiciary. One of the instruments which have recently entered the Polish legal system, thanks to the actions of the legislator, is the hearing in a different location. Its introduction was part of the computerisation of the judiciary which has been going on since the beginning of the 2000s. It should be emphasised that the pandemic accelerated this work. The result is a product which, although highly desirable, raises many constitutional doubts. These doubts are related both to its legal basis and to its very functioning, which will be presented in this speech.

¹ adw. dr hab, prof. UR. Instytut Nauk Prawnych. Kolegium Nauk Społecznych. Uniwersytet Rzeszowski.
ORCID: 0000-0003-1802-680X

II. Re-locating trial, remote trial (hearing in a different location)

Conducting a hearing with the use of the Internet still exists since 2015, but in practice, only the Act of 14.5.2020, on amendments to certain acts in the field of protective measures, in connection with the spread of the SARS-CoV-2 virus, in civil cases, in common courts², caused that the hearing from a distance has become a fact in the courts, although still too sparingly used (Article 151 § 2 of the CPC)³. So far, the possibility of "distance court" or a public hearing was regulated by the provision of Article 151 § 2 of CCP, according to which the presiding judge may order to hold a public hearing with the use of technical equipment facilitating its remote conduct. In such a case, participants in the proceedings may take part in a court session while staying in the building of another court and perform procedural actions there, and the course of the procedural actions shall be transmitted from the courtroom of the court conducting the proceedings to the place of stay of the participants in the proceedings and from the place of stay of the participants in the proceedings to the courtroom of the court conducting the proceedings. On the other hand, a party in the de-seating of a hearing still had to stay in the building of another court.⁴

The epidemic meant that presence in another court was also a risk. The problem was first addressed in practice by the Regional Court in Wrocław, which introduced - by way of Order No. 0210-27/20/A issued by the President of the Regional Court in Wrocław - remote hearing (hearing in a different location) in April 2020⁵. Pursuant to § 1, section 3 of the Ordinance, the catalogue of urgent cases, i.e. cases within the scope of which hearings and public hearings may be held, includes cases in which due to the interests of justice pursuant to Article 14a, section 9 of the Act of 2 March 2020 on special solutions related to the prevention, counteraction and eradication of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them⁶, the participation of the parties or participants with their consent may take place with the participation of videoconferencing, especially through a videoconferencing system allowing the recording of the videoconference into the e-protocol system, as well as cases in which the testimony of

² Act of 14 May 2020 on amending certain acts in the field of protective measures in connection with the spread of the SARS-CoV-2 virus, Dz.U. 2020, item 875.

³ Act of 17 November 1964. - Code of Civil Procedure, Dz.U. 1964 No. 43 item 296.

⁴J. Gołaczyński, A. Zalesińska, *Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania pism procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19*, „Monitor Prawniczy” 2020, Nr 12, s. 637.

⁵ Access to the Order, <https://www.ora.wroc.pl/wp-content/uploads/2020/04/ZARZ%C4%84DZENIE-Nr-0210-27-20-1.pdf>

⁶ Act of 2 March 2020 on special solutions related to the prevention, counteraction and eradication of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them, Dz.U. 2020 item 374.

witnesses may be given in writing and cases in which the decision may be given in closed session. What is important is that the entry into force of the statutory provisions of the parties on 16 May 2020 meant that the parties no longer had to consent to this procedure, as the legislator unambiguously determined that hearings may be held remotely and their participants do not have to be present in the court building.⁷ As a result, the availability of distant hearings has become a fact for all courts.

III. Constitutional concerns related to the remote trial (hearing in a different location)

Currently, however, the provisions on the remote trial raise considerable constitutional concerns due to several interrelated issues.

Firstly, it should be noted that there is no implementing regulation to the Act - a sub-statutory act through which the Minister of Justice should regulate the details of the implementation of the trial in a different location. The lack of such a regulation makes, in my opinion, the current actions of the courts unlawful, because they act outside the norms authorising a state body to act, which follows from Article 7 of the Constitution of the Republic of Poland⁸, constituting the principle of legalism. However, I will begin my explanation in this regard by outlining the essence of the Polish legal order. This order is based on a pyramid, a hierarchy of legal acts headed by the Constitution of the Republic of Poland. What does it mean? According to article 87 paragraph 1 "The sources of universally binding law of the Republic of Poland are: Constitution, statutes, ratified international agreements and regulations", and in the area of activity of the organs which established them, acts of local law (paragraph 2). As can be seen from the above, the Constitution and statutes are at the top of the hierarchy, a fact that is significant insofar as it emphasises the fundamental systemic principle - the principle of national sovereignty and the resulting exceptional role of Parliament in the system of state authorities.⁹ At the same time, however, the Constitution and laws have the character of autonomous acts, which means that they may be issued on the basis of the general competence of the body authorised to make them. Therefore, no special authorisation is necessary for their enactment. The same situation applies to international agreements. The situation is different in the case of regulations, which always have the character of executive acts to

⁷ J. Gołaczyński, A. Zalesińska, op. cit.

⁸ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws of 1997, No 78, item 483.

⁹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2019, s. 141.

the Act.¹⁰ In this respect, article 92 of the Constitution of the Republic of Poland states exhaustively and unequivocally that "Regulations shall be issued by the bodies indicated in the Constitution, on the basis of specific authorisation contained in the Act and for the purpose of its implementation. The authorisation shall specify the authority competent to issue an ordinance and the scope of matters delegated to regulate, as well as guidelines concerning the content of the act". This means that the regulation may be issued only on the basis of the act, and the statutory authorisation must specify the subject, scope and content of the regulation. This works both ways, because on the one hand, the act determines the existence of the regulation, but on the other hand, the regulation makes the execution of the act possible.¹¹ Thus, the law is a general act, and the regulation is the detailed one, which enables its execution. Without a law, a regulation cannot be issued, and without a regulation, a law cannot be lawfully executed. In relation to the discussed issue it is so important that one of the key regulations in the scope of activity of public authorities is the provision of article 7 of the Constitution of the Republic of Poland - the principle of legalism, which states that the authorities act on the basis and within the limits of the law. The content of this regulation boils down to the fact that citizens may do everything that is not prohibited by law, whereas authorities may do only what is permitted to them and by law is included in their competences and tasks. Acting on the basis of the law implies the need for legal legitimacy for any activity involving the exercise of public authority, and this legitimacy should include at least establishing the authority's competence by indicating the scope, forms and manner of action. In this sense, the principle of legalism overlaps partially with the principle of competence set forth in administrative law, the essence of which is the postulate that administrative authorities should act on the basis and within the scope of the competence granted to them to examine and resolve a given issue.¹²

In the case at hand, no executive regulation implementing the Act has been issued, which means that there is no legal basis for specific actions to be taken by the public authorities that would enable the implementation of the provisions of the Act relating to the de-located Act.

The physical basis for the implementation of the Act is, of course, the purchase of a system on the basis of which these hearings could be held, but in practice it looks like

¹⁰ Ibidem.

¹¹ M. Granat, *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2010, s. 132-136

¹² W. Sokolewicz, M. Zubik, *Komentarz do art. 7 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom I, red. M. Safjan. L. Bosek, Warszawa 2016, s. 246-247.

individual court directors purchase systems for their units. As can be seen from the above, they take these actions without any legal basis authorising them to act, which means that the purchase of this system constitutes an overstepping of their powers by the court directors, and thus a violation of Article 7 of the Polish Constitution.

However, apart from the authority of court directors to act in this way, it is also important to note that there are currently three such systems available on the market.

The technical infrastructure that would make it possible to conduct a distant hearing in the form of a videoconference.

SCOPIA is an application that allows you to participate in videoconferences of any computer, tablet or smartphone, using a standard internet connection. It allows any person to establish a connection from their own device to the adjudicator. The videoconferencing software is installed on the user's computer once without the need for administrator privileges. After installation, the user connects to the appropriate videoconference initiated by the forum by entering the number and PIN.¹³

Another solution is to connect to the court from one's own device, via the Internet, through a free portal with a system called JITSY.¹⁴

However, the operation of these systems raises several problems. Firstly, it should be noted that there is no single centralised system that works in all courts. As a result, each court director acts on his own. That is, he or she decides which system to use, which one to buy for the court, and as a result, if there are errors in the operation of the programme, he or she deals with them himself or seeks a solution from colleagues in other courts. The question remains, shouldn't it be the Ministry that takes responsibility for choosing one system for all the courts? In my opinion this is the right direction. This eliminates the need for court applicants to know how all the systems work. At the same time, while such extensive IT knowledge can be required of court attorneys that they know how all three systems work, such a requirement seems too great with respect to parties, witnesses, or other participants in court proceedings. We must remember that not everyone in Poland uses a computer or the Internet, as I will elaborate below. In addition, only one of these systems is compatible with the trial recording software¹⁵, which is an obligatory part of the

¹³ A. Hrycaj, A. Owczarewicz, *Rozprawy online – przeczekać czy się przyzwyczaić*, „Rzeczpospolita”.

¹⁴ B. Pilitowski, *Sądu dostępne przez Internet. Szanse i zagrożenia*, https://courtwatch.pl/wp-content/uploads/2020/12/FCWP_raport_sady_dostepne_przez_internet_szanse_i_zagrozenia.pdf.

¹⁵ By the Act of 29 April 2010 amending the Act - Code of Civil Procedure (Journal of Laws No. 108, item 684), which entered into force on 1 July 2010; Ordinance of the Minister of Justice of 3 March 2015 on audio or video recording of a public hearing in civil proceedings (Journal of Laws of 2015, item 359); By the Act

trial. The fact that digital exclusion still exists in Poland and the fact that as a basic form of trial the legislator adopted the hearing in a different location is not reconcilable with the Constitutional right to a court (Article 45, paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Poland), an elementary part of which, in addition to access to a fair trial in accordance with the requirements of justice and openness¹⁶, settlement of the case,¹⁷ resolving it by an independent and impartial court¹⁸, obtaining a court judgment, is access to the court as such. Such access must be guaranteed from the perspective of the constitutional principle of equality of individuals before the law, since this principle prohibits discrimination on any ground, including financial discrimination. This right may be partly derived from the obligation of the state to ensure the right to social security, which has its basis in Article 67 of the Constitution.¹⁹

And returning to the issue of access to the knowledge and equipment enabling the connection with the court, we must remember that the condition for the success of a distant hearing is its availability. At the same time, the legislator, while introducing the trial in a different location as a basic form of trial, seems not to have taken into account that according to the data on digital exclusion, according to a study conducted by the Centre

of 4 April 2014 amending the Act - Code of Conduct in Offences (Journal of Laws of 2014, item 579), which entered into force on 9 November 2014.

¹⁶ Wyr. TK z 11.9.2007 r., P 11/2007, OTK ZU 2007, Nr 8A, poz. 97, Rzeczpospolita 2007/213 s. C4. Zob. też: Wyr. TK z 16.3.1999 r., SK 19/98, OTK ZU 1999, Nr 3, poz. 36; Wyr. TK z 13.5.2002 r., SK 32/2001, OTK ZU 2002, Nr 3A, poz. 31.

¹⁷ B. Przybyszewska-Szter, *Wolności i prawa osobiste*, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod M. Chmaja, Warszawa 2008, s. 106; M. Wyrzykowski, *Komentarz do przepisów utrzymanych w mocy*, [w:] *Komentarz do Konstytucji RP*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 1995, s. 31; wyr. TK z 16.3.1999 r., SK 19/98, OTK ZU 1999, Nr 3, poz. 36; wyr. TK z 2.4.2001 r., SK 10/2000, OTK ZU 2001, Nr 3, poz. 52; wyr. TK z 20.12.2007 r., P 39/2006, OTK ZU 2007, Nr 11A, poz. 161; wyr. TK z 19.9.2007 r., SK 4/2006, OTK ZU 2007, Nr 8A, poz. 98; wyr. TK z 11.9.2007 r., P 11/2007, OTK ZU 2007, Nr 8A, poz. 97, Rzeczpospolita 2007/213, s. C4; wyr. TK z 9.6.1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998, Nr 4, poz. 50; wyr. TK z 24.10.2007 r., SK 7/2006, PPP 2008, Nr 5, s. 87; wyr. TK z 3.7.2007 r., SK 1/2006, Rzeczpospolita 2007/154, s. C2. Zob.: wyroki ETPC z: 21.2.1975 r., Sprawa 4451/70, Golder vs Zjednoczonemu Królestwu, LexPolonica nr 403594; 28.6.1984 r., Sprawa 7819/77, Campbell i Fell vs Zjednoczonemu Królestwu, LexPolonica nr 402333; 30.10.1991 r., Sprawa 12005/86, Borgers vs Belgii, LexPolonica nr 401961; 2.7.2007 r., K 41/2005, OTK ZU 2007, Nr 7A, poz. 72.

¹⁸ Wyr. TK z 14.11.2007 r., SK 16/2005, OTK ZU 2007, Nr 10A, poz. 124. M. Laskowska, *Prawo do sądu, w tzw. sprawach wyborczych, czyli o granicach swobody ustawodawcy*, [w:] *Wybrane aspekty parlamentaryzmu zracjonalizowanego*, red. M. Paździor, B. Szmulik, Lublin 2011, s. 67-69; A. Tomaszewska, *Instytucja wyłączenia sędziego*, [w:] *Aktualne problemy konstytucyjne w świetle wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego*, pod red. P. Daniluka i P. Radziejewicza, Warszawa 2010, s. 333.

¹⁹ G. Rzaśa, *Konstytucyjne aspekty pomocy prawnej udzielanej osobom ubogim*, PL 2005, nr 3-4. More I wrote about that in, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy w Polsce*, Warszawa 2016, podrozdział dotyczący prawa do sądu.

for Social Opinion Research, 75% of people over 65 and 49% of people aged 55-64 do not use the Internet, while a vast majority of young people do so, i.e. 100% of respondents aged 18-24 and 96% of respondents aged 25-34²⁰. As a result, a significant part of the society, being in the group of digitally excluded people, was left out. This exclusion has two forms: on the one hand, it results from technical deficiencies of having a computer and Internet access, and on the other hand, from the lack of skills to use them.²¹ We must therefore remember that there are still people among us for whom operating a computer is an insurmountable challenge, something that the legislator seems to have forgotten, acting in contradiction to the constitutionally guaranteed right to a court of law.

By the way, as there is no ordinance to the law introducing the distant hearing, there are also no specified hardware requirements that the trial participants' equipment must meet. This is important insofar as it leaves questions about what the judge is supposed to do in a situation where he is questioning a witness and the connection is broken. Does this mean that the witness has moved away without the court's permission and is liable to a penalty for wilful distancing, or should he simply adjourn the hearing because of the lack of connection.

A hearing in a different location also raises a whole range of questions about the course of the trial itself, for example about the form of notification of the date of a given hearing or court session, or even the issue of providing the parties or witnesses with a telephone number, as no regulation indicates that the court may require them to provide a telephone number, while in actual practice it does, often in the form of a request. Article 149 § 1 of the Code of Civil Procedure (CCP) reads as follows: "Court hearings shall be convened by the presiding judge ex officio whenever the state of the case so requires; § 2, states that "The parties and persons interested shall be notified of public hearings by summons or announcement during the hearing. A party absent from a public meeting should always be served with a summons to the next meeting. The summons should be served at least one week before the meeting. In urgent cases, this period may be reduced to three days." According to the provisions of Article 150 of the Code of Civil Procedure, the summons shall specify: the name, surname and place of residence of the summoned person; the court and the place and time of the hearing; the parties and the subject matter of the case; the purpose of the hearing; and the consequences of failure to appear. The same applies to summoning a witness. According to Article 262 of the CPC, "The court,

²⁰ Data by the Wikipedia, **Wykluczenie cyfrowe**, https://pl.wikipedia.org/wiki/Wykluczenie_cyfrowe

²¹ J. Kujawski, *Wykluczenie cyfrowe jako forma wykluczenia społecznego. Przypadek Polski*, Media i Społeczeństwo 2018, nr 9, s. 252 i n.

summoning a witness, shall specify in the summons the name, surname and place of residence of the summoned person, the place and time of the hearing, the names of the parties and the subject matter of the case, as well as a brief statement of the provisions on penalties for violating the duties of a witness, and, in addition, on the reimbursement of expenses necessarily incurred in connection with appearing in court, and on compensation for loss of earnings." None of the cited articles of the Code mentions a party's obligation to provide a telephone number or email address, nor does it mention the court's right to require such details to be included in the summons. Therefore, in my opinion, the only thing left for the court to do is to ask the party to politely provide such a number or e-mail address in order to be contacted.

In addition, a hearing at a location other than the place of the hearing entails a whole series of doubts as to how it should be conducted. We must remember that when conducting a hearing or hearing a party remotely, the court must face additional risks, which can never be eliminated 100%. We are talking, for example, about the possibility of witnesses being heard by unauthorised persons, parties or even other witnesses. Such a situation may occur when a witness who is present in the room, theoretically alone, will testify, while there are other witnesses in the other room or on the telephone. In this way, unauthorised persons will get to know the testimony of the witness in question and will be able to prepare themselves for, for example, the judge's questions, which may distort the sense of the trial. Besides, there is also the problem of intimidation of a witness or party, because being physically far from the court one can never be sure that a given party or witness is not really testifying under additional pressure.

And yet it should be remembered that witnesses, especially those considered as direct, as persons not personally involved in the trial, are usually the source of the most objective information on disputable circumstances relevant to the ongoing proceedings²², hence the exclusion of the possibility of their free speech can completely change the course of the trial, disrupting the course of a fair trial.

There is also the issue of the so-called direct contact of the testifying or explaining person with the court and the judge, who from facial expressions or behaviour is usually able to read more in court than at a distance. This issue was explained in more detail by W. Świerczyńska-Głównia, who wrote that "a courtroom is also a space where the psychological dimension has a significant impact on the course of communication taking

²² Skibińska, *Konfrontacja strony i świadka w postępowaniu cywilnym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2019, nr 105, Prawo 24, s. 127.

place in it. Emotions accompanying the participants of the proceedings, especially those of non-professionals, on the one hand condition the effectiveness of communication in the courtroom, and on the other hand constitute a kind of impulse to form judgements and create an image of the courts in the social space". Therefore, deprivation of the parties and witnesses of contact with the court is a major novelty, which if efficiently used may adversely affect the establishment of the facts and, consequently, the course of the proceedings and the judgment itself.²³

Apart from the right to a court itself, the implementation of the right to privacy also raises constitutional concerns in relation to the operation of the trial in a remote location. The available systems in no way guarantee special additional security for data made available during a court hearing. And, as there is no implementing regulation to the Act, there are also no specific technical requirements to be met by the equipment of a party or witness to connect to the court. Moreover, there are no additional guarantees of technical security, security of transmission, of obtained data. All these aspects mean that, in its current form, a distant hearing does not guarantee the right to privacy.

It should also be noted that the legislator has started the reform with a distant hearing, whereas no electronic sub-office has been introduced, i.e. a place where claims or appeals can be lodged, which could be used to summon parties and participants in a trial to a hearing. It seems that the legislator should first introduce a sub-office for new cases - statements of claim, then for motions, notices to parties, and only then for appeals; that is, gradually strive to introduce new solutions, and not start the next stage of their introduction from the "middle", i.e. the pending hearing. Simply put, the legislator threw himself in at the deep end, with the assumption that the system should work.

Another issue that accompanies the changes concerning new technologies in the judiciary is the introduction of a fee for preparing justifications of court decisions. This came about as a result of section 4(2) of the 2019 Act, which repealed section 4(3) of the 2005 Act, which read that no fee was payable on an application for the preparation of a statement of reasons and the service of a copy of the judgment with a statement of reasons made within one week of the date of publication of the operative part of the judgment. What is more, pursuant to Article 4 point 14 of the amending act, Article 25b was added to the Act on costs, stipulating in paragraph 1 that a fixed fee of PLN 100 (about 20 EU)

²³ W. Świerczyńska-Głowina, *Komunikowanie z perspektywy sali sądowej*, Kraków 2019, s. 8 i n.

shall be collected from a motion for serving a decision or order with justification filed within a week of announcement or service of the decision or order.²⁴

These changes are effective from 21.08.2019, which follows from Article 17.1 of the Act of 2019.²⁵

Such a solution, in my opinion, contradicts the constitutional right to a court but also limits the constitutionally guaranteed at least two-instance proceedings (Article 176(1) of the Constitution of the Republic of Poland) and violates the principle of a democratic state of law (Article 2 of the Constitution of the Republic of Poland). If we assume that an element of the right to a court is access to it, it cannot be reconciled with a blockade in the form of a fee. Either the state guarantees access to court, at the same time ensuring access to two instances of the judiciary and implementing the assumptions of a democratic state of law, which realizes the principle of social justice, or it does not. In this case, the fee constitutes a blockage for the implementation of the above.

Bibliography

- L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2019
- J. Gołaczyński, A. Zalesińska Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania pism procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19, „Monitor Prawniczy” 2020, Nr 12
- M. Granat, *Prawo konstytucyjne w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2010,
- J. Kujawski, *Wykluczenie cyfrowe jako forma wykluczenia społecznego. Przypadek Polski*, Media i Społeczeństwo 2018, nr 9
- M. Laskowska, Prawo do sądu, w tzw. sprawach wyborczych, czyli o granicach swobody ustawodawcy, [w:] *Wybrane aspekty parlamentaryzmu zracjonalizowanego*, red, M. Paździor, B. Szmulik, Lublin 2011, s. 67-69; B. Przybyszewska-Szter, Wolności i prawa osobiste, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod M. Chmaja, Warszawa 2008
- B. Pilitowski, *Sądu dostępne przez Internet. Szanse i zagrożenia*, https://courtwatch.pl/wp-content/uploads/2020/12/FCWP_raport_sady_dostepne_przez_internet_szanse_i_zagrozenia.pdf.

²⁴ Act of 28 July 2005 on court costs in civil cases, Journal of Laws of 2005. No. 167, item 1398.

²⁵ These changes came into force on 21.08.2019, which follows from section 17(1) of the 2019 Act.

- G. Rząsa, Konstytucyjne aspekty pomocy prawnej udzielanej osobom ubogim, PL 2005, nr 3-4. M. Skibińska, Konfrontacja strony i świadka w postępowaniu cywilnym, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego“ 2019, nr 105, Prawo 24
- W. Sokolewicz, M. Zubik, *Komentarz do art. 7 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom I, red. M. Safjan. L. Bosek, Warszawa 2016,
- B. Stępień-Zalucka, Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy w Polsce, Warszawa 2016, podrozdział dotyczący prawa do sądu.
- W. Świerczyńska-Głowina, Komunikowanie z perspektywy sali sądowej, Kraków 2019
- A. Tomaszewska, Instytucja wyłączenia sędziego, [w:] Aktualne problemy konstytucyjne w świetle wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego, pod red. P. Daniluka i P. Radziejewicza, Warszawa 2010
- Wykluczenie cyfrowe, https://pl.wikipedia.org/wiki/Wykluczenie_cyfrowe
- M. Wyrzykowski, Komentarz do przepisów utrzymanych w mocy, [w:] Komentarz do Konstytucji RP, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 1995

Court decision

Wyr. TK z 11.9.2007 r., P 11/2007, OTK ZU 2007, Nr 8A, poz. 97, Rzeczpospolita 2007/213 s. C4. Zob. też: Wyr. TK z 16.3.1999 r., SK 19/98, OTK ZU 1999, Nr 3, poz. 36; Wyr. TK z 13.5.2002 r., SK 32/2001, OTK ZU 2002, Nr 3A, poz. 31; wyr. TK z 16.3.1999 r., SK 19/98, OTK ZU 1999, Nr 3, poz. 36; wyr. TK z 2.4.2001 r., SK 10/2000, OTK ZU 2001, Nr 3, poz. 52; wyr. TK z 20.12.2007 r., P 39/2006, OTK ZU 2007, Nr 11A, poz. 161; wyr. TK z 19.9.2007 r., SK 4/2006, OTK ZU 2007, Nr 8A, poz. 98; wyr. TK z 11.9.2007 r., P 11/2007, OTK ZU 2007, Nr 8A, poz. 97, Rzeczpospolita 2007/213, s. C4; wyr. TK z 9.6.1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998, Nr 4, poz. 50; wyr. TK z 24.10.2007 r., SK 7/2006, PPP 2008, Nr 5, s. 87; wyr. TK z 3.7.2007 r., SK 1/2006, Rzeczpospolita 2007/154, s. C2. Zob.: wyroki ETPC z: 21.2.1975 r., Sprawa 4451/70, Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, LexPolonica nr 403594; 28.6.1984 r., Sprawa 7819/77, Campbell i Fell vs GB, LexPolonica nr 402333; 30.10.1991 r., Sprawa 12005/86, Borgers przeciwko Belgii, LexPolonica nr 401961; 2.7.2007 r., K 41/2005, OTK ZU 2007, Nr 7A, poz. 72; Wyr. TK z 14.11.2007 r., SK 16/2005, OTK ZU 2007, Nr 10A, poz. 124.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN INTELLECTUAL PROPERTY OFFICES

IGA BALOS¹

SUMMARY: 1. Introduction; 2. AI initiatives in Patent Offices; 2.1. Tasks performed by AI-related tools; 2.2. Types and functions of AI tools used by the IPOs; 3. IPOs' Approaches Towards AI Development Policy; 4. Implications for Patent System and Further Considerations; 5. Conclusions; 6. References

ABSTRACT: The aim of my research is to present AI tools which are developed by IP offices with regard to patent examination and to determine the impact they may have on patent system in the future. The knowledge of AI initiatives in IP offices is based on very limited data, therefore, the paper begins by examining the types of AI tools applied by selected IP offices, and the tasks delegated to AI. No one to the best of my knowledge has studied the policies behind AI applied by the patent office. The paper investigates whether these tools are accessible also for the public, the applicants included, and if they are based on open source or proprietary software. It is important to note that AI assistance throughout inventive process and during patent examination impacts not only their efficiency. It would seem that adopting AI tools by IP offices also has more far-reaching implications on novelty assessment and the concept of "person having ordinary skill in the art". A more profound analysis of this problem is reserved for future work.

KEYWORDS: AI in public administration, AI in IP offices, patent quality, patent law, patent system.

1. INTRODUCTION

Artificial Intelligence (AI) has been challenging intellectual property offices (IPOs) on many levels. First, there is an ongoing discussion on patentability of AI-related solutions especially in the context of exclusions from the subject matter of patenting. Second, the number of patent applications indicating AI system as the sole inventor is increasing. These problems fall outside the scope of this paper.

AI-related technologies are deployed across different industries. Within the next few years, AI is also likely to become a commonly used support for public administration². Due to growing number of patent applications received and the time pressure under which patent examiners operate, the IPOs perceive AI assistance as "an exciting opportunity to enhance the quality and efficiency of patent [...] examination."³ Some of the initiatives are launched with a view to improving customers experience and to guide them through the most complex

¹ Assistant Professor at the Faculty of Law, Administration and International Relations of the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University in Poland; ibalos@afm.edu.pl

² MISURACA Gianluca. NOORDT van, Colin. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU, Publications Office of the European Union. Luxembourg, 2020<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120399/jrc120399_misuraca-ai-watch_public-services_30062020_def.pdf+%&cd=17&hl=pl&ct=clnk&gl=pl> accessed 20 June 2021.

³ HIRSHFELD, Drew. Artificial intelligence tools at the USPTO. Entry dated 18 March 2021, <<https://www.uspto.gov/blog/>> accessed 20 June 2021.

aspects of patent examination⁴. The aim of my research is to present AI tools which are developed by IPOs with regard to patent examination and to outline the issues worth further consideration.

In order to understand how AI may be applied by the IPOs, main stages of patent examination process must be identified. Although some peculiarities may be observed in different patent offices, the following three steps may be distinguished: 1) assigning patent application at least one IPC⁵ or CPC⁶ code, indicating the relevant field of technology and subject areas of the claimed invention; 2) conducting prior art search which requires analysis of patent and non-patent literature, basically all relevant publicly available information; 3) assessing patentability requirements such as novelty and inventive step. Every stage requires processing large data set. Without a proper support it is time consuming, if possible.

2. AI INITIATIVES IN IP OFFICES

In May 2018, World Intellectual Property Organization (WIPO) convened a meeting of IPOs covering issues related to information and communication technologies and AI for IP administration⁷. The IPOs described AI-related tools deployed by them and shared their good practices. Taking into account the innovative nature of the discussed solutions, the WIPO President highlighted the increased need for collaboration between IP offices⁸. It allowed to develop an index of AI initiatives in IPOs which is currently available on WIPO's website dedicated to AI and IP⁹. It lists information on fields of application of AI tools and the types thereof. AI is deployed at different stages of registration procedure. Some tools are used for business management for effective office administration, while the others are useful when deciding on granting exclusive IP. Few IPOs described briefly a policy behind software licensing and the circumstances in which AI systems are developed.

⁴ IP Australia launched a very interesting initiative with a view to the applicants: "From May 2021 we are trialing an innovative machine learning model to improve our patent directions process, that is the process where patent applicants are directed to request examination. The trial involves using a machine learning model to assist in the prioritisation of directions based on an applicant's circumstances. The intent of the model is to direct applications for examination when an applicant's IP strategy is more developed. With this aim we expect to help customers navigate the patent examination process more efficiently". For more information see <<https://www.ipaustralia.gov.au/beta>> accessed 20 June 2021.

⁵ The International Patent Classification (IPC), established by the Strasbourg Agreement 1971.

⁶ The Cooperative Patent Classification (CPC) is an extension of the IPC and is jointly managed by the EPO and the USPTO.

⁷ WIPO. Meeting of Intellectual Property Offices (IPOs) on ICT Strategies and Artificial Intelligence (AI) for IP Administration. WIPO/IP/ITAI/GE/18/5. Summary by the facilitator <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/globalinfra/en/wipo_ip_itai_ge_18/wipo_ip_itai_ge_18_5.pdf> accessed 20 June 2021.

⁸ Ibid, p. 2.

⁹ Index of AI initiatives in IP offices < https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp> accessed 20 June 2021.

The IPOs focus on developing AI tools in four main areas: a) automatization of performing automatic patent classification; b) automatization of a process of submitting a given patent application to the examiner whose field of expertise and experience fit best to the subject matter of invention; c) prior-art search enhancement by supporting other accessible tools. In addition, the United States Patent and Trademark Office (USPTO) tests AI tools allowing generating “smart office action templates, which are automatically populated based on the interactions between examiner and attorney”¹⁰.

Even though the first area may seem as having purely administrative character, in fact it constitutes a very important step in patentability assessment. Determining the patent classification impacts the prior-art search which has a different scope depending on the field of technology. The most complex solutions and having possibly most profound consequences for the outcome of patent examination process, are those employed to prior-art search. It may be observed that only a few IPOs have already tested such tools and rather with no satisfactory results.

The index prepared by WIPO consists of 65 records, describing experiences of 20 regional IPOs and 2 international institutions (EPO, WIPO) with regard to different tasks performed by AI. Taking into account that WIPO consists of 193 states, AI initiatives are rather not a common practice, although a poor response of the domestic IPOs may not be excluded. For example, the Swedish Patent and Registration Office and the Intellectual Property Office of the Republic of Serbia acknowledged using nothing more than machine translation tool provided by EPO. There is a high probability that it is also used by the experts from the remaining IPOs which are not listed at all. It must be indicated that some IPOs describe AI applications which facilitate solely administrative work and not the process of patent examination itself (e.g. the Uruguayan National Directorate of Industrial Property).

2.1. Tasks performed by AI-related tools

The AI tools are most frequently tested for patent classification and allocation of applications to appropriate examiner. In majority cases, the tools are in a trial phase or a given IP office provides information restricted to the process of validation or exploration of AI-enhanced solution. There are a few IP office that declare using the tools described in their everyday practice. Majority of tests on AI technologies were performed in 2018.

¹⁰ IANCU, Andrei. Remarks delivered at Artificial Intelligence: Intellectual Property Considerations. Director of the U.S. Patent and Trademark Office Andrei Iancu. January 31, 2019, Alexandria, Virginia. As prepared for delivery”, <<https://www.uspto.gov/about-us/news-updates/remarks-director-iancu-artificial-intelligence-intellectual-property>> accessed 20 June 2021.

IP Australia describes Patent Auto Classification (PAC) tool which aims to predict relevant technology groups by analyzing the contents of a patent application in unstructured PDF documents. It enables allocation of a particular application to appropriate patent examiner sections. The pilot of the tool was realized in 2018 for verification. The Austrian Patent Office provides brief information on trials, conducted in 2018, of providers for application of AI to pre-classification and classification of patents. The Brazilian National Institute of Industrial Property (INPI)¹¹ admits is also tested in 2018 an AI tool dedicated to internal automatic pre-classification of patent applications according to the IPC and/or the CPC for subsequent distribution of the applications among its technical divisions. Other domestic institutions conducting trials or considering application of certain previously tested AI tools are: Finnish Patent and Registration Office (PRH), German Patent and Trade Mark Office (DPMA), Japan Patent Office, Intellectual Property Office of Singapore (IPOS), UK Intellectual Property Office (UKIPO) and the United States Patent and Trademark Office (USPTO). The remaining states on WIPO's index either do not mention patent classification as a field of AI application explicitly, describing functionality of the AI tools they got familiar with in general, or the examples provided are limited to the trademark registration process.

While information provided by the domestic IPOs is ambiguous regarding the actual state of the AI employment for patent classification, the international institutions such as EPO¹² and WIPO¹³ admit using AI in their everyday practice.

AI tools enhancing prior art search are, or were, trailed by the following IP offices: Austrian Patent Office, EPO, PRH, DPMA, Japan Patent Office, the UK IPO and the USPTO. Despite the fact that AI tools enabling prior art search are more challenging since the task is more complicated than patent classification, a few IPOs declared they had been employing AI for the last few years. For instance, Moroccan Industrial and Commercial Property Office (MICPO) have been using a dedicated tool since 2011. The tools not only have been used by the MICPO but are available also to the Moroccan Technology and Innovation Support Center. The institution participates in The Technology and Innovation

¹¹ Abbreviations are used depending on whether the institution itself uses them for international communication.

¹² European Patent Office is marked on the WIPO's list as "European Union" which I find misleading at best. The activity of the EPO and the scope of its prerogatives should not be identified with the EU despite that a list of EPO's members comprises all the member states of the EU. EPO's AI tools see: <<https://www.epo.org/news-events/in-focus/ict/artificial-intelligence.html>> accessed 20 June 2021.

¹³ See: <https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/ip_administration.html> and <<https://www.wipo.int/patents/en/topics/worksharing/sharing-work-products.html>> accessed 20 June 2021.

Support Center (TISC) program¹⁴, administered by WIPO, which is aimed at, i.a., helping “innovators in developing countries to exploit their innovative potential and to create, protect, and manage their intellectual property (IP) rights¹⁵” The other IPOs enhancing prior art search with AI are: Canadian Intellectual Property Office (CIPO), Intellectual Property Office of the Philippines, Korean Intellectual Property Office (KIPO) and the Russian Federal Institute of Industrial Property (FIPS).

2.2. Types and functions of AI tools used by the IPOs

Types of AI tools used by the IPOs differ a little bit depending whether they are used for patent classification or to enhance prior art search. The clue is the source of information with which the algorithm is fed. It appears that the most commonly used databases are those created by the EPO and USPTO.

With regard to patent classification, for instance, PAC tool, tested by IP Australia and mentioned above, uses internally developed software/machine learning technologies to build sophisticated hierarchy classification models. The training data are derived from the IP Australia's patent data and are about to be extended with larger patent datasets from USPTO and the EPO. The INPI's project engaged a neural network for internal automatic pre-classification of patent applications. The DMPA chosen a methodology based on neural networks with distributed word representations. The tool includes a pipeline mechanism with data preparation, training and evaluation. The parameters can be configured at each step which provides flexibility of the whole process. The transparency of the classification is ensured since the partial results can be viewed. The system verified by the Japan Patent Office, provided a function making suggestions for patent classification, so called F-terms. In addition, it laid down grounds for the assignment of a given application to a given class. The IPOS tested a tool based on Natural Language Processing. It sorted the applications in the relevant specialization. The USPTO tested deep machine learning Quality Chat Bots. Its innovative character resided in concept questioning instead of using key words. The system was trained for better understanding of claim language and its trending and classification. The tool used by WIPO called IPCCAT, abbreviation of “automatic text categorization and classification assistance in the IPC”. It helps the applicants and the examiners in to

¹⁴ WIPO. Technology and Innovation Support Centers (TISCs) Report 2019. Geneva, 2019 <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1059.pdf> accessed 20 June 2021.

¹⁵ See: <<http://uniondesinventeurs.net/fr/en/technology-and-innovation-support-centers/>> accessed 20 June 2021.

automatically categorize patent applications into technical units according to their international IPC class and sub-groups.

Similar tools are used for prior art search enhancement. The final decision on granting exclusive rights is based on the result of this process. Additionally, prior art search is much less susceptible to automation than patent classification due to reliable benchmark which IPC or PCP provide. As a consequence, it is quite unlikely for AI tools to completely replace patent examiners any time soon. They are designed to help and to deepen the analysis performed by the IPOs' experts. The CIPO uses semantic AI search engines. They assist the examiners in their research. The linkages between citations, applications and the current state of the art are detected thanks to machine learning. The text-mining tool is used for data manipulation. The EPO, employing machine learning, generated its own reference data, so called "gold standards". The PRH describes one of the tested tools: "[t]he system finds publications that are similar to the application being analyzed by using the vocabulary and bigrams of the application. The input to the system is the text (description, claims, and abstract) of the application. Based on the frequency of the words and bigrams extracted from this input file, the system determines the activity levels of a number of topics, and determines a number of similar publications where these topics are active at similar levels."¹⁶ The DPMA use algorithms to improve textual similarity search among electronic files and specialist databases. The system validated by Japan Patent Office suggests keywords that should be included in search queries. The predictions are based on the patent documents and the history of previous search queries. The OMPIC relies on a tool which searches patent applications by technical domain and key words. Intellectual Property Office of the Philippines uses dedicated search engine described as "low-end of AI" since it does not perform extraordinary operations. Nonetheless, the results of incremental index and fuzzy search performed by the tool are found to be more reliable than in case of traditional search engines. The KIPO works on a tool which would progress from keyword search to system based on syntax and semantics. The Russian Federal Institute of Industrial Property reassures that "[a] neural network trained on Russian patent documents on the criteria that take into account the complexity of the examination procedure and experts' experience is used for the establishment of the Russian distributional thesaurus."¹⁷ The UK IPO uses search engine allowing for semantic search, called "smart", which analyses non-patent

¹⁶ Finnish Patent and Registration Office (PRH) Prior art search, "Index of AI initiatives in IP offices", <https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp> accessed 20 June 2021.

¹⁷ Russian Federation. Prior art search, "Index of AI initiatives in IP offices", <https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp> accessed 20 June 2021.

literature alongside patent documents. The USPTO was delivering a proof of concept named Sigma which searched patent applications against granted patent and pre-granted publications. Its trails were limited to US patent documents only.

3. IPOs' APPROACHES TOWARDS AI DEVELOPMENT POLICY

Despite the fact that not all of the institutions provided information on the source and AI development policy, three dominating approaches may be observed. The first is a choice to develop in-house AI tools by the IPOs. The second is a decision to use commercially available software. The third option is limited to publicly available tools.

A few IPOs decided to elaborate on their own, in-house developed tools. This is the example of Sigma, tested and abandoned by the USPTO. IP Australia also invests in internally developed technologies. The EPO developed several business solutions, e.g. Patent Document Model, Knowledge and Information Management Environment, nonetheless in certain areas the Office relies on commercially available software. It collaborated with Google on Patent Translate but currently is working on its own translate tool. The KIPO launched cooperation with the Korean Electronics and Telecommunications Research Institute. They are building together patent knowledge base for AI learning on the basis of which AI system for IP administration will be created.

The IP Australia was trailing several commercial providers but did not specify neither the products nor the particular companies. The INPI considered Math Lab as most adequate tool. The CIPO uses the following commercial search engines: Questel, STN and Clarivate Analytics. It also employs Vantage Point which is a text-mining tool. The EPO uses Babelscape – a commercial multilingual natural language tool. The Finnish Patent and Registration Office tested several commercial systems e.g. Teqmine by Teqmine Analytics Oy, Innovation Q Plus. The UK IPO trialed Derwent Innovation tool.

Apart from using commercial search engines, the CIPO's examiners rely on Google's algorithms with emphasis on "Translate", "Patent" and "Scholar" tools enabling machine translation and providing access to full-text documents in a pdf format.

4. IMPLICATIONS FOR PATENT SYSTEM AND FURTHER CONSIDERATIONS

Patent quality is perceived as "the capacity of a granted patent to meet (or exceed) the statutory standards of patentability—most importantly, to be novel, nonobvious, and

clearly and sufficiently described.”¹⁸ It was noted that the examiners who worked under time pressure were more likely to grant patents they would have rejected if they had had given more time for consideration¹⁹. It has been suggested that providing examiners with additional time per application would improve patent quality²⁰. Surprisingly, the authors did not consider AI as a remedy to the problem. Although it is underlined by the IPOs that employing AI tools is expected to save examiners’ time make their search more efficient and accurate, in reality those expectations are not always met.

When describing AI-enhanced prior art search solution, the PRH admits that “[c]urrently, the system does not significantly speed up the prior art search.” The experiment testing Sigma, the tool the USPTO once trialed, proved that AI effectiveness depends on their skills and habits of its user. These factors may inhibit practical application of innovative tools. Nonetheless, according to the results of another study commissioned by UK IPO, “[t]he developed proof-of-concept for an AI-powered patent prior art search showed that AI has the potential to assist patent examiners in the future as part of the prior art searching process.”

Another issue worth further consideration is whether tools employed by IPOs should be publicly available. It refers not only to the source code and transparency and the concept of adequate explainability when exclusive rights are granted to citizens in a form of adjudicatory decision²¹. It is also a question of accessibility to AI solution in an applicable form as a software product. It would help the third parties to assess the risk of patent infringement and save the costs bore by the applicants. Additionally, it could impact the culpability assessment of patent infringement with reference to the information provided by particular AI tools. Similar expectations were expressed by the applicants after the USPTO revealed its innovative plans: “It would be nice to be able to use the same search tools as the Examiners do, once the Public Search Facility re-opens. Maybe the search system would be

¹⁸ WAGNER, Polk R. Understanding Patent-Quality Mechanisms. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 157, 2019. p. 2138 <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=penn_law_review> accessed 20 June 2021.

¹⁹ FRAKES, Michael D. WASSERMAN, Melissa F. Is the Time Allocated to Review Patent Applications Inducing Examiners to Grant Invalid Patents? Evidence from Microlevel Application Data. *The Review of Economics and Statistics*. Vol. 19. Issue 3, 2017. p. 560 <<https://direct.mit.edu/rest/article/99/3/550/58437/Is-the-Time-Allocated-to-Review-Patent>> accessed 20 June 2021.

²⁰ FRAKES, Michael D. WASSERMAN, Melissa F. Irrational Ignorance at the Patent Office. *Vanderbilt Law Review Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*. No. 2018-64, 2019. p. 976, <<https://ssrn.com/abstract=3284109>> accessed 20 June 2021.

²¹ RAI, Arti K. Machine Learning at the Patent Office: Lessons for Patents and Administrative Law. *Iowa Law Review*. Vol 104. Issue 5, 2019 <<https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-104-issue-5/machine-learning-at-the-patent-office-lessons-for-patents-and-administrative-law/>> accessed 20 June 2021.

available remotely, even as a paid subscription service like the EPO offers. Being able to recreate the Examiner's search to see what the Examiner pulled up in certain search strings would be of great value.”²²

Another topical issue is the impact of AI on the concept of “the person ordinarily skilled in the art” (POSITA). It has been considered thus far as having “ordinary creativity” which refers also to the technical means for research and development²³. On the other hand, AI provides tools of extraordinary capabilities, especially when compared to any natural person’s skills and abilities. Although the problems requires further investigation, using AI by the examiners seems to be counterbalanced by the fact that more and more inventions are created with AI assistance.

5. CONCLUSIONS

AI is still far away from becoming independent patent examiner. It is not only the question of its actual capacities but also the decision-making context and its transparency when granting exclusive rights. Several AI tool enhance administrative tasks which allows to save examiners’ time they may spend on more profound analysis of data obtained. It is not evident to what extent and when IPOs plan to incorporate AI into the regular decision making process. At this point AI allows to conduct prior art research with greater accuracy. It is especially important when comparing tools available for the applicants, mainly private sector, and for the IPOs, i.e. the government and public administration. Due to more resources for AI, private sector is gaining advantage over the IPOs.²⁴ It constitutes another argument in favor of fostering innovation in patent examination.

6. REFERENCES

EBRAHIM, Tabrez Y. Automation & Predictive Analytics in Patent Prosecution: USPTO Implications & Policy. Georgia State University Law Review. Vol. 35, 2019, p.1188 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3401250> accessed 20 June 2021

²² See the discussion below the article: HIRSHFELD, Drew. Artificial intelligence tools at the USPTO. Mar 18, 2018. <https://www.uspto.gov/blog/director/entry/artificial-intelligence-tools-at-the?utm_campaign=subscriptioncenter&utm_content=&utm_medium=email&utm_name=&utm_source=govdelivery&utm_term=>> accessed 20 June 2021.

²³ RAMAHLO, Ana. Patentability of AI-generated inventions: is a reform of the patent system needed?, 2018. p. 25 <<https://ssrn.com/abstract=3168703>> accessed 20 June 2021.

²⁴ EBRAHIM, Tabrez Y. Automation & Predictive Analytics in Patent Prosecution: USPTO Implications & Policy. Georgia State University Law Review. Vol. 35, 2019, p.1188 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3401250> accessed 20 June 2021.

FRAKES, Michael D. WASSERMAN, Melissa F. Is the Time Allocated to Review Patent Applications Inducing Examiners to Grant Invalid Patents? Evidence from Microlevel Application Data. *The Review of Economics and Statistics*. Vol. 19. Issue 3, 2017. p. 560 <<https://direct.mit.edu/rest/article/99/3/550/58437/Is-the-Time-Allocated-to-Review-Patent>> accessed 20 June 2021.

FRAKES, Michael D. WASSERMAN, Melissa F. Irrational Ignorance at the Patent Office. *Vanderbilt Law Review Duke Law School Public Law & Legal Theory Series*. No. 2018-64, 2019. p. 976, <<https://ssrn.com/abstract=3284109>> accessed 20 June 2021

MISURACA Gianluca. NOORDT van, Colin. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU, Publications Office of the European Union. Luxembourg, 2020<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120399/jrc120399_misuraca-ai-watch-public-services_30062020_def.pdf+&cd=17&hl=pl&ct=clnk&gl=pl> accessed 20 June 2021

RAI, Arti K. Machine Learning at the Patent Office: Lessons for Patents and Administrative Law. *Iowa Law Review*. Vol 104. Issue 5, 2019 <<https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-104-issue-5/machine-learning-at-the-patent-office-lessons-for-patents-and-administrative-law/>> accessed 20 June 2021

RAMAHLO, Ana. Patentability of AI-generated inventions: is a reform of the patent system needed?, 2018. p. 25 <<https://ssrn.com/abstract=3168703>> accessed 20 June 2021

WAGNER, Polk R. Understanding Patent-Quality Mechanisms. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 157, 2019. p. 2138 <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1211&context=penn_law_review> accessed 20 June 2021

NORMATIVE SYSTEM BASED ON TRUSTWORTHINESS¹

JULIA STANEK²

Abstract: The Social Credit System (SCS) is a project developed in China that arouses both great interest and anxiety. A system based on new technologies is to become a powerful sociotechnical tool that will monitor, manage and evaluate the behaviour of citizens, companies, and other entities. In the paper the idea of SCS as a unified system based on trustworthiness is analysed. In the first section, the basic rules of the system and how it operates are presented. It is postulated that the SCS is not a unified, standardized system for now. The SCS consists of three main interconnected elements. In the further part the basic assumption of the system, i.e. trustworthiness, is analysed. In order to understand what trustworthiness is, the phenomenon of trust is discussed. Based on different approaches to the essence of trust, the main elements of trust and trustworthiness are considered: first, described as risk or uncertainty is examined in the context of a possibility of free choice and a certain level of knowledge; second, called reciprocity of engagements. The last one is discussed in comparison of the Polish legal solutions.

Keywords: normative system, social credit system, the SCS, trustworthiness, trust

In the world we live in today we are almost constantly being evaluated – not only by the environment we live in, but also by various institutions. We create rankings when we evaluate others, we use rankings and we are ranked. This common and wide-spread evaluation undoubtedly influences the choices we make, our legal situation or - even more generally - our lives (Wong and Dobson, 2019). The next and quite obvious step after this is the creation of a system that would combine all available information, and based on this information various organisations and companies would be evaluated. This evaluation would also apply to citizens. If such system was developed and controlled by state, public authorities, it would provide them with unimaginable tools to control, to enforce the law, to punish, but also to reward citizens. However, it is a system we have seen not only in the artistic, futuristic visions, but we could indicate a steadily growing number of similarities between that system and the one that is currently being tested in China.

¹ This paper has been prepared within the National Science Centre project nr 2019/33/B/HS5/01521.

² Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University . jstanek@afm.edu.pl.

The project was titled *Social Credit System* (SCS). A system based on new technologies (including advances algorithms, machine learning, and big-data analysis) is to become a powerful sociotechnical tool (Zhang, 2020). The system combines huge public and private data collections with financial and social evaluation of actions of individuals or organisations. Its purpose is to alter, to modify and to reinforce the desired behaviour of citizens and organisations, and finally to form a high-trust society which rewards individuals and companies for following the law (State Council Notice concerning Issuance of the Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020)).

The system has been in development since 2014, and the very scale of this project is truly colossal, and as a result almost 1.5 billion Chinese people are to be subjected to continuous evaluation in the SCS. Initially, the goal was to create a fully functional system by the end of 2020, but full implementation has been delayed due to Covid-19 (State Council Notice concerning Issuance of the Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020)). One of the main declared purpose of the SCS is to build and strengthen social consistency and social confidence in the justice system (Zou, 2021).

Structure of the SCS

Initially it is worth mentioning that the English term ‘social credit’ is a far from perfect translation of the Chinese phrase ‘shehui xinyong’ (社会信用). The Chinese equivalent of the word ‘credit’ (‘xinyong’ (信用)) “encapsulates a host of lofty moral virtues as trustworthiness, promise-keeping, norm abiding, integrity and decency that apply to almost all contexts of social life and interactions”(Dai, 2020, p. 39). And so it would be appropriate to refer to a system that is based on trustworthiness rather than creditworthiness.

But is it really a system? The SCS consists of three interconnected elements (Sithigh, Siems, 2019, pp. 12-16):

1. **a nation-wide system of ‘blacklists’** of individuals who have violated the law. Those lists are published on government websites, among other media. And it’s the Supreme People’s Court was a pioneer and set up a first nationwide blacklist programme for “trust-breaking enforcement subjects” (Dai, 2020, p. 39-40). It includes individuals and organisations that act against the law, in particular break the court decisions. The information about these entities (name, surname, or even photo) are often exposed to general public shaming, i.e. by having their names displayed on large LED screens on the public buildings (Dai, 2020, p. 40).

The individuals whose names have been put on the lists are included in the so-called Joint Punishment System³, which makes it so that violation of the law may bring a number of harsh sanctions: a fine, a ban to use air or high-speed rail transport, and even major restrictions “blacklisted persons may not be able to use the funds on their current accounts in order to purchase a car or other luxury items”.

A certain counterbalance to the blacklist are ‘redlists’, where individuals or other entities who are especially ‘honest and trustworthy’ and deserve recognition are listed.

2. **local social scoring systems**, experimentally launched in selected cities and provinces (in general, over 40 such pilot projects have been started in China). The rules that have been adopted in those project vary greatly and apply to different areas of citizens’ lives. The goals of those systems are also different. For example, in Suining in Jiangsu province and in the city of Rongcheng in Shandong province, at the very start of the project each citizen was awarded 1000 points. For actions assessed negatively (e.g. breaking traffic rules or having children without necessary permission) points are counted off, while by performing actions assessed positively (such as caring for elderly family members) points are added and thus can be regained. The current score is presented on a scale from ‘A’ to ‘D’, where having a high score (‘A’) makes bureaucratic contacts between a citizen and the local government easier. While a low score can make it more difficult or even completely impossible for instance to apply for social benefits, various licenses and permissions.
3. The last element of the SCS are creditworthiness ratings created by Chinese financial institutions. For example, in **public-private partnership**, the Sesame Credit system is used, developed by Alibaba’s Subsidiary Ant Financial Group Holding. Thanks to algorithmised big data technologies, the system is equipped with tools to carry out real-time, relatively objective evaluations of individuals listed in the system (von Blomberg, 2020, pp. 125-126). Sesame Credit gives each user a score on a scale from 350 to 950 points based on five sets of information: (1) financial credit records, (2) behavioural trends in commercial transactions, (3) available assets and personal information, (4) behaviour and preferences, and (5) social relationships. And while the terms of the categories are publicly available, the specifics of how the algorithms operate and the very tools used in user evaluation are not at all transparent. However, undoubtedly the consequences to individuals that come from either a high or a low

³ According to the principle declared by the Chinese leadership: ‘Once proven untrustworthy, restrictions should apply everywhere’ (Drinhausen and Brussee, 2021)

Sesame Credit status are far-reaching. A person with a high score is granted access numerous benefits, including no obligation to pay a deposit when renting an apartment, a car or a bicycle, or get faster checkin at hotels and airlines.

It follows from the above that the SCS is not a unified and standardised system. What is established today can best be described as a policy framework that includes a large number of projects, or as a so-called ‘system of systems’ (Drinhausen and Brussee, 2021, p. 3). At the beginning of 2021, the Central Committee of the Communist Party of China released a new five-year “Plan on Building the Rule of Law in China” until 2025. It includes goals connected to the SCS, *inter alia* “accelerate the advancement of social credit legislation and improve the punishment mechanism for dishonesty. Standardize the list system of untrustworthy targets” (Plan on Building the Rule of Law in China). One of the main goal is the integration of the system and full modernisation of national governance.

At its current stage, the system has still a long way to go until it reaches the vision of central control – the combined use of all data resources (Kostka, 2019). Even though a unified system doesn't exist for now, its creation is surely possible, or even certain, especially if we consider Chinese party-state’s strategy (Große-Bley and Kostka, 2021).

It should be pointed out that the SCS remains under party-state control, and the very functioning of the SCS, especially at the level of the entire state, is associated with many, quite obvious threats: abuse of the system for political purposes (including system’s oppositionists, simplifying censorship, or surveillance of the society), human rights violations, discrimination, standardising behaviour of the citizens in line with ‘socialist core values’ (Gow, 2017), imposing disproportionately harsh punishments and many more. In fact, those examples of abuse are not purely theoretical – even now the system is used by the authorities to pressure those individuals who act in opposition to what the party's views are. For example “in Inner Mongolia, parents withdrawing their children from schools with mandatory Mandarin education program were threatened with blacklistings” (Drinhausen and Brussee, 2021, p. 8). After all we are discussing a totalitarian state where mentioned incidents have occurred and continue to occur even without the SCS. However, we will not focus on the negative scenarios of how the SCS is used by totalitarian government. We will analyse the SCS in isolation from China's political situation and the rules that apply there, from a more general perspective, as a wide phenomenon. We will consider the very idea of SCS as a unified system based on trustworthiness, so in its near future version, meaning a comprehensive and unified system.

The status of the norms verified by the SCS

Originally, we must think what is the status and the characteristics of the rules of conduct verified by the system (von Bloomberg, 2020). In order to do that we will use the famous in China ‘seat occupier’ case (Leng, 2018). The case of Mr. Sun, who in a high-speed train occupied a seat by the window (which was not the seat he was assigned, according to the ticket) and did not want to give the seat up to a passenger with a ticket for that seat. Even after the train services had intervened, he still wouldn’t leave the seat by the window. In consequence, Mr. Sun was charged with an administrative penalty for engaging in disruptive behaviour in public, but he also was punished with a SCS-based sanction being the ban to board many types of trains (Dai, 2020, p. 39).

When analysing this case we see, on the one hand that some legal provisions that govern rail traffic were violated (for which administrative fine was imposed), and, on the other, Mr. Sun violated certain rules of behaviour – rules of conduct commonly accepted by society in general, i.e. moral rules. The outcome was that Mr. Sun was considered untrustworthy and was punished with a SCS-based sanction being ban from boarding many types of trains. Based on this example, we will consider the relationship between the SCS and legal norms. According to one of the widespread approach “the SCS-based sanction, therefore, is simply to strengthen the enforcement of previously ‘toothless’ legal norms” (Dai, 2020, p. 39), making it so that enforcement of a behaviour that complies with the norm is possible and effective. However, we suggest that this fails to exhaust the very essence of how the system operates, after all it interferes with an area that has not been regulated at all until now. In the system, an act is evaluated which has not only not been subject to institutional assessment previously, but there have also not been any sanctions linked to such an act. We evaluate based on the trustworthiness criterion. And from this perspective, the boundary of understanding of a legal norm are extended. We claim that trustworthiness as a social norm, becomes a legal norm.

The nature of trust and trustworthiness

Understanding trustworthiness as legal norm leads to issue of what trustworthiness actually is? We believe the question should rather be what is the nature of trust and trustworthiness? Unquestionably, in order to understand what trustworthiness is we must first understand what is trust. It is quite obvious that the problem of trust is disputable, there is a plethora of different approaches to the issue of what trust is in its very essence ().

The most common, although questioned by some empirical studies, is the notion that trust is a purely cognitive category, related only to the problem of knowledge. According to Russell Hardin, who conceptualises the social phenomenon of trust in the framework of the theory of rational choice, trust is essentially a set of expectations that depend on rational assessments of the trustee's motivations (Hardin, 2002). Trust is construed as an encapsulated interest and can be analysed in the following way:

A trusts B to do X if

- (1) A expects B to do X, and
- (2) A's expectation (1) is grounded on A's rational assessment of B's motivations.

As Hardin postulates: "I trust you because I think it is in your interest to take my interests in the relevant matter seriously [...] You value the continuation of our relationship, and you therefore you're your own interests in taking my interests into account. That is, you encapsulate my interests in your own interests" (Hardin 2002, p. 1). In the encapsulated-interest approach, 'trustworthiness is just the capacity to judge one's interests as dependent on doing what one is trusted to do' (Hardin, 2002, p. 28).

Following this line of thinking – according to George Simmel – we must recognise a very important element of trust, namely knowledge, or in fact a certain lack of knowledge – information uncertainty. According to Simmel (different to what Hardin thought), trust is a "hypothesis of future conduct, which is sure enough to become the basis of practical action is, as hypothesis, a mediate condition between knowing and not knowing" (Simmel, 1906, p. 450). However, he also points out that in order to talk about trust, a certain minimum degree of knowledge is necessary. As he writes: "The possession of full knowledge does away with the need of trusting, while complete absence of knowledge makes trust evidently impossible" (Simmel, 1906, p. 450). Where then do we get this knowledge from? It can be provided in different ways. It can be derived from the experience we have gathered in the past ('real knowledge of the person' acquired through experience); or it can be common knowledge on a type or a category of a person, organisation or institution (Quere, 2001).

Consequently, trust is associated with uncertainty, with risk. When trusting without full knowledge, we risk that the person we trust will fail us. Its becomes a source of risk. Niklas Luhmann elaborated on this type of trust (Luhmann, 1979). In his approach risk is crucial for trust, as he argues "trust remains a risky undertaking" (Luhmann, 1979, p. 26). He explained that trust is related to a twofold contingency. Contingency consists in the exclusion of necessity and impossibility. There is contingency when there is a possibility of free choice,

and when it creates indeterminacy. In Luhmann's opinion, trust reduces social complexity, and consequently in the future we engage in action as though there were only that reduced certain possibilities (Luhmann, 1979, p. 20). In this sense, trust enables us to make a choice when the future is uncertain. The crucial point of his approach is that trust is associated with the reduction of complexity, and that complexity is emerged from the freedom of other human beings (Luhmann, 1979, p. 30).

We should also consider one other essential aspect of trust – its moral dimension. In this context, Simmel points out that trust should be the result of the free choice of the individual. Additionally, he emphasizes that trust cannot be interpreted as a duty, and cannot be delivered on demand (Simmel, 1906, p. 473). Second, “trust involves not only the person who grants it, but also the one who benefits from it” (Quere, 2001, p. 135). And this way a reciprocal engagement is created, perceived through lens of motivation. It is yet another issue which we can tackle in numerous possible ways. Among those discussed most frequently, the motive of trustworthy people could be described “in terms of a moral commitment, moral obligation, or virtue” (McLeod, 2020). We will focus on one of the possibilities - conceptualizing trust as moral obligation.

First of all, trust contains in itself a certain degree of acceptance of a subordination (which may turn out to be unjustified if someone betrays our trust). It's connected with risk discussed previously. This can be described as follows (Quere, 2001, p. 130):

A trusts B to do X

- (1) A's voluntary subordination places a constraint on B
- (2) B feels obliged to continue a behaviour that caused A to trust
- (3) B feels obliged to honour A's trust.
- (4) A can count on the feeling of moral obligation that B will feel.

It is worth noticed that the moral obligations are connected with a social norms. These norms demand that trust is honoured, and if not, the punishments are expected.

Conclusion remarks

Undoubtedly, presented approaches are not unitedly accepted (Simon, 2020). In particular, there is no consensus as regards the cognitive nature of trust, motivational elements of trustworthiness and so-called 'risk-assessment views'(Jones, 1999). We could discuss trust as the basis for individual risk-taking behaviour (Das and Teng, 2004), the basis for co-operation (Dimock, 2020) or order, or even social capital (Möllering, 2001).

However, there are two key elements of trust and trustworthiness can be distinguished. First, so-called risk or uncertainty has two aspects. On the one hand, it is necessary to ensure that citizens have a possibility of free choice, which in turn stems from freedom of other entities. On the other, trust requires a certain level of knowledge, either based on experience or common knowledge. Second, trust is closely related to reciprocity of engagements; i.e. it involves not only the person who grants it, but also the one who benefits from it.

In the context of reciprocity, it is worth highlighting some fundamental differences between the approach adopted in the SCS and that which is applied in European solutions. In the Polish system we have important institutions that are associated with trust, such as vote of confidence, or professions of public trust. But even on a more fundamental level, the Polish Constitution contains the principle of trust (confidence) in the state and the law. The principle of trust in the state and the law is derived from Article 2 of the Polish Constitution, namely from the concept of a democratic state ruled by law. A principle that requires the individual's trust in the state, and the law it constitutes, to be protected, also referred to as the principle of the state's loyalty to citizens. This principle is rooted in an assumption that public authorities should act with loyalty and fairness towards an individual, creating a sense of stability and legal security in the individual, and therefore a sense of confidence and trust. However, in comparison to the assumptions of the SCS, in the Polish case it is the duty of public authorities and public institutions to create the sense of confidence and trust, while the underlying assumptions of the SCS are quite the opposite – it is not the state, government nor the system itself that must be trustworthy according to the citizens. It is the individual that must obtain and sustain a certain level of trustworthiness to prove his or her loyalty to the state.

Finally, we suppose that discussed system will be created not only in China. Therefore, when forming systems that operate in analogy to the SCS, we must be aware that in order for the system to fulfil its aims (i.e. to create a high-trust society which rewards individuals and companies for following the law), it is not enough for trustworthiness to become a legal rule controlled and enforced by the state. First of all, it is crucial for the system itself to be trustworthy.

References:

- Dai, X. (2020). Enforcing Law and Norms for Good Citizens: One View of China's Social Credit System Project. *Development*, 63(1), pp. 38-43. DOI: 10.1057/s41301-020-00244-2
- Das, T. K., Teng, B. Sh. (2004). The Risk-Based View of Trust: A Conceptual Framework. *Journal of Business and Psychology*, 19 (1), p. 85-116.
- Dimock, S. (2020). Trust and Cooperation. In: J. Simon. (ed.) (2020) *The Routledge Handbook of Trust and Philosophy*, New York: Routledge, p.160–174.
- Drinhausen, K., Brussee, V. (2021) China's Social Credit System in 2021: From fragmentation towards integration. *MERICs China Monitor*, 3 March. Available at: <https://merics.org/en/report/chinas-social-credit-system-2021-fragmentation-towards-integration> (accessed 1 July 2021).
- Gow, M. (2017). The core socialist values of the Chinese Dream: Towards a Chinese integral state. *Critical Asian Studies*, 49(1), pp. 92–116.
- Große-Bley, J., Kostka, G. (2021). Big Data Dreams and Local Reality in Shenzhen: An Investigation of Smart City Implementation in China. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3814862>.
- Hardin, R. (2002). *Trust and trustworthiness*. Russell Sage Foundation.
- Jones, K. (1999). Second-Hand Moral Knowledge. *The Journal of Philosophy*, 96(2), pp. 55–78. DOI:10.2307/2564672.
- Kostka, G. (2019). China's social credit systems and public opinion: Explaining high levels of approval. *new media & society*, 21 (7), p. 1565-1593. DOI: 10.1177/1461444819826402
- Leng, S. (2018). Chinese passenger suffers public shaming for 'crime' of taking someone else's seat on a half-empty train. *South China Morning Post*. Available at: <https://www.scmp.com/news/china/society/article/2161259/chinese-passenger-suffers-public-shaming-crime-taking-someone> (accessed 1 July 2021).
- Luhmann, N. (1979). *Trust and Power: Two Works by Niklas Luhmann*. John Wiley and Sons.
- McLeod, C. (2020). Trust. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), In: E.N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/trust> (accessed 1 July 2021).
- Plan on Building the Rule of Law in China (2020–2025), issued by the Communist Party of China Central Committee. The translation available at: <https://www.chinalawtranslate.com/en/%E6%B3%95%E6%B2%BB%E4%B8%>

[AD%E5%9B%BD%E5%BB%BA%E8%AE%BE%E8%A7%84%E5%88%92%E](#)
[F%BC%882020-2025%E5%B9%B4%E8%BC%89/](#) (accessed 1 July 2021).

- Quere, L. (2001). The Cognitive and Normative Structure of Trust. *Réseaux*, vol. 108 (4), pp. 125-152.
- Simmel, G. (1906). The Sociology of Secrecy and of Secret Societies. *American Journal of Sociology*, vol. 11, pp. 441–98.
- Simon, J. (ed.) (2020) *The Routledge Handbook of Trust and Philosophy*, New York: Routledge. doi:10.4324/9781315542294.
- Sithigh, D.M., Siems, M. (2019). The Chinese social credit system: A model for other countries?. European University Institute Working Papers, LAW 2019/1.
- State Council Notice concerning Issuance of the Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020), GF No. (2014)21.
- von Blomberg, M. (2020) The Social Credit System and China's Rule of Law. In: O. Everling (eds.) *Social Credit Rating* (pp. 111-137). Springer Gabler, Wiesbaden. DOI: 10.1007/978-3-658-29653-7_6
- Wong, K. L. X., Dobson, A. Sh. (2019). We're just data: Exploring China's social credit system in relation to digital platform ratings cultures in Westernised democracies. *Global Media and China*, 4 (2), p. 220-232.
- Zhang, Ch. (2020). Governing (through) trustworthiness: technologies of power and subjectification in China's social credit system. *Critical Asian Studies*, 52 (4), pp. 565-588. DOI: 10.1080/14672715.2020.1822194.
- Zou, Sh. (2021). Disenchanted Trust: Instrumental Reason, Algorithmic Governance, and China's Emerging Social Credit System. *Media and Communication*, 9 (2), p. 140-149. DOI: 10.17645/mac.v9i2.3806

SYSTEMS OF PREDICTING COURT DECISIONS IN COMPENSATION CASES - APPLICABILITY, ADVANTAGES, AND POSSIBLE RISKS

URSZULA STEFAŃSKA¹

ABSTRACT: Research carried out by the Institute of Justice in Poland has shown a systematic increase in cases for compensation for road accidents. In 2017, the number of such cases increased more than 4 times compared to 2004. This tendency continues, and compensation cases constitute an increasing percentage of all cases in civil departments. Will machine learning, understood as part of the concept of artificial intelligence (AI), which is taking by storm into more and more areas of our lives, be used in filing a claim, the assessment of the legitimacy of claims or the settlement of such cases by courts?

Comparing already existing systems of predicting court decisions, as the most promising application of artificial intelligence techniques in the legal field, possibility of using intelligent jurisprudence research and predictive system was analysed taking into consideration the distinctiveness of the compensation cases.

Obvious advantages such as the ability to analyse a significant amount of data contained in the judgments issued so far, impossible to process by a single judge, unifying the amount of adjudged damages and the methodology used to calculate it, are compared with the risks associated with the use of artificial intelligence. The evaluation is made in the context of the recently presented by EU Commission Proposal for a Regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act).

Keywords: Intelligent Jurisprudence Research, Predictive Analytics, Machine Learning, Compensation cases, Artificial Intelligence

I. Analysis of the number of claims for damages brought before common courts in Poland.

Research carried out by the Institute of Justice in Poland has shown a systematic increase in cases for compensation for road accidents². In 2017, the number of such cases increased more than 4 times compared to 2004. This tendency continues, and compensation cases constitute an increasing percentage of all cases in civil departments. Data presented in another³ report carried out by the Institute of Justice in Poland compared the efficiency of the judiciary, and above all, the workload of courts in twelve European countries: Austria, Croatia, Denmark, Estonia, France, Spain, Lithuania, Latvia, Poland, Slovenia, Hungary and

¹MA in Law Jagiellonian University in Cracow, Poland

² J.SIEMASZKO, P.OSTASZEWSKI, J.WŁODARCYK – MADEJSKA, *Tendencje wpływu spraw do polskich sądów powszechnych* [ONLINE], Analizy wymiaru sprawiedliwości Warszawa 2019, [ACCESSED MAY 26, 2021], <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/05/IWS-Siemaszko-Ostaszewski-W%C5%82odarczyk-Madejska-Tendencje-wp%C5%82ywu-spraw-do-polskich-s%C4%85d%C3%B3w-powszechnych.pdf>

³ J.KLIMCZAK, *Wpływ spraw do sądów powszechnych Polski i wybranych państw Unii Europejskiej w latach 2006–2016*, [ONLINE] Analizy wymiaru sprawiedliwości Warszawa 2018, [ACCESSED: MAY 26, 2021], <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/05/IWS-J.-Klimczak-Wp%C5%82yw-spraw-do-s%C4%85d%C3%B3w-powszechnych.pdf>

Italy. The research has shown that Poland has high rate of initiating the case in court in civil litigation. In 2016, it was in third place in this sense compared to the rest analysed countries. The duration of civil and commercial proceedings in Poland is constantly increasing and in 2016 it amounted to 225 days. Even so, it never exceeded mean (or median) for the analysed countries - in 2016, the average was 247 days. The increasing number of cases brought to court and the constantly increasing rate of claims for damages makes it natural to look for tools enabling quick and efficient resolution of this type of disputes. More and more often the academic community, but also practitioners, are asking themselves whether artificial intelligence will replace the judges? The subject of this study will not be the answer to such a question; however, the author attempts to analyse the possibility of using systems of predicting court decisions, their advantages, and possible risks, which may occur by applying AI tools in sentencing process.

II. Systems of predicting court decisions.

Systems of predicting court decisions benefit from machine learning, defined as an algorithm of automatic learning (supervised or not by a human) aiming to create links among different data (correlations, categorisation). Machine learning allows to use a computer to perform quantitative analysis based on the big data⁴. Advanced algorithms search the available database of judgments and mark words and phrases that were used in a court case and then based on that analysis 'teach' the software to predict the decision of the Court. For the purposes of this article systems of predicting judicial decision should be defined as a software anticipating a judicial decision based on the analysis of a large quantity of case law.

In 2004 the interdisciplinary project compares two approaches to forecasting Supreme Court decisions – based on statistical model that relies on general case characteristics and the other one a set of independent predictions MADE by legal specialists⁵. The results were notable, as the model predicted 75% of the courts decisions, whereas the experts was in 59,1% right. With the constant and dynamic development of the technology, the newest advances in Natural Language Processing and Machine Learning deliver us with the tools to build predictive models that can be used to compare data from all judicial decisions upload to system of national court decisions.

⁴ ZALEWSKI T. *Definicja Sztucznej Inteligencji*, Prawo sztucznej Inteligencji, Luigi L., Świerczyński M., Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2020, p. 1-14

⁵ RUGER, THEODORE W., et al. "The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking," *Columbia Law Review*, vol. 104, no. 4, 2004, pp. 1150–1210. *JSTOR*, [Accessed. Accessed 6 June 2021.] www.jstor.org/stable/4099370

In 2016 was created AI model, that can predict the European Court of Human Rights decisions with a strong accuracy (79% on average). What is important, the empirical analysis implies that the most important predictive factor are the formal facts of a case⁶. All the information regarding authentic background of the case was relevant to obtain the strongest predictive performance of the decision outcome, which only indicates that systems of predicting judicial decision can be adapted to the facts of a specific case, which should result in building the trustworthy AI system supporting the judges and benefit to the society.

In October 2017, the AI system program called Case Cruncher, built by four Cambridge law students was competing with lawyers in predicting court decisions in Payment Protection Insurance cases, and has won with an accuracy rate of 86.6%, compared with 66.3% for the lawyers⁷.

Another software, which cannot be mentioned in this article is *Predictice*⁸ from France, which allows to calculate the chances of success in legal proceedings, and it is already used for commercial purposes.

Last, but not least, example of applicability AI in jurisprudence is Estonian *robot judge* – an initiative, in which AI software will be entitled to rule instead of judge⁹. There have not been presented any specific information about this system, neither exact statements of projected applicability nor specific technologies, which will be incorporated. This example demonstrates, the rapid technological development of AI, and requirement of its usage not only for commercial purposes, but also as an efficient instrument for justice system.

III. Advantages of usage the predicting courts decisions formula.

One of the factors that the parties must face before bringing a case to court is the need to specify the amount they demand as compensation for non-pecuniary damage (harm). As some research shows, it is not obvious what criteria should be used to estimate the amount of proper compensation. Subsequent studies have shown that in the case of claiming damages for medical malpractice, the amount of the average compensation awarded is, on average, half lower than expected¹⁰. In compensation cases there is no unambiguous

⁶ ALETRAS N, TSARAPATSANIS D, PREOȚIUC-PIETRO D, LAMPOS V. *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*. PeerJ Computer Science 2:e93 [Accessed MAY 29, 2021] <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>

⁷ Case Cruch, [accessed May 30, 2021] <https://www.case-crunch.com/>

⁸ <https://predictice.com/> [Accessed MAY 25, 2021]

⁹ <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/> [Accessed MAY 25, 2021]

¹⁰ R TYMIŃSKI, M. SEROCKA, *Who pays for medical errors and how much? Analysis of analysis of the case-law of civil departments at courts of general jurisdiction in medical error cases*, Ginekologia i Perinatologia Praktyczna 2018 tom 3, nr 1, ISSN 2451-0122

guidelines how to estimate not only the amount of the claim, but also how to compensate different kinds of harm suffered by the victims. Into consideration must be taken factors as persistence of negative effects, their lasting effect, lost prospects, age and the way of their life so far. Nevertheless, there is no simple formula to transfer these data into mathematical value. Lawyers specialised in compensation cases analyse similar cases ruled by the court, in which the case will be proceed, cases with similar fact in other courts, and they advise based on their experience. The amount of data they could take into consideration is strongly limited. Usage of predicting system could examine all cases consisted crucial facts, and narrow the amount awarded in similar situations.

The precise prediction of the outcome of a dispute resolution in courts could efficiently lower the number of disputes¹¹, especially when they will be used by Insurance Companies. The common practice to lower the amount of compensation paid at the stage of liquidation proceedings, may yield to the efficient payment of funds in the event of determining by the claimant in pretrial proceedings the request within the limits indicated by the prediction systems.

The fundamental benefits from predicting judicial decision systems are improving prediction and harmonisation of judiciary, optimising operations, and personalising digital solutions available for individuals, law firms and justice system. Use of predictive systems can provide key competitive advantages to law companies¹².

IV. Risk

In the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) it is stated that the development, marketing and use of artificial intelligence should correspond in conformity with Union Values. Risk based approach, on which AI ACT is based, make discussion about the risk crucial in applying those systems.

In motive 4 to this proposal the European regulator notes that artificial intelligence may generate risks and cause harm to public interests and rights that are protected by Union law. Such harm might be material or immaterial.

¹¹ BAGHERIAN-MARANDI, N., RAVANSHADNIA, M. & AKBARZADEH-T, MR. *Two-layered fuzzy logic-based model for predicting court decisions in construction contract disputes*. *Artif Intell Law* (2021). [accessed MAY 30, 2021] <https://doi.org/10.1007/s10506-021-09281-9>

¹² DYMITRUK M., *Sztuczna Inteligencja w wymiarze sprawiedliwości*, Prawo sztucznej Inteligencji, Luigi L, Świerczyński M., Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2020, p. 275-289

Commonly bias and discrimination in AI systems are globally recognised as risk of critical importance¹³. The remedy to this risk is transparency of the algorithm and controlled application by public decisionmakers, legal professionals and scientists.

Another risk, that should be noted is a fact, that a machine doesn't reproduce legal reasoning. The algorithms are based on a statistical or probabilistic approach, without understanding legal basics. The machine couldn't explain the meaning of the law or the motives of judge's behaviour. Moreover, we must note that there is impossible identifying all the causative factors of a judicial decision, what leads to the risk of confusing correlation and causality¹⁴.

In the compensation cases we have to divide risk in cases concerning pecuniary damages, when judgement is based on unambiguous evidence, when compensation is countable, and it contains the sum of expenses connected with the damage. The verdict does not include complicated and complex legal reasoning, and mostly it is referred to the output of another algorithm, applied by an expert, who calculate the value of the damage (f.e. cost of car repair). In non-pecuniary cases, we have to note, that even there is also no remarkably complex legal grounds, conclusions are not so automatic. Nevertheless, even the analyse of data relating to similar cases, and narrowing down the jurisprudence may constitute a tool that streamlines and organizes the grounds for a judgment.

In accordance with compensation cases there should be noted, that another risk which need to be pointed out relates to inherent feature of AI system – access to data. It must be secured, that big data – the subject of analyse made by AI, does not include information. Predictive systems based on previous judgements need an anonymous mechanism to prevent a risk of identification and re-identification of the parties and witnesses¹⁵. As a point of attention, it has to be noted, that grounds of compensation cases include protected and sensitive data as injuries, state of health, course of illness, family, and economic situation of the victim, which may in some circles lead to identification of the person. All that sensitive data is included in judicial decisions, and sentences are based on them, and should be the essential factors of analysis made by algorithms. The need of collecting and processing that information are

¹³ WACHTER, S., MITTELSTADT, B., RUSSELL, C., *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law*, [2020] ONLINE, <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2005/2005.05906.pdf>, [Accessed MAY 25, 2021]

¹⁴ The European Commission for the Efficiency of Justice *Artificial intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice*, 09 May 2018, [ONLINE] <https://rm.coe.int/presentation-ia-eng-bologna-may-2018-yannick/16808b4790> [Accessed MAY 25, 2018]

¹⁵ The European Commission for the Efficiency of Justice *Artificial intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice*, 09 May 2018, [ONLINE] <https://rm.coe.int/presentation-ia-eng-bologna-may-2018-yannick/16808b4790> [Accessed MAY 25, 2018]

collided with the fundamental right to privacy. Data risk is also connected with cybersecurity, which have to be provided in such a significant subject of state activity, such as justice.

Therefore, AI ACT contain harmonised among EU regulation of placing on the market and putting into service of certain AI systems. Those rules should guarantee ensure use only trustworthy and ethical artificial intelligence, ensured the protection of ethical principles. The regulation focus on forms of regulatory oversight, safe space for experimentation (sandboxes to facilitate the development and testing innovative AI systems under strict regulatory oversight), with appropriate safeguards and risk mitigation measures.

V. Summary

Development of technology and software, which brings us closer to strong AI, is inevitable. Already existed systems of predicting court decision are being commercialised and tested in the biggest law firms. There is only a matter of time, when AI will be used in courts as a tool ensuring acceleration of examining cases, streamlining the justice system and, importantly, serving the society for the efficient settlement of court disputes. Challenges associated with use of artificial intelligence are analysed by scholars around the world. This paper draws attention to advantages and risk which occurs with use of rapidly changing technologies concerning not only cybersecurity, but also risk of disclosure of data, including sensitive aspects of parties state of health, their economic situation and family relationship, as well as inefficiency of the algorithms itself, which might be inaccurate, casuistic, or even discriminative. The paper does not intend to comprehensively address all aspects related to judiciary in the context of the AI, but rather seeks to analyse some legal concerns from the perspective of European Values. Firstly, the article points the reason, why applying AI in judiciary system is essential, especially bearing in mind the increasing number of compensation cases. Secondly, the paper discusses applicability of AI system in judicial system. Another section is devoted to benefits of using systems of predicting court decisions, and the last section presents the risk of using artificial intelligence in the justice and automation of the judicial proceedings.

Taking everything into consideration, advantages of predicting systems, widely described in the article lead to the conclusion that AI systems will have been used commonly for commercial and judicial benefits. To avoid different risks connected to different factors, before applying systems of predicting court decision it must be secured and properly tested in controlled, supervised environment. It has to be also ensured, that usage of those system

is regularly monitored and controlled with the constant development and changes of the algorithms.

Only after obtaining those requirements, the AI, and especially system of proceeding court's decision will have larger impact and be in complementing and augmenting human capabilities¹⁶.

References

1. ALETRAS N, TSARAPATSANIS D, PREOȚIUC-PIETRO D, LAMPOS V. *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*. PeerJ Computer Science 2:e93 [accessed MAY 29, 2021] <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>
2. BAGHERIAN-MARANDI, N., RAVANSHADNIA, M. & AKBARZADEH-T, MR. *Two-layered fuzzy logic-based model for predicting court decisions in construction contract disputes*. *Artif Intell Law* (2021). [accessed MAY 30, 2021] <https://doi.org/10.1007/s10506-021-09281-9>
3. DYMITRUK M., *Sztuczna Inteligencja w wymiarze sprawiedliwości*, Prawo sztucznej Inteligencji, Luigi L, Świerczyński M., Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2020, p. 275-289
4. KLIMCZAK J., *Wpływ spraw do sądów powszechnych Polski i wybranych państw Unii Europejskiej w latach 2006–2016*, [ONLINE] Analizy wymiaru sprawiedliwości Warszawa 2018, [ACCESSED: MAY 26, 2021], <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/05/IWS-J.-Klimczak-Wp%C5%82yw-spraw-do-s%C4%85d%C3%B3w-powszechnych.pdf>
5. RUGER, THEODORE W., et al. "The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision-making." *Columbia Law Review*, vol. 104, no. 4, 2004, pp. 1150–1210. *J.S.TOR*, [accessed . Accessed 6 June 2021.] www.jstor.org/stable/4099370
6. SIEMASZKO J., OSTASZEWSKI P., WŁODARCYK – MADEJSKA J., *Tendencje wpływu spraw do polskich sądów powszechnych* [ONLINE], Analizy wymiaru sprawiedliwości Warszawa 2019, [accessed MAY 26, 2021], <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/05/IWS-Siemaszko-Ostaszewski-W%C5%82odarczyk->

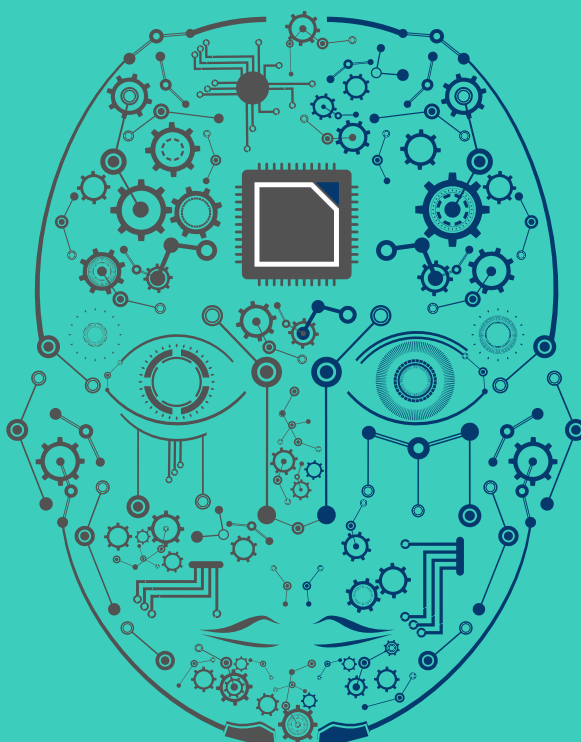
¹⁶ WILSON H.J., DAUGHERTY P.R, *Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces*, Harvard Business Review, July-August 2018,

Madejska-Tendencje-wp%C5%82yw-spraw-do-polskich-s%C4%85d%C3%B3w-powszechnych.pdf

7. TYMIŃSKI R., SEROCKA M., *Who pays for medical errors and how much? Analysis of analysis of the case-law of civil departments at courts of general jurisdiction in medical error cases*, Ginekologia i Perinatologia Praktyczna 2018 tom 3, nr 1, ISSN 2451–0122
8. WACHTER, S., MITTELSTADT, B., RUSSELL, C., *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law*, [2020] ONLINE, <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2005/2005.05906.pdf>, [accessed MAY, 25, 2021]
9. WILSON H.J., DAUGHERTY P.R., *Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces*, Harvard Business Review, July-August 2018,
10. ZALEWSKI T. *Definicja Sztucznej Inteligencji*, Prawo sztucznej Inteligencji, Luigi L, Świerczyński M., Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2020, p. 1-14
11. The European Commission for the Efficiency of Justice, *Artificial intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice*, 09 May 2018, [ONLINE] <https://rm.coe.int/presentation-ia-eng-bologna-may-2018-yannick/16808b4790> [Accessed MAY 25, 2018]

WEBSITES:

12. <https://www.case-crunch.com/> [accessed May 30, 2021]
13. <https://predictice.com/> [Accessed MAY 25, 2021]
14. <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/> [Accessed MAY 25, 2021]



LEGALTECH, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND The Future of Legal Practice