



IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

ROGÉRIO GESTA LEAL
CARLOS AYMERICH CAÑO
ALESSANDRA APARECIDA SOUZA SILVEIRA
(ORGANIZADORES)





Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Imagem da capa: Freepik

Revisão: Editora Ilustração

CATALOGAÇÃO NA FONTE

S471a Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Inteligência Artificial, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas (9. : 2024 : Brasil : Espanha : Portugal)

IX Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Inteligência Artificial, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas [recurso eletrônico] / organizadores: Rogério Gesta Leal, Carlos Aymerich Caño, Alessandra Aparecida Souza Silveira. – Santo Ângelo: Ilustração, 2025.

466 p.

ISBN 978-65-6135-093-8

DOI 10.46550/978-65-6135-093-8

1. Direitos fundamentais - Congresso. 2. Políticas públicas - Congresso. 3. Inteligência artificial - Congresso. I. Leal, Rogério Gesta (org.). II. Aymerich Caño, Carlos (org.). III. Silveira, Alessandra Aparecida Souza (org.). IV. Título.

CDU: 342.7

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720



E-mail: eilustracao@gmail.com

www.editorailustracao.com.br

ROGÉRIO GESTA LEAL
CARLOS AYMERICH CAÑO
ALESSANDRA APARECIDA SOUZA SILVEIRA
(ORGANIZADORES)

**IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL
HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Editora Ilustração
Santo Ângelo – Brasil
2025

Conselho Editorial



| | |
|---|---------------------------------|
| Dra. Adriana Maria Andreis | UFFS, Chapecó, SC, Brasil |
| Dra. Adriana Mattar Maamari | UFSCAR, São Carlos, SP, Brasil |
| Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dr. Clemente Herrero Fabregat | UAM, Madri, Espanha |
| Dr. Daniel Vindas Sánches | UNA, San Jose, Costa Rica |
| Dra. Denise Tatiane Girardon dos Santos | UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil |
| Dr. Domingos Benedetti Rodrigues | UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil |
| Dr. Edeimar Rotta | UFFS, Cerro Largo, RS, Brasil |
| Dr. Edivaldo José Bortoleto | UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil |
| Dra. Elizabeth Fontoura Dorneles | UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil |
| Dr. Evaldo Becker | UFS, São Cristóvão, SE, Brasil |
| Dr. Glaucio Bezerra Brandão | UFRN, Natal, RN, Brasil |
| Dr. Gonzalo Salerno | UNCA, Catamarca, Argentina |
| Dr. Héctor V. Castanheda Midence | USAC, Guatemala |
| Dr. José Pedro Boufleuer | UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil |
| Dra. Keiciane C. Drehmer-Marques | UFMS, Santa Maria, RS, Brasil |
| Dr. Luiz Augusto Passos | UFMT, Cuiabá, MT, Brasil |
| Dra. Maria Cristina Leandro Ferreira | UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil |
| Dra. Neusa Maria John Scheid | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dra. Odete Maria de Oliveira | UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil |
| Dra. Rosângela Angelin | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dr. Roque Ismael da Costa Güllich | UFFS, Cerro Largo, RS, Brasil |
| Dra. Salete Oro Boff | IMED, Passo Fundo, RS, Brasil |
| Dr. Tiago Anderson Brutti | UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil |
| Dr. Vantoir Roberto Brancher | IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil |

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

Programa de Apoio à Pós-Graduação - PROAP

Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES

Processo n°: 88881.987784/2024-01



SUMÁRIO

A INTEGRAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 10

Ricardo Hermany

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA O DIRECIONAMENTO DE PUBLICIDADE PELO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL 23

André Viana Custódio

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: OBSERVAÇÕES CRÍTICAS 34

Janriê Rodrigues Reck

DA PERDA DO MUNDO: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DESINFORMAÇÃO E DIREITO 50

Ricardo de Macedo Menna Barreto

SEGURANÇA PÚBLICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS PARADIGMAS 66

Rogério Gesta Leal

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UM PARADOXO A SER SUPERADO 86

Suzéte da Silva Reis

ABORDAGEM LEGAL DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA NOS DIREITOS ESPANHOL E EUROPEU 100

Carlos Aymerich Cano

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA
UNIÓN EUROPEA: ALGUNOS APUNTES PROVISIONALES..... 108

Francisco Javier Sanz Larruga

NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ESTADO DE
DERECHO 120

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

A NATUREZA *PROPTER REM* DAS OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS
VOLTA A GANHAR DESTAQUE NOS TRIBUNAIS 138

Jéssica Mello Tahim

LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LAS REDES
SOCIALES 153

José Antonio Blanco Moa

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DELITO: PROBLEMAS DE
ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES PENALES (UNA BREVE
REFLEXIÓN) 165

Luz María Puente Aba

HÁ PROTEÇÃO SUFICIENTE QUANTO A DADOS PESSOAIS
INFERIDOS NO RGPD? 176

Alessandra Silveira

DESAPARECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL
E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SEGURANÇA PÚBLICA. 201

Rogério Gesta Leal

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho

ANÁLISE CRÍTICA DO NOVO PACTO SOBRE MIGRAÇÃO E
ASILO 210

Andreia Santos

| | |
|---|-----|
| O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS A PARTIR DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL | 226 |
| <i>Betieli da Rosa Sauzem Machado</i> | |
| <i>Ricardo Hermany</i> | |
| A ARBITRAGEM ENQUANTO INSTRUMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA HETEROCOMPOSITIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES ENTRE CÔNJUGES OU COMPANHEIROS..... | 240 |
| <i>Fabiana Marion Spengler</i> | |
| <i>Carolina Kolling Konzen</i> | |
| A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS | 256 |
| <i>Caroline Müller Bitencourt</i> | |
| <i>Luisa Helena Nicknig Martins</i> | |
| DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES, ÉTICA DO CUIDADO E MICROTRABALHO FEMININO NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL | 275 |
| <i>Deise Brião Ferraz</i> | |
| <i>Marli Marlene Moraes da Costa</i> | |
| O CONSENTIMENTO DO TRABALHADOR PARA O TRATAMENTO DE SEUS DADOS PESSOAIS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 285 |
| <i>Diogo de Almeida Ferrari</i> | |
| <i>Suzete da Silva Reis</i> | |
| SENTENÇAS ESTRUTURANTES COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO À DESIGUALDADE ESTRUTURAL RACIAL..... | 295 |
| <i>Fernando Roberto Schnorr Alves</i> | |

O IMPACTO DOS CRIMES CONTRA A ECONOMIA NO MERCADO INTERNO 307

Isabel Moreira Gonçalves Correia de Paiva

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES IDOSAS..... 314

André Viana Custódio

Isadora Hörbe Neves da Fontoura

A NECESSIDADE DE COMBATE AO ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS NA ERA DIGITAL..... 324

Jamily Maiara Menegatti Oliveira

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PREVENÇÃO DE VIOLÊNCIAS CONTRA PESSOAS IDOSAS EM INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA.. 340

André Viana Custódio

Larissa Lauda Burmann

CAPACITISMO NAS EMPRESAS A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE 351

Lisandra Inês Metz

Jorge Renato dos Reis

A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO DO CRÉDITO AO CONSUMO E A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS..... 366

Mariana Cunha Marques

A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA O DIRECIONAMENTO DE PUBLICIDADE PELO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL 380

Priscila Salamon

Ismael Francisco de Souza

André Viana Custódio

A AFETIVIDADE, A SOLIDARIEDADE E A DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA COMO TRÍADE FUNDAMENTADORA
DA CONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES
CONTEMPORÂNEAS 391

Roger Wiliam Bertolo

Jorge Renato dos Reis

A TRANSVERSALIDADE DE GÊNERO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DIRECIONADAS ÀS MULHERES TRABALHADORAS RURAIS NA
PERSPECTIVA DA AGENDA 2030 DA ONU 409

Stéffani das Chagas Quintana

Marli Marlene Moraes da Costa

O FEDERALISMO COMO MOTOR PARA O EXÉRCITO EUROPEU 417

Tiago Nogueira

Ana Carolina Fernandes

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: *STANDARDS* MÍNIMOS DO
DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE ESTABELECIDOS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM BASE NA NOÇÃO DE “DEVER
DE PROTEÇÃO ESTATAL” 437

Mônia Clarissa Hennig Leal

Dérique Soares Crestane

A INTEGRAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL¹

Ricardo Hermany²

1 Introdução

Os Tribunais de Contas no Brasil vêm incorporando tecnologias inovadoras, com destaque para ferramentas de Inteligência Artificial (IA), como parte de suas estratégias para aprimorar a eficiência e a agilidade nos processos de auditoria concomitante. Diante desse cenário, este estudo busca analisar o impacto da aplicação da IA nos mecanismos de controle das contas públicas, com um enfoque particular no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS). A pesquisa visa identificar os benefícios e os resultados que essas tecnologias podem oferecer para uma gestão pública mais eficiente e transparente.

A relevância do tema reside na crescente utilização da IA pela Administração Pública brasileira, especialmente em resposta às altas demandas enfrentadas pelos Tribunais de Contas, incluindo o TCE-RS. A partir dessa perspectiva, emerge o seguinte questionamento central: quais são os mecanismos de Inteligência Artificial implementados pelo TCE-RS e como seus resultados podem ser mapeados para evidenciar melhorias na gestão pública local? A hipótese formulada sugere que o emprego da IA potencializa as auditorias concomitantes — realizadas de forma simultânea às atividades auditadas —, promovendo maior agilidade e eficácia nos trabalhos de fiscalização.

1 Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

2 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC, no Brasil. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>. E-mail: hermany@unisc.br.

Para responder a essa problemática, adota-se o método dedutivo, partindo da conceituação geral sobre o controle da Administração Pública e o papel das Cortes de Contas, para então realizar uma análise mais específica sobre a aplicação da IA no contexto do TCE-RS. O método hermenêutico fundamenta a interpretação das legislações, documentos e sistemas relevantes, enquanto a pesquisa bibliográfica, baseada em fontes como livros, artigos científicos, dissertações, teses e legislações, sustenta o embasamento teórico. Adicionalmente, serão analisados dados e informações disponíveis no portal oficial do TCE-RS acerca das ferramentas de IA em uso.

Neste estudo, são definidos três objetivos específicos: no primeiro, examinar-se-á o papel do Tribunal de Contas no controle da Administração Pública; no segundo, mapear-se-á as aplicações de Inteligência Artificial no âmbito do TCE-RS; e no terceiro, identificar-se-á as atividades em que essas tecnologias são empregadas, destacando os benefícios e resultados para a gestão pública local.

2 A função dos Tribunais de Contas no controle a Administração Pública

Desde sua concepção, o Estado de Direito está intrinsecamente ligado à ideia de controle, sendo essencial a existência de instituições e mecanismos que garantam a submissão do próprio Estado às normas jurídicas. Esses mecanismos têm como objetivo assegurar que a Administração Pública atue em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, como legalidade, motivação, publicidade, moralidade, finalidade pública, impessoalidade, razoabilidade, economicidade, legitimidade e transparência, entre outros. Além disso, o controle administrativo pode, em certas situações, abarcar aspectos discricionários – relacionados à conveniência e oportunidade – ou mesmo atos políticos administrativos.³

O controle da Administração Pública opera de forma bidirecional, abrangendo, de um lado, o controle exercido pelo Estado sobre a sociedade, amplamente conhecido como *accountability* vertical, e, de outro, o controle realizado pelo próprio Estado sobre suas ações e pela sociedade sobre si mesma, conceito identificado como *accountability* horizontal⁴. O conceito

3 COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

4 DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. *Estado de Direito e controle estratégico de contas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

de *accountability* abrange responsabilidade, transparência, mecanismos de controle e o dever de prestar contas. Adicionalmente, está associado à justificativa de ações realizadas ou não realizadas, bem como à atribuição de consequências, sejam elas sanções ou recompensas, no exercício de funções públicas⁵.

No que se refere à atuação dos órgãos de controle, três tipos principais merecem destaque. O primeiro é o controle interno, exercido pela própria Administração Pública sobre seus órgãos e entidades vinculados à administração indireta. O segundo é o controle social, conduzido diretamente pela sociedade em resposta às atividades desempenhadas pelo Estado. O terceiro, o controle externo, caracteriza-se pela fiscalização de um Poder sobre os atos administrativos praticados pelos demais Poderes. Esse controle externo, instituído por delegação constitucional, é realizado pelo Poder Legislativo. Em nível federal, essa função é desempenhada pelo Congresso Nacional; nos estados, pelas Assembleias Legislativas; e, nos municípios, pelas Câmaras Municipais. Esses órgãos legislativos contam com o apoio técnico e institucional dos Tribunais de Contas correspondentes a cada ente federativo.⁶

Com a Constituição de 1988, os Tribunais de Contas passaram por significativas transformações, tendo suas competências e jurisdição ampliadas, incluindo atribuições que não estavam presentes nas Constituições anteriores. Desta forma, com a ampliação das competências, os Tribunais de Contas passaram a exercer funções auxiliares do Poder Legislativo, como as exercidas pelo Congresso Nacional, pelas Assembleias Legislativas e pelas Câmaras municipais, na fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional dos entes federativos, assim como das entidades da Administração direta e indireta. Essa fiscalização inclui a verificação da legitimidade, legalidade, economicidade e a aplicação de subvenções e renúncia das receitas.

Importante registrar que as normas que determinam a função, composição, organização e competências do Tribunais de Contas estão explicitadas entre os artigos 70 ao 75 da Constituição de 1988, pertencentes à Seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária) do Capítulo I (do Poder Legislativo) do Título IV (da organização dos poderes).

5 PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 43 (6), nov./dez. 2009.

6 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2012.

Ademais, evidencia-se que os artigos 33, parágrafo 2º e 161, parágrafo único, da Constituição, prevêem atribuições adicionais para esses órgãos de contas.

O sistema de fiscalização contábil, financeira e orçamentária adotado pela Constituição Federal estabelece que o controle externo deve ser exercido pelo Poder Legislativo, conforme disposto no artigo 70. Entretanto, sua execução é atribuída a um órgão independente e autônomo, o Tribunal de Contas, que atua de maneira desvinculada dos três Poderes e possui competências próprias, exclusivas e indelegáveis, conforme disposto no artigo 71. Esse modelo de controle externo não se restringe à análise posterior dos atos administrativos (*a posteriori*), mas também engloba outras formas de fiscalização, incluindo a verificação da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação e subvenção de receitas. Além disso, o controle pode ser realizado de forma concomitante ou preventiva (*a priori*), garantindo maior abrangência e eficácia na fiscalização.⁷

No que diz respeito às atribuições dos Tribunais de Contas, estas podem ser organizadas em quatro categorias principais. A primeira é a função opinativa e informativa, desempenhada por meio da emissão de pareceres prévios sobre as contas do chefe do Executivo e pela resposta às consultas direcionadas ao Tribunal. A segunda é a função fiscalizadora, que se manifesta por meio de auditorias e inspeções. A terceira é a função corretiva, exercida ao estabelecer prazos para a regularização de irregularidades identificadas. Por fim, há a função jurisdicional especial, que envolve o julgamento das contas do chefe do Executivo, conforme estabelece o inciso II do artigo 71 da Constituição Federal.⁸

De tal forma, tendo em vista que a eficiência na gestão pública é um tema de crescente relevância em um contexto global marcado por demandas socioeconômicas e políticas complexas, no Brasil, o controle e a transparência na Administração Pública são elementos essenciais para garantir o cumprimento das obrigações legais e o uso eficaz dos recursos públicos. Nesse contexto, os Tribunais de Contas desempenham papel fundamental na fiscalização e no controle das atividades governamentais, visando promover a probidade administrativa e assegurar a boa aplicação dos recursos públicos.

7 COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito*, 2006.

8 PARDINI, Frederico. *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

Entretanto, a complexidade e a abrangência das atividades administrativas frequentemente desafiam as capacidades tradicionais de monitoramento e fiscalização. Nesse sentido, a aplicação da inteligência artificial (IA) surge como uma solução potencial para aprimorar a eficácia do controle da Administração. Logo, a integração de sistemas inteligentes pode otimizar a análise de dados, identificar padrões, detectar anomalias e sugerir ações corretivas de forma ágil e precisa. Com isso, com base nestes pressupostos, realizar-se-á estudos de casos do uso de IA no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS).

3 Aplicações de Inteligência Artificial no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

A utilização de sistemas fundamentados em Inteligência Artificial (IA) no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) tem se mostrado essencial para a modernização e o fortalecimento dos mecanismos de controle das contas públicas. Essa iniciativa reflete um esforço alinhado a tendências globais de inovação, evidenciando o compromisso das instituições públicas em se adaptarem às exigências de uma sociedade em constante transformação.

Segundo Bitencourt e Martins⁹, essa integração tecnológica não apenas otimiza processos internos, mas também amplia a eficiência e a transparência das atividades desempenhadas pelo órgão. destacam que a incorporação de novas tecnologias nas organizações administrativas é um processo complexo, que exige uma análise cuidadosa das mudanças que a IA pode trazer para a Administração Pública. Além disso, enfatiza-se a importância de se prever os possíveis pontos de resistência à implementação dessas tecnologias, uma vez que elas podem transformar profundamente as práticas de gestão pública.

Nesse contexto, diversas normativas e documentos internacionais têm orientado a adoção da Inteligência Artificial (IA) pelos Tribunais de Contas, evidenciando uma tendência consolidada de integração das tecnologias da informação (TI) no âmbito do controle público. Entre esses referenciais, destaca-se o Princípio 5 das Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP), que sublinha a importância de os Tribunais de Contas acompanharem as transformações ambientais e os

9 BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023, p. 7-8.

riscos emergentes. A utilização de ferramentas de TI e IA na gestão de informações estratégicas, conforme enfatizado pela norma, não apenas contribui para a melhoria da eficiência do controle, mas também capacita as instituições a responderem de maneira mais ágil e efetiva às demandas contemporâneas.¹⁰

A Declaração de Moscou, formulada durante a XXIII INCOSAI, enfatiza a relevância da transparência e da disponibilização de dados abertos, além da necessidade de acesso a algoritmos e códigos-fonte utilizados. Esse documento ressalta que os Tribunais de Contas devem investir na formação de equipes especializadas em análise de dados e na adoção de técnicas inovadoras para o aprimoramento das auditorias.¹¹ Complementarmente, a Carta de Foz do Iguaçu, aprovada em um contexto pós-pandemia de COVID-19, reforça a urgência de adaptação às novas realidades, defendendo a integração de tecnologias avançadas como meio de elevar a eficiência das auditorias e promovendo a inovação contínua.¹²

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), a incorporação de ferramentas baseadas em Inteligência Artificial tem gerado avanços expressivos, com destaque para o controle de licitações e contratos administrativos. Um exemplo é o sistema LicitaCon, regulamentado pelo artigo 2º da Resolução 1050/2015, que se consolida como um recurso estratégico para a gestão e fiscalização desses processos¹³, é um exemplo notável dessa inovação, permitindo o acompanhamento de

10 IRB – Instituto Rui Barbosa. *Normas Brasileiras de Auditoria no Setor Público (NBASP)*: nível 1: princípios basilares pré-requisitos para o funcionamento dos Tribunais de Contas brasileiros, 2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/biblioteca/nbasp-1/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

LEMES, Henrique. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Dois novos robôs reforçam fiscalização do TCE-RS*. 2022. Disponível em: <https://tcers.tc.br/noticia/dois-novos-robos-reforcam-fiscalizacao-do-tce-rs/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

11 INTOSAI. *Declaração de Moscou*. XXIII CONGRESSO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES – INCOSAI, 2019. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Moscou_2019_-_tradu%C3%A7%C3%A3o_livre.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

12 ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. *Carta de Foz do Iguaçu*. I Congresso Internacional dos Tribunais de Contas, 2019. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Carta-de-Foz-do-Igua%C3%A7u-I-CITC.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

13 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 1050/2015*. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <https://atosoficiais.com.br/tcers>. Acesso em: 15 abr. 2024.

todas as fases de processos licitatórios e contratuais em uma única base de dados.

Evidencia-se que esse sistema tem sido fundamental para aumentar a transparência e a eficácia das auditorias, além de promover uma ação integrada entre os órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União e a Receita Federal. A criação do LicitaCon é resultado de um esforço colaborativo entre o Instituto Rui Barbosa (IRB), a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e o TCE-RS, alinhado à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). A ferramenta facilita a identificação e correção tempestiva de eventuais inconformidades durante o processo licitatório, prevenindo prejuízos ao erário.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) tem direcionado esforços para a realização de auditorias concomitantes e preventivas, utilizando a Inteligência Artificial (IA) para monitorar em tempo real as ações dos entes fiscalizados. Essa abordagem possibilita a identificação e correção de irregularidades antes da efetivação de gastos públicos, prevenindo desperdícios e reduzindo a necessidade de posterior recuperação de valores.^{14 15 16}

No contexto desse avanço, o TCE-RS implementou um conjunto de ferramentas tecnológicas, cada uma com funções específicas e complementares que fortalecem a fiscalização. A ferramenta Laís, por exemplo, utiliza algoritmos de IA para identificar indícios de sobrepreço em licitações, resultando em economias expressivas para os cofres públicos. Lídia, por sua vez, monitora publicações de processos licitatórios e contratações em Diários Oficiais, assegurando que os registros sejam corretamente inseridos no sistema LicitaCon. Ícaro detecta padrões atípicos na execução orçamentária, enquanto Raquel automatiza a validação de dados contábeis, ampliando a eficiência e a capacidade analítica dos auditores. Rianna atua na avaliação da regularidade de notas fiscais eletrônicas, Consuelo identifica vínculos proibidos em processos licitatórios, e Larissa

14 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de atividades: anual – 2022*. Disponível em: https://tcers.tc.br/repo/relatorio_atividades/Anual2022.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

15 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de atividades: anual consolidado – 2023*. Disponível em: https://tcers.tc.br/repo/relatorio_atividades/Anual2023.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

16 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de atividades: 1º trimestre de 2024*. Disponível em: https://tcers.tc.br/repo/relatorio_atividades/1TRIM2024.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

integra dados de diferentes fontes para emitir alertas sobre riscos de fraude. Juntas, essas ferramentas promovem uma fiscalização mais ágil, proativa e eficaz, reforçando o compromisso do TCE-RS com a transparência e a boa gestão dos recursos públicos.¹⁷

A ferramenta Lídia, um leitor de informações de Diários com Inteligência Artificial, foi desenvolvida para detectar processos licitatórios ou contratações publicadas em Diários Oficiais e portais de compras públicas, mas que não tenham sido registrados a tempo no sistema LicitaCon do TCE-RS. Essa funcionalidade assegura que todos os procedimentos sejam devidamente cadastrados, permitindo o acompanhamento e a fiscalização adequados. Com a utilização de Lídia, os auditores podem identificar possíveis irregularidades e alertar os órgãos responsáveis, garantindo a correção tempestiva dos registros e promovendo maior transparência. Outra inovação tecnológica é Ícaro, uma ferramenta projetada para identificar comportamentos atípicos na aplicação dos recursos orçamentários. Por meio da análise das despesas dos órgãos fiscalizados pelo TCE-RS, Ícaro emite alertas automáticos sempre que identifica anomalias na execução orçamentária. Esse recurso não apenas facilita a detecção de falhas, mas também possibilita uma atuação concomitante dos auditores, fortalecendo o controle sobre o uso dos recursos públicos e contribuindo para uma gestão financeira mais eficiente e proativa.^{18 19}

Essas ferramentas refletem um compromisso com a inovação tecnológica e a eficiência na gestão pública, alinhando-se às melhores práticas internacionais. A adoção da IA no TCE-RS não apenas potencializa a capacidade de monitoramento e fiscalização, mas também promove uma gestão mais estratégica e informada dos recursos públicos, capaz de responder com agilidade às necessidades e desafios contemporâneos. Com isso, o TCE-RS contribui significativamente para a construção de uma governança pública mais transparente, eficiente e responsável, beneficiando diretamente a sociedade. Ao integrar IA e automação em seus processos, o TCE-RS não só aprimora a eficácia das auditorias, mas também cria um

17 OLIVEIRA, Laís de. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Robôs desenvolvidos pelo TCE-RS aperfeiçoam auditorias*. 2021. Disponível em: <https://tcers.tc.br/noticia/robos-desenvolvidos-pelo-tce-rs-aperfeicoam-auditorias/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

18 OLIVEIRA, Laís de. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Robôs desenvolvidos pelo TCE-RS aperfeiçoam auditorias*. 2021.

19 LEMES, Henrique. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Dois novos robôs reforçam fiscalização do TCE-RS*. 2022. Disponível em: <https://tcers.tc.br/noticia/dois-novos-robos-reforcam-fiscalizacao-do-tce-rs/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

ambiente colaborativo e inovador, essencial para a boa governança e o uso correto dos recursos públicos.

4 Benefícios e impactos da inteligência artificial na Gestão Pública local

A implementação de sistemas baseados em Inteligência Artificial (IA) no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) tem promovido mudanças significativas na eficiência e eficácia das atividades de controle e fiscalização governamental. Entre os diversos benefícios identificados, destaca-se o aumento da eficiência na fiscalização, proporcionado pela automação de tarefas que antes demandavam esforços manuais. Ferramentas como Laís, que verifica preços de referência em licitações, e Raquel, que valida dados contábeis de órgãos fiscalizados, permitem a realização de auditorias de maneira mais ágil. Com isso, os auditores podem direcionar seu trabalho para análises mais complexas e estratégicas, ampliando a capacidade geral do TCE-RS.

Outro ponto relevante é a melhoria na precisão e confiabilidade das informações. Robôs como Ícaro e Rianna analisam grandes volumes de dados em busca de comportamentos atípicos e irregularidades em notas fiscais, minimizando falhas humanas e fornecendo dados mais seguros para a tomada de decisão. Essa precisão é acompanhada por um aumento na transparência e no acesso à informação. O sistema LicitaCon, por exemplo, integra as ferramentas de IA para garantir publicidade aos dados de licitações e contratos administrativos, fortalecendo o controle social e aumentando a confiança da sociedade nas instituições públicas.

A IA também contribui para uma atuação preventiva e concomitante, característica fundamental para evitar desperdícios de recursos públicos. Ferramentas como Lídia e Larissa são programadas para emitir alertas em tempo real sobre possíveis irregularidades, permitindo que os gestores corrijam problemas antes que os gastos sejam efetivados. Essa abordagem não apenas evita prejuízos, mas também reforça uma gestão pública proativa.

Os impactos financeiros também são evidentes. Em 2021, a ferramenta Laís detectou um sobrepreço em medicamentos que resultou em uma economia superior a R\$ 9,5 milhões. Recursos economizados dessa magnitude podem ser direcionados para áreas prioritárias da administração pública, promovendo um uso mais eficiente dos fundos públicos.

Além disso, as ferramentas de IA facilitam a integração de informações entre diferentes órgãos e sistemas. Larissa, por exemplo, promove uma colaboração mais eficaz entre o TCE-RS, o Tribunal de Contas da União e a Receita Federal, ampliando a eficácia das auditorias.

A introdução dessas tecnologias também exige o contínuo desenvolvimento profissional dos auditores e gestores públicos. A necessidade de capacitação em tecnologias emergentes é um reflexo positivo da integração da IA, garantindo que os profissionais estejam preparados para lidar com os desafios modernos do controle externo. Nesse sentido, a IA também desempenha um papel importante no combate à corrupção e às fraudes. Ferramentas como Consuelo, que identifica vínculos irregulares em processos licitatórios, e Larissa, que analisa matrizes de risco, promovem maior ética e transparência no ambiente administrativo.

Por fim, a IA fornece suporte essencial para a tomada de decisões informadas, a partir da geração de dados confiáveis e análises preditivas. Esse processo contribui para o desenvolvimento de políticas públicas mais eficazes, alinhadas às reais demandas da sociedade. Embora essas ferramentas não sejam diretamente utilizadas para julgamentos no TCE-RS, influenciam significativamente a correção de irregularidades e, consequentemente, os resultados administrativos.

Nesse contexto, verifica-se que a adoção da IA pelo TCE-RS não apenas fortalece sua função fiscalizadora, mas também promove uma gestão pública mais responsável, eficiente e transparente. Esse avanço reflete um alinhamento com as demandas contemporâneas por uma governança pública ética, moderna e responsiva, consolidando o papel da tecnologia como um elemento central na busca por melhores resultados para a sociedade.

5 Considerações finais

O presente estudo teve como objetivo investigar o impacto do uso da Inteligência Artificial (IA) nos processos de controle da Administração Pública, com foco no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS). Partindo do problema de pesquisa que questionava quais mecanismos de IA são utilizados por esse Tribunal e como é possível mapear seus resultados e benefícios para uma gestão pública mais eficiente, foram definidos três objetivos específicos. Primeiro, analisar o papel do Tribunal de Contas no controle da Administração Pública; segundo, mapear o

uso da IA no TCE-RS; e, terceiro, demonstrar os benefícios e resultados práticos dessas tecnologias para a gestão pública local.

No que concerne ao primeiro objetivo, concluiu-se que os Tribunais de Contas desempenham papel essencial na fiscalização e controle das atividades administrativas, sendo responsáveis por assegurar a legalidade, legitimidade e economicidade no uso dos recursos públicos. O sistema constitucional brasileiro confere a essas instituições autonomia e competência para promover a transparência e a accountability na gestão pública, evidenciando sua relevância no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao segundo objetivo, o mapeamento das ferramentas de IA utilizadas pelo TCE-RS revelou um avanço significativo na adoção de tecnologias inovadoras, com destaque para sistemas como Laís, Lídia, Ícaro, Raquel, Rianna, Consuelo e Larissa. Essas ferramentas desempenham funções específicas, que vão desde a análise de licitações e detecção de irregularidades até o monitoramento de execuções orçamentárias e validação de dados fiscais. Essa integração tecnológica reflete um movimento estratégico para modernizar os processos de fiscalização e alinhar o Tribunal às melhores práticas internacionais.

Por fim, em relação ao terceiro objetivo, verificou-se que o uso de IA no TCE-RS trouxe benefícios concretos, como maior precisão na identificação de irregularidades, redução de custos por meio da prevenção de fraudes, promoção de maior transparência e eficiência nas auditorias. Além disso, as ferramentas analisadas permitiram uma atuação mais proativa e concomitante, fundamental para evitar desperdícios de recursos públicos e para assegurar uma gestão mais responsável.

Assim, conclui-se que a implementação de IA pelo TCE-RS não apenas aprimora sua capacidade de fiscalização, mas também contribui para a construção de uma Administração Pública mais ética, eficiente e transparente. A integração de tecnologias avançadas se apresenta como uma solução indispensável diante das demandas contemporâneas por governança responsável e inovação no setor público. Esses avanços consolidam o papel do TCE-RS como referência no uso estratégico de IA, reforçando sua missão de proteger os interesses da sociedade e promover a boa aplicação dos recursos públicos.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2012.

ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. *Carta de Foz do Iguaçu*. I Congresso Internacional dos Tribunais de Contas, 2019. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Carta-de-Foz-do-Igua%C3%A7u-I-CITC.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BITENCOURT, Caroline Müller; MARTINS, Luisa Helena Nicknig. A inteligência artificial nos órgãos constitucionais de controle de contas da administração pública brasileira. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 10, n. 3, e253, set./dez. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 abr. 2024.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. *Estado de Direito e controle estratégico de contas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

INTOSAI. *Declaração de Moscou*. XXIII CONGRESSO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES – INCOSAI, 2019. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Moscou_2019_-_tradu%C3%A7%C3%A3o_livre.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

IRB – Instituto Rui Barbosa. *Normas Brasileiras de Auditoria no Setor Público (NBASP): nível 1: princípios basilares pré-requisitos para o funcionamento dos Tribunais de Contas brasileiros*, 2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/biblioteca/nbasp-1/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

LEMES, Henrique. *Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Dois novos robôs reforçam fiscalização do TCE-RS*. 2022. Disponível em: <https://tcers.tc.br/noticia/dois-novos-robos-reforcam-fiscalizacao-do-tce-rs/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

OLIVEIRA, Laís de. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. *Robôs desenvolvidos pelo TCE-RS aperfeiçoam auditorias*. 2021. Disponível em: <https://tcers.tc.br/noticia/robos-desenvolvidos-pelo-tcers--aperfeitoam-auditorias/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 43 (6), nov./dez. 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de atividades: anual – 2022*. Disponível em: https://tcers.tc.br/repo/relatorio_atividades/Anual2022.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de atividades: anual consolidado – 2023*. Disponível em: https://tcers.tc.br/repo/relatorio_atividades/Anual2023.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de atividades: 1º trimestre de 2024*. Disponível em: https://tcers.tc.br/repo/relatorio_atividades/1TRIM2024.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução n° 1050/2015*. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <https://atosoficiais.com.br/tcers>. Acesso em: 15 abr. 2024.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA O DIRECIONAMENTO DE PUBLICIDADE PELO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

André Viana Custódio¹

1 Introdução

O tema deste estudo é a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes contra o direcionamento de publicidade pelo uso de inteligência artificial. O objetivo geral foi estudar no marco da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente os potenciais instrumentos regulatórios do uso de inteligência artificial no direcionamento de publicidade. Como objetivos específicos considerou-se a necessidade de analisar a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no marco jurídico da teoria da proteção integral; pesquisar o contexto do uso de inteligência artificial no direcionamento de publicidade infantil e estudar os potenciais instrumentos regulatórios sobre direcionamento de publicidade com uso de inteligência artificial para crianças e adolescentes no Brasil.

O problema que orientou a pesquisa questiona: como os potenciais instrumentos regulatórios de direcionamento de publicidade para crianças e adolescentes podem assegurar a proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes?

A hipótese considera que os fundamentos da teoria da proteção integral para a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e o marco normativo já consolidado sobre regulação de publicidade

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto de institucional de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ; Consultor em políticas públicas. Email: andrecustodio@unisc.br.

infantil no Brasil, o uso de inteligência artificial para o direcionamento de publicidade para crianças e adolescentes viola os preceitos básicos de proteção e requer a constituição de nova modalidade de regulação que assegure a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

A estratégia metodológica envolveu o uso do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Para a pesquisa documental foram consideradas as fontes disponíveis no Banco de Teses e Dissertações da CAPES, Portal Periódicos da CAPES, Google Acadêmico, *Scielo* e revistas classificadas no Qualis CAPES. Para a pesquisa documental foi realizado levantamento no Instituto Alana sobre o tema publicidade infantil; bases de legislação do Planalto, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

2 O impacto das novas tecnologias da informação no desenvolvimento e proteção integral de crianças e adolescentes

O impacto das novas tecnologias da informação e comunicação sobre os processos de desenvolvimento de crianças e adolescentes é cada vez mais incidente e implica novas compreensões sobre as estratégias da regulação protetiva sobre direitos fundamentais, tendo como referência que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e, que em razão desta condição, requer a ação proativa da família, da sociedade e do Estado na garantia dos direitos fundamentais.²

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou a proteção integral, oriunda da Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas³, aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, considerando que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴

2 CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, n. 29, p. 22-43, 30 jan. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>. Acesso: 14/04/2024.

3 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 11 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 29/07/2024.

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_

A regulamentação dos direitos fundamentais operada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, estabeleceu, no art. 6º, que entre as diversas dimensões de proteção aos direitos fundamentais está o reconhecimento de crianças e adolescentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.⁵ No contexto da publicidade é preciso considerar que

A criança não é apta a deduzir a finalidade econômica e a função persuasória da publicidade; não tem consciência de que é destinatária de uma mensagem que visa à persuasão para o consumo de um produto ou serviço. A estrutura cognitiva da criança não comporta a apreensão de conceitos abstratos; o pensamento se constrói a partir da experiência concreta. A criança não é capaz de conceituar abstratamente a publicidade como um conjunto de técnicas destinadas à mobilização para o consumo; a criança não compreende o sistema em que se insere a atividade publicitária; não tem uma visão teórica do todo, que lhe permita elaborar um juízo crítico acerca da mensagem publicitária.⁶

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o direito ao respeito, no art. 17, que “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”⁷ Destaca-se que

A livre iniciativa, por sua vez, encontra limitações na defesa dos consumidores, a qual configura princípio da ordem econômica e direito fundamental. O debate, no Brasil, invariavelmente, acaba sendo obstado pela argumentação que vislumbra na publicidade infantil exclusivamente questões afeitas à liberdade de expressão, deixando de levar em consideração o princípio da absoluta prioridade [...]⁸

mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020. Acesso: 14/04/2024

- 5 VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezim dos. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. *Revista de Direito, Viçosa*, v. 10, n. 02, 2018, p. 109-157. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7085867>. Acesso em: 31/07/2024.
- 6 BICUDO, Juliana Morais. A publicidade dirigida à criança. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, nº 49, p. 91-108, Maio-Junho/2019, p. 100. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/49%20-%2006.pdf?d=637026959071091472>. Acesso em 31/07/2024.
- 7 BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. ECA. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: L80 [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegro?codteor=1853928&filename=PL%2021/202069](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/202069). Acesso: 14/04/2024.
- 8 BARBOSA, Raissa Alencar de Sa. *A regulação da publicidade infantil*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 117. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&cid_trabalho=502623#. Acesso em: 31/07/2024.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, destaca no art. 36 que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”⁹, bem como, a proibição de toda publicidade enganosa ou abusiva, no art. 37, considerando como publicidade enganosa:

Art. 37, § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.¹⁰

Considerando a condição de pessoa em processo de desenvolvimento, crianças e adolescentes estão, portanto, muito mais suscetíveis à publicidade enganosa e que se amplia quando considerados o uso de inteligência artificial na propagação de publicidade, já que é vedado ao fornecedor de serviços ou produtos, conforme estipula o art. 39, IV “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.”¹¹

Em linhas gerais, o que se pode dizer, desde já, mesmo antes do desenvolvimento de normas legais acerca dos limites da Inteligência Artificial, é o fato de que o Direito brasileiro traz a dignidade da pessoa humana como valor supremo e a Inteligência Artificial, no campo da comunicação social, que chega com a diretriz de estar centrada no humano, encontra um mesmo objetivo a ser alcançado em uma caminhada viabilizada por um acoplamento possível com o Direito. Já a publicidade, quando dirigida ao público infantojuvenil, pode-se apresentar como uma irritação nesse contexto, porquanto violadora dos direitos humanos mais mezinhas dessas pessoas ainda em

9 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. CDC. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: L8078compil https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020ado (planalto.gov.br). Acesso: 14/04/2024.

10 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. CDC. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: L8078compil https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020ado (planalto.gov.br). Acesso: 14/04/2024.

11 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. CDC. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: L8078compil https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020ado (planalto.gov.br). Acesso: 14/04/2024.

formação.”¹²

A pesquisa TIC Kids Online Brasil que coleta indicadores sobre o acesso e uso de tecnologias da informação e comunicação por crianças e adolescentes constatou que “Em 2022, 92% da população com idade entre 9 e 17 anos era usuária de Internet no país (aproximadamente 24,4 milhões de crianças e adolescentes).”¹³ Embora os números sejam muito expressivos, é preciso ter atenção também aos “1,2 milhão de indivíduos na faixa etária investigada reportou não ter acessado a Internet nos três meses anteriores à pesquisa, enquanto 940 mil mencionaram nunca ter acessado a rede.”¹⁴

As crianças e adolescentes pesquisadas que acessaram a internet em 2022 afirmaram usar para: ouvir música on-line 87%; assistir vídeos, programas, filmes ou séries on-line 82%; pesquisar na internet para fazer trabalhos escolares 80%; baixar aplicativos 70% e jogar on-line conectado com outros jogadores 58%.¹⁵

A expressiva presença da internet no cotidiano de crianças e adolescentes brasileiros leva à reflexão sobre os impactos da publicidade direcionada por inteligência artificial e sua respectiva regulação.

A partir do avanço exponencial do número de usuários nas redes sociais, bem como com o incremento da indústria de entretenimento digital, não se pode negar a mudança da forma de socialização entre os indivíduos e o aumento do interesse de pessoas cada vez mais jovens no acesso às plataformas digitais. Nesse cenário, a proteção da dignidade da pessoa humana encontra na neurociência verdadeiro aliado na apresentação de dados científicos para embasar o debate e assim oferecer condições para evolução do ordenamento jurídico, inclusive quanto à proposta da criação de novos neurodireitos humanos, tais como: identidade pessoal, livre-arbítrio, privacidade mental, acesso equitativo e proteção contra vieses algorítmicos.¹⁶

12 HENRIQUES, Isabella. Inteligência artificial e a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. *Revista Internet e Sociedade*, n. 2, v. 2, p. 5-25, dez. 2021, p. 17. Disponível em: [Inteligencia-artificial-e-publicidade-dirigida-a-criancas-e-adolescentes.pdf](#) (internetlab.org.br). Acesso: 14/04/2024.

13 PONTO BR. *Tic kids online Brasil 2020*, Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2023. Disponível em: [tic_kids_online_2022_livro_eletronico.pdf](#) (cgi.br). Acesso em 15/04/2024.

14 PONTO BR. *Tic kids online Brasil 2020*, Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2023. Disponível em: [tic_kids_online_2022_livro_eletronico.pdf](#) (cgi.br). Acesso em 15/04/2024.

15 PONTO BR. *Tic kids online Brasil 2020*, Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2023. Disponível em: [tic_kids_online_2022_livro_eletronico.pdf](#) (cgi.br). Acesso em 15/04/2024.

16 CRUZ, Patrícia Moura Monteiro; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Neurociência e direito:

Na Câmara dos Deputados tramitam alguns projetos de lei com objetivos pontuais para a regulação do tema, dentre os quais se destaca o Projeto de Lei n. 3444, de 04 de julho de 2023, que visa estabelecer diretrizes para a atividade de influência comercial nas redes sociais, a fim de proteger os consumidores, crianças e adolescentes e combater práticas abusivas.¹⁷

O Projeto de Lei n. 1.746, de 28 de maio de 2015, que propõe a inclusão de um capítulo no Estatuto da Criança e do Adolescente para tratar da proteção de dados de crianças e adolescentes na internet e outras medidas de proteção, que inclui a proibição expressa da coleta de informações pessoais de crianças ou de adolescentes em qualquer ação de marketing.¹⁸

Já o Projeto de Lei n. 21, de 04 de fevereiro de 2020, que atualmente está tramitando no Senado Federal, que estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil.¹⁹ Anota-se que

[...] a tutela coletiva do consumidor pode ser realizada com o auxílio da inteligência artificial nas plataformas de mídia social a partir de uma abordagem tecnológica. A IA permite o monitoramento contínuo e a análise criteriosa de anúncios publicitários, identificando padrões de publicidade parasitária e outros conteúdos abusivos em grande escala. Ao fazer isso, essas ferramentas avançadas possibilitam a implementação proativa de medidas de proteção ao consumidor, reduzindo a exposição a anúncios enganosos e potencialmente prejudiciais. Ademais, a

interferências do algoritmo das redes sociais e seus impactos nos direitos humanos de crianças e adolescentes. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; MAIA, Aline Passos. *Neurodireito, neurotecnologia e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 108.

- 17 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 3.444, de 04 de julho de 2023*. Define a atividade de influência em meio eletrônico, altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 para impor a necessidade de autorização judicial para participação de crianças em gravações audiovisuais a título oneroso, estabelece regras relativas a publicidade e uso de imagem e obrigações para agentes e provedores digitais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020amara.leg.br_ara.leg.br. Acesso em: 16/04/2024.
- 18 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 1.746, de 28 de maio de 2015*. Acrescenta o Capítulo IV-A ao Título II – Dos Direitos Fundamentais, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, para garantir o direito de proteção dos dados de crianças e adolescentes na Internet. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020JETO DE LEI Nº , DE 199 \(camara.leg.br\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020JETO DE LEI Nº , DE 199 (camara.leg.br)). Acesso: 15/04/2024.
- 19 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 21, de 04 de fevereiro de 2020*. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020amara.leg.br. Acesso: 15/04/2024.

colaboração entre algoritmos de IA e o feedback dos usuários cria um sistema robusto de vigilância e regulamentação, que pode responder rapidamente e se adaptar às evoluções do mercado publicitário. Isso representa um passo significativo na direção de um ambiente digital mais seguro e confiável, onde os direitos dos consumidores são priorizados e defendidos coletivamente.²⁰

O marco regulatório sobre uso da inteligência artificial no Brasil está em fase de desenvolvimento com a caracterização de direitos e responsabilidades, que envolvem princípios éticos para a administração responsável de inteligência artificial, adotando inclusive o compromisso com a Recomendação sobre Inteligência Artificial da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.²¹

Destaca-se que a regulação do uso da inteligência artificial deve levar em consideração a promoção da boa governança plural:

A governança de IA deve contemplar, em suas distintas etapas, com proporcionalidade própria, a participação de um conjunto variado de atores, que incluem: o Poder Público, cientistas e pesquisadores, sociedade civil, academia, empresas e entidades de direitos humanos. A diversidade de perspectivas e o sopesamento de valores e de interesses são muito importantes para a legitimidade das decisões e normatizações adequadas.²²

Além disso, é necessário que se incorpore no conjunto de atribuições e competências institucionais dos órgãos do Sistema de Garantias de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes os instrumentos de proteção à crianças e adolescentes contra o direcionamento de publicidade com o uso de inteligência artificial, sob pena de restar baixo nível de efetividade aos instrumentos jurídicos regulatórios.

20 ALVES, Fabrício Germano; SOUSA, Pedro Henrique da Mata; RÊGO, Danielly Novais do. Publicidade parasitária e possível tutela do consumidos a partir da utilização de inteligência artificial pelas plataformas de mídia social. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 24, n. 1, e12630, janeiro/abril 2024. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/12553/7688>. Acesso em: 31/07/2024.

21 OCDE. Recomendação sobre Inteligência Artificial. 2023. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 15/04/2024.

22 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/84479/50368>. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/84479>. Acesso em: 31/07/2024.

3 Conclusões

Neste contexto, a regulamentação do uso de publicidade orientada pelo uso de inteligência artificial no Brasil requer atenção especializada à proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes partindo da construção do direito à desconexão, a proteção contra a abusividade publicitária e os desafios impostos pelo design persuasivo que afetam decisivamente o processo de desenvolvimento infantil violando direitos fundamentais, que sem regulamentação normativa específica continuará desatendendo os princípios decorrentes do melhor interesse da criança e do adolescente consagrados no sistema normativo brasileiro.

A regulação do uso de inteligência artificial deve ter por referência a proteção especial assegurada à crianças e adolescentes com atenção ao princípio da proteção integral, prioridade absoluta na garantia de direitos fundamentais e tríplex responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado. Os deveres fundamentais de proteção se sobrepõem aos interesses de liberdade de expressão e comunicação uma vez que o uso de inteligência artificial no direcionamento de publicidade viola a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

Contudo, a regulação não deve estar restrita a mera proibição do uso de inteligência artificial, mas articulada com as políticas públicas de proteção e justiça que sejam capazes de estabelecer o controle jurídico e institucional sobre as violações de direitos e instituir medidas de caráter pedagógico, social e educativo para a proteção de crianças e adolescentes.

Referências

ALVES, Fabricio Germano; SOUSA, Pedro Henrique da Mata; RÊGO, Danielly Novais do. Publicidade parasitária e possível tutela do consumidos a partir da utilização de inteligência artificial pelas plataformas de mídia social. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 24, n. 1, e12630, janeiro/abril 2024. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/12553/7688>. Acesso em: 31/07/2024.

BARBOSA, Raissa Alencar de Sa. *A regulação da publicidade infantil*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 117. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_

trabalho=502623#. Acesso em: 31/07/2024.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/84479/50368>. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2024/84479>. Acesso em: 31/07/2024.

BICUDO, Juliana Morais. A publicidade dirigida à criança. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, nº 49, p. 91-108, Maio-Junho/2019, p. 100. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/49%20-%2006.pdf?d=637026959071091472>. Acesso em 31/07/2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020. Acesso: 14/04/2024.

BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 11 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 29/07/2024.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. ECA. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [L80 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/202069](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/202069). Acesso: 14/04/2024.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. CDC. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [L8078compil https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020ado](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020ado) (planalto.gov.br). Acesso: 14/04/2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 1.746, de 28 de maio de 2015*. Acrescenta o Capítulo IV-A ao Título II – Dos Direitos Fundamentais, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, para garantir o direito de proteção dos dados de crianças e adolescentes

na Internet. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020JETO DE LEI Nº , DE 199 \(camara.leg.br\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020JETO DE LEI Nº , DE 199 (camara.leg.br)). Acesso: 15/04/2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 21, de 04 de fevereiro de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020amara.leg.br. Acesso: 15/04/2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 3.444, de 04 de julho de 2023*. Define a atividade de influência em meio eletrônico, altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 para impor a necessidade de autorização judicial para participação de crianças em gravações audiovisuais a título oneroso, estabelece regras relativas a publicidade e uso de imagem e obrigações para agentes e provedores digitais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL%2021/2020amara.leg.br. Acesso em: 16/04/2024.

CRUZ, Patrícia Moura Monteiro; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Neurociência e direito: interferências do algoritmo das redes sociais e seus impactos nos direitos humanos de crianças e adolescentes. *In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES, Felipe; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; MAIA, Aline Passos. Neurodireito, neurotecnologia e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, n. 29, p. 22-43, 30 jan. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>. Acesso: 14/04/2024.

HENRIQUES, Isabella. Inteligência artificial e a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. *Revista Internet e Sociedade*, n. 2, v. 2, p. 5-25, dez. 2021. Disponível em: [Inteligencia-artificial-e-publicidade-dirigida-a-criancas-e-adolescentes.pdf \(internetlab.org.br\)](https://internetlab.org.br/inteligencia-artificial-e-publicidade-dirigida-a-criancas-e-adolescentes.pdf). Acesso: 14/04/2024.

OCDE. Recomendação sobre Inteligência Artificial. 2023. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 15/04/2024.

PONTO BR. *Tic kids online Brasil 2020*, Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2023. Disponível em: tic_kids_online_2022_livro_

eletronico.pdf (cgi.br). Acesso em 15/04/2024.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezim dos. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. *Revista de Direito, Viçosa*, v. 10, n. 02, 2018, p. 109-157. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7085867>. Acesso em: 31/07/2024.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

Janriê Rodrigues Reck¹

1 Introdução

O presente artigo tem por tema o uso da Inteligência Artificial pelo Instituto Nacional do Seguro Social e as relações jurídicas que as envolvem. Delimita-se o tema a partir do Direito Brasileiro Federal, sendo que o uso da inteligência artificial é recente, de modo que não há muito o que se falar em termos de história deste instituto jurídico.

O problema que rege este trabalho é: como se opera, juridicamente, o uso da inteligência artificial no Instituto Nacional do Seguro Social e quais os níveis de conformidade deste uso com os princípios de governo eletrônico, lidos a partir da Constituição Federal e com o atual projeto de lei de inteligência artificial (PL 2.338/2023).

A hipótese foi construída a partir da obtenção de dados como o site de transparência FalaBr, onde se constatou que a conformidade do uso da inteligência artificial pelo INSS é apenas parcial, já que não existe transparência algorítmica, dentre outras incorreções.

Justifica-se socialmente o trabalho diante da relevância tanto do tema das concessões de benefícios, assunto sabidamente importante como forma de enfrentamento de riscos de impossibilidade de trabalho por doença ou velhice, como também do uso da inteligência artificial pela Administração Pública. Juridicamente, o tema ainda é inédito, já que existem poucos trabalhos científicos sobre inteligência artificial, Direito e administração de benefícios previdenciários.

O objetivo geral do trabalho é justamente investigar as relações jurídicas emergentes do uso da inteligência artificial pelo INSS. Os objetivos específicos são contextualizar o Instituto Nacional do Seguro Social, o uso prático da inteligência artificial no processamento de benefícios previdenciários, a conformidade deste com os princípios de

1 Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.

governo digital e finalmente com a legislação sobre inteligência artificial, a qual, na elaboração do presente artigo, ainda se encontrava em fase

Os objetivos específicos correspondem aos capítulos da presente investigação, o qual se acrescenta um capítulo relativo à metodologia de investigação.

2 Metodologia de pesquisa e obtenção de dados

O artigo foi elaborado a partir de uma metodologia de pesquisa hipotético-dedutiva, com a produção de hipótese de pesquisa de que a conformidade das circunstâncias da Inteligência artificial com as diretrizes do Governo Eletrônico é apenas parcial, com posterior confirmação na interpretação das normas. Para fins de obtenção de dados, foi realizada tradicional pesquisa bibliográfica, em revistas e livros da área.

Para fins de obtenção da dados mais específicos, foram realizadas consultas ao sistema Falabr – site de transparência do Governo Federal. Foram realizadas duas consultas: uma ao Instituto Nacional do Seguro Social, requerendo as normativas da referida autarquia que envolvam Inteligência Artificial, bem como consulta à DataPrev, requerendo os contratos entre a empresa e o desenvolvedor do sistema de inteligência artificial, assim como eventuais parâmetros de contratação. Trata-se, assim, de uso do sistema de transparência passiva².

Com relação à primeira consulta, foi respondido que a Normativa que rege a Inteligência Artificial é a Portaria DIRBEN/INSS Nº 1087, de 2022. Entretanto, foi dito que tal normativa era reservada e que não era possível disponibilizar o link para consulta. Foi também comunicado que não era possível disponibilizar outras informações, já que se trata de informações reservadas.

No que toca à consulta realizada à empresa DataPrev, não foi concedida absolutamente nenhuma informação, sendo comunicado que os contratos e especificações do sistema de inteligência artificial configuram-se como segredo comercial.

Ressalte-se que a empresa DataPrev é uma empresa responsável pela criação e sistemas do INSS. Trata-se de uma empresa dedicada à autarquia,

2 BITENCOURT, Caroline; RECK, Janriê. Os horizontes turvos do acesso à informação no Estado Democrático de Direito: uma legislação simbólica em uma cultura de sombreamento. *International Journal of Digital Law*, v. 1, p. 31-54, 2020.

e que, eventualmente, contrata com terceiros privados o desenvolvimento de sistemas, como foi o caso.

Estas respostas serão levadas em conta na argumentação que segue.

3 Sistema previdenciário brasileiro

O sistema previdenciário brasileiro encontra-se dentro da “seguridade social” no Brasil. A seguridade é composta por três serviços, a saber, o previdenciário, o assistencial e de saúde. A Constituição traz diretrizes gerais para a seguridade e depois regulamenta cada segmento. A seguridade social é baseada na ideia de universalidade da cobertura e do atendimento, significando que o máximo possível de pessoas receberá o máximo possível de atendimentos, a igualdade entre populações urbanas e rurais, a racionalidade (seletividade) na priorização dos benefícios que serão concedidos e a diversidade da base de financiamento (art. 195 da Constituição Federal)³. A assistência social é prestada a quem dela necessitar, sem necessidade de prévia contribuição, nos termos da Constituição, e suas prestações constituem-se seja em entregas em dinheiro, seja em bens (art. 203 da CF)⁴. A saúde é um serviço de atendimento preventivo e curativo, de forma universal e igualitária nos termos da Constituição, e, nos termos da Lei, também é um serviço gratuito. A previdência social visa a tratar de riscos sociais relacionados à incapacidade total ou parcial para o trabalho decorrentes de acidente, doença ou velhice. Visa também a proteção da maternidade, dos familiares de pessoas presas de baixa renda e dos familiares de pessoas que não puderem mais trabalhar mais por conta de falecimento. O sistema previdenciário no Brasil é contributivo, de modo que demanda pagamentos de trabalhadores, empregadores e poder público⁵.

O sistema previdenciário brasileiro é dividido em três ramos. Um dos ramos, chamado “regime próprio”, é voltado aos benefícios previdenciários

3 DE PAIVA, S. T. D. Princípios constitucionais da seguridade social e a jurisprudência dos tribunais superiores. *CONTRIBUCIONES A LAS CIENCIAS SOCIALES*, [S. l.], v. 16, n. 10, p. 20970–20980, 2023. DOI: 10.55905/revconv.16n.10-137. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/2527>. Acesso em: 29 set. 2024.

4 PIEROTTI, W. O. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO A LEI 8.742/93. *REVISTA DA AGU*, [S. l.], v. 9, n. 24, 2010. DOI: 10.25109/2525-328X.v.9.n.24.2010.227. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/227>. Acesso em: 29 set. 2024.

5 FURIAN, L. O CARÁTER CONTRIBUTIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO UM DEVER FUNDAMENTAL. *REVISTA DA AGU*, [S. l.], v. 10, n. 30, 2011. DOI: 10.25109/2525-328X.v.10.n.30.2011.140. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/140>. Acesso em: 29 set. 2024.

de titularidade dos servidores públicos; o outro é o chamado regime complementar, sendo de adesão facultativa, e administrado por entidades públicas ou privadas, sob o regime de regulação pública, e, finalmente, o chamado regime geral, de filiação obrigatória para todos aqueles que exercem atividade remuneratória⁶. Vários benefícios previdenciários são mantidos por este sistema, incluindo a aposentadoria programada (visando à tutela do risco idade) a aposentadoria por incapacidade permanente, o auxílio por incapacidade temporária e a pensão por morte, cuja regulamentação dá-se na Lei 8.213, de 1991, regulamentada pelo Decreto 3.048, de 1999. A competência para legislar e administrar o regime geral é da União Federal, conforme arts. 21 e 22 da Constituição Federal. É dado aos formuladores de políticas públicas a opção de gerir estes serviços via Administração Direta, isto é, centralizada na União, ou mediante a criação de entidades da Administração indireta. É o caso nesta situação, onde a previdência está a cargo de uma autarquia.

Esta autarquia chama-se Instituto Nacional do Seguro Social, vinculada à Administração Indireta da União Federal. As autarquias são regidas exclusivamente pelo Direito Público, sendo seus procedimentos internos, bens e servidores vinculados às regras e princípios de Direito Administrativo⁷, tais como a publicidade e a impessoalidade. A autarquia é uma entidade que possui autonomia Administrativa perante a Administração Direta, mas sua administração é supervisionada pelo Ministério da Previdência Social.

Todos os benefícios previdenciários são administrados pelo INSS, o qual ainda gerencia benefícios de natureza não previdenciária, como é o caso do benefício especial, direcionado às pessoas de baixa renda, de forma incondicionada. Ela possui cerca de 20 mil servidores, espalhados em 1.500 unidades administrativas pelo Brasil, administrando cerca de 40 milhões de benefícios (a população brasileira é de 215 milhões de pessoas).

4 Digitalização e inteligência artificial no INSS

A autarquia já está totalmente digitalizada. Entretanto, seus sistemas ainda não estão em uma plataforma única, dado o fato de que os

6 OLIVEIRA, R. A. S. de; TAVARES, B.; COSTA, T. de M. T. da; SILVEIRA, S. de F. R. A formação da previdência no contexto da seguridade social: uma análise da policy agenda-setting. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. Especial, p. 705–722, 2021. DOI: 10.1590/1679-395120200163. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/cadernosebape/article/view/84342>. Acesso em: 29 set. 2024.

7 SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 11ª Ed. Editora: Alteridade, 2023.

sistemas informáticos são antigos. Em 2020 e em 2022 foram realizadas licitações para a aquisição de sistemas de inteligência artificial. O primeiro sistema de inteligência artificial usado foi a Helô, que é um chatbot. Entretanto, em 2023 foi testado e implantado um sistema de concessão de aposentadorias e pensões. Foi feito requerimento ao INSS, via acesso à informação, para que disponibilizasse todas as normativas internas relativas à inteligência artificial, o que foi parcialmente negado, sob justificativa de sigilo, conforme anteriormente explicado. Atualmente mais de 40% das concessões de benefícios se dão de forma automatizada, o que significa centenas de milhares de concessões desde sua implantação, de modo que o sistema está em pleno funcionamento. Em termos de regulamentação, a norma de regência é a Portaria DIRBEN/INSS Nº 1087, de 2022. A participação do cidadão, em todas as fases, é a mais básica possível⁸.

É importante notar que o INSS dispõe da maior parte das informações funcionais relativas à vida laboral do segurado, através do Cadastro Nacional de Informações Sociais. Este sistema registra os vínculos trabalhistas, tempos de contribuição e remunerações do segurado, e ainda busca informações em outras bases estatísticas, como datas de nascimento, relações familiares e morte. O requerimento de benefício dá-se mediante iniciativa do segurado, preferencialmente na internet, inclusive por celular, mas podendo dar-se por telefone ou atendimento presencial. O requerimento implica, por vezes, a juntada de documentos, o que implica em necessidades de outras providências que a mera soma matemática dos períodos de contribuição.

O processamento de benefícios dá-se em um sistema de workflow, isto é, de criação de tarefas e o cumprimento destas tarefas. A automatização dá-se pela supressão do cumprimento destas tarefas pelo elemento humano, podendo, em termos de totalidade do processo de concessão, ser totalmente automatizado ou parcialmente.

Os sistemas automatizados realizam os seguintes tipos de tarefas: I - identificação de características específicas do requerimento, denominadas “divergências”; II - integração entre o requerimento com as bases governamentais para que dados, essenciais sejam vinculados; III - integração do requerimento com os sistemas de benefício para habilitação e reconhecimento automático de direito, quando possível; IV - emissão de exigência; e V - conclusão de tarefa.

8 MOREIRA, L.O.C. Digitalização do trabalho no INSS: tensões e estratégias de regulação na implementação do novo modelo de atendimento. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/35575>. Acesso em: 14 ago. 2024.

Isto significa que o sistema é capaz de identificar que tipo de benefício o segurado está buscando quando insere informações entre o sistema, e, eventualmente, é capaz de reconhecer erros no cadastro do requerimento. Outros erros que podem ser identificados estão na base de dados que o sistema usa, encontrando-se inconsistências entre as bases cadastrais e os vínculos com o sistema do INSS.

Em seguida, o sistema faz a integração entre as diferentes bases de dados governamentais, os quais ainda se encontram em sistemas diferentes, posto tratar-se de programas antigos. Note-se que a mera integração entre diferentes sistemas se configura como um mero processo de automação⁹.

Verificando-se a existência de divergência, o sistema faz, automaticamente, uma exigência para o segurado, o qual é notificado em sua plataforma¹⁰, geralmente o telefone celular. Esta exigência pode consistir, por exemplo, na apresentação de novo documento.

Caso a divergência seja insanável, como, por exemplo, a partir da inexistência de tempo de contribuição necessário à concessão do benefício, tem-se a conclusão automática. Serão indeferidos automaticamente os seguintes benefícios: aposentadoria por idade, por tempo de contribuição, auxílio-reclusão, pensão por morte e salário maternidade.

Quando o requerimento cumpre as condições programadas, o benefício é automaticamente deferido. Isto implica dizer que se trata de um ato administrativo que gera implicações financeiras para o INSS que ocorre de forma totalmente digitalizada.

Conforme dispõe a portaria:

Art. 23. O reconhecimento automático do direito é iniciado com o envio das informações do requerimento para os sistemas de benefícios. §1º Ao receber os dados do sistema de atendimento, os sistemas de benefício decidem pela concessão, indeferimento ou necessidade de atendimento de exigência, seguindo as mesmas regras vigentes para

9 SOUSA, Fernanda Messias de; MENDES, Raianne dos Santos. IMPACTOS DO INDEFERIMENTO AUTOMÁTICO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DOS EFEITOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 10, n. 8, p. 58–77, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i8.15112. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/15112>. Acesso em: 14 ago. 2024.

10 TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CANO, Carlos Ignacio Aymerich. Uma smart democracia para um smart cidadão: análise de uma plataforma digital gamificada para o exercício de deliberação pública e do controle social. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 153-175, set./dez. 2021. DOI: 10.47975/IJDL.tavares.v.2.n.3. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/v2n3tavares2021>. Acesso em: 29 set. 2024.

análise manual. §2º Os critérios para análise automática do direito são os mesmos da análise manual, ocorrendo apenas a automatização de ações que, se fossem executadas por um servidor, produziriam o mesmo resultado. §3º O resultado do reconhecimento automático do direito ao benefício é comunicado aos sistemas de atendimento e fica registrado no Histórico de Ações da tarefa.

Curioso que não são os mesmos benefícios que podem ser concedidos de forma automatizada. O sistema pode conceder aposentadoria por idade urbana e rural, aposentadoria por tempo de contribuição, benefícios assistenciais ao idoso e pessoa com deficiência e salário-maternidade.

Isto significa que pensão por morte e auxílio reclusão não pode ser concedidos de forma automática, necessitando sempre de intervenção humana. Por outro lado, os benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência não podem ser indeferidos automaticamente.

Conforme descrito da norma, o sistema pode não decidir pelo deferimento ou indeferimento, mas sim requerer automaticamente exigências ou enviar para decisão humana. Em caso de deferimento ou indeferimento humano ou automatizado sempre existe a previsão de recurso, mas isto na forma da legislação ordinária.

Tradicionalmente, cada benefício está a cargo de uma agência, sendo que, em tempos idos, estava relacionada com o local de moradia do segurado. No que toca ao processamento automático, existe uma agência, com código específico, denominada Agência da Previdência Social Unidade de Processamento Automático.

Normas das mais interessantes é a presente no art. 23 da Portaria:

Art. 23. O reconhecimento automático do direito é iniciado com o envio das informações do requerimento para os sistemas de benefícios.

§1º Ao receber os dados do sistema de atendimento, os sistemas de benefício decidem pela concessão, indeferimento ou necessidade de atendimento de exigência, seguindo as mesmas regras vigentes para análise manual.

De fato, as regras que devem ser utilizadas na apreciação manual precisamente são aquelas das normas jurídicas. Há indicação de que o sistema aprenderá com as experiências dos servidores¹¹. Mas como saber os

11 FIGUEIREDO, Carla Regina Bortolaz de; CABRAL, Flávio Garcia. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-95, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/figueiredov1n1/263>. Acesso em: 14 ago. 2024.

parâmetros de seguimento de uma norma jurídica, já que se trata de algo misterioso aos juristas até hoje?

Atualmente existe sistema de inteligência artificial do INSS voltado à descoberta de fraudes em atestados médicos em teste.

5 Inteligência artificial do INSS e Governo Digital

O sistema de Governo Digital já está se tornando bastante complexo no Brasil. A norma de regência é a Lei 14.129, de 2021. Nesta lei são instituídos conceitos, princípios e normas pontuais. De fato, a governança e prestação de serviços pelo INSS estão, em sua maior parte, em consonância com as diretrizes do Governo Digital.

Com o aplicativo “Meu INSS”¹², usado em celulares e computadores, em conjunto com a inteligência artificial, obtém-se a realização de princípios e diretrizes do Governo Digital, tais como a desburocratização, a disponibilização de serviços em plataforma única, o autosserviço, a prestação de serviços digitais¹³, a simplificação de serviços, a interoperabilidade entre as diferentes plataformas e o uso de documentos digitais facilmente assináveis e com fácil identificação através do número do identificação de contribuinte. Além disto todo o serviço é prestado de forma gratuita.

É inegável que existiu um ganho de velocidade na sempre problemática avaliação de merecimento de concessão de benefício. Ocorre que, dado a falta de transparência que perpassa a inteligência artificial como sistema de processamento de benefícios previdenciários, foi possível encontrar diversas divergências com a lei do governo digital.

De fato, senão observe-se o art. 3º da referida Lei:

Art. 3º São princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública:

IV - a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços;

12 GOMES, J. R. Aplicativo Meu INSS: análise da avaliação de usuários. Revista Navus, Florianópolis, SC, v. 14 p. 01-15 jan./dez. 2024. <https://doi.org/10.22279/navus.v14.1848> Disponível em: <https://navus.sc.senac.br/navus/article/view/1848/1090>. Acesso em: 14 ago. 2024.

13 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 41, n. 84, p. 209–242, 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v43n84p209. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>. Acesso em: 29 set. 2024.

V - o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública;

VII - o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão;

Ver também o art. 4º

Art. 4º Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - transparência ativa: disponibilização de dados pela administração pública independentemente de solicitações.

Quando não existem parâmetros públicos de como funciona o sistema de inteligência artificial, e tampouco são disponibilizadas as minutas e os contratos, tem-se evidentemente uma violação da transparência. Uma vez que não se sabe como o algoritmo funciona, a linguagem não é clara e compreensível para o cidadão e, portanto, não permite o controle social¹⁴. A mesma lei menciona o uso de plataformas abertas. É evidente que o um sistema complexo como tal realmente não poderá ser aberto, sendo justo algum tipo de proteção da propriedade intelectual. Ocorre, contudo, que realmente é estranha a total falta de transparência. A transparência, inclusive, é valor constitucional, assim como a possibilidade de avaliação dos serviços e participação popular¹⁵.

Mesmo que o ato administrativo em si na concessão ou não do benefício seja fundamentada, a ausência de transparência nos parâmetros de decisão implica em violação a lei e da constitucional.

É evidente, também, que a não disponibilização dos contratos, sequer do nome da empresa vencedora, ao requerente de informações também implica em violação dos deveres de publicidade e transparência da Administração Pública, mesmo sendo a DATAPREV uma empresa, o que não a exime da aplicação do princípio constitucional da publicidade.

14 CORRÊA DE BARROS BEURON, Bruno Mello; RICHTER, Daniela. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ENVIESAMENTO ALGORÍTMICO COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 41 – 56, 2023. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2023.v9i1.9539. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/9539>. Acesso em: 29 set. 2024

15 SOUSA, Fernanda Messias de; MENDES, Raianne dos Santos. IMPACTOS DO INDEFERIMENTO AUTOMÁTICO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DOS EFEITOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 10, n. 8, p. 58–77, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i8.15112. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/15112>. Acesso em: 29 set. 2024.

6 Inteligência artificial do INSS e o Projeto de Lei 2338/2023

Existem vários projetos de lei visando à regulamentação da Inteligência Artificial tramitando no Congresso. Neste artigo será utilizado o principal deles, o PL 2338/2023, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco¹⁶.

O projeto define inteligência artificial a define nos seguintes termos:

... sistema de inteligência artificial: sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real;

Para as questões levantadas neste trabalho, é interessante mencionar o art. 3º do referido projeto, quando menciona que são princípios de inteligência artificial a transparência, explicabilidade¹⁷, inteligibilidade e auditabilidade.

Estes princípios acabam sendo completados com a enunciação de direitos do cidadão perante a inteligência artificial previstas no art. 5º, a saber: direito à informação prévia quanto às suas interações com sistemas de inteligência artificial; direito à explicação sobre a decisão, recomendação ou previsão tomada por sistemas de inteligência artificial¹⁸.

A transparência e a explicabilidade aparece no art. 7º, o qual introduz o conceito de pessoa afetada, o qual evidentemente se aplica aos segurados que tenham tido seus benefícios eleitos para o processamento digital.

Art. 7º Pessoas afetadas por sistemas de inteligência artificial têm o direito de receber, previamente à contratação ou utilização do sistema,

16 MELO, G. da S. Inteligência Artificial e responsabilidade civil: uma análise do anteprojeto do Marco Legal da Inteligência Artificial e do Projeto de Lei 2338/2023. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 49–65, 2024. DOI: 10.37963/iberc.v7i1.271. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/271>. Acesso em: 29 set. 2024.

17 DE PÁDUA, S. R. ; MENESES LORENZETTO, B. . O direito fundamental à explicabilidade da inteligência artificial utilizada em decisões estatais. REVISTA DA AGU, [S. l.], v. 23, n. 02, 2024. DOI: 10.25109/2525-328X.v.23.n.02.2024.3480. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/3480>. Acesso em: 29 set. 2024.

18 LÍRIO DO VALLE, Vanice. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 20, n. 81, p. 179–200, 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1346. Disponível em: <https://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/1346>. Acesso em: 29 set. 2024.

informações claras e adequadas quanto aos seguintes aspectos:

I – caráter automatizado da interação e da decisão em processos ou produtos que afetem a pessoa;

II – descrição geral do sistema, tipos de decisões, recomendações ou previsões que se destina a fazer e consequências de sua utilização para a pessoa;

III – identificação dos operadores do sistema de inteligência artificial e medidas de governança adotadas no desenvolvimento e emprego do sistema pela organização;

IV – papel do sistema de inteligência artificial e dos humanos envolvidos no processo de tomada de decisão, previsão ou recomendação;

V – categorias de dados pessoais utilizados no contexto do funcionamento do sistema de inteligência artificial;

VI – medidas de segurança, de não-discriminação e de confiabilidade adotadas, incluindo acurácia, precisão e cobertura; e

VII – outras informações definidas em regulamento.

Conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo os sistemas de inteligência artificial também devem ser oferecidos de forma a facilitar a visualização, inclusive com o uso de sinais gráficos.

O afetado, nos termos do art. 8º, possuirá diversos direitos no campo da explicabilidade, sendo que o projeto detalha o que vem a ser estas informações.

Art. 8º A pessoa afetada por sistema de inteligência artificial poderá solicitar explicação sobre a decisão, previsão ou recomendação, com informações a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados, assim como sobre os principais fatores que afetam tal previsão ou decisão específica, incluindo informações sobre:

I – a racionalidade e a lógica do sistema, o significado e as consequências previstas de tal decisão para a pessoa afetada;

II – o grau e o nível de contribuição do sistema de inteligência artificial para a tomada de decisões;

III – os dados processados e a sua fonte, os critérios para a tomada de decisão e, quando apropriado, a sua ponderação, aplicados à situação da pessoa afetada;

IV – os mecanismos por meio dos quais a pessoa pode contestar a decisão; e

V – a possibilidade de solicitar intervenção humana, nos termos desta Lei.

Note-se que existe um direito a solicitar intervenção humana, o qual está contemplado na legislação do INSS na forma de recurso¹⁹.

Sob o aspecto formal, quando não são apresentados os contratos e parâmetros da construção da inteligência artificial tem-se evidente que há um grave problema em termos de transparência. Entretanto, o principal problema é material.

Não há elementos de esclarecimento da população, e tampouco normativas, que abordem a inteligência artificial sob os aspectos da explicabilidade e inteligibilidade. Os segurados não são avisados de que seu requerimento será processado na forma de inteligência artificial (posteriormente sim, pelo número) e muito menos das medidas relacionadas às recomendações e parâmetros de decisão. Não há explicação em forma de imagens e, normativamente, não há disponibilidade de normas e as que existem não explicam a lógica do sistema. O despacho de indeferimento/deferimento é semelhante aquele realizado por um humano²⁰, de modo que fica difícil saber qual o nível de contribuição que a inteligência artificial teve para a tomada daquela decisão em específico. Finalmente, que dados e parâmetros são utilizados não consta nem na normativa, nem nos despachos de deferimento/indeferimento de benefício.

Deste modo, caso seja o PL 2338 aprovado pode ser considerado que o sistema de inteligência artificial do INSS, a despeito de seus méritos, deverá sofrer uma readequação de seus elementos internos mas principalmente externos relacionados à explicabilidade para que seja estabelecida sua conformidade a lei.

7 Conclusão

O sistema previdenciário brasileiro, através da autarquia especializada, o INSS, cumpre relevante papel social na sociedade

19 WIMMER, M.; DONEDA, D. “FALHAS DE IA” E A INTERVENÇÃO HUMANA EM DECISÕES AUTOMATIZADAS: PARÂMETROS PARA A LEGITIMAÇÃO PELA HUMANIZAÇÃO. *Direito Público*, [S. l.], v. 18, n. 100, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v18i100.6119. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6119>. Acesso em: 29 set. 2024.

20 ARAUJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 20, n. 80, p. 241–261, 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1219. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1219>. Acesso em: 29 set. 2024.

brasileira. O INSS atualmente está em avançada fase de digitalização, sendo a inteligência artificial o último passo deste processo.

Conforme descrito na metodologia deste trabalho, foi difícil obter maiores informações sobre a regulamentação circundante à inteligência artificial no INSS. A portaria DIRBEN/INSS Nº 1087 regulamenta o uso da inteligência artificial, orientando que o processamento de benefícios ocorrerá da mesma forma que o processamento manual.

Entretanto, esta simples orientação não satisfaz aos requisitos exigidos de transparência exigidos pela Lei, impedindo o controle social. Vê-se problemas de legitimidade tanto perante a Constituição Federal, como perante a Lei do governo digital como finalmente à futura regulamentação sobre inteligência artificial no Brasil.

Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 20, n. 80, p. 241–261, 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1219. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1219..> Acesso em: 29 set. 2024.

BITENCOURT, Caroline; RECK, Janriê. Os horizontes turvos do acesso à informação no Estado Democrático de Direito: uma legislação simbólica em uma cultura de sombreamento. *International Journal of Digital Law*, v. 1, p. 31-54, 2020.

CORRÊA DE BARROS BEURON, Bruno Mello; RICHTER, Daniela. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ENVIESAMENTO ALGORÍTMICO COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 41 – 56, 2023. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2023.v9i1.9539. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/9539>. Acesso em: 29 set. 2024

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. Sequência

Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 41, n. 84, p. 209–242, 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v43n84p209. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>. Acesso em: 29 set. 2024.

DE PÁDUA, S. R. ; MENESES LORENZETTO, B. . O direito fundamental à explicabilidade da inteligência artificial utilizada em decisões estatais. REVISTA DA AGU, [S. l.], v. 23, n. 02, 2024. DOI: 10.25109/2525-328X.v.23.n.02.2024.3480. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/3480>. Acesso em: 29 set. 2024.

DE PAIVA, S. T. D. Princípios constitucionais da seguridade social e a jurisprudência dos tribunais superiores. CONTRIBUCIONES A LAS CIENCIAS SOCIALES, [S. l.], v. 16, n. 10, p. 20970–20980, 2023. DOI: 10.55905/revconv.16n.10-137. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/2527>. Acesso em: 29 sep. 2024.

FIGUEIREDO, Carla Regina Bortolaz de; CABRAL, Flávio Garcia. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-95, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/figueiredov1n1/263>. Acesso em: 14 ago. 2024.

FURIAN, L. O CARÁTER CONTRIBUTIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO UM DEVER FUNDAMENTAL. REVISTA DA AGU, [S. l.], v. 10, n. 30, 2011. DOI: 10.25109/2525-328X.v.10.n.30.2011.140. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/140>. Acesso em: 29 set. 2024.

GOMES, J. R. Aplicativo Meu INSS: análise da avaliação de usuários. Revista Navus , Florianópolis , SC, v. 14 p. 01-15 jan./dez. 2024.<https://doi.org/10.22279/navus.v14.1848>Disponível em: <https://navus.sc.senac.br/navus/article/view/1848/1090>. Acesso em: 14 ago. 2024.

LÍRIO DO VALLE, Vanice. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 20, n. 81, p. 179–200, 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1346. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346..> Acesso em: 29 set. 2024.

MELO, G. da S. Inteligência Artificial e responsabilidade civil: uma

análise do anteprojeto do Marco Legal da Inteligência Artificial e do Projeto de Lei 2338/2023. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 49–65, 2024. DOI: 10.37963/iberc.v7i1.271. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/271>. Acesso em: 29 set. 2024.

MOREIRA, L.O.C. Digitalização do trabalho no INSS: tensões e estratégias de regulação na implementação do novo modelo de atendimento. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/35575>. Acesso em: 14 ago. 2024.

OLIVEIRA, R. A. S. de; TAVARES, B.; COSTA, T. de M. T. da; SILVEIRA, S. de F. R. A formação da previdência no contexto da seguridade social: uma análise da policy agenda-setting. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. Especial, p. 705–722, 2021. DOI: 10.1590/1679-395120200163. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/cadernosebape/article/view/84342>. Acesso em: 29 set. 2024.

PIEROTTI, W. O. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO A LEI 8.742/93. *REVISTA DA AGU*, [S. l.], v. 9, n. 24, 2010. DOI: 10.25109/2525-328X.v.9.n.24.2010.227. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/227>. Acesso em: 29 set. 2024.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. 11ª Ed. Editora: Alteridade, 2023.

SOUSA, Fernanda Messias de; MENDES, Raianne dos Santos. IMPACTOS DO INDEFERIMENTO AUTOMÁTICO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DOS EFEITOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 10, n. 8, p. 58–77, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i8.15112. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/15112>. Acesso em: 29 set. 2024.

SOUSA, Fernanda Messias de; MENDES, Raianne dos Santos. IMPACTOS DO INDEFERIMENTO AUTOMÁTICO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DOS EFEITOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 10, n. 8, p. 58–77, 2024. DOI: 10.51891/

rease.v10i8.15112. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/15112>. Acesso em: 14 ago. 2024.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CANO, Carlos Ignacio Aymerich. Uma smart democracia para um smart cidadão: análise de uma plataforma digital gamificada para o exercício de deliberação pública e do controle social. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 153-175, set./dez. 2021. DOI: 10.47975/IJDL.tavares.v.2.n.3. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/v2n3tavares2021>. Acesso em: 29 set. 2024.

WIMMER, M.; DONEDA, D. “FALHAS DE IA” E A INTERVENÇÃO HUMANA EM DECISÕES AUTOMATIZADAS: PARÂMETROS PARA A LEGITIMAÇÃO PELA HUMANIZAÇÃO. *Direito Público*, [S. l.], v. 18, n. 100, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v18i100.6119. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6119>. Acesso em: 29 set. 2024.

DA PERDA DO MUNDO: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DESINFORMAÇÃO E DIREITO¹

Ricardo de Macedo Menna Barreto²

1 Introdução

Me perdoe os novos tempos
Com seus reinos virtuais
As notícias do momento
Nem parecem ser reais
Muita gente já nem pensa
Afinal qual vale mais?

Almir SATER, *Verdade Absoluta*.

Estes novos tempos, com seus reinos virtuais, isolaram o homem. Inconsciente, o homem festeja os avanços tecnológicos, aparentemente sem perceber que perdemos o fio da meada na relação homem/máquina. Porém, diferentemente do que apregoam muitos discursos de viés quase apocalíptico, cremos que não fomos e nem seremos dominados pelas máquinas³, por mais que pareça termos perdido, pelo menos até certo ponto, o controle da situação. O presente texto, inserido

1 O presente texto é fruto da nossa intervenção no “IX Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Inteligência Artificial, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, realizada em 9 de maio de 2024, na Reitoria da Universidade do Minho. Agradecemos aos participantes do evento pelo rico diálogo ocorrido na oportunidade. Dedicamos muito carinhosamente este texto ao corajoso povo gaúcho, que justamente na altura em que transcorria o Seminário Internacional, atravessava aquela que foi a mais terrível tragédia climática da história do Rio Grande do Sul.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Minho. Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador Integrado do JusGov.

3 Talvez nadando contra a corrente da ficcional e difundida ideia de que seremos algum dia dominados pelas máquinas, ainda acreditamos firmemente na leitura de Norbert Wiener sobre tal cenário: “A grande fraqueza da máquina – fraqueza que nos salvou até aqui de ser dominados por ela – é a de que ela não pode ainda levar em consideração a vasta faixa de probabilidades que caracteriza a situação humana. A dominação da máquina pressupõe uma sociedade nos últimos estágios de entropia crescente, em que a probabilidade é insignificante e as diferenças estatísticas entre os indivíduos nulas. Felizmente, ainda não alcançamos esse estado”. Cfe. WIENER, Norbert, *Cibernética e Sociedade: o uso humano dos seres humanos*, 4ª ed., Trad. José Paulo Paes, São Paulo, Cultrix, 1973, p. 178.

no painel “Direitos Fundamentais e a Inteligência Artificial” do “IX Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Inteligência Artificial, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, tem por objetivo refletir sobre a relação entre IA, desinformação e direito, repensando o papel do humano neste contexto.

Para tanto, privilegiaremos o olhar filosófico de Joan-Carles Mèlich (Barcelona, 1961) na leitura deste contexto humano, social e tecnológico⁴. Mèlich, reconhecido pela elaboração de uma “filosofia literária”, fornece estímulos teóricos interessantes para pensarmos o momento presente. De modo singular, Mèlich denuncia o pavor que nós, humanos, temos de tudo aquilo que não está sob o nosso domínio, daí a necessidade de inventarmos “sistemas simbólicos” de regulação e colonização do mundo, tais como os sistemas teológicos, políticos, jurídicos e tecnológicos – os quais esquecem, porém, algo fundamental: o inapropriável⁵. Mèlich denuncia, deste modo, a *fragilidade do mundo*, lembrando-nos que somos seres finitos, contingentes e não podemos controlar as nossas vidas, algo que muitos – principalmente os juristas – parecem continuar a querer ignorar.

Uma tal perspectiva, naturalmente, pode soar indigesta para parcela do pensamento jurídico. E não nos referimos apenas aos cultores do pensamento dogmático, mas também a uma parcela dos filósofos do direito, notadamente aqueles que, segundo Luis Alberto Warat, “insistem em demonstrar que o mundo se acomoda às suas descrições porque o desejam assim”, revestindo-se de uma espécie de pulsão de destruição ante todas as novas formas de interrogação que supostamente os ameaça⁶. Tais juristas, sublinha Warat, representam um “sonho aposentado”. O saudoso jurista argentino se nega, portanto, a estimular o *cultivo de ídolos*, preferindo “as ondas abertas de um saber que possa desmistificar o senso comum que instalaram os filósofos do juridicismo”⁷.

No presente texto defendemos, pois, este mesmo tipo de abertura, rechaçando toda a sorte de dogmatismos, sectarismos e idolatrias. Por outro lado, também não temos, obviamente, a intenção de propor aqui nenhuma

4 Convém notar que não se trata aqui da adoção exclusiva de um autor, de uma corrente filosófica, de uma “matriz teórica” etc. Não sendo afeitos a amarras e rígidos enquadramentos teóricos, procuramos flertar livremente com a filosofia de Mèlich em um diálogo aberto com autores de outras áreas do conhecimento.

5 MÈLICH, Joan-Carles, *La Fragilidad del Mundo: ensayo sobre un tiempo precario*, 3ª ed. Barcelona, Tusquets Editores, 2022, p. 15.

6 WARAT, Luis Alberto, *Introdução Geral ao Direito III – O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 172.

7 *Idem*, p. 173.

“nova descrição do mundo”, pois sabemos que “(...) nada há novo debaixo do sol” (Eclesiastes, 1:9). Este desprezioso texto, portanto, propõe-se somente a estabelecer um *olhar diferente*, um olhar aberto, para pensar a relação entre homem, tecnologia e direito e, amplamente, a refletir sobre o pouco de humanidade que ainda nos resta nestes novos tempos, repletos de mundos virtuais aparentemente perfeitos, mas esvaziados de sentido.

2 Inteligência artificial, (in)segurança e perda do mundo

A Inteligência Artificial (IA) consiste no ponto de viragem tecnológico a partir do qual contamos com máquinas que reproduzem certas competências parecidas às humanas – por isso a chamamos, talvez inapropriadamente, de “inteligência”. Porém, note-se que, apesar do grande alarde e atenção que tem recebido a nível mundial nos dias de hoje, não estamos diante de um fenómeno novo. Em uma obra considerada clássica, cuja primeira edição remonta ao longínquo ano de 1972, Hubert L. Dreyfus⁸, pesquisador em IA na Universidade de Harvard, de Filosofia no Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) e também em Berkeley, já sinalizava que aquilo que aprendêssemos sobre os limites desta inteligência proporcionaria importantes lições sobre a natureza e o alcance da inteligência humana⁹. Não obstante, a visão de Dreyfus entre os teóricos da IA de sua época já era reconhecida como muito crítica, o que se percebe, por exemplo, no segundo capítulo da referida obra, no qual o autor apresenta as bases do que denomina “otimismo inabalável da IA” a partir da apresentação dos postulados biológico, psicológico, epistemológico e ontológico, para, em seguida, partir para uma revisão crítica destes mesmos postulados no terceiro capítulo do livro. A referida obra de Dreyfus não envelheceu. Ela ainda hoje pode ser capaz de oferecer pistas para repensarmos a grande euforia e o deslumbramento excessivo, notadamente da comunidade académico-jurídica, com a IA e suas promessas.

Em 1991, ou seja, quase duas décadas após o lançamento da sua polémica obra, em uma entrevista à Guitta Pessis-Pasternak, Dreyfus ainda

8 Neste artigo utilizamos a edição francesa, traduzida da segunda edição americana, revista e aumentada, de 1979: DREYFUS, Hubert L., *Intelligence Artificielle: mythes et limites*, Traduit de l'anglais par Rose-Marie Vassallo-Villaneau, avec de concours de Daniel Andler, Avant-propos de Daniel Andler et de Jacques Perriault, Discussions de Jacques Arsac, Mario Borillo, Jacques Pitrat, Paris, Flammarion, 1984.

9 DREYFUS, Hubert L., *Intelligence Artificielle: mythes et limites*, *Op. cit.*, p. 18.

mantinha o seu viés crítico à IA. Entre as críticas, o autor levantou na entrevista um ponto importante da discussão:

O computador com melhor performance, o mais potente, não pode ‘aprender’ um conto que uma criança de quatro anos compreenderia, pois esta possui o senso comum, enquanto o computador só possui lógica. Não tendo corpo, emoções ou linguagem, não pode ‘compreender’ as coisas que para nós são justamente as mais simples¹⁰.

Um pouco mais à frente, quando provocado por Pessis-Pasternak sobre o facto de Herbert A. Simon afirmar que “um dia um computador poderia ser tão inteligente quanto Einstein”, responde Dreyfus que, para Simon, “os computadores já ‘pensam’ como nós, porque ele considera o pensamento como um processo de inferências lógicas o que de fato as máquinas já dominam. Mas a nossa reflexão é mais complexa”, defende o autor, pois “pensamos intuitivamente e por analogias”¹¹. Por estas e outras razões – que aqui não teremos espaço para explorar –, para Dreyfus a aclamada “revolução informática” não passaria de “um mito criado pela mídia e por certos especialistas em informática”¹². Dreyfus faleceu em 2017, tendo acompanhado de perto significativa parte dos avanços tecnológicos que presenciamos nas últimas décadas.

Atualmente, porém, vemos o *mito da revolução informática* ressurgir fortalecido ante o advento recente de tecnologias baseadas em IA, como o ChatGPT, MidJourney, Synthesia, entre outros. Com isso, parece ter soado um alarme, indicando que as nossas vidas e o nosso futuro enquanto sociedade mudaram ante os novos avanços da IA. A pergunta, contudo, é: o que mudou? Arriscaríamos afirmar, não sem uma certa dose de ousadia e contrariando a onda de juristas mais extasiados: *pouco mudou*. O uso da IA não é nenhuma novidade. Como vimos, a candente discussão sobre os limites e possibilidades de sua utilização está bem longe de ser nova, contando com várias décadas de reflexão e debates académicos. Para delimitar temporalmente, nos últimos vinte anos, por exemplo, presenciamos uma vasta utilização da IA no âmbito do *e-commerce* e das redes sociais¹³. Contudo, a euforia académica no referido período pouco se

10 DREYFUS, Hubert L., “Hubert Dreyfus, desmistificador da Inteligência Artificial, ante Edward Feigenbaum, especialista em sistemas especializados”, In: PESSIS-PASTERNAK, Guitta, *Do Caos à Inteligência Artificial: quando os cientistas se interrogam* (entrevistas de Guitta Pessis-Pasternak), Trad. Luiz Paulo Rouanet, 4ª reimpressão, São Paulo, UNESP, 1993, p. 211.

11 DREYFUS, Hubert L., “Hubert Dreyfus, desmistificador da Inteligência Artificial, ante Edward Feigenbaum, especialista em sistemas especializados”, *Op. cit.*, p. 212.

12 *Idem*, p. 213.

13 MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, *Direito e Redes Sociais na Internet: A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico*, 2ª Edição, revista e atualizada a partir do Decreto

aproxima daquela que hoje presenciamos, pois houve relativamente poucos pesquisadores (se compararmos aos números dos dias atuais, naturalmente) falando sobre IA no campo jurídico nas últimas décadas. Porém, como os mais recentes incrementos da IA parecem ter trazido sérias consequências a nível ético e jurídico, reacendeu-se, com alguma força, o debate – o qual, sublinhamos, ainda está longe de ser novo.

O filósofo catalão Joan-Carles Mèlich alertou, em uma bela e recente obra¹⁴, que “a consequência mais evidente da matematização e da digitalização que impõe a simbólica do sistema tecnológico é uma crescente e inevitável *perda do mundo*”. Mèlich se refere a um tipo especial de perda, com a qual não estamos acostumados, *pois sequer é concebida como perda*: a perda consiste no aumento da segurança, de uma decrescente incerteza, diz Mèlich. Não obstante, parece natural que surja a questão: mas isso não seria bom, isto é, não é bom termos segurança e certezas? Ora, explicará Mèlich, o mundo não se empobrece se o habitar é incerto, mas sim justamente ao contrário: *empobrece se ele é absolutamente certo*, se não tem erros e nem pontos cegos, ou seja, se nele perfeitamente “tudo se encaixa”¹⁵. Parece, pois, ser justamente isso que a IA promete: segurança e certezas, ainda que nos pareça ingenuidade acreditar em certas promessas tecnológicas.

Mèlich argumenta que o sistema tecnológico promete uma *supressão de todas as imperfeições do mundo*, afirmando que é exatamente nisso que reside a sua pobreza, a sua decadência e a sua morte. Ademais, se o sistema tecnológico se baseia na segurança, a incerteza é, por certo, a sua maior inimiga, pois sempre tentamos, por meio da tecnologia, *controlar tudo*¹⁶, ou seja, tentamos, a todo o tempo, criar mais e mais segurança. Mas também, se não fosse por razões de grande insegurança, não haveria espaço hoje para os debates sobre os reflexos sociais e jurídicos do uso da IA. Com isso, reconhecemos que a IA, em diferentes aspetos, mudou a nossa relação com o mundo, colocando-o às avessas, *por ignorá-lo*. A IA promete

7.962/13 (Comércio Eletrônico) e da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), Curitiba, Juruá, 2014.

14 MÈLICH, Joan-Carles, *La Fragilidad del Mundo*: ensayo sobre un tiempo precario, *Op. cit.*, p. 156 (grifo nosso). Tradução livre de: “*La consecuencia más evidente de la matematización y de la digitalización que impone la simbólica del sistema tecnológico es una creciente e inevitable pérdida del mundo*”.

15 MÈLICH, Joan-Carles, *La Fragilidad del Mundo*: ensayo sobre un tiempo precario, *Op. cit.*, p. 156.

16 *Idem*, p. 156.

a supressão das contingências, porém, parece vir fazendo isso criando mais contingências.

Para Mèlich, conquistamos a realidade, porém, *perdemos o mundo*. Nesse sentido, a ciência e a tecnologia, diz o autor, capturam a realidade, porém, ignoram o mundo¹⁷. Esta captura da realidade jogou as diferentes dimensões da existência humana no plano virtual (ciberespaço), no qual passamos gradual e inconscientemente a “habitar” há pouco mais de duas décadas. Habitamos o ciberespaço – muitos, talvez, um tanto ingenuamente – acreditando na “grande promessa da tecnologia” referida por Eli Pariser: dar-nos mais liberdade e mais controlo sobre o mundo, porém, alerta o autor, a grande ironia é que “nos oferecem essa liberdade e controle retirando-os de nós”¹⁸. É neste complexo *habitat virtual* que vivenciamos também outras formas de empobrecimento, para além do referido por Mèlich; por exemplo, empobrecemos no plano do entretenimento, sobre o qual podemos refletir brevemente a partir de Vicente Romano.

Ainda que Romano se refira ao entretenimento em um contexto específico (qual seja, de veiculação de informação pela televisão), convém observar que o *modus operandi* se mantém: entretenimento, excesso de distração, pondo-nos em contacto, em regra, com aquilo que não possuímos e supostamente mais desejamos: riqueza, países exóticos, casas e vidas suntuosas etc. Parece desnecessário afirmar que este contacto aumentou muito com o advento da Internet. E, para fortalecer esta sociedade de necessidades insatisfeitas, geradora de angústias e de frustrações, precisa-se, diz Romano, de uma grande dose de técnicas persuasivas para impor um certo sistema de valores¹⁹, o qual foi intensificado consideravelmente com as tecnologias digitais. Com elas, a *fugacidade*, também apontada por Romano na referida obra, incrementou-se sobremaneira.

A relação entre a fugacidade e a pobreza deste mundo virtual dá-se na exata medida em que a incessante torrente de imagens veiculadas pelos meios eletrônicos, explica Romano, não somente dificulta ou impossibilita a comunicação, mas “entorpece” a formação de opiniões baseadas nas próprias experiências e na argumentação²⁰. Assim, atingidos por uma onda de informações veiculadas instantânea e constantemente pelos *media*

17 MÈLICH, Joan-Carles, *La Lectura como Plegaria: fragmentos filosóficos I*, Barcelona, Fragmenta Editorial, 2015, p. 55.

18 PARISER, Eli, *O Filtro Invisível: o que a Internet está escondendo de você*, Trad. Diego Alfaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2012, p. 190.

19 ROMANO, Vicente, *La Formación de la Mentalidad Sumisa*, Madrid, Fundación de Investigaciones Marxistas, 1993, pp. 145-147.

20 *Idem*, p. 148.

digitais, já não sabemos distinguir o verdadeiro do falso neste mundo virtual. Ou seja, entretidos por um entorpecedor tipo de entretenimento, já não pensamos.

É neste contexto empobrecido que muitos juristas encontram dificuldades em refletir sobre a realidade virtual que vivemos, pois em regra os juristas já não lidam muito bem com incertezas e contingências, isto é, com as *imperfeições do mundo* (invocando novamente Mèlich). Para tanto, criam e habitam um mundo à parte, envolto por uma falsa segurança, repleto de respostas prévias (perspetiva normativista). Porém, o descompasso temporal entre as respostas normativas e o avanço tecnológico apenas reforçam a falta de controlo que silenciosamente envolve o campo jurídico. E entre os grandes problemas deste mundo virtual, aparece sob nova roupagem a problemática da (des)informação.

3 Informação e manipulação social

Segundo Mèlich, o sistema tecnológico não permite nenhuma resistência. É um sistema imune, convertido em um “amável sistema de total vigilância”. O filósofo catalão alude à criação de um “panóptico digital”, onde os usuários se expõem por vontade própria e participam ativamente em sua vigilância e exposição²¹. Mèlich aqui não apenas resgata a célebre ideia do panóptico de Jeremy Bentham²², como também vê cumprida aquela que ele chama de “profecia de Orwell”: ama-se o Grande Irmão²³, diz Mèlich, visto o facto de a entrega de dados não ser produzida por coação, mas sim por desejo e necessidade²⁴. Por força de um patológico desejo e necessidade de serem vistos, admirados e até mesmo “cultuados” nos mundos virtuais, usuários da rede entregam diariamente suas informações pessoais, ignorando as consequências deste ato.

É neste contexto que o uso em larga escala da IA nos obriga a repensar o papel da informação e, por conseguinte, a problemática da manipulação social. Convém ressaltar, porém, que a disseminação proposital ou não de informações falsas por indivíduos não é um problema novo; a novidade está *no conteúdo falso gerado e entregue pela IA*, fenómeno recente, para o

21 MÈLICH, Joan-Carles, *La Prosa de la Vida: fragmentos filosóficos II*, Barcelona, Fragmenta Editorial, 2016, p. 100.

22 BENTHAM, Jeremy, *Panopticon*, or, The Inspection-House, London, Dodo Press, 2008.

23 Na famosa obra de Orwell, o “Grande Irmão” é um personagem que invoca notadamente a vigilância em um mundo distópico. Ver, ORWELL, George, *Nineteen eighty-four*, London, Penguin Books, 2000.

24 MÈLICH, Joan-Carles, *La Prosa de la Vida, Op. cit.*, p. 100.

qual parece não estarmos bem preparados – mas sobre isso falaremos na seção seguinte.

Para bem compreendermos este fenómeno, devemos considerar que a informação envolve um duplo aspeto: o de informar e o de ser informado. Não obstante, adverte José Jorge Barreiros, “informar e informar-se não são actividades lineares ou tarefas simples. As realidades não são transparentes, contemplam facetas diversas, cuja apreensão pode diferir, legitimamente, consoante o olhar de quem as observar”²⁵. A ideia de informação, portanto, pressupõe alguma complexidade. Delineando uma base conceitual mais ampla, Barreiros entende que a ideia de informação remete “para indagar, observar e descobrir; recolher e registar; mostrar e dar a conhecer; designar e instituir; apreciar, seleccionar e interpretar; decidir verosimilhança sob incerteza e ambivalência; calcular efeitos e prevenir consequências indesejadas”²⁶. Ora, parece termos destinado algumas destas capacidades às máquinas, especialmente as de *observar, descobrir, recolher, registar e seleccionar*. As outras, porém, ainda são (e sempre serão, esperamos) uma exclusividade dos humanos, pois a IA *não indaga e muito menos interpreta*; a IA, do mesmo modo, não decide verosimilhança em um contexto de incerteza e ambivalência. Basta invocarmos novamente Dreyfus, que adverte – sublinhemos novamente – que a máquina não tem corpo e nem emoções, não podendo compreender as coisas que para nós são as mais simples.

Diferenciando técnica²⁷ de tecnologia, Mèlich explica que a técnica é um meio, enquanto a tecnologia é um sistema, uma *forma de vida*, salientando como a tecnologia hoje opera segundo “rituais de exposição”, pois tudo deve ser exposto à vista da rede panóptica. Segundo o filósofo,

25 BARREIROS, José J., *Democracia, Comunicação e Media*, Lisboa, Ed. Mundos Sociais, 2012, p. 127.

26 *Idem*, p. 127.

27 Convém observar que, de acordo com Jacques Ellul, “O termo Técnica abrange um grande número de fenómenos e tem vários significados. Mas a dificuldade reside no facto de estes significados remeterem para realidades diversas: por um lado, realidades concretas (a tecnologia do motor de combustão interna), por outro, objetos de estudo científico e, finalmente, camadas de técnicas diversificadas e disseminadas no tempo. Parece que, num primeiro momento, o termo ‘técnica’ foi utilizado para designar, de acordo com a sua etimologia, uma certa maneira de fazer (como fazer), um processo ou um conjunto de processos”. Tradução livre de: “*Le terme de Technique recouvre un grand nombre de phénomènes et comporte plusieurs sens. Mais ce qui en fait la difficulté c’est que ces sens visent des réalités diverses: d’un côté des réalités concrètes (la technique du moteur à explosion), de l’autre des objets d’étude scientifique et finalement des couches de techniques diversifiées étagées dans le temps. Il semble qu’au début on désigne par technique, et conformément à son étymologie une certaine manière de faire (how to do), procédé ou ensemble de procédés*”. ELLUL, Jacques, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977, p. 32.

o poder, invisível e inverificável, já não é político, mas sim tecnológico: um poder sem rosto nos observa, alerta Mèlich²⁸. Ora, a sociedade da informação que vivemos está envolta por um fator de influência e poder, observa López Pina. Segundo este autor espanhol, tal facto provoca situações assimétricas de informação e de conhecimento, exemplificando com a mercantilização de todas as áreas da existência e a privatização de serviços públicos, isso sem falar nas fontes acessíveis de informação – que eram acessíveis há alguns anos, pois hoje já não são mais públicas, mas privadas, gerando relações desiguais de poder na chamada “economia da informação”²⁹.

É neste contexto informacional que vemos, pois, a multiplicação desenfreada de práticas manipulatórias. Estas, segundo Philippe Breton, “atingem os fundamentos da dignidade humana. Elas constituem uma evidente falta de respeito, no sentido que esse valor tende a assumir hoje, àquilo a que em última análise mais nos atemos: sermos nós mesmos. A manipulação despossui o homem de si mesmo. Faz dele um juguete de outrem”³⁰. Podemos definir *manipulação*, à luz de Teun A. van Dijk, como uma “prática comunicativa e interacional, na qual um manipulador exerce controlo sobre outras pessoas, em regra contra a vontade e o melhor interesse delas”³¹. Manipulação, para van Dijk, envolve, assim, abuso de poder ou, em outras palavras, dominação social.

Contudo, a questão que devemos colocar é o modo como o cenário de dominação social se reforça desde os mais recentes incrementos da IA, uma vez que a informação falsa que é gerada pode surgir sem a supervisão de um ser humano, ou seja, sem (pelo menos aparentemente) o propósito de reforçar certas estruturas de poder. Isso nos obriga a repensar o modo como o poder é exercido e manifestado. Se dominação envolve, em outras palavras, abuso de poder social, que é uma característica da relação e da interação entre grupos, classes ou outras formações sociais³² (*entre humanos*, em última análise), parece que hoje estamos diante de um outro tipo de poder, igualmente manifestado na interação, porém, agora, *entre humanos e máquinas*. Ainda que se trate de máquinas programadas por humanos

28 MÈLICH, Joan-Carles, *La Prosa de la Vida*, *Op. cit.*, p. 100-102 (grifo nosso).

29 LÓPEZ PINA, Antonio, *El Orden de la Información*, Curitiba, Juruá, 2013, p. 33.

30 BRETON, Philippe, *A Manipulação da Palavra*, Trad. Maria Stela Gonçalves, São Paulo, Edições Loyola, 1999, p. 149.

31 DIJK, Teun A. van, “Discourse and Manipulation”, *In: Discourse & Society*, 17 (2), pp. 359-383, London, SAGE Publications, 2006, p. 360.

32 DIJK, Teun A. van, Structures of Discourse and Structures of Power, *In: ANDERSON, J. A. (Ed.), Communication Yearbook 12*, Newbury Park, CA, SAGE Publications, 1989.

e a carregar informações fornecidas por humanos (de modo proposital ou não), parece termos perdido, pelo menos até certo ponto, o controlo dos sistemas de IA, cujos reflexos se tornaram imprevisíveis em diferentes aspetos.

4 Desinformação e violação de direitos

Qual a razão para nos preocuparmos tanto hoje com a desinformação? – pergunta Manuel R. Torres Soriano. A resposta simples, segundo o autor, seria: a Internet. Com efeito, a opinião pública sugere a perceção de que as novas tecnologias da informação têm nos tornado mais vulneráveis ante a mentira³³. Porém, de forma inédita na história, somos todos potenciais propagadores em massa de mentiras, especialmente quando compartilhamos informações sem uma filtragem rigorosa, i. e., sem verificar as fontes e a veracidade destas informações. Pois o que há de inédito neste cenário, segundo Torres Soriano, é que somos hoje “atores em nosso próprio consumo de informação”, o que representa uma mudança sutil, afirma o autor, porém muito importante. Ou seja, de um estado anterior de passividade na receção de uma informação filtrada pelos meios tradicionais – no qual éramos meros “consumidores” de informação – passamos a participar ativamente do processo comunicacional, elaborando e distribuindo informação na Internet³⁴. Inclusive distribuindo, consciente ou inconscientemente, desinformação.

Além disso, com a Internet os meios de comunicação tradicionais perderam a sua capacidade para detetar e neutralizar a desinformação que chega às suas redações, diz Torres Soriano, ao ponto de se converterem em “vítimas especialmente vulneráveis destas manipulações”, visto o facto de a desinformação ser gratuita – para além, claro, de gerar audiência³⁵. Logo, sublinha o autor, “a desinformação vive numa espécie de profecia auto-realizável: quanto mais marginal for a sua disseminação, mais credível se torna”³⁶.

33 TORRES SORIANO, Manuel R., “A modo de introducción: La tormenta perfecta”, In: TORRES SORIANO, Manuel R. (Coord.), *Desinformación: poder y manipulación en la era digital*, Granada, Editorial Comares, 2019, p. IX.

34 TORRES SORIANO, Manuel R., “A modo de introducción: La tormenta perfecta”, *Op. cit.*, p. X.

35 *Idem*, p. XIII.

36 *Idem, ibidem*, p. XIII, Tradução livre de: “*La desinformación vive en una especie de profecía autocumplida: cuanto más marginal es su difusión, más creíble resulta*”.

Como, porém, podemos definir desinformação? De acordo com a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – *Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia*”, publicada em 2018³⁷, a desinformação pode ser definida como aquela “informação comprovadamente falsa ou enganadora que é criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente o público, e que é suscetível de causar um prejuízo público”.

Alertando para o facto de a desinformação minar a confiança nas instituições e prejudicar as nossas democracias, a Comunicação também sublinha que “a desinformação enfraquece a liberdade de expressão, que é um direito fundamental consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual possui carácter vinculativo por força do artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia”³⁸. Convém notar, neste contexto, que desinformação e manipulação andam de mãos dadas, pois é por meio da difusão de desinformações que os manipuladores geralmente exercem e abusam do poder, criando ou fortalecendo um contexto de dominação social, o que leva à violação ou ao enfraquecimento de direitos, como o direito fundamental à liberdade de expressão.

Não obstante, a complexidade do problema aumenta exponencialmente na medida em que desinformação e manipulação passam agora a contar com o uso (humano) da IA para fins de abuso de poder. Nesse sentido, o recentíssimo Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Junho de 2024³⁹ enfatiza, em diferentes momentos de seu texto, que a “IA deve ser uma tecnologia centrada no ser humano”⁴⁰. Tendo em conta a inarredável dimensão humana, o Regulamento reconhece que a IA pode criar riscos e prejudicar interesses fundamentais protegidos pela legislação da União, incluindo

37 COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia*, Bruxelas, 26/04/2018, COM (2018), 236 final, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>, Acesso em: 15 de abril de 2024, p. 1.

38 *Idem*, p. 1.

39 REGULAMENTO (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Junho de 2024, Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>, Acesso em: 12 de julho de 2024.

40 Nesse sentido, ver especialmente os Considerandos 1, 6 e 8 e o Art. 1º, n. 1 do REGULAMENTO (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Junho de 2024, *cit.*

danos físicos, psicológicos e sociais⁴¹. Estes danos podem ocorrer na medida em que

técnicas de manipulação propiciadas pela IA podem ser utilizadas para persuadir as pessoas a adotarem comportamentos indesejados, ou para as enganar incentivando-as a tomar decisões de uma forma que subverta e prejudique a sua autonomia, a sua tomada de decisões e a sua liberdade de escolha⁴².

O Considerando acima parece ecoar as palavras, anteriormente citadas, de Breton sobre a manipulação, quando o autor refere que a manipulação despossui o homem de si mesmo, fazendo dele um juguete de outrem – seja homem ou máquina. Nesse sentido, um dos grandes pontos da atual discussão envolvendo a IA se centra na dificuldade de nós, seres humanos, distinguirmos os conteúdos gerados por IA dos conteúdos gerados por humanos, pois como bem sublinha o Regulamento,

Um número de sistemas de IA consegue gerar grandes quantidades de conteúdos sintéticos que se tornam cada vez mais difíceis para os seres humanos de distinguir dos conteúdos gerados por seres humanos e autênticos. A ampla disponibilidade e o aumento da capacidade desses sistemas têm um impacto significativo na integridade e na confiança no ecossistema da informação, suscitando novos riscos de desinformação e manipulação em grande escala, fraude, usurpação de identidade e dissimulação de consumidores⁴³.

Em outras palavras, torna-se cada vez mais difícil saber se no ardiloso jogo da desinformação somos manipulados por sistemas de IA⁴⁴ ou por seres humanos (ou, talvez, por ambos)⁴⁵. Seja como for, a desinformação como

41 Considerando 5, REGULAMENTO (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Junho de 2024, *cit.*

42 Considerando 29, REGULAMENTO (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Junho de 2024, *cit.*

43 Considerando 133, REGULAMENTO (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Junho de 2024, *cit.*

44 No que se refere à desinformação gerada por IA, a tecnologia utilizada para tanto é conhecida como “IA generativa”, a qual busca conteúdos na rede mundial de computadores para, a partir daí, produzir informações. Neste caso, cria também informações falsas em diferentes formatos, como textos, vídeos, imagens etc. Contudo, lamentavelmente o problema não para por aí. Para além da desinformação, vemos crescer também a intolerância, o discurso de ódio na Internet, alimentado por IA, conforme alertou Melissa Fleming, subsecretária-geral de Comunicação Global da ONU, no final de 2023, ao abordar a guerra informacional que vivemos. Cfe. ONU News, ONU alerta para uso de Inteligência Artificial em “guerras de informação”, 19 de dezembro de 2023, Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/12/1825172>, Acesso em: 20 de abril de 2024.

45 O Regulamento se ocupa em diferentes pontos com este problema, visando assegurar um elevado nível de proteção dos direitos fundamentais previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da

antiga tática de manipulação aparece hoje revestida por uma roupagem complexa, capaz de atingir eficazmente uma plêiade de direitos e, mais que isso, os próprios fundamentos da dignidade humana, colocando-nos em uma posição de extrema vulnerabilidade no ambiente virtual. Isso exige, sem dúvidas, uma permanente e rigorosa reflexão jurídica. Não obstante, não se trata de tentar controlar o futuro (que é incontrolável), mas sim, como sugere Edgar Morin, de “explorar o sentido das turbulências do presente. Já não se trata mais de querer controlar o futuro. Trata-se de velar, espreitar na e com a incerteza”⁴⁶.

5 Considerações finais

Talvez uma importante pista para refletirmos sobre o cenário descrito neste breve texto possa ser encontrada nos filósofos Peter Pál Pelbart e Rogério da Costa, quando afirmam que “são tantas passagens que nos lançam do ‘subjetivo’ ao ‘tecnológico’, que mal sabemos onde começa um e termina o outro, quanto de maquinímico encontramos no humano e vice-versa. É preciso percorrê-los como o avesso um do outro, como numa fita de Moebius”⁴⁷. Transpondo a sabedoria destas palavras (que contam já com mais de duas décadas) para o momento presente: precisamos identificar o que há de humano por trás da IA, pois somente assim conseguiremos descobrir *de onde e de que modo* surge e se propaga a desinformação, detetando, assim, *quem e como* opera a manipulação social.

Além disso, neste momento crucial de luta contra a desinformação e utilização em larga escala da IA, precisamos urgentemente garantir que os seres humanos continuem no controle e uso correto da informação e não estejam a ser manipulados – seja por outros seres humanos, seja por sistemas de IA. Ora, se a “colonização técnica do mundo” não for reversível, como diz Mèlich, a gravidade da situação é muito grande, pois não haverá volta atrás⁴⁸. Precisamos, logo, repensar a nossa relação com a tecnologia neste mundo repleto de (sub)mundos virtuais, resgatando, urgentemente, a nossa *humanidade*.

União Europeia.

46 MORIN, Edgar, *Para onde vai o mundo?* 2ª edição, Trad. Francisco Morás, Petrópolis, RJ, Vozes, 2010, p. 20.

47 PÁL PELBART, Peter e COSTA, Rogério da, “Apresentação”, *In: AAVV, O Reencantamento do Concreto* (Cadernos de Subjetividade), São Paulo, Hucitec, 2003, p. 12.

48 MÈLICH, Joan-Carles, *La Fragilidad del Mundo: ensayo sobre un tiempo precario*, *Op. cit.*, p. 159.

Este resgate, porém, não deve se operar por meio da busca utópica por certezas, segurança e redução das contingências do mundo. Assim, a pergunta para muitos talvez ainda seja: como é possível viver *habitando o incerto*? Fica aberta a questão para reflexão, lembrando que habitar o incerto, para Mèlich, é reconhecer a dúvida, a vulnerabilidade e a finitude da condição humana. E em meio às tantas incertezas da vida humana, parece-nos provável que Almir Sater esteja certo, em sua bela canção “Verdade Absoluta” (com a qual também abrimos o presente texto), ao afirmar que “Se houver seres humanos / Nesse estranho amanhã / Para eles deixaremos / Já mordida essa maçã”. Comemos do fruto, continuamos humanos e, às vezes, parece que os nossos olhos ainda não se abriram completamente... Mas todos sabem: a serpente mentiu.

Referências

BARREIROS, José J., *Democracia, Comunicação e Media*, Lisboa, Ed. Mundos Sociais, 2012.

BENTHAM, Jeremy, *Panopticon, or, The Inspection-House*, London, Dodo Press, 2008.

BRETON, Philippe, *A Manipulação da Palavra*, Trad. de Maria Stela Gonçalves, São Paulo, Edições Loyola, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia*, Bruxelas, 26/04/2018, COM (2018), 236 final, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>, Acesso em: 15 de abril de 2024.

DIJK, Teun A. van, “Discourse and Manipulation”, *In: Discourse & Society*, 17 (2), pp. 359-383, London, SAGE Publications, 2006.

DIJK, Teun A. van, Structures of Discourse and Structures of Power, *In: ANDERSON, J. A. (Ed.), Communication Yearbook 12*, Newbury Park, CA, SAGE Publications, 1989.

DREYFUS, Hubert L., *Intelligence Artificielle: mythes et limites*, Traduit de l'anglais par Rose-Marie Vassallo-Villaneuau, avec de concours de Daniel Andler, Avant-propos de Daniel Andler et de Jacques Perriault, Discussions de Jacques Arsac, Mario Borillo, Jacques Pitrat, Paris, Flammarion, 1984.

DREYFUS, Hubert L., “Hubert Dreyfus, desmistificador da Inteligência Artificial, ante Edward Feigenbaum, especialista em sistemas especializados”, *In: PESSIS-PASTERNAK, Guitta, Do Caos à Inteligência Artificial: quando os cientistas se interrogam (entrevistas de Guitta Pessis-Pasternak)*, Trad. Luiz Paulo Rouanet, 4ª reimpressão, São Paulo, UNESP, 1993.

ELLUL, Jacques, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977.

LÓPEZ PINA, Antonio, *El Orden de la Información*, Curitiba, Juruá, 2013.

MÈLICH, Joan-Carles, *La Fragilidad del Mundo: ensayo sobre un tiempo precario*, 3ª ed. Barcelona, Tusquets Editores, 2022.

MÈLICH, Joan-Carles, *La Lectura como Plegaria: fragmentos filosóficos I*, Barcelona, Fragmenta Editorial, 2015.

MÈLICH, Joan-Carles, *La Prosa de la Vida: fragmentos filosóficos II*, Barcelona, Fragmenta Editorial, 2016.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo, *Direito & Redes Sociais na Internet: A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico*, 2ª Edição, revista e atualizada a partir do Decreto 7.962/13 (Comércio Eletrônico) e da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), Curitiba, Juruá, 2014.

MORIN, Edgar, *Para onde vai o mundo? 2ª edição*, Trad. Francisco Morás, Petrópolis, RJ, Vozes, 2010.

ONU News, ONU alerta para uso de Inteligência Artificial em “guerras de informação”, 19 de dezembro de 2023, Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/12/1825172>, Acesso em: 20 de abril de 2024.

ORWELL, George, *Nineteen eighty-four*, London, Penguin Books, 2000.

PÁL PELBART, Peter e COSTA, Rogério da, “Apresentação”, *In: AAVV, O Reencantamento do Concreto (Cadernos de Subjetividade)*, São Paulo, Hucitec, 2003.

PARISER, Eli, *O Filtro Invisível: o que a Internet está escondendo de você*, Trad. Diego Alfaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2012.

REGULAMENTO (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Junho de 2024, Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>, Acesso em: 12 de julho de 2024.

ROMANO, Vicente, *La Formación de la Mentalidad Sumisa*, Madrid,

Fundación de Investigaciones Marxistas, 1993.

SATER, Almir, “Verdade Absoluta”, *In: Do Amanhã Nada Sei* (Álbum), 2022.

TORRES SORIANO, Manuel R., “A modo de introducción: La tormenta perfecta”, *In: TORRES SORIANO, Manuel R. (Coord.), Desinformación: poder y manipulación en la era digital*, Granada, Editorial Comares, 2019.

WARAT, Luis Alberto, *Introdução Geral ao Direito III – O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

WIENER, Norbert, *Cibernética e Sociedade: o uso humano dos seres humanos*, 4ª ed., Trad. José Paulo Paes, São Paulo, Cultrix, 1973.

SEGURANÇA PÚBLICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS PARADIGMAS¹

Rogério Gesta Leal²

1 Notas introdutórias

É inegável que, em todas as áreas da vida, a Inteligência Artificial (IA) tem se mostrado cada vez mais presente e com mais funcionalidades, que facilitam nas tarefas do cotidiano. Por apresentar sofisticação e otimização tecnológica, pode facilmente ser percebida como ferramenta que é destituída de erros, não apresentando preconceitos e estereótipos, características comumente atreladas ao ser humano. Todavia, se vivemos numa sociedade na qual tudo que (re)produzimos é atravessado por fatores históricos, de natureza cultural e social, por que as IAs — criadas pelo homem — também não replicariam estigmas relacionados à classe, raça, gênero, etnias, dentre outros ?

A *algoritmização da vida*, que está presente nas redes sociais e streamings, e tem ganhado espaço em inúmeros campos, tem influenciado cada vez mais políticas de segurança pública. A despeito disto, problemas de discriminação e preconceito estrutural em determinadas políticas desta natureza continuam os mesmos, e o uso discriminatório e preconceituoso da IA não pode tirar a responsabilidade do Estado no ponto (porque se houve erro foi culpa do algoritmo, e não de quem programou).

É interessante perceber esse paralelo: por um lado, a tecnologia é colocada como solução, mas ao mesmo tempo a sociedade civil em diferentes momentos vai contestar isso.

É sobre estes cenários e seus riscos, assim como iniciativas para controla-los, que este trabalho pretende abordar. Para tanto, elegemos como objetivos específicos: (i) demarcar as relações entre sociedade do conhecimento e sociedade da vigilância; (ii) as reações institucionais e políticas à sociedade de vigilância; (iii) propor premissas viabilizadoras de

1 Trabalho especialmente preparado para o IX Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Inteligência Artificial, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, realizado entre os dias 06 e 10 de maio de 2024, nas Universidades de Coruña (Espanha) e Minho (Portugal).

2 Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito.

políticas de segurança pública democráticas para o uso de novas tecnologias com o uso de IA no âmbito da segurança pública.

Pretendemos utilizar neste trabalho o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos que passam a ser declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

2 Sociedade do conhecimento x sociedade da vigilância

O termo “Sociedade da Informação” foi incorporado nos últimos anos no discurso político, acadêmico e midiático global. Manuel Castells afirma que esta Sociedade é um novo sistema tecnológico, económico e social; uma economia na qual o incremento de produtividade não depende do incremento quantitativo dos fatores de produção (capital, trabalho, recursos naturais), mas de aplicação de conhecimentos e informação na gestão, produção e distribuição, tanto nos processos como nos produtos.³

Estas sociedades se caracterizam por serem baseadas no conhecimento e nos esforços para converter informação em conhecimento. Quanto maior a quantidade de informação gerada por uma sociedade, maior será a necessidade de convertê-la em conhecimento.

Um aspecto de singular relevância no desenvolvimento das “Sociedades da Informação e do Conhecimento”, pois, é a **velocidade** com que a informação é gerada, transmitida e processada. Hoje, a informação pode ser obtida de forma praticamente instantânea e, muitas vezes, da mesma fonte que a produz, transcendendo fronteiras e limitações de espaço e tempo.

Embora existam várias interpretações sobre a amplitude e o significado do conceito desta Sociedade, o certo é que nela são reconfiguradas as formas como todas as pessoas realizam a maior parte das suas atividades, a partir de novas formas de empreender e realizar ações quotidianas; portanto, podemos afirmar que ela é também síntese de mudanças de paradigmas estruturais em múltiplos campos da vida.⁴

Alvin Toffler, no início da década de 1980, antecipou com singular clareza o advento da Sociedade da Informação, lembrando que, há mais de

3 CASTELLS, Manuel. *La Sociedad en Red - La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol.1. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p.67.

4 Tratamos de forma mais aprofundada disto no livro LEAL, Rogerio Gesta. *Segurança Pública no Estado Democrático de Direito – avanços e recuos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

10 mil anos, a primeira onda introduziu mudanças importantes na história, impulsionada pela revolução agrícola, transformando as condições de vida dos primitivos caçadores e coletores, que formaram sociedades camponesas nas quais a produtividade dependia principalmente da demonstração de força humana e animal, bem como do sol, vento e água. Os beneficiários desta transformação foram aqueles que entenderam que a nova organização estaria focada no campo.⁵

Com a segunda onda, a revolução industrial desencadeou mudanças profundas na história, dando origem a uma nova civilização centrada na indústria e na produção em grande escala. A produtividade dependia da relação que o homem estabelecia com as máquinas. Aqueles que não compreenderam o significado e o alcance da racionalidade imposta pela nova ordem ficaram para trás, significativamente limitados nas suas capacidades de produção.

A terceira onda introduz, por sua vez, uma nova sociedade, que se assenta na informação, no conhecimento e na criatividade. Nestas Sociedades, a produtividade depende do desenvolvimento de novas tecnologias, que – afirma Toffler – permitiriam ao homem fazer menos e pensar mais. Ou seja, o desenvolvimento de tecnologias avançadas de informação e comunicação permite a configuração de novo espaço social, como um terceiro ambiente, marcado por inéditos modelos de mercados, culturas e percepções do mundo.⁶

Imaginava-se que, neste Novo Mundo de possibilidades infinitas de conhecimento/ilustração, a racionalidade humana chegaria a um nível de excelência que seria capaz de desenvolver a vida e relações humanas de forma mais civilizada e sustentavelmente, com harmonia, justiça social e **segurança**. Ledo engano!

Um inédito **marco paradigmático de colapso** desta Sociedade do Conhecimento/Informação: os ataques terroristas do 11 de setembro de 2001 das torres gêmeas, de New York (EUA), inaugurou o que podemos chamar de Quarta Onda civilizatória: a Era Panóptica da Sociedade da Vigilância.

Quando imaginávamos que as novas tecnologias geradas pela Sociedade da Informação poderiam nos assegurar a prevenção de problemas das mais diversas ordens, estas tem se revelado impotentes

5 TOFFLER, Alvim. *La Tercera Ola*. México. Edivisión, 1981.

6 Neste sentido RODRIGUEZ, Miguel Angel Davarra. *De las autopistas de la información a la sociedad virtual*. Madri: Aranzadi Editorial, 2008, p.51 e seguintes.

diante de contínuas situações de emergências, riscos e perigos que vão se criando hodiernamente em todo o globo, provocadas por atos terroristas e de violência imensos, bem como por fatores ambientais, de consumo, energéticos, raciais, étnicos, biológicos, de criminalidades, dentre outros, atestando ser ilusória a crença de que, por meio do conhecimento e das inovações tecnológicas, nos libertaríamos de quaisquer medos, deixaríamos de ser criaturas e passaríamos a ser criadores da comunidade em que vivemos.⁷

Em outras palavras, medos e incertezas, como nos indica Mongardini, continuam a ser traços cada vez mais característicos de nossos quotidianos⁸, e bastou um vírus microscópico, gerador da COVID-19, para voltarmos a nos encontrar sozinhos e desesperados! De repente regressamos ao tempo da terrível gripe espanhola⁹, com as mesmas máscaras, com os mesmos medos, mas sobretudo com os mesmos erros, como, por exemplo, o de não revelar à sociedade a propagação da doença em tempo certo; ou, pior ainda, o de comunicar notícias manipuladas e muitas vezes até falsas, nomeadamente por redes sociais virtuais, justamente aquelas que poderiam em muito auxiliar os cenários trágicos que passamos.

Estes fatos têm nos demonstrado como a construção social dos riscos e perigos que nos cercam (entendidos como atributos socialmente construídos) tem fornecido bases teóricas e empíricas sólidas para o desenho de políticas muitas vezes autoritárias (inclusive de segurança pública). Daí porque autores como Ferrajoli insistem na tese de que o neoconstitucionalismo, para estar à altura destes novos desafios, deve construir garantias capazes de criar alternativas racionais e credíveis às

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

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

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

previsões de um futuro caracterizado pela incerteza, violência, desigualdade e devastação ambiental.¹⁰

Mesmo que as Constituições contemporâneas tenham se ocupado de criar instrumentos de gestão de crises, é preciso permanentemente refletir sobre possível paradoxo de regimes democráticos que conseguem se autodestruir usando processos e procedimentos (por eles criados) de forma antidemocrática. Como nos dizem D'Agostini e Ferrera, em tempos de crise é fácil superestimar a necessidade de segurança e subestimar o valor da liberdade; e isto porque, sem segurança, não há liberdade.¹¹ Mas também é verdade que a história constitucional hodierna nos mostra claramente como a ruptura da proteção dos direitos e liberdades em nome da defesa da segurança está presente desde há muito.¹²

Por isto podemos dizer que a segurança, enquanto bem constitucional multifacetado e polissêmico, pode se dar em sentido material e ideal; objetivo e subjetivo; individual e coletivo; interno e externo, submetendo-se cada vez mais, e de forma ordinária, a juízos de ponderação com outros interesses de importância constitucional, mesmo além de ambientes de emergência tradicionais. Como nos diz Walzer, sem segurança nenhuma forma de representação política baseada no consenso é possível; e a liberdade, aqui, figura como aquela tranquilidade de espírito decorrente da convicção de se estar seguro.¹³

Por todas estas razões, a prevenção e a precaução tornaram-se, nos dias atuais, as *règles de droit*¹⁴ por excelência, o mantra de todas políticas públicas preocupadas em minimizar riscos, perigos e medos capazes de prevalecer sobre outros direitos, e conformar a ação da administração

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

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

12 No ponto ver o excelente texto de COLE, David. *Enemy Aliens – double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*. New York: The New Press, 2003, p.77. No mesmo sentido o livro de CERI, Paolo. *La Società Vulnerabile – Quale sicurezza, quale libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2003.

13 WALZER, Michael. *La libertà e i suoi nemici nell'età della guerra al terrorismo*. Roma/Bari: Laterza, 2010, p.43.

14 Como quer VERHOEVEN, Charles Leben. *Le principe de précaution – aspects de droit international et communautaire*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2022, p. 41. Nos lembra o autor que o princípio da **precaução** intervém quando convém adotar as medidas adequadas, mesmo face a riscos não totalmente apurados cientificamente, diferindo-se, pois, do princípio da **prevenção**, que, no entanto, opera quando a informação científica sobre o perigo e a nocividade são certos, concordantes e conclusivos.

pública como um todo. E em nome de tudo isto foram se criando políticas públicas globais – físicas e virtuais - de segurança máxima contra riscos e perigos conhecidos e desconhecidos, mesmo que em detrimentos de alguns direitos e garantias fundamentais individuais a duras penas conquistados, como privacidade e intimidade.

Lembremos que foi sob o pretexto de sua cruzada contra o terrorismo internacional que o governo do Presidente Bush promoveu, pós 11 de setembro/2001, iniciativas legislativas que impuseram restrições significativas à liberdade de expressão e aos direitos relacionados com a privacidade pessoal, dentre as quais: estatuto de escuta telefônica, Lei de Privacidade de Comunicações Eletrônicas, Lei de Fraude e Abuso de Computadores, Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira, Lei de Direitos e Privacidade de Educação Familiar, Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei de Imigração e Nacionalidade, Lei de Sigilo Bancário, Lei de Direito à Privacidade Financeira, Lei Patriótica dos EUA, e Lei Antiterrorismo de 2001.¹⁵

Para exercer funções panópticas eficazes sobre a informações que circulam pela internet, o governo do Presidente Bush promoveu a adaptação do quadro regulamentar referido, nomeadamente através do *USA Patriotic Act*, concedendo amplos poderes às áreas de segurança do governo para fiscalizar as informações que circulam na internet, autorizando a interceptar todas as comunicações que considerassem “suspeitas”.¹⁶ Ao lado destas, criou também o programa CAPPs II (*Computer Assisted Passenger Pre-Screening*), pré-inspeção assistida por computador de passageiros.¹⁷ Este sistema provém das informações que as companhias aéreas armazenam no registo dos passageiros, e inclui dados relativos às viagens realizadas, bem como possíveis antecedentes criminais e informações não especificadas.

15 *Wiretap Statute, Electronic Communications Privacy Act, Computer Fraud and Abuse Act, Foreign Intelligence Surveillance Act, Family Education Rights and Privacy Act, Money Laundering Act, Immigration and Nationality Act, Bank Secrecy Act, Right to Financial Privacy Act, USA Patriotic Act, Anti-Terrorism Act 2001* – conforme informações do site: <https://epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/>, acesso em 27/04/2024.

16 Já sabemos hoje que a internet pode, de fato, ser utilizada como meio capaz de desempenhar funções úteis vigilância e controle individual e social, o que representa bem novo ciclo do panoptismo foucaultiano, conforme sua obra FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 1983, p.43 e seguintes.

17 O sistema CAPPs está em funcionamento desde 1998 e provém dos ataques terroristas ocorridos durante os Jogos Olímpicos de Atlanta, em 1996, bem como do trágico desfecho do voo 800, da TWA, que em consequência de uma *avaria mecânica* colidiu com o oceano Pacífico. Mais dados podem ser obtidos no site: <https://www.gao.gov/products/gao-04-385>, acesso em 27/04/2024.

Por outro lado, instrumentos de IA e novas tecnologias de acesso, coleta e gestão da informação podem ser, ao mesmo tempo, viabilizadores de espaços democráticos; mas também autoritário, basta vermos os regimes no Irã e da China, usando-as para suprimir a liberdade de expressão, aprimorar técnicas de vigilância, disseminar propaganda de ponta e pacificar suas populações com entretenimento digital alienante.¹⁸ Para além disto, tem se formado um capitalismo da vigilância¹⁹ a partir da IA e das redes sociais, com a instalação de grandes monopólios econômicos caracterizadores do que se tem chamado de feudalismo tecnológico²⁰, o que se percebe em corporações como Facebook, Google, Amazon, Apple, Microsoft, Netflix, governantes autocráticos e sem controle de cidadãos que ocuparam um espaço que se pensava ser coletivo.²¹

Por conta disto é que a Lei dos Mercados Digitais, recentemente aprovada pela Europa, estabelece um conjunto de critérios objetivos claramente definidos para qualificar grandes plataformas online como *gatekeepers*²², visando garantir que elas se comportem de modo a respeitar direitos e garantias individuais e sociais.²³

A despeito disto, é em nome da segurança pública contra atos de terrorismo e de criminalidade organizada que vários governos têm desenvolvido programas de vigilância de seus cidadãos ao redor do

18 Ver a interessante matéria publicada no site: <https://www.poder360.com.br/poder-tech/tecnologia/leis-rigorosas-garantem-controle-social-na-internet-chinesa/>, acesso em 30/04/2024.

19 Tema bem explorado por ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Perseus Books, 2019.

20 MOROZOV, Evgeny. *The net delusion: the dark side of internet freedom*. New York: Public Affairs, 2019, p.38. Na mesma linha o livro de VAROUFAKIS, Yanis. *Technofeudalism*. London: Bodley Head, 2023. Para Varoufakis, as grandes empresas tecnológicas – Meta, Amazon, Apple, Alphabet – controlam a nossa atenção e medeiam as nossas transações, transformando os humanos em servos digitais que publicam, navegam e compram incessantemente nas suas plataformas. Em vez de perseguir os lucros que derivam do trabalho, os senhores da tecnologia, a quem ele chama de *cloudalistas*, extraem rendas.

21 Nos dias de hoje já se fala de um novo mercado no qual é possível transferir dados pessoais em troca de benefícios de produtos personalizados. Desta forma, o usuário pode considerar a possibilidade de ceder os seus dados em troca da utilização dos mesmos (ainda mais quando a maioria cede os seus dados sem receber qualquer tipo de compensação por isso.

22 Entendidas como grandes plataformas digitais que fornecem um conjunto predefinido de serviços digitais, tais como motores de pesquisa online e lojas de aplicações e serviços de mensagens. Essas empresas têm: (i) posição econômica forte, com impacto significativo no mercado interno, operando em vários países da UE; (ii) forte posição de intermediação, o que significa que ligam grande base de utilizadores a grande número de empresas; (iii) posição consolidada e duradoura no mercado. A Comissão Europeia, em 06/09/2023, designou como *gatekeepers*: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance e Meta, Microsoft.

23 Ver notícia no site: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en, acesso em 29/04/2024.

mundo, como nos informa Federico Kukso, ao referir que, na China, bancos, aeroportos, hotéis e até banheiros públicos verificam a identidade das pessoas inspecionando seus rostos, através do software chamado *Xue Liang* (olhos agudos), que analisa milhões de imagens para rastrear pessoas, detectar comportamentos suspeitos e até prever crimes.²⁴ Demonstra o autor iniciativas governamentais – isoladas ou em colaboração global – para acessar dados e informações privados e públicos, de pessoas físicas e jurídicas, em nome da segurança preventiva e curativa, sem qualquer informação e prestação de contas àqueles que são atingidos por suas políticas.²⁵

Lembremos ainda da ferramenta de espionagem digital chamada Pegasus, criada pela empresa israelense NSO Group, usada para grampear smartphones, computadores e redes de comunicação e gestão de dados de forma global, tudo isto em nome da promoção da segurança da Democracia e dos povos democráticos.²⁶

E mais, estes recursos tecnológicos utilizados pelo setor público (Estado) e privado (Mercado), por se valerem, em regra, de software com códigos fechados, impossibilitam níveis de transparência e visibilidade dos elementos constitutivos neurais de suas operações, inviabilizando controles sociais, políticos e jurídicos mais eficazes.²⁷

Por conta destes cenários, tem se tornado cada vez mais comum falarmos na emergência de uma sociedade da vigilância e de uma Democracia vigiada, chegando ao ponto de alguns jornalistas afirmarem

24 Ver a matéria publicada no site: <https://wtm.inf.br/artigos/170-milhoes-de-cameras-monitoram-possiveis-terroristas-na-china/>, acesso em 30/04/2024.

25 KUKSO, Federico. *Una historia de control*. In El Atlas de la revolución digital – del sueño libertario al capitalismo de vigilancia. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2019, p.12. Lembra o autor que estes sistemas também podem ser usados para rastrear objetivos políticos escusos envolvendo ofensivas contra dissidentes ou opositores e críticos e governos de ocasião.

26 Ver a excelente matéria publicada no site das empresas Globo: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/19/entenda-o-que-e-o-pegasus-software-de-espionagem-que-teria-sido-usado-para-invadir-smartphones-de-milhares-de-pessoas.ghtml>, acesso em 25/04/2023, dando conta de que, uma vez instalado, o Pegasus permite que os invasores tenham acesso a qualquer tipo de dado disponível no aparelho invadido, inclusive o uso do microfone e câmera, razão pela qual é vendido a várias agências governamentais para coletar dados de agentes suspeitos de crimes e terrorismo.

27 O FBI, nos EUA, desde há muito utiliza softwares de configuração fechada os mais diversos para espionar pessoas físicas e jurídicas em nome da segurança pública nacional, e isto bem antes dos atentados às torres gêmeas de 2001, basta lembrarmos os programas *Omnivore* (1991) e *Carnivore* (1997), que monitoravam correios eletrônicos e comunicações eletrônicas – mais tarde substituídos por softwares disponíveis no mercado. Neste sentido ver a matéria intitulada *The shadow factory: the ultra-secrets NSA from 9/11 to the eavesdropping on America*, de James Bamford, publicada no Democracy Now, em 14/10/2008, acesso pelo site: https://www.democracynow.org/2008/10/14/james_bamford_the_shadow_factory_the, em 29/04/2024.

que privacidade e intimidade configuram já direitos e garantias em certa medida ultrapassados, nomeadamente em tempos de níveis de insegurança global crescente.²⁸ Daí porque haver muita preocupação disseminada no tecido social em face das dinâmicas de quotidiana expansão incontrolável da vigilância comunitária, que conta com arquitetura e logística sem precedentes na história da civilização, basta atentarmos para o contingente de câmeras de monitoramento em espaços públicos e privados os mais diversos (lojas, bancos, praças públicas, ruas, etc.).²⁹

3 Reações à sociedade da vigilância: perspectivas

A despeito de todos estes cenários, a Sociedade tem reagido a movimentos panópticos como os anteriormente referidos e bem demarcado por Ryan McKinley, investigador do *MIT Media Lab*³⁰, ao desenvolver um sistema denominado *Government Information Awareness* (GIA)³¹, que se apresenta como resposta dos cidadãos às iniciativas de controles digitais de governos.

A iniciativa do GIA baseia-se num raciocínio simples: se o governo tem o direito de saber detalhes pessoais dos cidadãos, os cidadãos também têm o direito de saber informações críticas sobre os seus governos. O projeto GIA desenvolveu tecnologias amigáveis que permitem as pessoas criar as suas próprias agências de inteligência para obter, classificar e agir com base nas informações que obtêm sobre os seus governos, bem como documentar assuntos de interesse público, como informações

28 Como quer Scott McNealy, CEO da Sun Microsystems, no texto *Private Lives? Not ours!* In https://www.pcworld.com/article/16331/private_lives_not_ours.html, acesso em 23/05/2022. Há também ótima crítica a estes tempos de VATTIMO, Gianni. *La società trasparente*. Roma: Garzanti, 2000. Abordamos estes temas no livro LEAL, Rogerio Gesta e SILVA, Ricardo Machado da. *O Direito Fundamental Social à Segurança Pública no Estado Democrático de Direito – parâmetros para políticas públicas de implementação*. Cruz Alta: Ilustração, 2023.

29 Veja-se como alguns jornais divulgam estes temas, sublinhando somente aspectos positivos: *Com essas soluções é possível que sejam criados eventos de alerta e realizadas análises forenses no vídeo, reduzindo o tempo necessário para a realização de uma investigação, permitindo a notificação automática ou a realização de buscas com filtros para identificação de indivíduos e veículos, como filtros de cor de vestuário, acessórios como bolsas e mochilas, tamanho do objeto, sentido do deslocamento, placa de veículo, marca, modelo entre outras informações. Entre as principais tecnologias utilizadas no monitoramento urbano podemos citar o reconhecimento facial (FR), as tecnologias de leitura de placas de veículos (LPR) e as soluções de detecção e classificação de áudio*. In *Jornal Diário do Comércio*, edição de 05/10/2022, acesso pelo site: <https://diariodocomercio.com.br/opiniao/videomonitoramento-para-cidades-seguras/>, em 02/05/2023.

30 Acesso pelo site: <https://www.media.mit.edu>, em 27/04/2024.

31 Acesso pelo site: <https://www.media.mit.edu/projects/open-government-information-awareness/overview/>, em 27/04/2024. Ver também o interessante site: <https://www.wired.com/2003/07/slideshow-government-prying-the-good-kind/>, acesso em 27/04/2024.

relacionadas com o financiamento de campanhas eleitorais, os currículos dos funcionários públicos, documentando a existência de reclamações, as relações secretas ou confidenciais de grandes corporações, informações que têm sido mantidas classificadas, e até um sistema de construção de perfis baseado no estudo de padrões.

Nesta mesma linha temos a criação dos chamados *weblogs*.³² Inicialmente os weblogs foram concebidos como sistemas estruturados na internet que permitiam a qualquer pessoa publicar informações pessoais, de forma semelhante a um diário, com capacidade de cadastro de endereços eletrônicos, inclusão de imagens e interação assíncrona. Porém, rapidamente evoluíram para verdadeiros jornais digitais, nos quais é possível encontrar diferentes pontos de vista sobre determinado acontecimento. Estas ferramentas competem hoje – no espaço virtual – com as mídias informativas convencionais.³³

Como a mudança tecnológica é ecológica e não aditiva, tudo é redefinido, incluindo antigas práticas criminosas, que descobrem inéditas oportunidades com a introdução de novas tecnologias de informação e comunicação a partir da IA. Um exemplo disto é o Cibercrime, atividade que representa ameaça real ao desenvolvimento da economia (física e digital) e da sociedade da informação, razão pela qual foi instituída a Convenção sobre o Crime Cibernético, em Budapeste, em 23/11/2001, firmada por inúmeros países do Conselho da Europa.³⁴

O problema é que este documento implicou diminuição significativa de algumas garantias em termos de direitos fundamentais, dentre as quais, a sugestão de que fornecedores de acesso e serviços de internet mantenham registros das atividades realizadas pelos seus clientes no ciberespaço (artigos 17, 18, 24, 25), violando a privacidade e outros direitos dos usuários da internet, além de ser contrárias aos princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.³⁵

32 Em 1996, Dave Winer implementou um weblog, criando o espaço virtual *24 Horas pela Democracia*, uma reunião online realizada para apoiar a liberdade de expressão na Internet. Algumas *tecnocelibridades* participaram do evento inovador, como Bill Gates, fundador e proprietário da Microsoft, e Phillippe Kahn, da Novell. Mais tarde, o próprio Winer fundou uma empresa especialmente dedicada à criação e desenvolvimento de programa que facilitasse a criação de weblogs. O resultado desse projeto foi o blog pessoal de Winer, uma das principais referências mundiais da tendência. SAUER, Moritz. *Weblogs, Podcasting & Online-journalism*. Cambridge: O'Reilly Verlag GmbH & Co., 2017.

33 Idem, p.29.

34 O Brasil editou o Decreto nº11.941, de 12/04/2023, promulgando a Convenção sobre o Crime Cibernético no território nacional, ratificada pelo país em 01/03/2023.

35 De lembrar que a Convenção 108, vinculativa para os Estados-membros do Conselho Europeu,

As estruturas institucionais dos Estados têm aumentado também para o enfrentamento destes problemas, como podemos ver no Chile, com a criação da *Brigada Investigadora del Cibercrimen*- BRICIB³⁶, vinculada à polícia de investigações; no México, com a *Polícia Cibernética*³⁷, vinculada à Polícia Federal Preventiva; na Espanha, com a *Brigada Central de Investigación Tecnológica*³⁸, vinculada a Direção Geral da Policia espanhola; em Portugal, com a Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica, vinculada à Polícia Judiciária; no Brasil, com a Unidade Especial de Investigação de Crimes Cibernéticos, vinculado à Policia Federal³⁹. Todos estes órgãos desenvolvem políticas de vigilância da internet, com foco nas ações de hackers, sites da internet, comunidades e salas de *chat* onde a pornografia infantil é promovida (analisando as atividades de organizações pedófilas locais e internacionais, redes de prostituição infantil e redes de tráfico de crianças que as exploram em outros países), crimes contra a propriedade intelectual, fraudes eletrônicas, lavagem de dinheiro, tráfico de armas, pessoas e drogas.

No Brasil temos avançado nestes temas, nomeadamente a partir da edição de algumas legislações focadas no uso de novas tecnologias, a saber:

Lei nº 12.258/2010, que modificou a Lei de Execuções Penais no sentido de promover a possibilidade de **utilização de equipamentos de vigilância pelos condenados pela justiça – monitoração eletrônica**

em seu artigo 6º, proíbe o tratamento automático de dados reveladores de origem racial, opiniões políticas, crenças religiosas, saúde ou vida sexual, a menos que a legislação nacional estabeleça salvaguardas adequadas. No entanto, em seu artigo 9º, permite exceções para proteger a segurança do Estado, segurança pública, interesses financeiros do Estado, repressão de infrações penais ou para proteger os direitos e liberdades de terceiros. A ver como ficarão estas questões no novo documento a Convenção 108+, adotada em 2023, com previsão de entrada em vigor em junho de 2023.

36 Maiores informações no site: <https://www.pdichile.cl/institucion/unidades/cibercrimen>, acesso em 29/04/2024.

37 Maiores informações no site: <https://www.ssc.cdmx.gob.mx/organizacion-policial/subsecretaria-de-inteligencia-e-investigacion-policial/policia-cibernetica>, acesse em 29/04/2024.

38 Maiores informações no site: https://www.policia.es/_es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgpoliciajudicial_bcit.php#, acesso em 29/04/2024.

39 Esta Unidade foi criada recentemente, em 28/06/2022, conforme noticia o site da polícia federal brasileira: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/policia-federal-cria-unidade-especial-para-intensificar-a-repressao-a-crimes-ciberneticos>, acesso em 30/04/2024. Também os Estados brasileiros começam a criar unidades especializadas para tal fim, como mostra a notícia veiculada em 18/12/2020, do Estado de São Paulo: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/governo-do-estado-inaugura-divisao-de-crimes-ciberneticos-2/>, acesso em 30/04/2024. No Rio Grande do Sul, em 03/07/2010, já fora criada Delegacia de Repressão aos Crimes Informáticos – DRCI, conforme anuncia o site oficial do governo: <https://ssp.rs.gov.br/policia-civil-gauchacria-delegacia-pioneira-em-crimes-virtuais>, acesso em 30/04/2024.

– **para as hipóteses de saída temporária no regime semiaberto e cumprimento de pena em regime domiciliar;**

Lei nº 12.403/2011, que modificou o Código de Processo Penal e instituiu o monitoramento eletrônico como **medida cautelar**, nos termos do art. 319, inciso IX, desta norma⁴⁰;

Lei nº 12.681/2012, instituindo o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de **Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas** (SINESP), o qual utiliza plataforma de informações integradas das bases de dados do Governo Federal e dos Estados, com o escopo de criar estrutura de gestão de informações em nível nacional, produzindo, coletando, sistematizando e disponibilizando informações para a segurança pública;

Lei nº 12.737/2012, criando a tipificação criminal de delitos informáticos, com penas baixas de detenção de três meses até dois anos;

Lei nº 12.965/2014, que cria o Marco Civil da Internet no Brasil;

Lei nº 13.675/2018, regulamentada pelo Decreto nº 9.489/2018, criando o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), instituindo políticas de governança, através da **padronização de dados, integração tecnológica, de inteligência e operacional** entre os agentes de segurança do país;

Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais;

Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), base de dados e sistema eletrônico em que constam os **dados cadastrais das pessoas presas no sistema carcerário do Brasil**, com o objetivo de centralização das informações e contribuição para o acesso às informações pelas autoridades judiciárias e policiais, auxiliando as autoridades judiciárias da justiça criminal na gestão de documentos atinentes às ordens de prisão/internação

40 Nesta ferramenta o usuário é rastreado via satélite através de um aparelho eletrônico (bracelete, pulseira ou tornozeleira) que funciona através de rádio frequência e informações criptografadas dos dados sobre a posição em que ele se encontra. Os dados colhidos pelo sistema são enviados a um servidor e podem ser acessados por terminal conectado à *internet*. Os argumentos a favor desta opção ponderam que ela operaria redução significativa da população carcerária, bem como diminuição de gastos públicos com presos e reinserção social; enquanto que os argumentos contrários se centram: (i) na possibilidade de retorno a um Estado totalitário, em que a sociedade seria a própria prisão, (ii) na estigmatização social da pessoa em razão da utilização do equipamento de monitoramento em público, (iii) na violação ao direito a intimidade e privacidade. Neste sentido ver o texto de GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

e soltura expedidas em todo o território nacional, materializando um Cadastro Nacional de Presos;

O Plano Nacional de Segurança Pública de 2018 introduziu como estratégia nº8, o videomonitoramento com reconhecimento facial biométrico, destacando-se as habilidades que softwares de computadores possuem de analisar rostos humanos constante de uma base de dados específica, utilizando de conexões de internet para catalogar indivíduos, via captação de sua biometria extraída por smartphones, computadores e câmeras de vigilância.⁴¹ Esta política pública, no Brasil, estava voltada precipuamente para a fiscalização de fronteiras, divisas interestaduais, portos, aeroportos, rodoviárias e ferroviárias⁴². Mas agora também espaços públicos urbanos estão sendo tomados por estes mecanismos, como ocorre na experiência da plataforma de videomonitoramento *Smart Sampa*, em São Paulo, que tem previsão de integrar mais de 20 mil câmeras até 2024 na capital.⁴³ As polêmicas acerca do projeto são muitas: questionamentos judiciais⁴⁴, edital suspenso, muita resistência da sociedade e histórico de corrupção pela empresa responsável.⁴⁵

41 Na Europa, o Conselho Europeu de Proteção de Dados, encarregado de aplicar o Regulamento Geral de Proteção de Dados, emitiu a Diretriz 05/2022, sobre o uso desta ferramenta, entendendo que ela representa interferência desproporcional nos direitos dos titulares dos dados, vez que compromete a expectativa das pessoas de permanecerem anônimas, contrariando os princípios de autodeterminação e participação livre em sociedades democráticas. Ver o documento integral no site: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052022-use-facial-recognition-technology-area_en, acesso em 29/04/2024.

42 Inúmeros países se valeram destas tecnologias para fins de: (i) monitorar o cumprimento do lockdown adotado ao longo da pandemia de covid-19 (China); (ii) monitoramento comportamental de pessoas na Olimpíada de 2020, no Japão, também decorrente da pandemia; (iii) monitoramento de grandes eventos (Reino Unido) para identificar pessoas procuradas pela polícia. Nos EUA temos notícias de proposta de Lei federal (2023) que quer regulamentar a matéria (*Facial Recognition Act*), restringindo o emprego do reconhecimento facial biométrico - <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/9061/text?s=1&r=7>, acesso em 29/04/2024.

43 Dentre os movimentos que deram força no combate à plataforma, está a campanha *Tire meu rosto da sua mira*, feita por mais de 50 entidades da sociedade civil e que tem como objetivo solicitar o banimento do uso das câmeras para segurança pública - <https://tiremeurostodasumira.org.br>, acesso em 22/04/2024.

44 Notícia veiculada pelo sitio jurídico do CONJUR, em 17/05/2024, dá conta de quatro Estados brasileiros já prenderam mais de 1,7 mil pessoas utilizando o reconhecimento facial sem regulamentação adequada para tanto. Ver matéria completa no site: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-17/sem-regulacao-estados-prendem-centenas-utilizando-reconhecimento-facial/>, acesso em 18/05/2024.

45 Informa o site do projeto que: *A nova plataforma ainda facilita a integração de diversos serviços municipais, como CET, SAMU, Defesa Civil e GCM, em uma única plataforma por meio da criação de uma moderna Central de Monitoramento Integrada. Além disso, com as novas câmeras, os órgãos de segurança terão como monitorar escolas, UBS e demais equipamentos públicos, aumentando significativamente a segurança nesses locais. As câmeras técnicas contarão ainda com monitoramento*

Decreto nº 10.882/2021, criando o Plano Nacional de Segurança Pública – 2021/2030, e visando, dentre outras metas, promover a **expansão tecnológica** na promoção de políticas de segurança pública, utilizando-se para tanto de padronização, integração e interoperabilidade dos dados sobre segurança pública entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (estratégia nº7)⁴⁶;

Também em 2021 foi instituída a política de **adoção de câmeras corporais nos uniformes dos policiais** (*body-worn*), instaladas na farda, capacete ou óculos dos policiais, com capacidade de captar e gravar, vídeo e áudio das atividades desenvolvidas pelos agentes em sua rotina policial, a exemplo de gravações de trânsito, detenções, revistas, interrogatórios.⁴⁷

O problema é que, modo geral, estas políticas de segurança pública virtuais estão estruturadas a partir de ferramentas tecnológicas de software fechado, o que tem aumentado em nível global as pressões sociais e políticas à regulamentação das *big tech*, assim como se amplie o uso de sistemas de fonte aberta, já tendo algumas que fazem parte da *Software Choice Initiative*, avançado neste sentido, dentre as quais: Intel (EUA), Linux (EUA), Open Solutions (Argentina), Paradigma (Brasil), Associação Peruana de Software (Peru), Siam Commercial Bank (Tailândia), VSI (Alemanha).⁴⁸ E estes modelos abertos ao menos dariam maiores garantias

de calor, facilitando a supervisão em praças e parques, que normalmente possuem árvores e áreas verdes que podem prejudicar uma vigilância mais precisa. <https://participemais.prefeitura.sp.gov.br/legislation/processes/209>, acesso em 22/04/2024.

46 Acessível no site: https://www.gov.br/mj/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/categorias-de-publicacoes/planos/plano_nac_de_seguranca_publica_e_def_soc_2021__2030.pdf, em 29/04/2024.

47 O Estado de São Paulo foi pioneiro na adoção da prática, sendo replicada em outros estados como o Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pará, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Ver a matéria do Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade de São Paulo, no site: <https://nev.prp.usp.br/projetos/pesquisa-uso-cameras-corporais-pela-policia-militar-de-sp/>, acesso em 29/04/2024. O site dá conta de que, no Estado de São Paulo: *Estudo realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública indicou uma queda geral de 62,7% na letalidade policial, entre 2019 e 2022, com especial ênfase nas unidades já equipadas com as COPs. Análise realizada pelo CCAS/FGV, com colaboração da PMESP, indica que as câmeras foram responsáveis diretamente por 57% de redução no número de mortes decorrentes de intervenção policial e queda 63% nas lesões corporais causadas por policiais militares. Estudo recente do Instituto Sou da Paz revela que os casos de mortes de jovens (entre 15 e 24 anos) caíram 46% após a implementação das câmeras.*

48 Ver o site: <https://web.archive.org/web/20061107202717/http://www.softwarechoice.org/>, em 29/04/2024. No Reino Unido, em 15 de julho de 2002, o *Commerce Office* lançou o projeto software de código aberto. Esta iniciativa afirma que um software de código aberto bem configurado pode ser tão seguro quanto sistemas proprietários e está atualmente sujeito a menos ataques pela internet. Por esta razão deve se estabelecer equilíbrios entre a disponibilidade de competências de administração e segurança e as vantagens que diferentes sistemas podem proporcionar. Ver as informações no site: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rcct=j&opi=89978449&url=https://assets.>

técnicas de monitoramento e visibilidade dos processos de acesso e gestão de dados, tanto as pessoas como ao Estado.

Em nível de judicialização destas discussões, vale lembrar as decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº6.649, e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº695, entendendo que o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos – mesmo para fins de segurança pública - pressupõe propósitos legítimos e específicos, e o procedimento deve cumprir todos os requisitos da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Se forem desobedecidas as diretrizes da LGPD, o Estado responderá objetivamente pelos danos causados às pessoas. E o funcionário que dolosamente violar o dever de publicidade estabelecido no artigo 23, I, da LGPD responderá por ato de improbidade administrativa.⁴⁹

De igual sorte, no Tema 977, o STF está enfrentando o tormentoso tema de se o acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida, e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos.⁵⁰

4 Notas conclusivas

Temos, pois, como conclusão destas reflexões, que algumas premissas se fazem importantes para viabilizar políticas de segurança pública democráticas com o uso de tecnologias virtuais, a saber:

- a. Quadros Legais e Regulamentares: com a aplicação e harmonização dos quadros jurídicos e regulamentares atuais para promover um ambiente de certeza e confiança na adoção, utilização e promoção das tecnologias;

publishing.service.gov.uk/media/5a79cceed915d042206b200/All_About_Open_Source_v2_0DL8QFnoECDAQAQ&usg=AOvVaw1q_eK5Ym0tvDSO4c8dUjw2, acesso em 29/04/2024.

49 Conforme decisão publicada no site do STF: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238>, acesso em 30/04/2024.

50 Disponível no site do STF: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%201042075%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>, acesso em 30/04/2024.

- b. Interoperabilidade: em torno das capacidades estruturais, técnicas, organizacionais e de governança necessárias para compartilhar informações e gerar conhecimento, com transparência e prestação de contas pública;
- c. Dados abertos: disponibilização de informação governamental em formatos úteis e reutilizáveis por diferentes entidades governamentais, população, organizações da sociedade civil, cooperadores e universidades, entre outros, para promover o empreendedorismo e a governação a partir da ideia de segurança cidadã;
- d. Conectividade e ferramentas digitais adequadas: fortalecimento e desenvolvimento das redes (governamentais e cidadãs), e expansão de melhores infraestruturas nos territórios, a expansão da capacidade das redes existentes, e o desenvolvimento de (i) competências no setor das tecnologias para estimular aplicações principalmente em redes celulares massivas, e (ii) ferramentas virtuais que viabilizem aplicações para a denúncias/demandas/respostas em múltiplas plataformas⁵¹;
- e. Participação Cidadã e Competências Digitais: desenvolvimento equitativo de competências para desenvolver e operar tecnologias e serviços digitais, contemplando a cobertura social e o desenvolvimento de competências em sistemas comunitários;
- f. Comunicação digital e Redes Sociais: como instrumento de capacitação e consciência social para apoiar estratégias digitais, comunicação digital focada nos cidadãos e nas suas necessidades como demandantes de Segurança e Convivência, prestando serviços baseados na gestão do conhecimento, e não apenas na informação.

51 A Venezuela tem um aplicativo chamado *Patrulla Inteligente*, que detecta o quadrante de segurança correspondente à localização do usuário, fornecido pelo GPS do seu celular, ou através do seu provedor de rede, e fornece as informações para que possa entrar em contato com o número de telefone de emergência associado. Os cidadãos podem ligar para as autoridades policiais e militares mais próximas da sua área e fazer as suas queixas de forma anônima. Mais informações no site: <https://consejogeneraldepolicia.org/opinion/patrullaje-inteligente/>, acesso em 29/04/2024.

Referências

- BAMFORD, James. *The shadow factory: the ultra-secrets NSA from 9/11 to the eavesdropping on America*. In Democracy Now, em 14/10/2008, acesso pelo site: https://www.democracynow.org/2008/10/14/james_bamford_the_shadow_factory_the, em 29/04/2024.
- CASTELS, Manuel. *La Sociedad en Red - La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol.1. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- CERI, Paolo. *La Società Vulnerabile – Quale sicurezza, quale libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2003.
- COLE, David. *Enemy Aliens – double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*. New York: The New Press, 2003.
- D'AGOSTINI, Franca e FERRERA, Maurizio. *Le verità del potere – Sei diritto aleatici*. Roma: Einaudi, 2019.
- DOMINICI, Piero. *La società dell'irresponsabilità*. Milano: Franco Angeli, 2015.
- FELICE, Emanuele. *Dubai – L'ultima utopia*. Roma: Il Mulino, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*. Roma: Laterza, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 1983.
- GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- <https://www.conjur.com.br/2024-mai-17/sem-regulacao-estados-prendem-centenas-utilizando-reconhecimento-facial/>, acesso em 18/05/2024
- https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en, acesso em 29/04/2024.
- <https://www.poder360.com.br/poder-tech/tecnologia/leis-rigorosas-garantem-controle-social-na-internet-chinesa/>, acesso em 30/04/2024.

<https://consejogeneraldepolicia.org/opinion/patrullaje-inteligente/>, acesso em 29/04/2024.

<https://diariodocomercio.com.br/opiniaovideomonitoramento-paracidades-seguras/>, em 02/05/2023.

<https://epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/>, acesso em 27/04/2024.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/19/entenda-o-que-e-o-pegasus-software-de-espionagem-que-teria-sido-usado-para-invadir-smartphones-de-milhares-de-pessoas.ghtml>, acesso em 25/04/2023.

<https://nev.prp.usp.br/projetos/pesquisa-uso-cameras-corporais-pela-policia-militar-de-sp/>, acesso em 29/04/2024.

<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/9061/text?s=1&r=7>, acesso em 29/04/2024.

https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052022-use-facial-recognition-technology-area_en, acesso em 29/04/2024.

<https://www.gao.gov/products/gao-04-385>, acesso em 27/04/2024.

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a79cceed915d042206b200/All_About_Open_Source_v2_0VqmDL8QFnoECDAQAQ&usq=AOvVaw1q_eK5Ym0tvDSO4c8dUjw2, acesso em 29/04/2024.

https://www.gov.br/mj/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/categorias-de-publicacoes/planos/plano_nac-_de_seguranca_publica_e_def-_soc-_2021___2030.pdf, em 29/04/2024.

<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/gripe-espanhola.htm>, acesso em 22/03/2023.

<https://www.media.mit.edu>, em 27/04/2024.

<https://www.media.mit.edu/projects/open-government-information-awareness/overview/>, em 27/04/2024. <https://www.wired.com/2003/07/slideshow-government-prying-the-good-kind/>, acesso em 27/04/2024.

<https://www.pdichile.cl/institución/unidades/cibercrimen>, acesso em 29/04/2024.

https://www.policia.es/_es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgpoliciajudicial_bcit.php#, acesso em 29/04/2024.

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238>, acesso em 30/04/2024.

<https://www.ssc.cdmx.gob.mx/organizacion-policial/subsecretaria-de-inteligencia-e-investigacion-policial/policia-cibernetica>, acesse em 29/04/2024.

KUKSO, Federico. *Una historia de control*. In El Atlas de la revolución digital – del sueño libertario al capitalismo de vigilancia. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2019.

LEAL, Rogerio Gesta. *Segurança Pública no Estado Democrático de Direito – avanços e recuos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

LEAL, Rogerio Gesta e SILVA, Ricardo Machado da. *O Direito Fundamental Social à Segurança Pública no Estado Democrático de Direito – parâmetros para políticas públicas de implementação*. Cruz Alta: Ilustração, 2023.

MCNEALY, Scott. *Private Lives? Not ours!* In https://www.pcworld.com/article/16331/private_lives_not_ours.html, acesso em 23/05/2022.

MONGARDINI, Carlo. *Le dimensioni sociali della paura*. Milano: Franco Angeli, 2010.

MOROZOV, Evgeny. *The net delusion: the dark side of internet freedom*. New York: Public Affairs, 2019.

RODRIGUEZ, Miguel Angel Davarra. *De las autopistas de la información a la sociedad virtual*. Madri: Aranzadi Editorial, 2008.

SAISSE, Renan. *Big data contra o crime: efeito Minority Report*. In Revista Digital Direito & TI, [s. l.], 7 set. 2017.

SAUER, Moritz. *Weblogs, Podcasting & Online-journalism*. Cambridge: O'Reilly Verlag GmbH & Co., 2017.

TOFFLER, Alvim. *La tercera ola*. México. Edivisión, 1981.

VAROUFAKIS, Yanis. *Technofeudalism*. London: Bodley Head, 2023.

VATTIMO, Gianni. *La società trasparente*. Roma: Garzanti, 2000.

VERHOEVEN, Charles Leben. *Le principe de précaution – aspects de*

droit international et communautaire. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2022.

WALZER, Michael. *La libertà e i suoi nemici nell'età della guerra al terrorismo*. Roma/Bari: Laterza, 2010.

ZOLO, Danilo. *Sula paura – fragilità, aggressività, potere*. Milano: Feltrinelli Editore, 2011.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. New York: Perseus Books, 2019.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UM PARADOXO A SER SUPERADO¹

Suzéte da Silva Reis²

1 Introdução

O cenário contemporâneo é marcado pelos avanços tecnológicos que ocasionaram mudanças sem precedentes na história da humanidade. A inteligência das coisas, a transformação digital, a inteligência artificial e o desenvolvimento contínuo decorrente da inovação, são alguns dos elementos que compõem o cenário de transformações sociais e econômicas. O mundo do trabalho, enquanto parte desse cenário, também foi afetado de forma muito substancial.

A cada revolução industrial ou tecnológica, surgem as mesmas questões: como ficarão os postos de trabalhos e o que acontecerá com os trabalhadores e trabalhadoras que se tornarem dispensáveis, sendo substituídos pelas máquinas, robôs ou pela inteligência artificial? A história mostra que ocorre uma certa acomodação e uma migração, pois novos postos de trabalho surgem.

Entretanto, as mudanças ocorridas, especialmente na última década, com o avanço exponencial das novas tecnologias e, em particular, da inteligência artificial, põem em xeque essas constatações.

E é nessa perspectiva que a escravidão contemporânea ganha ênfase. Se de um lado tem-se a automação cada vez mais presente no mercado de

1 O artigo é resultado das atividades do projeto de pesquisa “O enfrentamento da escravidão contemporânea na perspectiva do trabalho digno: interlocuções com a dignidade humana e os objetivos de desenvolvimento sustentável”. A pesquisa está vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul.

2 Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre em Direito - Área de Concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior - CAPES, pela UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na contemporaneidade”, vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC

trabalho, do outro constata-se um número cada vez maior de trabalhadores em condições de trabalho que se distanciam muito do trabalho digno e se aproximam cada vez mais do trabalho escravo contemporâneo.

O presente artigo pretende abordar justamente o paradoxo da inteligência artificial nas relações de trabalho e os riscos de aumento dos casos envolvendo a escravidão contemporânea. Para tanto, abordará, inicialmente a evolução tecnológica e o mundo do trabalho, em seguida a caracterização da escravidão contemporânea e, por fim, analisar os impactos diretos no mundo do trabalho, a exemplo do que ocorre nas *click farms*, com a utilização da inteligência artificial e mesmo o futuro de algumas profissões.

2 A evolução tecnológica e o mundo do trabalho

Muito se discute acerca do impacto da inteligência artificial nas relações de trabalho, particularmente no que diz respeito a eventuais riscos de substituição ou de precarização do trabalho humano. Tanto a substituição quanto a precarização alcançam os sujeitos individualmente, com a possibilidade de violação dos direitos fundamentais e ameaça à dignidade humana, bem como afetam a coletividade, pois trazem prejuízos sociais e econômicos.

Em regra, a preocupação mais corriqueira gira em torno da possibilidade de fim dos empregos em razão da automação e do uso cada vez mais recorrente da inteligência artificial. Entretanto, por outro lado, há quem entenda que esse risco é mínimo. Pasquinelli³ defende que o capital não visa eliminar o trabalho humano, mas sim subjugar-lo. Para o autor, o trabalho é uma atividade lógica e a práxis humana também exprime a sua própria lógica. Assim, a tese do trabalho mecânico, substituído pela maquinaria, não poderia prosperar.

Para Marx⁴, o conhecimento das relíquias de ossos tem para a organização do conhecimento da organização das espécies animais já extintas tem também as relíquias de meios de trabalho para a compreensão de formações socioeconômicas extintas. Para ele, o que diferencia uma época econômica de outra não é o que é produzido, mas sim como é produzido.

3 PASQUINELLI, M. *The Eye of the Master: A Social History of Artificial Intelligence*. London: Verso Books, 2023.

4 MARX, K. *O capital*. Livro 1: O processo de produção do capital. Boitempo, 2013, p. 330.

O “como” é produzido fornece uma medida do grau de desenvolvido da força de trabalho, assim como das condições sociais nas quais se trabalha.

Historicamente, o trabalho humano é afetado pelas modificações dos sistemas e modos de produção e a cada nova revolução industrial, o debate volta à cena. A divisão social do trabalho se intensifica com o passar do tempo. A globalização foi um dos motores dessas mudanças, especialmente a partir do uso de infraestruturas de comunicação para, por exemplo, desempenhar o papel de supervisão e quantificação da produção, haja vista que o “patrão” já não dava mais conta de fazê-lo.

Os meios de comunicação de massa possibilitaram a comunicação entre países e continentes. Ao mesmo tempo, permitiram o acesso a novos conhecimentos e a novas formas de controle. Para tanto, novos mecanismos foram necessários. A divisão social do trabalho é um meio para medir o próprio trabalho e os comportamentos sociais, assim como diferenciar as pessoas em razão da sua capacidade produtiva. Pasquinelli⁵ assevera que a inteligência artificial do século XXI somente foi possível em razão das métricas estatísticas que foram anteriormente introduzidas para quantificar as capacidades cognitivas e sociais relacionadas com o trabalho. Resumindo, o autor defende que a Inteligência Artificial é resultado de um longo processo de automação do trabalho e que, da mesma forma como as máquinas industriais, os algoritmos de aprendizagem automática adaptam o seu modelo interno aos padrões dos dados de treino, através de um processo comparável de tentativa e erro.

No cenário contemporâneo, vivencia-se um paradoxo: se de um lado a revolução tecnológica e a inteligência artificial serão responsáveis por alavancar a produtividade, impulsionar o crescimento global e aumentar os rendimentos, de outro há o risco de aprofundamento das desigualdades. Isso porque, o acelerado crescimento da inteligência artificial impactou e impactará ainda mais o mercado de trabalho, com grande probabilidade de empregos serem substituídos pela inteligência artificial ou de precarização do trabalho humano.

Nessa perspectiva, duas situações merecem destaque: a primeira diz respeito ao impacto da inteligência artificial no mercado de trabalho e na vida dos trabalhadores e trabalhadoras, e a segunda está relacionada à precarização daqueles que trabalham para “alimentar” a inteligência

5 PASQUINELLI, M. *The Eye of the Master: A Social History of Artificial Intelligence*. London: Verso Books, 2023.

artificial. No segundo caso, especialmente o microtrabalho e o trabalho nas click farms merecem destaque.

Estudos do Fundo Monetário Internacional apontam que atualmente 40% dos empregos estão expostos à inteligência artificial, afetando não apenas tarefas rotineiras e mecânicas, mas também empregos qualificados. Assim, nas economias avançadas, o impacto da inteligência artificial é maior ainda, alcançando até 60% dos empregos. De outro lado, os empregos que exigem menos qualificação também serão afetados, pois como a inteligência artificial será capaz de executar tarefas essenciais e que são realizadas por seres humanos, poderá haver uma redução na procura por mão-de-obra, provocando redução salarial, redução de contratação e até mesmo o desaparecimento de alguns empregos.

Pesquisa da Universidade de Harvard apontou que no trabalho on-line nos Estados Unidos houve uma queda de 2% na demanda por trabalhadores de pequenas empresas e freelancers e uma diminuição de mais de 5% na sua remuneração desde o lançamento do ChatGPT. Ou seja, além de reduzir a oferta de emprego, diminuiu o valor do trabalho mais qualificado. Outro estudo apontou que nas atividades de consultoria a empresas e governos, analistas e planejadores que utilizaram o ChatGPT como assistente melhoraram em cerca de 40% a qualidade dos seus relatórios, quando comparados àqueles que não utilizaram a mesma ferramenta.

O mesmo estudo apontou que após a chegada do ChatGPT, os trabalhos nas áreas de redação de textos e programação tiveram redução de 21% e no setor de geração de imagens o declínio foi de 17% na demanda por trabalhadores freelancers.

Porém, Chomsky⁶ pondera que apesar dos instrumentos de aprendizagem automática, como o ChatGPT da OpenAI, o Bard da Google e o Sidney da Microsoft serem maravilhas da aprendizagem automática que conseguem tomar quantidades de dados e procurar modelos para tornar esses dados cada vez mais competentes para gerar novos dados, eles diferem profundamente do modo como os humanos pensam e utilizam as palavras. Isso porque o “espírito humano não é um enorme motor de buscas estatísticas em busca de modelos, engolindo centenas de terabytes de dados e extrapolando a resposta mais provável a uma pergunta ou a solução mais verossímil para um problema científico”. Ao contrário! O autor defende que o espírito humano é um sistema espantosamente eficaz

6 CHOMSKY, Noam. The false Promise of ChatGPT, 2023.

e refinado, que funciona com pequenas quantidades de informação e que ao invés de tentar deduzir correlações sumárias a partir de dados, busca elaborar explicações.

De qualquer modo, é imperativo invocar a atuação do estado para regular o uso da inteligência artificial nas relações de trabalho, sob pena de comprometimento dos preceitos que orientam o trabalho digno e o trabalho decente. O objetivo principal é assegurar a observância dos preceitos que orientam o trabalho digno e asseguram o respeito aos direitos fundamentais.

3 A caracterização da escravidão contemporânea

A escravidão no Brasil perdurou por mais de três séculos e somente no final do século XIX, em 13 de maio de 1888, foi abolida. A abolição foi um marco para as relações sociais e econômicas do país e marcou, inicialmente, um período conturbado, marcada por reivindicações do recém libertos por direitos e respeito. Entretanto, apenas a formalização da abolição não foi suficiente para que a escravidão fosse completamente superada.

Diferentemente do que era a característica marcante da escravidão nos séculos passados, a escravidão contemporânea atinge um universo mais significativo e variado de pessoas, incluindo homens, mulheres e crianças, das mais diversas etnias e regiões, e alcançando uma gama maior de atividades econômicas.

No Brasil, a construção da escravidão esteve articulada com as diferentes conjunturas da economia capitalista mundial. As incorporações dos espaços produtivos coloniais e nacionais às fronteiras mercantis do capitalismo global originaram um vasto mosaico de atividades econômicas fundadas na exploração do trabalho escravo. O começo foi com as colônias açucareiras e se expandiu com a expansão da economia mineradora, que trouxe uma nova transformação no espaço econômico e social da escravidão. Ao longo do século XVIII o país importou cerca de 2 milhões de escravos pelo tráfico negreiro transatlântico, que eram utilizados tanto na produção açucareira quanto nas minas.⁷

No cenário contemporâneo, a exploração do trabalho humano, na condição análoga a de escravo, alcança tanto as áreas urbanas quanto

7 MARQUESE, R. B. Economia escravista mundial. In: SCHWARCZ, L.; GOMES, F. Dicionário da escravidão e liberdade. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

rurais, assim como atinge grandes e pequenas empresas, inclusive alcança o trabalho doméstico.

A adoção da nomenclatura que melhor define a exploração do trabalho humano em condições de submissão e exploração varia. É importante destacar que, no Brasil, a abolição da escravidão ocorreu, formalmente, em 1888. Desse modo, juridicamente não há que se falar em trabalho escravo. Todavia, a prática permanece e é uma realidade. Portanto, a utilização dos termos escravidão contemporânea ou trabalho em condições análogas a de escravo, conforme previsão do Código Penal Brasileiro, são as mais indicadas.

Brito Filho⁸ traz uma definição importante para o trabalho escravo contemporâneo:

Pode-se definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador.

No âmbito da legislação brasileira, penalizando o trabalho escravo contemporâneo ou a redução à condição análoga à de escravo, o Código Penal de 1940 tinha uma previsão genérica. Estabelecia o crime de “Redução a condição análoga à de escravo”, no artigo 149, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. Embora possa ser vista por alguns como positiva, de forma que poderiam ser enquadradas várias condutas pelo tipo aberto, há que se considerar que, especialmente, no Direito Penal, exige-se tipificação clara e precisa.

O ponto de avanço foi a tipificação dentre os crimes contra a liberdade pessoal. No entanto, a penalização não combatia, em específico, as questões vinculadas ao trabalho escravo infantil (muito comum nas carvoarias, com família inteiras submetidas à escravização) e à discriminação decorrente de origem (por exemplo, o trabalhador pobre de regiões do Nordeste). Assim, precisava-se um progresso na especificação das hipóteses da escravidão moderna, além do aumento de pena para situações de trabalho infantil ou por motivo de discriminação.

Em 2003, a Lei n. 10.803, de 11 de dezembro, detalhou as hipóteses de configuração do tipo penal e de aumento da metade da pena

8 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 125-150, p. 133.

se o trabalho é contra criança ou adolescente e, também, em casos de preconceito nas suas mais variadas formas:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Da redação do referido artigo, extraem-se os dois modos de execução da redução à condição análoga à de escravo: típicos e atípicos. Os modos típicos incluem o trabalho forçado, a jornada exaustiva, o trabalho em condições degradantes e a restrição de locomoção em razão de dívida contraída, também conhecida como servidão por dívida. O trabalho forçado é aquele que ultrapassa os limites normais da obrigatoriedade da prestação do serviço em função do contrato de trabalho, ou seja, a intensidade da obrigatoriedade será a marca distintiva. Já a jornada exaustiva decorre da exigência de trabalho além dos limites extraordinários previstos na legislação e, segundo Figueira, Prado e Galvão⁹ é aquele “capaz de causar prejuízos à saúde física e mental, e decorrente de uma situação de sujeição que se estabelece entre ambos, de maneira forçada ou por circunstâncias que anulem a vontade do primeiro”.

As condições degradantes negam ao trabalhador os direitos mínimos legais, sendo que “esses direitos mínimos correspondem à existência de trabalho; a liberdade e a igualdade no trabalho; o trabalho em condições justas, a remuneração e as condições dignas de trabalho, dentre outros”¹⁰.

9 FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; GALVÃO, E. M. *Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013, p. 36.

10 REIS, Suzete da Silva; DORNELLES, Daniëlle. O princípio constitucional da solidariedade como diretriz para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. In: *Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II*. Organização

Ainda dentre os modos típicos, há a restrição de locomoção por dívida envolvendo coação ou qualquer outro meio de impossibilidade do direito de ir e vir do trabalhador, em função de qualquer tipo de dívida. Destaca-se que a alegação pelo empregador de dívida lícita não é suficiente para conceder o direito de restringir a liberdade do trabalhador.

Por outro lado, os modos atípicos, ou modos por equiparação, previstos no artigo 149 do Código Penal, tipificados a partir do comportamento que objetiva a retenção do trabalhador no local de trabalho, por quatro condutas possíveis: a) cerceamento do uso de qualquer meio de transporte (por exemplo, deixar o trabalhador em local de difícil acesso); b) manutenção de vigilância ostensiva (por exemplo, pessoas armadas, ou não, intimidando qualquer iniciativa de saída do local); c) retenção de documentos (por exemplo, a CTPS ou identidade); d) retenção de objetos de uso pessoal do trabalhador (por exemplo, roupas guardadas em armário com chave em poder do empregador). Logo, subjugar o trabalhador e reduzir a sua liberdade, pelo domínio do tomador dos serviços, é uma grave violação à dignidade do ser humano.

Assim, conforme Brito Filho¹¹ “dignidade e liberdade, dessa feita, andam juntas na questão do trabalho escravo, sendo os bens jurídicos tutelados pelo art. 149 do Código Penal, qualquer que seja o modo de execução”. Pela redação original do referido artigo, o foco do dispositivo estava na restrição da liberdade (e conectada à dignidade humana). A nova redação, em 2003, manteve a inserção nos crimes contra a liberdade pessoal, mas ampliou a proteção do trabalhador, na medida em que tipifica a violação de direitos envolvendo a saúde e a segurança.

E é nesse contexto que a escravidão contemporânea, em suas mais variadas formas, se insere.

A tipificação legal sobre o trabalho escravo contemporâneo está em sintonia com diretrizes internacionais. O inciso I do artigo 2º da Convenção n. 29 da OIT, denominada “Convenção sobre o Trabalho Forçado de 1930” define trabalho forçado ou obrigatório: “a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”. Na mesma linha, o artigo 1º da Convenção

CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva; Daniela Menengoti Ribeiro; Suzete da Silva Reis. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 43-59, p. 50.

11 BRITO FILHO, J. C. M. *Trabalho escravo: caracterização jurídica*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 75

n. 105 da OIT (denominada “Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado de 1957”) estabelece o compromisso de não utilização do trabalho forçado para diversos fins.

Nesse contexto, e diante do cenário econômico e social, marcado pelos avanços das tecnologias e da inteligência artificial que poderão afetar significativa e drasticamente o emprego de muitos trabalhadores e trabalhadoras, obrigando-os a sujeitar-se as mais diversas formas de exploração e precarização, é que impõe-se refletir sobre as situações que afetam sobremaneira a dignidade humana.

Ainda que pareça ser um paradoxo – de um lado avanços tecnológicos que modificarão o mundo e o mercado de trabalho e, de outro lado, a perpetuação da exploração do trabalho humano tal e qual acontecia a mais de três séculos. Essa exploração do trabalho, que caracteriza a escravidão contemporânea, tem novas e diferentes características, todavia, os efeitos nefastos permanecem os mesmos.

4 As novas roupagens do trabalho precarizado e a escravidão contemporânea

Inúmeros tem sido os relatos e denúncias de trabalho em condições análogas à de escravo ou de escravidão contemporânea, nos mais diversos segmentos econômicos e regiões. O cenário preocupa, especialmente diante da tendência de redução de postos de trabalho em razão da substituição da mão de obra humana por novas tecnologias ou pela inteligência artificial.

Esses trabalhadores e trabalhadoras tornam-se mais vulneráveis e propensos a aceitar qualquer forma de trabalho, ainda que garantam uma remuneração mínima e muito abaixo dos parâmetros mínimos, bem como sujeitam-se a jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho. E muitos desses trabalhadores e trabalhadoras acabam trabalhando, justamente, para “alimentar” as ferramentas de inteligência artificial.

Exemplo disso é uma situação que merece destaque e atenção e diz respeito às *click farms* – fazendas de cliques – que tem se proliferado e que, além da desinformação e fraudes, repercute na precarização da mão de obra. Normalmente, as *click farms* estão localizadas em países em desenvolvimento, como China, Índia, Nepal, Sri Lanka, Egito, Indonésia, Filipinas e Bangladesh, porém o resultado da sua atuação alcança o mundo todo.

As plataformas de fazendas de cliques têm o funcionamento muito semelhante aos espaços dos *call centers*, onde vários trabalhadores trabalham, via telefone, ao mesmo tempo. Nas fazendas de cliques, porém, não são vendidos produtos, mas sim cliques em mídias sociais. As fazendas de cliques apresentam-se como plataformas que conectam clientes que precisam de “seguidores reais” a trabalhadores e se constituem em elemento importante da plataformização do trabalho.¹²

O perfil de quem trabalha para as fazendas de cliques é de mulher, com histórico de trabalho informal, articulando trabalhos por plataformas, de cuidados e reprodutivo¹³. Ou seja, verifica-se que quem se submete a essa forma de trabalho precarizada está em situação de vulnerabilidade econômica.

As fazendas de cliques, que são plataforma de microtrabalho, remuneram os usuários conforme os cliques nas redes sociais, normalmente pagando centavos por serviços pelos quais cobram milhares de reais. Por outro lado, contribuem para a desinformação e para a precarização da mão de obra.

Os usuários recebem, em média, um dólar por mil curtidas ou por seguir mil pessoas no Twitter, hoje X. Empresas ou indivíduos podem entrar em contato com uma click farm e comprar, por exemplo, 1.000 cliques ou 500 retuítes por US\$ 10. Como 1.000 cliques custam ao click farm apenas um salário médio de um dólar americano, a margem de lucro é bastante considerável.

Apesar de tais trabalhadores e trabalhadoras estarem em outros países, o Brasil também é afetado, haja vista que a maioria dessas plataformas são transnacionais e toda e qualquer mediação de trabalho e pagamentos ocorre no formato virtual.

Casilli¹⁴ assevera que essas plataformas aceleram e intensificam a plataformização do trabalho por meio de um processo de fragmentação do trabalho e de produção de dados para automação. Para o autor, a nomenclatura microtrabalho, microtarefa ou trabalho do clique são utilizadas para tarefas repetitivas e que exigem poucas habilidades e atingem cerca de 160 milhões de microtrabalhadores, a maioria do Sul Global.

12 GROHMANN, R. Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal. EPTIC, v. 22, n. 1, 2020.

13 TUBARO, P. *et al* Hidden inequalities: the gendered labour of women on micro-tasking platforms. Internet Policy Review, Online First, 2022.

14 CASILLI, A. *Em attendant les robots: enquête sur le travail du clic*. Paris: Seuil, 2019.

As condições de trabalho dos microtrabalhadores, que exigem longas horas de dedicação e ainda assim geram uma remuneração muito baixa, sem qualquer proteção jurídica ou social, assemelha-se à escravidão contemporânea. A gravidade da situação dos microtrabalhadores não é visualizada, pois o trabalho, em regra, é feito da própria casa, com o computador ou telefone próprio.

Além da precarização, a desinformação e as fraudes são potencializadas com o uso da plataforma das fazendas de clique. É o caso do “Click farm”, conhecido também como “fraud farm”, que é um grupo de trabalhadores mal remunerados que realizam ataques fraudulentos em grande escala. Esses trabalhadores são pagos para realizar a mesma tarefa repetidamente, como registrar uma conta falsa ou preencher um CAPTCHA. Essas empresas oferecem seguidores e curtidas em redes sociais, post e comentários em sites ou mídias sociais, compartilhamento de artigos de notícias falsas. Com isso, são criadas taxas artificiais de engajamento, indução a acreditar em falsos influenciadores digitais ou indução dos consumidores a achar que um produto ou um serviço é bem pelo alto número de curtidas e de avaliações positivas.

A condição desses trabalhadores e trabalhadoras, muitas vezes, se assemelha ao trabalho escravo contemporâneo e implica na violação dos direitos fundamentais e na dignidade humana e atinge, em sua grande maioria, países sub-desenvolvidos ou em desenvolvimento.

O Sul global é o motor do capitalismo de plataforma, onde são realizadas as maiores atividades para o aprendizado da máquina. As empresas - Facebook, Google, Amazon, TikTok e Microsoft, dentre outras, contam com uma grande quantidade de tarefas curtas de dados que alimentam a sua capacidade de inteligência artificial. Os trabalhadores que realizam esses trabalhos fragmentados são de diferentes países e trabalham sozinhos, de suas casas ou lan houses, o que dificulta a sua organização.¹⁵

Esse trabalho oculto, invisível, não está sujeito a nenhuma forma de controle. Como a remuneração é baixa, são necessárias muitas horas de trabalho para auferir uma renda relativamente razoável. Qualquer questionamento ou insurreição, leva a não contratação futura. Com isso, milhares de trabalhadores e trabalhadoras se submetem a esse tipo de trabalho, configurando e perpetuando uma das formas da escravidão contemporânea.

15 JONES, P. *Work without the worker: labour in the age of platform capitalism*. Verso Books, 2023.

5 Conclusão

Tratar de temas que, num primeiro momento, parecessem totalmente opostos e sem qualquer relação, exige compreender os sentidos do trabalho e as mudanças que o mercado de trabalho sofreu nas últimas décadas. A perpetuação da escravidão, nas suas mais diversas formas, continua sendo um dos maiores desafios a serem enfrentados para que se garanta a realização plena da cidadania e o exercício dos direitos fundamentais assegurados pelas normativas internacionais e pelo ordenamento jurídico nacional.

As normas internacionais têm auxiliado no resgate da dignidade dos trabalhadores, estabelecendo definições e pautando o modo de agir das nações e impondo condições para que o trabalho escravo, ou o trabalho forçado como é tratado no âmbito internacional, seja, de fato, erradicado. Porém, os avanços não ocorrem de forma constante.

Nesse sentido, a inteligência artificial e as novas tecnologias, ainda que indiretamente, podem ser fatores que contribuem para o aumento do trabalho em condições análogas a de escravo. Isso porque, com a substituição da mão de obra humana pela tecnologia ou pela inteligência artificial, um número expressivo de trabalhadores e trabalhadoras ficam sem emprego e acabam, desse modo, se submetendo ao trabalho em condições precárias e mal remunerado. Com a baixa remuneração, vem as longas jornadas de trabalho e a submissão a condições degradantes.

Mesmo que novos postos de trabalho sejam criados, abrindo um novo leque de oportunidades, muitos ficarão à margem do mercado de trabalho, o que contribui para a propagação do trabalho escravo contemporâneo. Até mesmo porque, como visto, para alimentar a inteligência artificial, por exemplo, ainda é necessário que um trabalhador humano realize determinadas tarefas. A contratação de trabalhadores digitais pelas plataformas para realização de microtrabalhos é o exemplo mais claro das mudanças que estão ocorrendo. Ou seja, ainda é necessário que humanos realizem tarefas que os computadores e a inteligência artificial não conseguem realizar.

Por outro lado, aqueles trabalhadores que não conseguem se inserir no mercado de trabalho, ou porque seu posto de trabalho foi automatizado ou porque não tem as habilidades e competências necessárias para se inserir no novo mercado de trabalho, acabam sendo empurrados para a informalidade ou aceitando qualquer oportunidade de trabalho que surgir,

ainda que a mesma seja degradante, mal remunerada ou exercida em condições precárias.

A tarefa não é simples. O avanço na erradicação do trabalho escravo passa pela redução das desigualdades sociais. Nos dias atuais, traçando um paralelo entre a antiga escravidão legalizada e a escravidão abolida, mas ainda existente, percebe-se que, na prática, só não se vendem os escravos, pois o trabalho forçado, as condições degradantes e as jornadas exaustivas persistem, atingindo toda a sociedade, porque parte dos seus integrantes é tratado como objeto. O combate à escravidão exige continuidade de propósito.

Referências

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 125-150.

BRITO FILHO, J. C. M. *Trabalho escravo: caracterização jurídica*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017

CASILLI, A. *Em attendant les robots: enquête sur le travail du clic*. Paris: Seuil, 2019.

CHOMSKY, Noam. The false Promise of ChatGPT, 2023. Disponível em <https://www.nytimes.com/2023/03/08/opinion/noam-chomsky-chatgpt-ai.html>. Acesso em: 19 abr. 2024.

FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; GALVÃO, E. M. *Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.

GROHMANN, R. Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal. *EPTIC*, v. 22, n. 1, 2020.

JONES, P. *Work without he worker: labour in te age of plataforma capitalismo*. Verso Books, 2023.

MARX, K. *O capital*. Livro 1: O processo de produção do capital. Boitempo, 2013.

PASQUINELLI, M. *The Eye of the Master: A Social History of Artificial*

Intelligence. London: Verso Books, 2023.

MARQUESE, R. B. Economia escravista mundial. In: SCHWARCZ, L.; GOMES, F. Dicionário da escravidão e liberdade. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REIS, Suzete da Silva; DORNELLES, Daniéle. O princípio constitucional da solidariedade como diretriz para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. In: *Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II*. Organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva; Daniela Menengoti Ribeiro; Suzete da Silva Reis. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 43-59.

TUBARO, P. *et al* Hidden inequalities: the gendered labour of women on micro-tasking platforms. Internet Policy Review, Online First, 2022.

ABORDAGEM LEGAL DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA NOS DIREITOS ESPANHOL E EUROPEU

Carlos Aymerich Cano

1 Inteligência artificial e direitos fundamentais: a discriminação algorítmica

D esmentindo a promessa do fetichismo tecnológico, o uso de sistemas de Inteligência Artificial para gerar ou apoiar decisões, nem sempre produz neutralidade, se por tal se entende a eliminação dos vieses e preconceitos humanos.

Diversas decisões judiciais, tais como as ditadas nos assuntos SyRI nos Países Baixos¹ ou Deliveroo² na Itália, demonstram precisamente o contrário: o uso de estes sistemas de IA podem agravar e amplificar a discriminação face determinados coletivos de pessoas por razão da sua origem étnica ou nacional, o seu género ou opção sexual, a sua classe social, a sua idade, saúde, etc.

Junto com a escassa operatividade das agências competentes, a legislação de proteção de dados pessoais tem se mostrado insuficiente face esta discriminação algorítmica, já que muitos tratamentos discriminatórios

1 Em fevereiro de 2020, um tribunal de Haia (Países Baixos) declarou ilegal um sistema algorítmico utilizado pelo Governo neerlandês, denominado SyRI (acrônimo de *Systeem Risico Indicatie*). O objetivo do algoritmo consistia em prevenir e combater a fraude contra a segurança social e a fazenda pública, e seu funcionamento baseava-se no uso do *big data* para a elaboração de perfis que, atribuídos à cada cidadão ou cidadã, determinavam o nível de risco e a probabilidade de fraude. O tribunal declarou que o SyRI não cumpria com as exigências de proporcionalidade e transparência necessárias, e que infringia o direito à vida privada estabelecido no artigo 8.2 do Convênio Europeu de Direitos Humanos de pessoas, maioritariamente, de renda baixa e origem imigrante, que viviam em “distritos problemáticos”. Uma análise da sentença em EGUILUZ CASTANEIRA, 2020.

2 Em dezembro de 2020, um tribunal de Bolonha (Itália) declarou discriminatório o denominado algoritmo Frank, usado por Deliveroo para categorizar (rankear) a seus repartidores. O algoritmo ordenava a categoria “índice de fiabilidade” em base às faltas e aos não cancelamentos a tempo de seus turnos dentro do sistema de reserva de vagas para realizar os encargos, sem valorizar as causas de fundo das ausências dos repartidores. Em resumidas contas, para o sistema de IA era o mesmo faltar ao trabalho por desobediência ou por razões banais que o fazer por uma doença ou pelo exercício do direito a greve (OLIVA LEÓN 2021). Para o tribunal, o fato de o algoritmo não ter em conta as razões que há por trás de um cancelamento equivale a uma discriminação e penaliza injustamente aos trabalhadores com razões legalmente legítimas para não trabalhar.

através de sistemas de IA não empregam dados pessoais protegidos – eis, por exemplo, o do código postal ou do lugar de residência. Além do mais, a normativa de proteção de dados não seria aplicável quando o tratamento de dados pessoais é realizado num país terceiro, fora da UE, desde o que se importam os dados previamente anonimizados.

2 Discriminação algorítmica e viés algorítmico

Embora se trate de conceitos diferentes - um procedente do âmbito informático, outro do jurídico; um atende ao erro do sistema, o outro na produção de um resultado injusto - é interessante conhecer os diferentes tipos de viés algorítmico que podem produzir resultados discriminatórios:

- Viés de automatização, decorrente da confiança excessiva nos resultados gerados pelos sistemas de IA.
- Viés herdado, derivado do uso de dados de treino com um viés determinado ou pouco representativos.
- Viés de correlação, quando o algoritmo associa diferentes dados que produzem resultados discriminatórios.
- Viés de amplificação, resultante da capacidade dos algoritmos de processarem uma grande quantidade de dados muito rapidamente que faz com que os resultados discriminatórios afetem a um grande número de pessoas em muito pouco tempo

Estes vieses podem proceder de fatores como a (má) qualidade dos dados, de um desenho viesado do sistema de IA (consciente ou inconsciente) e da imprevisibilidade e falta de transparência dos resultados produzidos por sistemas complexos (efeito *black box*). Por vezes, a dificuldade é legal, por quanto os sistemas de IA estão protegidos pelas leis de propriedade intelectual e de segredos comerciais que amparam essa ausência de transparência.

Contradizendo uma afirmação comum, nem sempre a discriminação algorítmica é consequência de da má qualidade dos dados: assim por exemplo, um sistema de IA desenhado para calcular o salário tenderá a discriminar as mulheres mesmo se utiliza dados de boa qualidade porque, de meia, as mulheres auferem na União Europeia salários um 13% menores que os dos homens. Os dados são corretos, a injustiça está numa outra parte (RODIÑO DOMINGUES, 2024).

Devido às diferenças que existem entre eles, o uso indiferenciado nos textos normativos dos termos viés e discriminação (assim por exemplo,

no Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia) levanta os seguintes problemas:

- O viés algorítmico tem que criar dano ou desvantagem para um grupo protegido ou com base num critério protegido. No caso da legislação antidiscriminação da União Europeia estes são a origem racial ou étnica, sexo ou género, deficiência, religião ou crença, orientação sexual e idade.

- Em segundo lugar, a legislação europeia aborda o preconceito algorítmico apenas em certas áreas da vida, incluindo trabalho e acesso a certos bens e serviços.

- Por fim, para poder ser qualificado como discriminação, o viés algorítmico deve cair dentro da dicotomia central da legislação antidiscriminação da União Europeia: discriminação direta – discriminação indireta.

3 Discriminação direta e indireta

O Direito antidiscriminatório europeu diferencia entre discriminação direta e indireta.

A primeira existe quando o tratamento diferenciado ao que uma pessoa é submetida responde a um motivo proibido, quais são sexo, raça, origem étnica, religião, orientação sexual ou incapacidade.

A segunda aparece quando um tratamento (critério, prática, norma, etc.) formalmente neutro coloca um pessoa numa situação menos favorável do que outras por razão do seu sexo, religião, etc. Fica excetuado o caso em que, de acordo com o princípio de proporcionalidade, o critério utilizado atenda a um fim legítimo e os meios sejam julgados como necessários e adequados.

Obviamente, a discriminação algorítmica pode ser tratada mais facilmente a partir da discriminação indireta. Para tal, há que se comprovar se o resultado do sistema de IA tem efeitos diferenciados sobre algum dos grupos protegidos pelas Diretivas europeias antidiscriminação (género, raça, origem étnica ou nacional, orientação sexual). Contudo, é relevante a determinação de se um tratamento discriminatório pode ser qualificado como direto ou indireto³, em especial porque no segundo caso existe a

3 De acordo com XENIDIS, ““The definitions of direct and indirect discrimination provided in the EU equality directives highlight three main legal criteria that in principle serve to distinguish between direct and indirect discrimination: the (absence of) neutrality of a given measure or practice, the existence of a discriminatory ‘treatment’ vs. discriminatory ‘effects’, and the presence of group vs. individual harm. Applying such distinguishing criteria to algorithmic

possibilidade de os tribunais acharem justificado o tratamento diferenciado à luz do princípio de proporcionalidade.

4 Discriminação interseccional e granularidade dos dados

A discriminação interseccional é a provocada pela interação entre diversos fatores de desigualdade (raça, sexo, etc.) sobre uma única pessoa ou coletivo.

O ordenamento espanhol reconhece a discriminação interseccional, definindo-a como aquela que é produzida pela concorrência ou interação de diversas causas de discriminação legalmente previstas, “*gerando uma forma específica de discriminação*”⁴. No Direito comunitário europeu, porém, esta categoria não é reconhecida tal e como o Tribunal de Justiça declarou em 2016 no assunto Parris, negando a existência de uma discriminação interseccional originada pela interação entre a idade e a orientação sexual: o Direito da União Europeia não enxerga uma “discriminação conjunta” de dois ou mais motivos discriminatórios regulados de forma separada⁵.

De qualquer modo, o uso de sistemas de IA faz com que a discriminação vire mais “fina” ou “granular”, isto é, que vá além do número limitado de categorias protegidas e dificultando a identificação de um coletivo mais favorecido com o qual se comparar⁶. Obviamente, a minaria de dados e o Big Data multiplica até quase o infinito estas discriminações interseccionais.

harms to determine whether they qualify as direct or indirect discrimination raises difficult normative questions. Qualifying algorithmic unfairness as direct or indirect discrimination is crucial because it leads to, respectively, a closed or an open-ended regime of justifications” (XENIDIS, 2024).

4 Artigo 6.3.b) da Lei 15/2022, de 12 de julho, integral para a igualdade de tratamento e a não discriminação. Uma análise desta regulação para o âmbito do trabalho em VÁZQUEZ AGUDO, 2024. Uma visão crítica do conceito em ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 2024.

5 Em resumo, no caso Parris (Acórdão de 24 de novembro de 2016, as. C-443/15) ao cônjuge sobrevivente de um antigo professor do Trinity College de Dublin lhe foi denegada a correspondente pensão por não ter registado a sua união de fato na Irlanda antes de cumprir os 60 anos, sendo que isso não foi possível porque o reconhecimento legal de estas uniões homossexuais no Direito irlandês só se produziu numa data posterior ao seu sexagésimo aniversário.

6 SORIANO ARNANZ, 2023.

5 Obstáculos específicos para apreciar discriminação algorítmica

Além da granularidade, a apreciação prática da discriminação algorítmica apresenta problemas específicos:

- Falta de transparência: imaginem um algoritmo de seleção de pessoal que discrimina no acesso a um emprego a mulheres ou pessoas pertencentes a minorias étnicas que, porém, não têm possibilidade de contrastarem os resultados.
- Presença de uma justificação objetiva para o tratamento desigual: alguns autores consideram que a função preditiva dos algoritmos (na medida em que não tomam diretamente a decisão) é um fim legítimo (assim, quando medem a fiabilidade creditícia ou a produtividade laboral) e seria proporcional ao fim perseguido porque as juízas teriam que demonstrar a possibilidade de soluções menos discriminatórias.

6 Quem responde pela discriminação algorítmica?

Em contraste coa doutrina do Tribunal de Justiça da União Europeia que exige a existência de umnexo causal entre os atos do alegadamente responsável e os efeitos discriminatórios⁷, a recente Lei espanhola 15/2022 de igualdade de tratamento, recolhendo jurisprudência anterior do Tribunal Supremo espanhol, em especial a ditada no âmbito de trabalho e de consumo, e a doutrina da Agência Espanhola de Proteção de Dados⁸, estabelece no seu artigo 27.2 a responsabilidade das pessoas empregadoras e prestadoras de serviços e bens desde que a discriminação se produzisse “no seu âmbito de organização ou direção” e não cumprissem com o disposto no artigo 25 de esse mesmo corpo legal, que obriga á aplicação de “métodos ou instrumentos suficientes para a sua deteção, a adoção de medidas preventivas, e a articulação de medidas adecuadas para a cessação das situações discriminatórias”.

7 Pode conferir-se, entre outros, o Acórdão de 13 de janeiro de 2004, as. C-256/01, *Allonby*, sobre diferenças salariais entre empregados e pessoal contratado através de uma empresa de trabalho temporário.

8 Veja-se o Guia da AEPD espanhola sobre “*Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales*”, de 2021, accesível em <https://aepd.es>.

7 Ferramentas legais para combater a discriminação algorítmica

7.1 Transparência

Sendo a opacidade dos sistemas de IA um dos obstáculos fundamentais para a detecção e o combate contra a discriminação algorítmica, o estabelecimento de obrigações de transparência é uma das principais opções legislativas:

- No âmbito laboral, desde 2021 o novo artigo 64.4 do Texto Refundido do Estatutos dos Trabalhadores espanhol, reconhece o direito dos trabalhadores e trabalhadoras a serem informados dos *“parâmetros, regras e instruções em que se baseiam os algoritmos ou sistemas de IA que lhes afectam na tomada de decisões que possam incidir nas condições de trabalho, acesso e conservação do emprego, incluída a elaboração de perfis”*.

- Ainda no ordenamento espanhol e no âmbito do consumo, o artigo 82 do Texto Refundido da Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Utentes reconhece o direito dos consumidores a serem informados dos principais parâmetros que regem a classificação de bens e serviços nas procuras *online*, incluídos seus preços.

- Pela sua vez, no âmbito europeu, o artigo 13.2.f) do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais exige informar aos interessados da existencia de decisões automatizadas, incluída a elaboração de perfis.

- Por fim, o Regulamento de Inteligência Artificial da União Europeia exige que o desenho de sistemas de IA de risco elevado seja transparente para que os utentes possam interpretar os seus resultados e que vão acompanhados de instruções precisas relativas às capacidades e limitações do sistema.

7.2 Regulação dos processos de decisão automatizados

No Direito da União Europeia, nem o Regulamento de Serviços Digitais nem o Regulamento de Inteligência Artificial contém previsões específicas em matéria de discriminação algorítmica. Talvez porque se trata de regulações horizontais que não impedem a aplicação das outras normas especificamente antidiscriminatórias de aplicação geral.

O artigo 22 do RGPD contém, porém, uma regulação geral dos tratamentos automatizados de dados, ao prever que *“o titular dos dados*

tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”.

No Direito espanhol a LO 15/2022 contém previsões antidiscriminatórias gerais de proteção e reparação, de invalidação de atos e contratos, de atribuição de responsabilidade e de inversão – bem que relativa, a partir da apresentação de indícios fundados – do ônus probatório, além de um regime administrativo sancionador específico⁹.

8 Conclusões

As principais conclusões operativas para uma abordagem legal efetiva da discriminação algorítmica são as que a seguir, sem ânimo exaustivo, se expõem:

- Abordagem multidisciplinar da discriminação algorítmica, de modo a evitar a sua redução a apenas um problema de viés que pode ser resolvido tecnicamente, como se não tivesse nada a ver com discriminações estruturais existentes com anterioridade no plano social.
- Garantia de continuidade entre a legislação antidiscriminatória geral e a regulação específica da Inteligência Artificial.
- Estabelecimento de obrigações de transparência específicas para os agentes públicos e privados que empreguem sistemas de Inteligência Artificial e previsão correlativa de direitos e ações acessíveis para as pessoas afetadas.
- Do ponto de vista da governança, é preciso dotar aos órgãos supervisores em matéria de Inteligência Artificial e de luta contra a discriminação de capacidades, formação e recursos suficientes para controlar, prevenir e sancionar os casos de discriminação algorítmica.

Referências

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., “Luces y sombras de la discriminación interseccional desde el constitucionalismo”, *Cuestiones de género: de la*

9 COTINO HUESO, 2023.

igualdad y la diferencia N.º. 19, 2024.

COTINO HUESO, L., “Sesgos y discriminación en la inteligencia artificial del sector público”, 2023, acessível em <https://www.uv.es/catedra-pagoda/ca/actualitat/sesgos-discriminacion-inteligencia-artificial-sector-publico-por-lorenzo-cotino-hueso-1286053802801/Novetat.html?id=1286337226200> (acesso 16 de outubro de 2024).

EGUILUZ CASTAÑEIRA, J.A., “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 68, N.º. 2, 2020.

RODIÑO DOMINGUES, T., “Discriminación algorítmica no emprego e na relação laboral”, *Revista Galega de Dereito Social* n.º 21, 2024.

SORIANO ARNANZ, A., Creating non-discriminatory Artificial Intelligence systems: balancing the tensions between code granularity and the general nature of legal rules, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 38, 2023 (<https://idp.uoc.edu>).

VÁZQUEZ AGUDO, E.M., “La interseccionalidad en las políticas de empleo. La discriminación por ser mujer agravada por la interacción de otra circunstancia personal”, *Femeris* vol. 9 n.º 1, 2024 (www.uc3m.es/femeris).

XENIDIS, R., “When computers say no. Towards a Legal Response to Algorithmic Discrimination in Europe”, em Bartosz Brożek; Przemyslaw Palka; Olia Kanevskaia (eds.), *Research Handbook on Law and Technology*, Edward Elgar Publishing, 2024.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ALGUNOS APUNTES PROVISIONALES

Francisco Javier Sanz Larruga

1 Introducción

La implicación de la sostenibilidad ambiental en el desarrollo de la inteligencia artificial presenta una doble vertiente: de una parte, por la gran potencialidad de sus instrumentos y aplicaciones en la solución de problemas ambientales (previsiones climatológicas, uso eficiente de recursos, monitorización y control de actividades contaminantes, etc.) y, de otra parte, en cuanto a los impactos, directos e indirectos, que el desarrollo de la inteligencia artificial puede tener –y, de hecho, tiene– sobre el medio ambiente (contribución a la emisión de gases de efecto invernadero, consumo de energía, uso de materias primas críticas, etc.). Ante el exponencial incremento de las operaciones derivadas de la inteligencia artificial, todo ello ha llevado a plantear la necesidad de promover una “inteligencia artificial verde”¹.

Cómo incorporar esta temática en la regulación jurídica de la inteligencia artificial es el objeto de esta comunicación y, en particular, de las vicisitudes que esta cuestión está teniendo en el proceso de aprobación del Reglamento de inteligencia artificial en la Unión Europea que está a punto de concluir. No obstante, el interés de introducir la variable ambiental en esta materia trasciende las instancias europeas y, a nivel internacional, la

1 Con la denominación “IA Verde” se refiere, en el mundo científico, a la investigación en que la inteligencia artificial produce resultados novedosos teniendo en cuenta el coste computacional y promoviendo una reducción de los recursos consumidos. Y, como aplicación del IA Verde se recoge el ejemplo de los “algoritmos verdes” que, a su vez, ofrecen una doble contribución: el desarrollo de aplicaciones en distintos ámbitos y sectores que contribuyen a la sostenibilidad y para combatir el cambio climático (*Green-by*) y la búsqueda de vías hacia algoritmos más escalables y sostenibles para reducir la huella de CO₂ de los algoritmos actuales (*Green-in*). Sobre esta temática cfr. los trabajos de Rajeski, D., Reynolds, L. y Wright, S.: *When Software Rules: rule of law in the age of artificial intelligence*, Environmental Law Institute, Washington D.C., 2018 y Araiz Huarte, D. E.: “La inteligencia artificial como agente contaminante: concepto jurídico, impacto ambiental y futura regulación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 130 (2023), pp. 51-103.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial* de noviembre de 2021 recoge muy numerosas referencias al medio ambiente, partiendo del reconocimiento -en su Preámbulo- de “que las tecnologías de la IA pueden ser beneficiosas para el medio ambiente y los ecosistemas y que, para que esos beneficios se materialicen, no deberían pasarse por alto, sino tenerse en cuenta, los posibles daños y las repercusiones negativas que pueden ocasionar en el medio ambiente y los ecosistemas” e incluyendo, entre los objetivos de la inteligencia artificial, el servicio y la protección del medio ambiente (cfr. sus epígrafes 5; 6; 8, c); 12; etc.) y, entre sus valores, se cita la “prosperidad de los ecosistemas y el medio ambiente” (cfr. sus epígrafes 17 y 18)². Por su parte, la Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económicos (OCDE) ha puesto de manifiesto, en uno de sus recientes informes, la necesidad de estudiar los impactos ambientales de los sistemas de inteligencia artificial para medir y disminuir sus efectos negativos³.

De otra parte, en el caso de España, el Gobierno español ha mostrado una especial sensibilidad hacia la protección ambiental en sus iniciativas sobre inteligencia artificial. Así, de forma resumida y siguiendo un orden cronológico, en primer lugar, la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial* (ENIA) -presentada en diciembre de 2020- trata de “dar una respuesta adecuada a los múltiples impactos que se esperan de estos cambios tecnológicos acelerados” para lo cual se requiere “una aproximación interdisciplinar centrada en las personas y el medio ambiente”⁴. Desde la perspectiva jurídica, es reseñable la disposición contenida -sobre el diseño de los “algoritmos verdes”- en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Ecológica al establecer los objetivos de la

2 Hay muchas otras referencias a la protección ambiental en este documento de la UNESCO, en el apartado de los principios (cfr. sus epígrafes 25, 27, 42, 43 y 45) y además al determinar los “ámbitos de actuación” el 5º de los mismos se refiere al “medio ambiente y ecosistemas” (cfr. sus epígrafes 84 a 86). Por otra parte, el Consejo de Europa, en su borrador de “Convención sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho”, en su versión de julio de 2023) contempla entre la evaluación de impacto de la inteligencia artificial los posibles riesgos sobre la protección del medio ambiente.

3 Cfr. su informe titulado: “Measuring the environmental impacts of artificial intelligence compute and applications. The AI footprint”, *OECD Digital Economy Papers*, 15 de noviembre de 2022.

4 Cfr. su “Eje estratégico 5”: “Potenciar el uso de la IA en la Administración Pública y en las misiones estratégicas nacionales” en la que se pone de relieve la utilidad de la inteligencia artificial para “mejorar la transparencia y comunicación de la actividad pública en los sectores de sanidad y servicios sociales, medio ambiente y energía...”.

“digitalización para la descarbonización de la economía”⁵. Posteriormente, en la *Carta de Derechos Digitales* -publicada en julio de 2021- se recoge, en su apartado XXII, el “Derecho a un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible”⁶. Por último, cabe destacar la aprobación por el Gobierno -en diciembre de 2022- del *Plan Nacional de Algoritmos Verdes* que constituye la medida 20 de la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*, situada en el “Eje estratégico 4” –“integrar la inteligencia artificial en las cadenas de valor para transformar el tejido económico” y alineada con el “Desafío Social 2” de la misma Estrategia para “favorecer a la transición ecológica y reducción de la huella de carbono”⁷.

Pues bien, como vamos a comprobar en el apartado siguiente, la inclusión de la perspectiva ambiental en el proyecto de regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea ha experimentado unos vaivenes en su formulación, aunque, finalmente, se ha reconducido -adecuadamente a nuestro juicio- en la dirección correcta conforme a las directrices que orientan en estos momentos las políticas de la Unión. Exponer resumidamente este proceso de formulación y concretar sumariamente sus contenidos esenciales será el contenido del siguiente apartado. Se trata, en todo caso, de un aspecto concreto de la futura regulación de la inteligencia artificial que, salvo excepciones, apenas ha sido tratado en la doctrina española⁸.

2 Las referencias a la sostenibilidad ambiental en la tramitaci-

5 El art. 6, c) recoge entre las acciones previstas para la descarbonización de la economía: “emplear el potencial de las nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial, para transitar hacia una economía verde, incluyéndose, entre otros aspectos, el diseño de algoritmos verdes energéticamente eficientes por diseño”.

6 Este derecho digital establece lo siguiente:

“1. El desarrollo de la tecnología y de los entornos digitales deberá perseguir la sostenibilidad medioambiental y el compromiso con las generaciones futuras, y es por ello, que los poderes públicos impulsarán políticas ordenadas a la consecución de tales objetivos con particular atención a la sostenibilidad, durabilidad, reparabilidad y retrocompatibilidad de los dispositivos y sistemas evitando las políticas de sustitución integral y de obsolescencia programada.

2. Los poderes públicos promoverán la eficiencia energética en el entorno digital, favoreciendo la minimización del consumo de energía y la utilización de energías renovables y limpias”.

7 En el citado Plan Nacional se expresa la “necesidad de aprovechar las sinergias entre la transformación digital y la ecológica, explicitando cómo la tecnología puede ayudar a reducir emisiones, facilitar la adaptación al cambio climático, prediciendo riesgos y accidentes climáticos, abordando asimismo iniciativas en materia de economía circular” (p. 6).

8 Sobre el tratamiento del tema en la doctrina española está la honrosa excepción del trabajo ya citado -muy completo y con numerosas referencias a la doctrina extranjera- del Profesor de la Universidad Pública de Navarra, Araiz Huarte en el n. 130 de la *Actualidad Jurídica Ambiental*, de 2023.

ón parlamentaria del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea

A) Hitos en el proceso de su aprobación.

En el largo y complejo proceso de aprobación de la futura regulación del Reglamento de Inteligencia Artificial que, cuando escribimos estas líneas (febrero de 2024), todavía no ha concluido, pueden distinguirse los siguientes hitos más relevantes⁹:

1º.- Documento de la Comisión Europea sobre la “Estrategia europea de la inteligencia artificial”¹⁰. En este documento se contiene una expresa referencia a que: “la inteligencia artificial puede utilizarse para predecir el cambio climático y medioambiental” y, entre los siete requisitos que deben cumplir las Directrices de una “inteligencia artificial fiable” –“conforme a la Ley”, respetando los “principios éticos” y “sólida”- está el relativo al “bienestar social y medioambiental”¹¹.

2º.- en la actualización del “Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial” de 7 de diciembre de 2018, la Comisión recoge en su comunicación relativa a “fomentar un planteamiento europeo en materia de inteligencia artificial”¹² -que se presenta junto a la propuesta de reglamento sobre inteligencia artificial- una referencia a los objetivos del “Pacto Verde Europeo” y se compromete a apoyar proyectos que apuesten por “modelo de inteligencia artificial más ligeros, con menos uso de datos y que consuman menos energía”¹³. Además, en su documento de Anexos, en su apartado relativo a “forjar un liderazgo estratégico en los ámbitos de gran impacto” (IV. 11) señala, en primer lugar, la oportunidad de “movilizar la

9 Ibidem. pp. 29 y ss.

10 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, la Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulado “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”, Bruselas, 8 de abril de 2019. COM(2019) 168 final.

11 En concreto, se afirma en este apartado del documento que: “para que la IA sea fiable, debe tomarse en cuenta su impacto sobre el medio ambiente y sobre otros seres sensibles. Idealmente, todos los seres humanos, incluso las generaciones futuras, deberían beneficiarse de la biodiversidad y de un entorno habitable. Debe, por tanto, fomentarse la sostenibilidad y la responsabilidad ecológica de los sistemas de IA. Lo mismo puede decirse de las soluciones de IA que abordan ámbitos de interés mundial, como por ejemplo los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas”.

12 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, la Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 21 de abril de 2021. COM(2021) 205 final.

13 Ibidem. p. 45.

Inteligencia Artificial en los ámbitos relacionados con el clima y el medio ambiente”¹⁴.

3º.- en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo u del Consejo “por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión” -de 25 de noviembre de 2022¹⁵- las referencias al medio ambiente son muy escasas: al definir alguna de las consecuencias del “incidente grave” (cfr. el art. 3, 44, d); al prever los casos de exención del procedimiento de evaluación de la conformidad de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo (cfr. el art. 47,1); con relación al tratamiento de datos personales para el desarrollo de determinados sistemas de inteligencia artificial en aras de interés público en el espacio controlado de pruebas (cfr. art. 54, 1, a iii); y al regular los “Códigos de conducta” (cfr. el art. 69, 2).

4º.- en la relación de enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial¹⁶, llama la atención el cambio de enfoque respecto de la propuesta inicial de la Comisión, por una decidida orientación de las propuestas aceptadas a incluir la sostenibilidad ambiental en algunos de los apartados más importantes del mismo.

5º.- posteriormente, se publicó la nota del Parlamento Europeo de 9 de diciembre de 2023 sobre el acuerdo interinstitucional alcanzado sobre la “Ley de inteligencia artificial”, de un consenso -provisional- con el Consejo de la Unión Europea¹⁷.

6º.- el último hito del que tenemos noticia en el momento presente es la publicación del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2024 sobre el “acuerdo provisional resultante de las negociaciones interinstitucionales” de la “propuesta de Reglamento por el que se establecen normas

14 Cfr. pp. 43 a 46 del documento COM(2021) 205 final de Anexos, con numerosas iniciativas para la propia Comisión y para los Estados miembros en la dirección de la una “inteligencia artificial ecológica”. Refiriéndose a este documento, Araiz señala como medidas concretas, de una parte, el “necesario trasvase de datos desde los *data centers* como infraestructuras de alto consumo energético al denominado *edge computing* (computación en el borde)” y, de otra parte, la utilización de “bancos de prueba” (*sandboxes*) para dar cobijo a la puesta en práctica de los diferentes procedimientos previstos en la propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial (“La inteligencia artificial como agente contaminante...”, cit. y loc. cit., pp. 31 y 32).

15 Cfr. el documento 14954/22 -del expediente interinstitucional 2021/01906(COD)- fechado en Bruselas el 25 de noviembre de 2022.

16 Cfr. el documento con referencia P9TA(2023)0236, de 14 de junio de 2023.

17 Cfr. la nota de prensa del Parlamento Europeo sobre la “Lay de Inteligencia Artificial: acuerdo sobre normas generales para una inteligencia artificial fiable” (ref. 09-12-2023 – 00:04. 202312061IPR15699).

armonizadas sobre la inteligencia artificial...”¹⁸. A las referencias expresas a la sostenibilidad ambiental de este texto nos referiremos en el siguiente apartado.

B) Contenidos más relevantes sobre sostenibilidad ambiental en el proyecto de Reglamento sobre Inteligencia Artificial.

Si bien, de la propuesta inicial de Reglamento sobre inteligencia artificial -el ya referido del 25 de noviembre de 2022- no dejaba apenas espacio al medio ambiente como bien jurídico colectivo merecedor de tutela en este campo¹⁹, el texto que se deduce de la aprobación por el Parlamento Europeo -el 14 de junio de 2023- de las enmiendas presentadas, pasa a atribuir a la sostenibilidad ambiental un papel relevante en la regulación referida. Quizá en este cambio de postura ha podido tener que ver la presión de la doctrina ambientalista y, en particular, el estudio promovido por Departamento de Política sobre Economía, Ciencia y Calidad de Vida del Parlamento Europeo, a instancias del Comité Especial sobre “Inteligencia Artificial en la Era Digital”, publicado en mayo de 2021²⁰.

A reserva de lo que pueda resultar de la plasmación final del texto del Reglamento sobre inteligencia artificial, podemos -siguiendo el texto del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2024- resumir del siguiente modo los contenidos más relevantes -sobre referencias a la sostenibilidad ambiental- que resultan de los trámites antes referidos:

1º.- en cuanto al “objetivo del Reglamento”, el art. 1,1 expresa lo siguiente: “mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de la inteligencia artificial centrada en ser humanos y digna de confianza, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales consagrados en la Carta...”, añade: “la democracia, el Estado de Derecho y *la protección del medio ambiente* contra los efectos nocivos de los sistemas de inteligencia artificial en la Unión y apoyando la innovación”. En este sentido, el Preámbulo del

18 Hemos podido acceder a este texto -traducido al español- gracias a la información disponible en la página web del Prof. Lorenzo Cotino (www.cotino.es). El texto citado la sido aprobado el martes de febrero -en votación única- por las Comisiones de Mercado Interior y Libertades de Civiles del Parlamento Europeo. Falta todavía, por lo tanto, la aprobación formal por el plenario del Parlamento Europeo y, posteriormente, el respaldo ministerial por el Consejo de la Unión Europea.

19 Según Araiz, se trata de una “regulación centrada en el ser humano, omitiendo el medio ambiente como bien jurídico colectivo merecedor de tutela” “dejando en manos del sector privado la gestión del problema ambiental” (“La inteligencia artificial como agente contaminante...”, cit. loc. cit. pp. 34 y 42).

20 Cfr. Gailhofer, P. Herold, A., Schemel, J. P., Scherf, C.-S., Urrutia, C., Köhler, A. R. y Braungardt, S.: *The role of Artificial Intelligence in the European Green Deal*, European Parliament, 2021.

Reglamento incide en la justificación de estos objetivos en sus primeros “considerandos” donde se repiten las referencias a la protección del medio ambiente²¹; en particular, destacamos el Considerando 3º donde se explica que:

“La inteligencia artificial es una familia de tecnologías en rápido evolución que contribuye a una *amplia gama de beneficios* económicos, *medioambientales* y sociales en todo el espectro de industrias y actividades sociales. Al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de recursos y personalizar las soluciones digitales disponibles por particulares y organizaciones, el uso de la inteligencia artificial *puede proporcionar ventajas competitivas clave a las empresas y respaldar resultados beneficiosos desde el punto de vista social y medioambiental...*”²².

Y, dado que el Reglamento tiene por objeto la armonización de normas sobre la inteligencia artificial en la Unión Europea, el Considerando 5º establece esta necesidad “para fomentar el desarrollo y la utilización y la asimilación de la inteligencia artificial en el mercado interior que, al mismo tiempo, *responda a un elevado nivel de protección de los intereses públicos*, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, incluidos la democracia, el Estado de Derecho *y la protección del medio ambiente*, tal como se reconocen y protegen en el Derecho de la Unión”²³.

2º.- El enfoque del proyecto de Reglamento de inteligencia artificial está basado en el riesgo y así se estructura su Título III sobre “sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo” que incluye la “clasificación” y “requisitos” de estos sistemas, las “obligaciones de sus proveedores e implantadores”, etc. Y, por este motivo, al definir -en el art. 3, 39- el Reglamento los “incidentes graves” como “cualquier incidente o fallo de funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial que provoque directa o indirectamente” las situaciones que se describen en este precepto, se incluye entre las mismas: “los daños graves a la propiedad o *al medio ambiente*” (apartado b) ter). En el Preámbulo del Reglamento el Considerando 14º bis recuerda las “Directrices éticas para una inteligencia artificial digna de confianza” de 2019, elaboradas por el Grupo de Expertos

21 Cfr. los Considerandos (1), (1bis), (3), (4bis), (5), etc.

22 Los subrayados son nuestros. Se citan diferentes ejemplos en los que la inteligencia artificial puede producir beneficios ambientales y, más concretamente, se recogen los siguientes: “eficiencia energética y de recursos, vigilancia medioambiental, conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas y mitigación del cambio climático y adaptación al mismo”.

23 Los subrayados son nuestros. Con relación al medio ambiente el art. 191, 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que: “la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado...”.

de Alto Nivel sobre IA (HLEG), que incluye entre los siete principios identificados el relativo al “bienestar social y medioambiental”; “bienestar social y medioambiental significa -señala el citado Considerando 14º bis- que los sistemas de inteligencia artificial se desarrollan y utilizan de forma sostenible y respetuosa con el medio ambiente...”. Y, más adelante, el Preámbulo del Reglamento -en su Considerando 28 bis- al destacar la necesidad de evaluar el “alcance del impacto adverso causado por el sistema de inteligencia artificial sobre los derechos fundamentales protegidos por la Carta” que “resulta de especial a la hora de clasificar un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo”, señala que el “derecho fundamental a un alto nivel de protección del medio ambiente consagrado en la Carta y aplicado en las políticas de la Unión también debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar la gravedad del daño que puede causar un sistema de inteligencia artificial...”²⁴.

3º.- Con relación a las solicitudes de normalización de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo o los modelos de inteligencia artificial de propósito general, se establece en el art. 40, 2 del proyecto de Reglamento que la Comisión “emitirá sin demora las mismas” y que, para tal fin, “se pedirán resultados sobre los procesos de información y documentación para mejorar el rendimiento de los recursos de los sistemas de inteligencia artificial, como la *reducción del consumo de energía u otros recursos del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo durante su ciclo de vida, y sobre el desarrollo energéticamente eficiente de modelos de inteligencia artificial de propósito general*”²⁵. Además, sobre la “evaluación de la conformidad” de los sistemas de alto riesgo -previsto en el art. 43 del Reglamento- existe una excepción, la prevista en su artículo 47: “previa solicitud debidamente justificada, cualquier autoridad de vigilancia del mercado podrá autorizar la introducción en el mercado o la puesta en servicio de sistemas específicos de inteligencia artificial del alto riesgo en el territorio del Estado miembro de que se trate, por motivos excepcionales de seguridad pública o de protección de la vida o salud de las personas, *protección del medio ambiente...*”²⁶.

4º.- en la regulación de las “medidas de apoyo a la innovación” -recogidas en el Título V del proyecto de Reglamento- donde se establece

24 Dentro del Capítulo IV de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea se contempla el artículo 37 sobre “protección del medio ambiente” que establece que: “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

25 Los subrayados son nuestros.

26 El subrayado es nuestro.

las normas para las “cajas de arena reguladoras de inteligencia artificial” (o *sandboxes*), a modo de espacios aislados de regulación de la inteligencia artificial a nivel nacional establecidos por sus autoridades competentes, de forma experimental, se prevé un régimen especial de los datos utilizados en dichos entornos. En efecto, dispone el artículo 54 del Proyecto de Reglamento que los “datos personales recogidos legalmente para otros fines podrán tratarse con el fin de desarrollar, formar y probar determinados sistemas de inteligencia artificial en el espacio aislado cuando se cumplan una serie de condiciones entre las que se encuentran la de promover:

- “un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, protección de la biodiversidad, contaminación, así como transición ecológica, mitigación del cambio climático y adaptación al mismo” (apartado 1, ii)
- “sostenibilidad energética” (apartado 1, iii)

5º.- en el Título IX del proyecto de Reglamento sobre “Códigos de Conducta” para la aplicación voluntaria de requisitos específicos, prevé su artículo 69, 2 que “la Oficina de Inteligencia Artificial (de la UE) y los estados miembros facilitarán la elaboración de códigos de conducta “de requisitos específicos a todos los sistemas de inteligencia artificial, sobre la base de objetivos claros e indicadores clave de rendimiento para medir la consecución de dichos objetivos”. Entre los objetivos que se recogen está el relativo a “evaluar y minimizar el impacto de los sistemas de inteligencia artificial en la sostenibilidad ambiental, también en lo que respecta a la programación eficiente desde el punto de vista energético, y técnicas para diseñar, entrenar y utilizar eficazmente la inteligencia artificial” (apartado b).

6º.- finalmente, en el Título XII sobre “disposiciones finales” y, en particular, sobre la “evaluación y revisión” del Reglamento prevé en el artículo 84 -entre otras muchas actuaciones- las siguientes:

- “A más tardar dos años [después de la fecha de aplicación del presente Reglamento a que se refiere el artículo 85, apartado 2] y, a continuación, cada cuatro años, la Comisión presentará un *informe sobre la revisión de los progresos realizados en el desarrollo de productos de normalización sobre el desarrollo energéticamente eficiente de modelos de uso general* y evaluará la necesidad de nuevas medidas o acciones, incluidas medidas o acciones vinculantes...” (apartado 3 bis)²⁷

27 El subrayado es mío.

- “En el plazo de ... [dos años a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento a que se refiere el artículo 85, apartado 2] y, posteriormente, cada tres años, la Comisión *evaluará el impacto y la eficacia de los códigos de conducta voluntarios* para fomentar la aplicación de los requisitos establecidos en el título III, Capítulo 2, para los sistemas de IA distintos de los sistemas de IA de alto riesgo y, posiblemente, otros requisitos adicionales para los sistemas de IA distintos de los sistemas de IA de alto riesgo, *también en lo que se refiere a la sostenibilidad medioambiental*” (apartado 3)²⁸.

Por consiguiente, a lo largo del proceso de aprobación (en curso) del Reglamento sobre inteligencia artificial se ha producido un importante “reverdecimiento” de su contenido, en el sentido de su recepción de la perspectiva y los objetivos de la sostenibilidad ambiental de los sistemas de inteligencia artificial regulados en el repetido Reglamento y, en particular, los de alto riesgo.

3 Reflexiones finales

Una vez que se apruebe definitivamente en Reglamento que ha sido objeto de estudio en esta comunicación -y siempre que se mantenga el contenido acordado hasta el momento- corresponderá aplicar todos los requisitos que contempla para la evaluación de riesgos y de impactos sobre el medio ambiente, sobre medición de los efectos negativos y para la aplicación de los parámetros que establece en relación con el uso de los recursos naturales y la energía y sobre la contaminación que se derive del uso de los sistemas de inteligencia artificial. También será preciso aplicar las normativas que confluyen sobre la sostenibilidad con relación a los requisitos de “diseño ecológico” de los sistemas de inteligencia artificial, de sus componentes o subconjuntos de otros productos relacionados con la energía, así como la proyección de la normativa de evaluación de impacto ambiental sobre los mismos sistemas, tal como propone Araiz en su estudio ya citado²⁹. Asimismo, no cabe duda, de que serán de gran utilidad los instrumentos de naturaleza económica para incentivar la inteligencia artificial ecológica como las ayudas públicas y subvenciones, la fiscalidad

28 El subrayado es mío,

29 Cfr. “La inteligencia artificial como agente contaminante...”, cit. pp. 42 a 48.

verde y la contratación pública ecológica como también señala el mismo autor³⁰.

Ahora bien, tengo para mí que el “*sandbox* regulatorio” de la inteligencia artificial como un espacio digital -que busca conectar a las autoridades competentes con las compañías desarrolladoras de Inteligencia Artificial para definir de forma conjunta buenas prácticas a la hora de implementar la futura regulación europea de Inteligencia Artificial, y garantizar su aplicación-, es particularmente adecuado en la ordenación de la misma; y ello por el peligro de una excesiva ordenación de dichos sistemas podría conllevar el bloqueo del desarrollo y crecimiento de la inteligencia artificial³¹. Además, el régimen jurídico-ambiental necesita un tiempo de adaptación a las nuevas exigencias de la tecnología. En esta dirección, España es uno de los primeros países que ha regulado el funcionamiento de dicho mecanismo a través del reciente Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, por el que se establece el entorno controlado de pruebas para el ensayo de cumplimiento de la propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia artificial³².

Finalmente, como mantiene la profesora Amaya Arias -en su estudio sobre “nuevas tecnologías y sostenibilidad ambiental”³³- “al Derecho ambiental le corresponde una tarea fundamental”, así, “en el marco de su finalidad de prevención de daños al medio ambiente, pero también de proteger los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, esta disciplina debe dar una respuesta orientada a evaluar, aprovechar y fomentar el desarrollo de estas nuevas tecnologías”, “Y para aprovechar esta nueva realidad se requiere de innovación y creatividad, concretamente en el diseño de herramientas jurídicas y de política que incorporen de manera adecuada las nuevas oportunidades y riesgos que representa esta nueva realidad”³⁴. Una vez más estamos convencidos de que el Derecho Ambiental, con su enorme potencial innovativo, está llamado a desempeñar un gran

30 Ibidem. p. 49.

31 Cfr. el documento publicado por la Asociación Española para la Digitalización (DigitalES): *Algoritmos Verdes. 10 retos para el desarrollo de la Inteligencia Artificial Sostenible*, mayo de 2022, p. 23.

32 Publicado en el BOE n. 268, de 9 de noviembre de 2023.

33 Su trabajo titulado: “Nuevas tecnologías y sostenibilidad ambiental: respuestas desde el Derecho Ambiental”, *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*. Tomo II, Políticas y públicas y regulación en las tecnologías disruptivas / C. Isaza Espinosa [y otros]; J. C. Henao, S. Tellez Cañas (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2021, pp. 702-732.

34 Ibidem. p. 727.

papel en la ordenación de algunos de los retos jurídicos que presenta el desarrollo e implantación de la inteligencia artificial.

Bibliografía

Amaya Arias, A.: “Nuevas tecnologías y sostenibilidad ambiental: respuestas desde el Derecho Ambiental”, *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*. Tomo II, Políticas y públicas y regulación en las tecnologías disruptivas / C. Isaza Espinosa [y otros]; J. C. Henao, S. Tellez Cañas (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2021, pp. 702-732.

Araiz Huarte, D. E.: “La inteligencia artificial como agente contaminante: concepto jurídico, impacto ambiental y futura regulación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 130 (2023), pp. 51-103

Asociación Española para la Digitalización (DigitalES): *Algoritmos Verdes. 10 retos para el desarrollo de la Inteligencia Artificial Sostenible*, mayo de 2022

Gailhofer, P. Herold, A., Schemel, J. P., Scherf, C-S., Urrutia, C., Köhler, A. R. y Braungardt, S.: *The role of Artificial Intelligence in the European Green Deal*, European Parliament, 2021

Gobierno de España: *Programa Nacional de Algoritmos Verdes*,

Rajeski, D., Reynolds, L. y Wright, S.: *When Software Rules: rule of law in the age of artificial intelligence*, Environmental Law Institute, Washington D.C., 2018

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO): *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial*, noviembre de 2021

Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económicos (OCDE): “Measuring the environmental impacts of artificial intelligence compute and applications. The AI footprint”, *OECD Digital Economy Papers*, 15 de noviembre de 2022.

NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ESTADO DE DERECHO

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

1 Introducción

En un mundo dominado por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, con una reciente relevancia de la inteligencia artificial, el principio de juridicidad es cada vez más importante. Especialmente en tiempos de emergencia sanitaria en los que la tentación autoritaria es cada vez más patente. Por eso, la dimensión instrumental de las nuevas tecnologías debe estar cada vez más clara para que estas herramientas provenientes del desarrollo científico sean dignas de la condición humana y, en el ámbito público, se conviertan en eficaces medios para realizar políticas públicas que cada vez sean más respetuosas con los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, ahora, en el contexto de una pandemia de insondables consecuencias, aparece ante todos nosotros, fruto del auge de las nuevas tecnologías, una nueva Administración Pública más transparente, más participativa y más cercana a una nueva ciudadanía digital, con nuevas preocupaciones y exigencias, pero siempre centrada en la dignidad humana y en los derechos fundamentales de ella dimanantes. Por eso, en este tiempo, en el presente, atravesado por una devastadora pandemia, tenemos que pensar en que consiste la denominada buena e-Administración y cuáles son los impactos de los avances tecnológicos sobre un aparato público que sirve, que debe servir objetivamente al interés general, que debe proteger, defender y promover los derechos humanos.

En este sentido, el moderno Derecho Administrativo, siempre orientado a la defensa, protección y promoción de la dignidad humana, debe hacer frente a las nuevas demandas de una sociedad digital que reclama nuevas prestaciones y nuevos servicios brindados a través de nuevas plataformas digitales con mayor participación ciudadana. Plataformas y estructuras digitales que, poco a poco, reemplazarán por completo los trámites, los procedimientos y las gestiones habituales o tradicionales que se realizaban al interior de una Administración Pública que exigía para todo la presencialidad de los ciudadanos. Sin embargo, tal pretensión de completa

virtualidad no debe desconocer el derecho de cada ciudadano a relacionarse con la Administración por medios electrónicos o presencialmente.

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

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

En este tiempo, hay que tener en cuenta que para que la Administración on-line tenga sentido, el desarrollo debe ir paralelo al propio desarrollo tecnológico de la sociedad. Por ello no solo hay que hacer esfuerzos por implantar la e-Administración, sino que también, y, sobre todo, hay que priorizar la extensión del uso de las nuevas tecnologías en la sociedad, minimizando la brecha social que se puede producir según se use o no la información, una situación que, mal que nos peses, coloca a tantos países, y sobre a tantos millones de personas, a la cola del uso real de las nuevas tecnologías.

El impacto de las ventajas y/o beneficios que puede aportar una nueva Administración Electrónica debe ser transversal a toda la sociedad. De ahí la importancia capital de la inclusión social y de la accesibilidad universal que evite que el tan conocido *efecto derrame* de las nuevas tecnologías sea cada vez menor, llegando a desaparecer en cuanto sea posible.

En la sociedad del conocimiento, de la información, de las nuevas tecnologías, de la crisis de las ideologías cerradas, de la pandemia, también nos encontramos con la llamada crisis de la gobernabilidad, sea pública, sea privada, consecuencia del exceso de organización. Es sorprendente que, en los tiempos actuales, a pesar de ser más conscientes de que las instituciones han de promover las libertades y los derechos de las personas, todavía constatemos el enorme peso de la tecnoestructura, de la burocracia cerrada que aspira a manejar, a dominar, los resortes del poder y el mismo interés general. En este contexto se pueden situar muchas de las nuevas teorías de la organización, que lejos de preconizar con claridad la vuelta a los valores humanos, constituyen un expediente, una justificación para un crecimiento estructural incontrolado. Es lo que ha pasado, en mi opinión, en relación con el Estado de Bienestar, en el cual al final la Administración Pública, el presupuesto, los funcionarios, se han convertido en una justificación para crecer en lugar de buscar fórmulas que permitan, en un contexto de humanización permanente de la organización, que se puedan atender los asuntos públicos que afectan a los ciudadanos. En este tiempo de pandemia, de excepcionalidad, lo comprobamos a diario, especialmente en gobiernos de coalición en los que, con frecuencia, suele haber dos poderes ejecutivos.

Pues bien, una de las claves hermenéuticas para conducir el desafío presente reside en abrirse más a la ciudadanía y menos a los sistemas y procedimientos. Los protagonistas son las personas, los protagonistas son los ciudadanos concretos y la organización tiene que estar atendiendo continuamente los problemas, las dificultades, los anhelos, los intereses colectivos de esas personas. Lo que ocurre es que, desgraciadamente, la historia de los fracasos de las reformas administrativas tiene mucho que ver con la historia de la permanente mirada de la organización hacia sí misma, en vez de mirar continuamente hacia los problemas sociales. La buena administración, el buen gobierno ha de realizarse mirando permanentemente a las necesidades colectivas de los ciudadanos desde los citados parámetros del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Esperemos que la reforma diseñada para gestionar eficaz

y eficientemente los fondos de la Unión europea para paliar los efectos de la pandemia se pueda realizar atendiendo a los cánones de una buena administración. La letra de las normas que, sin embargo, se acaban de aprobar apuestan por la centralización y un crecimiento burocrático que mucho nos tememos que no sean más que burdos procesos para el uso partidista de dichos recursos tan importantes para salir de la crisis que tanto hace sufrir a tantos españoles.

2 Estado de derecho, nuevas tecnologías e inteligencia artificial

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

En este sentido, la concepción formal o procedimental del Derecho, de gran prestigio y general aceptación en el Derecho Público, especialmente en el Derecho Administrativo, corre, cuando se entiende al margen de la sustancia, de los valores, un grave peligro. Me refiero a la excesiva ritualización, a la obsesión o idealización del procedimiento, que poco a poco va desnaturalizando el fin al que debe servir: la realización de la justicia. Pues bien, tal tendencia puede combatirse a través de las nuevas tecnologías, siempre que se conviertan, no en fines, sino en medios para la instauración del Estado de Derecho. Para eso, los algoritmos no pueden ser secretos, deben conocerse sus tripas y los efectos de su implementación. Las más variadas expresiones del *blockchain* y de la inteligencia artificial deben ser usadas de acuerdo con la juridicidad, sirviendo objetivamente al interés general en cada caso y situación en que se empleen.

Las nuevas tecnologías, por supuesto, deben entenderse y realizarse en el marco constitucional. Un marco, el de la Constitución española de 1978, que plasma de forma magistral una serie de valores y principios a los que debe ajustarse el conjunto del Ordenamiento jurídico.

En efecto, en los valores y principios constitucionales reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las

virtualidades de la Constitución. Ese conjunto de valores o de vectores, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, dan sentido a todo el texto constitucional y deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo.

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

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

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

En virtud del principio de juridicidad, el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del Derecho. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos – así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna– a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por eso, el imperio de la Ley supone

la lealtad constitucional e institucional, concepto central del Estado de Derecho que hoy también debemos recordar. El principio de juridicidad tiene una profunda significación porque desde la llegada del Estado de Derecho el poder público, y por ello la Administración pública, han de caminar en el marco de la ley y del Derecho, de forma y manera que la subjetividad reinante en el Antiguo Régimen, se sustituye ahora por la objetividad y racionalidad desde las que la ley y el reglamento operan para el mejor servicio a los intereses generales. Sin embargo, hoy sabemos que muchos espacios de las nuevas tecnologías campan a sus anchas sin que el Ordenamiento sea capaz de regularlos. Nos referimos a los algoritmos y a un sinfín de elementos técnicos que pretenden estar por encima, sobrepasar los límites de la ley y el Derecho con el fin de instaurar una dictadura tecnológica que hoy ya tiene antecedentes verdaderamente preocupantes.

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

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

El poderío de la tecnoestructura en el ámbito político-administrativo es hoy formidable. Los expertos en el manejo del interés general estático y artificial, que se expresa exclusivamente a través de la tecnología, despreciando incluso la presencialidad y el trato personal entre administradores y ciudadanos, han conseguido, gracias a su obsesión por

el mando y la conservación del status quo, manejar los procedimientos administrativos de tal modo que han hecho imprescindibles, aliándose en cada momento con el poder establecido.

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

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

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

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

El Derecho Administrativo es, ante todo, Derecho y, por ello, entraña límites y contrapesos frente a un poder que tiende, ahí está la

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

En la Ley de procedimiento administrativo común de 1 de octubre de 2015, la exposición de motivos, apartado II, señala tras recordar la importancia de los principios de eficacia y de legalidad de acuerdo con el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, que “la materialización de estos procedimientos se produce en el procedimiento, constituido por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y de las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen sus titulares”.

En este párrafo se echa de menos una referencia al principio de servicio, una alusión al tiempo razonable que caracteriza una buena gestión de un procedimiento administrativo, llama la atención que las personas jurídicas que se relacionan con la Administración solo sean las empresas y resulta muy atinado denominar titulares de la Administración a quienes con ella se relacionan.

El carácter eminentemente formal del procedimiento administrativo se subraya tres párrafos más adelante, en la misma exposición de motivos, cuando se señala que éste es “entendido como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración...”. Es decir, el procedimiento es el camino, el itinerario propio para que se concrete la voluntad administrativa, para que se manifieste externamente un acto o una norma.

Esta ley, concibe la tramitación electrónica de los procedimientos como “la actuación habitual de las Administraciones”¹. La razón de tal proceder, en opinión del legislador, es que “una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías a los interesados”. Ciertamente, eliminar el papel en los procedimientos administrativos tendrá consecuencias para las economías de las personas físicas y de las jurídicas, pero derivar de la Administración electrónica el reforzamiento mecánico y automático de las garantías es, salvo que usen técnicas de trazabilidad que preserven la seguridad de los trámites en todo momento, una afirmación polémica.

Es verdad que, como sigue diciendo la Exposición de Motivos, que “la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados”. El problema se encuentra en que en ocasiones esa información no se brinda de forma clara y a veces no está lo accesible que debería.

El formalismo exagerado también hace acto de presencia en estos supuestos. La Administración electrónica no es un antídoto automático frente al exceso de requisitos y trámites innecesarios. Para evitarlos es menester diseñar normas de procedimiento claras, sencillas, inteligibles, concisas y completas, algo en verdad complicado, sobre todo si se constata que pervive esa visión autoritaria amparada en privilegios y prerrogativas sin cuento que también se proyecta sobre los procedimientos electrónicos.

En el tiempo en que estamos, en el que tanto se habla y se escribe sobre buena administración, también, como es lógico, se trata de la buena regulación. Buena regulación que como recuerda el Apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común que estamos comentando, en el ámbito de la OCDE se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa (*better regulation* y *smart regulation*). Tanto la mejora regulatoria como la regulación inteligente apuntan a la simplificación normativa y a la claridad normativa, dos características de la normación producida en este tiempo de pandemia que brillan por su ausencia.

En este sentido, la Exposición de Motivos de esta Ley señala que “los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad que permite el cumplimiento

de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas”. Es decir, a través de la *smart regulation* se deberían simplificar trámites en los procedimientos administrativos y eliminar las trabas burocráticas. Algo impensable en un sistema de descentralización territorial que ha multiplicado trámites y procesos para dar acomodo a la legión de empleados públicos que se han seleccionado en los últimos tiempos para justificar un Estado autonómico del que los ciudadanos lo único que esperan, y no es poco, es agilidad administrativa, eficacia y eficiencia en la gestión pública.

Una buena regulación incorpora estrategias de evaluación normativa en las que, contando con los destinatarios de las normas, es necesario comprobar periódicamente como se cumplen las obligaciones que hacen a la simplificación, a la eliminación de las normas obsoletas y a supresión de los trámites superfluos e innecesarios.

En este sentido, debe destacarse, como exigencia de simplificación, la necesidad, sigue diciendo el Apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley, de “contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del Ordenamiento”. Otra cosa es que tal plausible deseo del legislador se convierta en realidad².

También llama la atención en esta dirección, en materia de Administración electrónica, que la

Ley persiga la simplificación de los medios para acreditar la identificación y la firma electrónica de modo que, con carácter general, solo será necesaria la identificación, exigiéndose la firma electrónica cuándo deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado.

3 Reflexiones conclusivas

Las transformaciones tecnológicas están determinando un nuevo tipo de sociedad, que abandona a marchas forzadas su carácter postindustrial, para configurarse como una sociedad del conocimiento y de la información. Ahora bien, insisto, esa sociedad del conocimiento y de la información tiene que ser también una sociedad humana, profundamente humana, en la cual resplandezcan los derechos fundamentales y la dignidad de las personas. Es más, donde resplandezcan, fundamentalmente, los derechos fundamentales de los que menos tienen menos condiciones tienen de salir

adelante. Y esta nueva sociedad que está emergiendo poco a poco, ofrece muchas potencialidades para mejorar la vida de los ciudadanos desde las vertientes pública y privada.

Se habla de la nueva economía, de los nuevos canales comerciales, de la nueva democracia, más directa y más participativa, se habla también de nuevas formas de concebir y ejecutar las políticas públicas. No sé si es demasiado nuevo todo, pero se plantean desafíos y retos relevantes, como la privacidad, la confidencialidad, la desigualdad social; retos que hay que atender y a los que hay que dar respuestas humanas teniendo presente que el pensamiento bipolar e ideologizado sigue presente, más en tiempo de pandemia, en nuestra sociedad, como, por ejemplo, en materia de libertad y seguridad. Parece que, como consecuencia del terrorismo, ahora de la pandemia, se estén limitando las libertades y potenciándose una necesidad, a veces desproporcionada, de seguridad. En el buen gobierno, en la buena administración del presente hay que pensar que los poderes públicos tienen el gran desafío, protegiendo y mejorando la seguridad de las personas, de mejorar las condiciones para el libre desarrollo solidario de los ciudadanos, no vaya a ser que estemos configurando o construyendo una nueva ideología de la seguridad, una nueva ideología que vaya colocando en un segundo plano los derechos y las libertades y en un primer plano, otra vez, la racionalidad técnica, ahora revestida de las *bondades* de la seguridad y el control. Aquí se impone una visión más complementaria, abierta y dinámica que, de seguro, ha de ser asumida desde el buen gobierno y la buena administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En quinto lugar, una organización inteligente, también debe cultivar una profunda cultura corporativa, y si es una organización pública su talante y su estilo estará al servicio permanente de los intereses generales.

Intereses generales entendidos como la garantía de los derechos de las personas.

Y en sexto lugar, en las organizaciones inteligentes, la investigación y la gestión se identifican.

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

En el contexto de la sociedad del conocimiento, de la información, de las nuevas tecnologías, de la crisis de las ideologías cerradas, nos encontramos con la llamada crisis de la gobernabilidad, sea pública, sea privada, como consecuencia del exceso de organización y también de lo que se denomina sobrerregulación o reregulación. Es sorprendente que, en los tiempos actuales, a pesar de ser más conscientes de que las instituciones han de promover las libertades y los derechos, todavía constatemos el enorme peso de la tecnoestructura, de esa burocracia cerrada e insensible que aspira a manejar, a dominar los resortes y el mismo interés general. En este marco se pueden situar muchas de las nuevas teorías de la organización, que lejos de preconizar con claridad la vuelta a los valores humanos, constituyen un expediente, o justificación para un crecimiento incontrolado de las estructuras y de las ambiciones de poder de los nuevos burócratas. Es lo que ha pasado en relación con el Estado de Bienestar, en el cual al final la Administración Pública, el presupuesto, los funcionarios, se han convertido en una justificación para crecer olvidando la necesidad de encontrar fórmulas que faciliten la humanización permanente de la organización.

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

de realizarse mirando permanentemente a las necesidades colectivas de los ciudadanos desde los parámetros del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

El tiempo que nos ha tocado vivir, quien lo podrá negar, se caracteriza especialmente por una transformación radical y vertiginosa de las formas tradicionales de explorar la realidad, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que la tradición esté muerta. En alguna medida, la realidad actual, nos guste o no, es producto de lo que ha pasado, de lo que hemos heredado de nuestros antecesores y sería una soberana irresponsabilidad, por ejemplo, intentar transformar la realidad desde cero, sin reconocer lo bueno o lo malo que nos han dejado nuestros predecesores. Pero, en cualquier caso, sí que se ha producido una transformación relevante que reclama nuevos enfoques para entender el sentido de la sociedad del conocimiento y la Administración Pública, hoy.

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

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

Asimismo, se está produciendo, aunque levemente, y casi sin representación mediática consistente, lo que se ha denominado por algunos la *quiebra de la tecnoestructura* o la *quiebra del tecnosistema* del que hablaron en su día Galbraith o Bell. En efecto, la tecnoestructura, que a veces ha aparecido como una alianza sutil entre el Estado, el Mercado y los medios de comunicación, intenta a toda costa erigirse en el supremo interprete del interés general acompañada de toda una maraña de lenguajes

y procedimientos específicos que impiden el acceso de la gente común y corriente al proceloso mundo del espacio pública, nunca tan cacareado como cerrado. Por eso, uno de los riesgos, de los desafíos que tiene la sociedad del conocimiento es que los intereses generales dejen de estar dominados por los especialistas y se abran de una manera autentica a los problemas reales que tienen las personas.

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

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

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

En este contexto, la Unión Europea se ha comprometido en un ambicioso plan de trabajo con las autoridades públicas de los países miembros con el fin de ampliar y mejorar los servicios que las Administraciones públicas ofrecen a los ciudadanos a través de internet. Tarea que debe estar

presidida por la simplicidad y la sencillez, características que no siempre, como comprobamos a diario, distinguen, por ejemplo, a las páginas web de numerosos entes públicos.

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

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

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

Por eso, para que estos ambiciosos y costosos programas surtan los efectos deseados han de contar desde su diseño y realización con la participación ciudadana, con la presencia de usuarios de servicios públicos y de interés general. Algo que por estos lares no es frecuente por seguir predominado una perspectiva piramidal y tecnoestructural del manejo y realización de las reformas administrativas. Sin embargo, lo razonable y lógico sería que en estos procesos la presencia ciudadana se garantizara desde el primer momento.

Precisamente la UE señala que el impulso de las tecnologías ha de fomentar más transparencia implicando más a los ciudadanos. El pueblo es el dueño de las instituciones públicas y de los procedimientos y por ende debe estar presente en el diseño y evaluación del uso de las nuevas tecnologías en la Administración. De lo contrario, seguiremos instalados en ese despotismo administrativo tan frecuente para el que lo relevante es mantener el poder a través de las estructuras y diseños burocráticos con un olvido sistemático de lo fundamental: la calidad de vida de la gente.

Si las nuevas tecnologías lo facilitan, bienvenidas sean, si lo perjudican, que se apliquen siempre de acuerdo con este mandamiento. Las TICS o sirven para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, o, sencillamente, no sirven. Así de claro.

A NATUREZA *PROPTER REM* DAS OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS VOLTA A GANHAR DESTAQUE NOS TRIBUNAIS

Jéssica Mello Tahim¹

1 Introdução

O dano ambiental decorrente das atividades humanas causa grandes impactos tanto ao meio ambiente como ao próprio ser humano, sendo considerado uma preocupação cada vez mais catastrófica no contexto mundial. Ressalta-se que, apesar do progresso do sistema jurídico apresentado nas últimas décadas a nível internacional e, conseqüentemente, a sua influência aos quadros legislativos dos países, a nível nacional, é mais que urgente o posicionamento diante do balanceamento entre os direitos individuais e os direitos difusos, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No Brasil, a Constituição prevê a tríplice responsabilização em casos de lesão ao meio ambiente, imputando sanções penais, administrativas e a obrigação de reparar danos, todas independentes entre si. Seguindo esse entendimento, este estudo foca na obrigação de reparação do dano ambiental sob a ótica da responsabilidade civil adotada no país, destacando a importância do direito ambiental brasileiro em garantir a proteção e preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações. A Carta Magna reconhece essa proteção como um direito fundamental humano, efetivado por instrumentos a exemplo da consideração da natureza *propter rem* das obrigações ambientais, sendo o foco desta investigação.

Para uma apresentação mais estruturada e clara do tema, o presente estudo, no princípio, apresenta uma breve explanação do instituto da responsabilidade ambiental no país. Em seguida, trata-se da base legal da responsabilidade civil ambiental, destacando a sua natureza objetiva e a aplicação da teoria do risco integral, que obriga a reparação do dano pelo

¹ Doutoranda em Direito Administrativo Iberoamericano, na Universidade de A Coruña. Mestre em Direito e Ciências Jurídicas, especialidade em Ciências Jurídico-Ambientais, pela Universidade de Lisboa, Portugal. Advogada no Brasil, registrada na OAB/CE, com o n.º 21.791. Licenciada em Direito e especialista em Direito Ambiental, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: j.mellotahim@udc.es.

degradador, independentemente de culpa ou dolo. A terceira parte foca na obrigação *propter rem* em casos de dano ambiental, ressaltando a sua importância na responsabilização dos poluidores. Posteriormente, analisar-se-ão as decisões recentes dos tribunais, demonstrando como essa teoria é aplicada.

Por fim, as considerações finais consolidarão os principais pontos discutidos, enfatizando a relevância dessa caracterização ambulatorial da obrigação ambiental na efetivação da justiça ambiental e na proteção dos recursos naturais. A metodologia utilizada é exploratória e qualitativa, com revisão de literatura baseada em livros, manuais, e recursos online como e-books, artigos científicos, relatórios, sites governamentais e legislações específicas.

2 A responsabilização como principal instrumento de combate aos danos ambientais

Toda interferência humana ao ambiente acaba acarretando de alguma forma uma alteração, podendo ou não acarretar algum dano, seja ele reparável ou não. Portanto, não se pode exigir uma postura econômica de risco zero, pois inviabilizaria qualquer empreendimento, ou até mesmo o desenvolvimento socioeconômico. Esse é o preceito levantado pelo princípio do Desenvolvimento Sustentável, o qual defende a adoção de um equilíbrio entre o econômico, o social e o meio ambiente.

Diante de uma maior preocupação internacional com a defesa e proteção ambiental em razão dos impactos negativos causados pelos atos humanos na natureza, o Brasil passou por uma evolução doutrinária e legislativa sobre o tema ambiental, tanto que, em 1981, foi promulgada uma importante lei federal que prevê a responsabilização na esfera ambiental, nos casos de não cumprimento das normas disciplinadoras nas Áreas de Proteção Ambiental (Lei n.º 6.902/1981)².

2 BRASIL. **Lei n.º 6.902/1981**, que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6902.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

3 Artigo 9º, §2º: “Nas Áreas de Proteção Ambiental, o não cumprimento das normas disciplinadoras previstas neste artigo sujeitará os infratores ao embargo das iniciativas irregulares, à medida cautelar de apreensão do material e das máquinas usadas nessas atividades, à obrigação de reposição e reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior e a imposição de multas graduadas de Cr\$200,00 (duzentos cruzeiros) a Cr\$2.000,00 (dois mil cruzeiros), aplicáveis, diariamente, em caso de infração continuada, e reajustáveis de acordo com os índices das ORTNs - Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional”.

No mesmo ano, foi aprovada a lei de maior importância para a proteção ambiental brasileira (Lei n.º 6.938/1981), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Um destaque merecido é o seu artigo 4º, inciso VII⁴, que prevê a possibilidade do poluidor/degradador ser responsabilizado pela reparação e ressarcimento dos danos causados por ele⁵. Assim como, o art. 14, §1º, onde fica determinado que, além das penalidades previstas pela lei, o poluidor é obrigado, “**independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”⁶ (grifo nosso).

Seguindo esse viés acautelatório do meio ambiente, em um momento pós-ditadura em que o povo clamava pela redemocratização do país, foi aprovada, em 1988, uma nova Constituição Federal Brasileira, a qual, além de prever diversos direitos fundamentais humanos e sociais, elevou a defesa do meio ambiente e a responsabilização por dano ao ambiente a um caráter constitucional, trazendo um dispositivo específico para tratar do tema. As leis ambientais anteriormente aprovadas foram recepcionadas pela Constituição.

Por certo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental humano e, por isso, em regra, trata-se de um direito difuso, de natureza indivisível. Em decorrência disso, ele é um direito-dever, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Art. 225, caput, CF/1988). Essa obrigação imposta acarreta consequências em caso de descumprimento ou prática de ato ilícito contra o meio ambiente, causando-o danos, que, por consequência, surge o instrumento da responsabilidade ambiental.

Em suma, a responsabilidade recai sobre qualquer um, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, quando cometem condutas e atividades consideradas nocivas ao meio ambiente. Nesse diapasão, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional preveem uma tripla responsabilização, que sujeita ao degradador/poluidor a sanções penais e

4 “Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

5 CARDIN, Valéria Silva Galdino e BARBOSA, Haroldo Camargo. “Formas de reparação do dano ambiental”. In: **Revista de Ciências Jurídicas – UEM**. Vol. 6, n.º 2. Jul./dez. 2008. P. 157.

6 BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 11 jun. 2024.

administrativas, além do dever de reparar os danos causados⁷. Em regra, a repressão fica a cargo da responsabilidade administrativa e da penal, já a reparação do dano é efetivada a aplicação da responsabilidade civil. Assim sendo, essas três vertentes de responsabilização devem ser aplicados em conjunto, quando necessário, ou seja, “essa tríplice responsabilização deve ser articulada conjunta, coerente e sistematicamente, em um verdadeiro sistema múltiplo de imputação ao degradador ambiental”⁸.

A responsabilidade civil ambiental, objeto de estudo no presente estudo, não possui uma lei específica que a regulamenta, porém, como já foi mencionado, está prevista em diversas legislações importantes, como a Constituição Federal⁹, Política Nacional de Meio Ambiente¹⁰, entre outras. Uma vez realizado um breve relato sobre as consequências decorrentes dos casos de degradação do meio ambiente, cumpre passar agora para o tema estudado na presente investigação.

3 Responsabilidade civil no âmbito do dano ambiental

O direito civil brasileiro considera, como prática de ato ilícito, a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violar de direito de outrem, acarretando-lhe dano, incluído aquele de natureza exclusivamente moral. Igualmente, no que se refere ao exercício de um direito, em que se excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Arts. 186 e 187, do Código Civil de 2002). A esses atos ilícitos que originarem danos a terceiros recairá a obrigação de reparação (Art. 927, do mesmo código).

Desse modo, o Direito construiu, ao longo do tempo, várias formas de responsabilização por atos ilícitos praticados tanto por pessoa física como jurídica, os quais resultem em danos a terceiros ou a seu patrimônio,

7 Art. 225, caput e §3º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

8 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. P. 188.

9 Art. 225, § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados** (grifo nosso).

10 Art. 14, §1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

assim como, por atos que provoquem lesão à coisa comum, chamada de *res communis*¹¹, logo, qualquer ação ou omissão que violar direito e causar prejuízo a outrem, comete ato ilícito.

Observa-se que a responsabilidade civil, de uma forma geral, é a baseada na teoria clássica da culpa ou subjetiva. Contudo, há alguns casos específicos incluídos pelo legislador em que há a responsabilização independentemente da existência de culpa, ou quando a atividade desenvolvida normalmente pelo autor do dano implicar risco para os direitos do outro (parágrafo único, do artigo 927, CC/2002)¹². Dentro deste tipo de responsabilidade, está incluída a de âmbito ambiental, ou seja, aquela decorrente de danos ao meio ambiente.

Dessa forma, diante das características e complexidades existentes quanto ao bem ambiental, não se pode utilizar a responsabilidade civil nua e crua do direito civil, ou melhor, deve-se “incluir no instituto da responsabilidade a proteção ao direito ou interesse coletivo e difuso do ambiente, ecologicamente equilibrado, e a qualidade de vida”¹³, uma vez que tem uma dupla função, preventiva e reparatória.

Além disso, essa complexidade proeminente fez com que uma grande parte da doutrina e dos juristas reconhecessem o meio ambiente em sua amplitude ao interpretarem a Constituição Federal e leis infraconstitucionais ambientais, quer dizer, o meio ambiente não se atém somente ao seu viés natural ou biológico, mas, também, ao meio ambiente artificial, ao cultural, do trabalho e patrimônio genético¹⁴.

Para Benjamin, o bem jurídico tutelado pela responsabilidade civil ambiental integra uma categoria de extrema importância para a sociedade e valores fundamentais, pois, através da proteção do ambiente, que se pode salvaguardar “a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até

11 ALEMAR, Aguinaldo. Dano ao ambiente e responsabilização no século XXI. *In: RevCEDOUA*, n.º 27, ano XIV, 2011. P. 95.

12 Artigo 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E artigo 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

13 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. P. 187.

14 Dentre os principais autores que defendem esse entendimento estão: Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 94); Machado (2018, p. 2) e Fiorillo (2021, p. 31). Da mesma forma entende o STF, ver: acórdão no ADI 3540 MC, Relator: CELSO DE MELLO, julgado em 01/09/2005 e publicado no DJ 03-02-2006.

das gerações futuras), mas as próprias bases da vida, o suporte planetário que viabiliza a existência da integralidade dos seres vivos”¹⁵.

Esse instrumento ambiental é decorrente do princípio do poluidor-pagador e, assim como ele, passou por uma mudança de paradigma, passou de um viés apenas reparador, uma vez efetivado o dano, para incluir o dever de prevenção, entendendo-se que o poluidor também tem a obrigação de usar todos os métodos disponíveis para evitar ou reduzir a concretização do dano. Desse modo, a responsabilidade civil ambiental possui duas funções essenciais, a primeira é a função preventiva e a segunda é a reparadora, no entendimento de Machado¹⁶.

De uma forma geral, os danos ao ambiente são geralmente difíceis de reparar ao *status quo ante*, resultando em prejuízos para o ser humano e o ecossistema, incluindo fauna, flora, água e o ar. Diante disso, a prevenção de danos é crucial para evitar perdas ambientais e, para tal, está a responsabilidade civil ambiental com sua dupla função de reparar os danos ocorridos e impedir os riscos e ameaças de danos através da prevenção¹⁷. No Brasil, os principais instrumentos preventivos são o estudo de impacto ambiental e o licenciamento ambiental, que visam evitar ou mitigar os danos ambientais¹⁸.

Conforme Bühring, a responsabilidade civil ambiental no Brasil segue a Teoria do Risco Integral, impondo a degradador/poluidor a obrigação de reparar danos ao meio ambiente e a terceiros afetados, independentemente da culpa, como estabelecido no §1º do Art. 14 da Lei 6.938/81¹⁹. Por isso, a responsabilidade é objetiva, não necessitando provar dolo ou culpa, apenas o dano e o nexo causal com a atividade do agente. Tanto Machado como Gutier reforçam que a PNMA estabeleceu essa responsabilidade objetiva, implicando que qualquer dano ambiental

15 BENJAMIN, Antônio Herman. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. BDJur. 1998. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/79061950>. Acesso em: 1 abr. 2024. P. 11.

16 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª Edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010. P. 366.

17 BRAGA E SILVA, Larissa Gabrielle. REZENDE, Élcio Nacur. “Responsabilidade Civil Ambiental no Direito Constitucional Brasileiro: uma análise da evolução histórica”. In: **Revista do Direito Público**. Londrina, v.11, n.1, pp. 205-226, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n1p205. ISSN: 1980-511X. P. 219.

18 CARDIN, Valéria Silva Galdino e BARBOSA, Haroldo Camargo. “Formas de reparação do dano ambiental”. In: **Revista de Ciências Jurídicas – UEM**. Vol. 6, n.º 2. Jul./dez. 2008. P. 158.

19 BÜHRING, Márcia Andrea. “Responsabilidade civil-ambiental: reparação do dano ambiental privado”. In: **Revista Direito Ambiental e sociedade**, vol. 7, n.º. 32, 2017. P. 296.

deve ser reparado, sem importar o tipo de atividade ou obra, focando na vítima, seja o meio ambiente ou o homem²⁰²¹.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, reconheceu a aplicação da Teoria do Risco Integral nos casos de dano ambiental, a exemplo do REsp 1.374.284-MG (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014), no qual se pondera que a “responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar”²².

De uma maneira mais resumida, o nexo de causalidade corresponde à relação causa/efeito entre a conduta do agente poluidor/degradador e o dano ambiental. Portanto, para se impor a obrigação de reparar o dano ambiental, é necessário que exista uma conexão direta entre ele e a atividade realizada, sendo esse vínculo condição determinante para identificar quem são os responsáveis e para estabelecer a extensão da obrigação de reparação. Contudo, nem sempre é fácil identificar o agente degradador ou, ainda, não foi somente ele quem contribuiu ou se beneficiou da consumação da degradação.

Para se caracterizar o nexo causal é difícil, pois se necessita estabelecer uma conexão entre a ação danosa e a fonte poluidora, em muitos casos há uma pluralidade de agentes poluidores²³²⁴. E quando há várias fontes ou quando uma interfere na outra? Por isso, o nexo causal é considerado o “calcanhar de Aquiles da responsabilidade civil pelo dano ambiental”. Essa dificuldade está no fato de que, geralmente, os danos ambientais não resultam de um único evento específico, mas ocorrem de

20 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª Edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010. P. 361.

21 GUTIER, Murillo Sapia. **Considerações sobre a Responsabilidade Civil Ambiental**. Disponível em: <http://murillogutier.com.br/wp-content/uploads/2011/08/CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-A-RESPONSABILIDADE-CIVIL-AMBIENTAL-ARTIGO-Murillo-Sapia-Gutier.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2024. P. 05.

22 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **REsp 1.374.284-MG**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=014903>. Acesso em: 3 maio 2024.

23 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª Edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010. P. 368.

24 FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação**. 2017. Disponível em: <http://revistafdc.uniflu.edu.br/2017-1-civil-ambiental.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2024. P. 13.

forma cumulativa, lenta e progressiva, envolvendo múltiplos fatores. Para Benjamin, o nexos causal é enfraquecido pela distância entre o fato gerador e a manifestação do dano ambiental²⁵.

Ao se tratar de um dano de natureza ambiental, a exceção de causas provenientes de forças naturais, sem a interferência do ser humano direta ou indiretamente, deve ser analisada a presença de três componentes básicos: “a) de um agente poluidor; b) do bem afetado (isoladamente considerado); e c) da biosfera vitimada (o bem afetado nas suas inter-relações ecossistêmicas)”. Ressalta-se que, no caso do primeiro, é preciso identificar o tipo do agente, se é pessoa física ou jurídica, ou, ainda, se a atividade decorre de um grupo de pessoas ou empresas, simultaneamente ou não, seja em um mesmo espaço ou se o conjunto de suas ações ocasionaram a lesão ao patrimônio ambiental²⁶.

Portanto, quando da efetivação do dano ambiental, deve ser aplicada a Teoria do risco integral no que concerne à responsabilização do agente poluidor/degradador, não importando, nesse caso, a existência de dolo ou culpa por sua parte, somente pelo exercício de uma atividade que pode incorrer em riscos ao meio ambiente, já se aplica a obrigação de reparação quando presentes os requisitos da responsabilidade civil ambiental descritos anteriormente.

4 O impacto da consideração da natureza *propter rem* da obrigação proveniente de dano ambiental

As obrigações *propter rem*, originada do latim “obrigações próprias da coisa”, também conhecidas no direito civil como ambulatorias, surgem do exercício da propriedade ou posse de um bem, seja móvel ou imóvel. Isso implica que a obrigação está vinculada ao bem específico e se transfere com a mudança de titularidade. Scavone Junior explica que essas obrigações fazem com que o titular de um direito real sobre um bem se torne devedor sem necessidade de sua manifestação de vontade²⁷. Maia complementa que

25 BENJAMIN, Antônio Herman. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. BDJur. 1998. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79061950.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2024. P. 14.

26 ALEMAR, Aguinaldo. Dano ao ambiente e responsabilização no século XXI. *In: RevCEDOUA*, n.º 27, ano XIV, 2011. P. 96.

27 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Direito imobiliário: Teoria e Prática**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6458-0. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/95554078/DIREITO_IMOBILI%C3%81RIO_TEORIA_E_PR%C3%81TICA_LUIZ_ANTONIO_SCAVONE_JUNIOR. Acesso em: 4 maio 2024. P.

a expressão “obrigação *propter rem*” resulta do conceito romano de *actio in rem script*, conforme a doutrina de San Tiago Dantas²⁸.

Contudo, ainda não há uma lei específica que preveja os casos em que são aplicadas, por isso, utiliza-se o entendimento da doutrina jurídica e jurisprudencial²⁹, sendo as obrigações de reparar danos causados ao meio ambiente um desses tipos³⁰. Assim sendo, ao configurar a obrigação de reparar danos ambientais causados em imóveis como *propter rem*, a responsabilidade civil pelo dano se torna inerente ao imóvel, ou seja, fica vinculada a ele até quando há a transmissão do mesmo.

Observando os requisitos que configuram a responsabilidade civil ambiental explanados acima, para a configuração da obrigação de reparar o dano ambiental somente é necessária a identificação do agente, a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre a efetivação desse dano e a ação do agente. Contudo, faz-se complexa a identificação do agente degradador/poluidor devido à constatação tardia dos danos e seus efeitos contínuos, como o desmatamento em reservas legais ou nas Áreas de Proteção Permanente (APP) em imóveis particulares. Por conta dessa demora, há muito casos em que a posse ou propriedade do imóvel já foi transmitida a terceiros, complicando a determinação do período e autoria da degradação. Para solucionar isso, o legislador brasileiro estabeleceu a responsabilidade civil objetiva para a reparação de danos ambientais, caracterizando-a como de natureza *propter rem*, vinculando a obrigação ao bem específico, independentemente de quem seja o proprietário atual.

Trazendo a baía uma seleção dos exemplos de casos em que está presente a natureza ambulatorial da obrigação ambiental, apresenta-se o novo Código Florestal, de 2012, no qual se prevê expressamente o dever solidário de manutenção da vegetação nativa em área de APP para o proprietário, possuidor ou ocupante a qualquer título, estando eles obrigados a promover a recomposição dessa vegetação, com a caracterização

258.

28 MAIA, Paulo Carneiro. *Obrigações propter rem*. In: **Revista da Faculdade de Direito**, vol. 57, Universidade de São Paulo: 1962, pp. 152-168. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66400/69010>. Acesso em: 4 maio 2024. P. 155.

29 Pode-se citar alguns exemplos: os direitos de vizinhança (art. 1.277 do Código Civil); as despesas condominiais; os impostos incidentes sobre o patrimônio, como o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).

30 GAMA, Yuri de Miranda Rodrigues. **Breves considerações práticas acerca das obrigações propter rem**. Disponível em: <https://zoroastroteixeira.adv.br/artigo/breves-consideracoes-praticas-acerca-das-obrigacoes-propter-rem/161>. Acesso em: 3 maio 2024.

expressa de que essa obrigação tem natureza real e, por isso, está vinculada ao imóvel, podendo ser transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural (Art. 7º, caput e §§1º e 2º)³¹. Ou ainda a regularização das áreas de reserva legal³², prevista no Art. 66, caput e §1º)³³. Dessa maneira, podem ser chamados à responsabilidade de reparação todos os proprietários ou possuidores do imóvel degradado, ainda que não tenha dado causa, à exceção do titular de propriedade anterior à efetivação do dano, sendo, portanto, de natureza solidária e *propter rem*.

Para sanar os conflitos em decisões sobre o assunto e uniformizá-lo, e também por conta da sua relevância para direito ambiental e do impacto ao direito imobiliário por sua força vinculativa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, em outubro de 2023, um processo de repercussão geral que originou o Tema 1.204. Em suma, o tribunal entendeu que obrigações ambientais têm natureza *propter rem*, afirmando a possibilidade do credor em exigir o seu cumprimento tanto ao proprietário/possuidor anterior ou atual, ou de ambos, excluindo apenas aquele cujo direito real tenha cessado antes do dano, desde que não tenha contribuído para ele³⁴.

Isso corrobora o entendimento de que a obrigação ambiental advém da coisa e está vinculada ao bem, não ao dano em si, eliminando a necessidade de discutir o nexa causal, pois o imóvel é adquirido com passivo ambiental. A decisão, fundamentada na Súmula 623 do STJ³⁵ e em

31 BRASIL. **Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

32 Conforme dispõe o novo Código Florestal, a Reserva Legal é composta da área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

33 BRASIL. **Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

34 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Notícias**: Repetitivo estabelece que comprador de área degradada também responde pelo dano ambiental. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10102023-Repetitivo-estabelece-que-comprador-de-area-degradada-tambem-responde-pelo-dano-ambiental.aspx>. Acesso em: 27/03/2024.

35 O texto da súmula determina que as obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

disposições legais como a Lei n.º 8.171/1991 e o novo Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012), visa uniformizar a matéria e reforça a transmissibilidade da obrigação de preservação e reparação ambiental³⁶.

Ao cabo da decisão do STJ, esse tema voltou a estar em pauta no acórdão do dia 05/04/2024³⁷, onde o TRF1³⁸ decidiu por unanimidade acolher os pedidos do Ibama³⁹ para reconhecer a responsabilidade sobre os danos ambientais em face do novo proprietário de área desmatada. Para o colegiado, obrigações ambientais acompanham o imóvel, seja qual for o dono. Conforme explana a relatora da ação, é mais que incontestável o entendimento do STJ em reconhecer a natureza *propter rem* dos danos ou interferências negativas ao meio ambiente⁴⁰.

Essas decisões dos Tribunais superiores brasileiros somente corroboram o que a legislação brasileira prevê e a sua doutrina jurídica já entendiam, necessitando somente de uma jurisprudência que interpretasse o tema de forma uniformizada e elucidativa das lacunas jurídicas.

5 Considerações finais

No mundo moderno, diante de uma longa evolução econômica, tecnológica, industrial e de consumo, os danos ao meio ambiente aumentaram consideravelmente, por mais que as legislações internacionais e nacionais estejam baseadas na proteção ambiental e na prevenção dos danos ambientais. Isso faz com que seja um verdadeiro desafio das presentes gerações conseguirem o desenvolvimento sustentável e, ainda, manter o ambiente ecologicamente saudável e equilibrado para a atual e futuras gerações.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmula n.º 623**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5052/5179>. Acesso em: 18 mar. 2024.

36 BRASIL. **Lei n.º 8.171, de 17 de janeiro de 1991**, que dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8171.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

37 Os autos do processo 0042558-45.2015.4.01.9199 ainda são físicos, por isso não se pôde ter acesso ao inteiro teor do acórdão do TRF 1ª região.

38 Tribunal Região Federal da 1ª Região.

39 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

40 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF1). **Notícias**. Decisão: Quem alterar o meio ambiente mesmo que indiretamente é responsável por reparar o dano. 15/04/2024. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/quem-alterar-o-meio-ambiente-mesmo-que-indiretamente-e-responsavel-por-reparar-o-dano->. Acesso em: 18 abr. 2024.

No Brasil, a responsabilidade civil ambiental é de natureza objetiva em todas as ocasiões, por seguir a Teoria do risco integral, sem admitir causas excludentes. Basta comprovar a existência de conduta, dano e nexos causal. Além disso, a obrigação de reparar o dano ambiental é imprescritível, ou seja, não há prazo para exigir a reparação. Diante disso, surge outro elemento, a consideração da natureza *propter rem* das obrigações ambientais tanto pelo legislador como pela doutrina jurídica e entendimento dos Tribunais superiores brasileiros.

Essa caracterização já tem entendimento majoritário e se tornou recentemente objeto de discussão como um tema de repercussão geral a ser decidido pelo STJ, gerando o Tema 1.204. Isso traz consequências benéficas ao meio ambiente que estará protegido e facilitará a sua reparação em caso da ocorrência de dano. Contudo, afeta diretamente o direito imobiliário, pois, agora ao adquirir um imóvel, além de observar os outros requisitos, como dívidas às fazendas ou certidões negativas, deve-se atentar aos possíveis danos ocasionados naquele imóvel anteriores à sua aquisição, que poderiam configurar uma obrigação real ambiental inerente a ele.

Referências

ALEMAR, Aguinaldo. Dano ao ambiente e responsabilização no século XXI. *In: RevCEDOUA*, n.º 27, ano XIV, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. **A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado**. BDJur. 1998. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/79061950>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRAGA E SILVA, Larissa Gabrielle. REZENDE, Élcio Nacur. “Responsabilidade Civil Ambiental no Direito Constitucional Brasileiro: uma análise da evolução histórica”. *In: Revista do Direito Público*. Londrina, v.11, n.1, pp. 205-226, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n1p205. ISSN: 1980-511X.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro

de 2006; revoga as Leis n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 6.902/1981**, que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6902.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 11 jun. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 8.171, de 17 de janeiro de 1991**, que dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8171.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

BÜHRING, Márcia Andrea. “Responsabilidade civil-ambiental: reparação do dano ambiental privado”. *In: Revista direito ambiental e sociedade*, vol. 7, n.º. 32, 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino e BARBOSA, Haroldo Camargo. “Formas de reparação do dano ambiental”. *In: Revista de Ciências Jurídicas – UEM*. Vol. 6, n.º 2. Jul./dez. 2008.

CARDIN, Valéria Silva Galdino e BARBOSA, Haroldo Camargo. “Formas de reparação do dano ambiental”. *In: Revista de Ciências Jurídicas – UEM*. Vol. 6, n.º 2. Jul./dez. 2008.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. **Responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação**. 2017. Disponível em: <http://revistafdc.uniflu.edu.br/2017-1-civil-ambiental.pd>. Acesso em: 6 jun. 2024.

GAMA, Yuri de Miranda Rodrigues. **Breves considerações práticas acerca das obrigações *propter rem***. Disponível em: <https://zoroastroteixeira.adv.br/artigo/breves-consideracoes-praticas-acerca-das-obrigacoes-propter-rem/161>. Acesso em: 3 maio 2024.

GUTIER, Murillo Sapia. **Considerações sobre a Responsabilidade Civil Ambiental**. Disponível em: <http://murillogutier.com.br/wp-content/uploads/2011/08/CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-A-RES-ONSABILIDADE-CIVIL-AMBIENTAL-ARTIGO->

Murillo-Sapia-Gutier.pdf. Acesso em: 9 abr. 2024.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª Edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAIA, Paulo Carneiro. Obrigações *propter rem*. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**, vol. 57, Universidade de São Paulo: 1962, pp. 152-168. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66400/69010>. Acesso em: 4 maio 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Direito imobiliário**: Teoria e Prática. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6458-0. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/95554078/DIREITO_IMOBILI%C3%81RIO_TEORIA_E_PR%C3%81TICA_LUIZ_ANTONIO_SCAVONE_JUNIOR. Acesso em: 4 maio 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Notícias**: Repetitivo estabelece que comprador de área degradada também responde pelo dano ambiental. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10102023-Repetitivo-estabelece-que-comprador-de-area-degradada-tambem-responde-pelo-dano-ambiental.aspx>. Acesso em: 27/03/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **REsp 1.374.284-MG**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=014903>. Acesso em: 3 maio 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmula n.º 623**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/>

sumstj/article/download/5052/5179. Acesso em: 18 mar. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI 3540 MC**. Relator: Celso de Mello, julgado em 01/09/2005, publicado no DJ 03/02/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 9 abr. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (TRF1). **Notícias. Decisão: Quem alterar o meio ambiente mesmo que indiretamente é responsável por reparar o dano**. 15/04/2024. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/quem-alterar-o-meio-ambiente-mesmo-que-indiretamente-e-responsavel-por-reparar-o-dano->. Acesso em: 18 abr. 2024.

LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LAS REDES SOCIALES

José Antonio Blanco Moya

1 Introducción

El origen de las redes sociales se suele fechar con la creación del sitio web Six Degrees en 1997. Con posterioridad a esta se han creado otras redes sociales, entre las que se encuentran algunas de las más populares a día de hoy en Europa como son LinkedIn (creada en 2002), Facebook (2004), YouTube (2005), Twitter (2006, actualmente X), Instagram (2010), Twitch (2011) o TikTok (2018).

La popularidad de estos sitios web se ha disparado significativamente hasta la actualidad. Siguiendo estadísticas de Eurostat, en 2019 en la Unión Europea (UE) más de la mitad (54 %) de las personas de entre 16 y 74 años participó en ellas. Esta cifra alcanzó el 71 % y el 76 % en Bélgica, Chipre, Suecia y Malta, proporción encuentra su valor máximo (81 %) en Dinamarca. En el ámbito europeo externo a la UE destaca el uso de las redes sociales en Islandia con un 92 % y Noruega con un 86 %.

Las redes sociales y su innegable popularidad han alterado los patrones de conducta y la forma de relacionarse de las personas. Ello presenta una buena cantidad de consecuencias, tanto positivas como negativas. Este artículo abordará los principales problemas de las redes sociales y su regulación o la ausencia y necesidad de ella.

2 Principales problemas de las redes sociales

Las redes sociales han revolucionado la forma de comunicarnos e informarnos, y aunque tienen innegables efectos positivos tales como la posibilidad de achicar distancias entre familiares y amigos, también han implicado un buen número de problemas, entre los que se deben destacar:

2.1 Oligopolio en manos de corporaciones extranjeras

En la introducción se han citado siete de las principales redes sociales. Sin embargo, ninguna de ellas tiene propiedad europea. Seis son de origen

estadounidense, mientras que la restante (TikTok) encuentra su matriz en China. Asimismo, entre las empresas estadounidenses los propietarios de estas redes sociales son las macro corporaciones tecnológicas (Microsoft, Meta, Google y Amazon) y el magnate Elon Musk. Por su parte, TikTok es propiedad de la empresa china ByteDance.

El hecho de que estas redes sociales estén en manos de unas pocas empresas puede generar ciertos problemas de carácter oligopolístico y restringir la competencia. Además, coloca en una posición desfavorable a las personas y empresas que realicen su actividad comercial a través de estos medios, ya que su éxito está parcialmente condicionado a cambios en el funcionamiento de la red social que muchas veces ni siquiera se les informan y, mucho menos, se les consultan.

En cambio, el problema principal, se encuentra en el hecho de que el control de estas redes sociales se encuentre fuera de la UE. La existencia de tal problema la visualizó precisamente el país en el que se localizan la mayoría de las empresas que controlan las redes sociales: Estados Unidos. Irónicamente, este país ha considerado tales problemas con respecto a la única de las redes sociales citadas que no es estadounidense (TikTok).

Así, con respecto a TikTok se baraja su prohibición en Estados Unidos si su matriz ByteDance no vende la filial a una empresa no China (presumiblemente estadounidense) debido a preocupaciones relacionadas con la seguridad nacional y la privacidad de los datos de los usuarios. De hecho, en marzo de 2024 obtuvo una abrumadora mayoría (352 votos a favor y solo 65 en contra)¹ en la Cámara de Representantes del Congreso de Estados Unidos una propuesta de Ley que otorga seis meses a ByteDance para deshacerse de sus activos en Estados Unidos. Para ello, se han utilizado los consabidos argumentos relativos a la seguridad nacional y a que China podría acceder a datos de los usuarios estadounidenses para sus propios fines. Además, también se señaló que TikTok puede ser utilizada para difundir información falsa y dañina.

Estos argumentos que Estados Unidos ha utilizado para restringir a TikTok son igualmente aplicables en la Unión Europea para cualquier red social, puesto que todas son extranjeras. Así, aunque Estados Unidos ha sido tradicionalmente un aliado europeo no se puede perder de vista que cuenta con una agenda propia y distinta de la europea, que en ocasiones entra en conflicto directo con esta.

1 Existen numerosas noticias de prensa que se hacen eco de estas cuestiones. Un ejemplo: <https://www.reuters.com/technology/us-house-vote-force-bytedance-divest-tiktok-or-facebook-2024-03-13/>, fecha de consulta 19/04/2024.

2.2 Discursos de odio y acoso

Otro de los principales problemas que se observan en las redes sociales es la proliferación de discursos de odio y acoso. Los discursos de odio son una forma de comunicación que promueve la intolerancia, el odio y la discriminación hacia ciertos grupos o individuos. Estos discursos pueden causar daño a la salud mental de las personas que son objeto de ellos y promover la exclusión y la intolerancia (Cabo Isasi & García Juanatey, 2017). Por su parte, el acoso, tal y como documenta Max Fisher en *The Chaos Machine: The Inside Story of How Social Media Rewired Our Minds and Our World* (Fisher, 2022), en ocasiones va más allá de las propias redes sociales, desembocando en amenazas contra la seguridad o la vida de determinadas personas y su familia.

Este tipo de comportamientos presentan determinados problemas para combatirlos. En primer lugar, la transnacionalidad de los usuarios de la red social genera complejidad en el derecho y en la persecución del ilícito cometido. A esto se une el hecho ya comentado del carácter extranjero de las redes sociales, que pueden negarse a acatar solicitudes de banear a usuarios por incumplir la normativa de algún Estado.

Los discursos de odio y el acoso se ven potenciados por la posibilidad de utilizar pseudónimos y ampararse en el anonimato que permiten las redes sociales. Además, a ello incluso puede colaborar la utilización de programas o bots que interactúan de una forma predeterminada y permiten inundar las redes esos discursos.

2.3 Noticias falsas

Con la llegada de las redes sociales y su masificación, un problema que ha existido durante mucho tiempo como es la desinformación y proliferación de noticias falsas (por ejemplo, es bien conocido en este aspecto *Los protocolos de los sabios de Sion*), ha adquirido un nuevo cariz. Según la Comisión Europea, las noticias falsas o *fake news* son aquellas que incluyen información no veraz o manipulada. Incluso, pueden tener apariencia de noticias clásicas, pero su contenido persigue engañar al público (Representación en España de la Comisión Europea, 2022). Su combinación con las redes sociales y con las inteligencias artificiales generativas las convierte en un problema relevante, puesto que son sencillas de fabricar y, aunque en ocasiones se contrasta posteriormente que son falsas, en buena parte del imaginario colectivo hacen mella, confirmando

así la máxima del ministro de propaganda nazi Joseph Goebbels, de que una mentira contada las suficientes veces se hace indistinguible de la realidad.

Las noticias falsas pueden tener graves consecuencias en la sociedad, como la polarización de opiniones, la desconfianza en los medios de comunicación y en las instituciones e incluso en la ciencia. Así, por ejemplo, en Brasil se han observado graves problemas al proliferar la desconfianza contra las vacunas (Fisher, 2022).

Además, el control de noticias falsas o, mejor dicho, del discurso imperante, también ha sido utilizado por los gobiernos. Así, en el conflicto de Ucrania en la Unión Europea se prohibieron los medios rusos por, supuestamente, sembrar la red de noticias falsas, pero sin realizar ningún tipo de análisis exhaustivo al respecto. En cambio, en ningún caso se persiguió ni castigó las noticias falsas favorables a los intereses europeos o estadounidenses. Del mismo modo, en los ataques de Israel a Palestina producidos en 2023 y 2024 se han considerado posturas favorables a Palestina (o críticas con los crímenes cometidos por el ejército de Israel) como noticias falsas².

2.4 Funcionamiento de los algoritmos

Muy asociado a alguno de los problemas de las redes sociales citados están los algoritmos con que estas funcionan y recomiendan contenidos. Estos están pensados para que el usuario pase el mayor tiempo posible en la red social, ya que el negocio de estas plataformas es esencialmente el de nuestra atención, esto es, cuanto más tiempo pasemos en la red social más anuncios visualizaremos (Hari, 2022).

Estas cuestiones provocan que existan adiciones a las redes sociales y se generen problemas de salud mental debido a la actividad en ellas, en especial entre poblaciones más vulnerables como es el caso de los menores (Lembke, 2021). Asimismo, también se observa que el contenido que habitualmente recomiendan tiende a ser muy polarizador y vinculado a extremismos políticos, pseudociencia y falsas conspiraciones, puesto que es un tipo de contenido que facilita que los usuarios ocupen más tiempo en la red social. Es decir, el algoritmo tiende a recomendar aquello que consigue maximizar el tiempo en línea, con independencia de la veracidad del contenido y de sus efectos en la sociedad.

2 Se pueden encontrar diversas noticias de prensa al respecto. Por ejemplo: <https://www.publico.es/internacional/alemania-francia-prohiben-manifestaciones-apoyo-palestina.html>, fecha de consulta 19/04/2024.

Por otro lado, también resulta preocupante el hecho de que el funcionamiento del algoritmo no resulta de público conocimiento. Si bien puede resultar defendible por cuestiones de competencia que no se publique toda la información relativa a cómo se configura, no lo resulta tanto que su funcionamiento sea totalmente opaco. Asimismo, en el caso de empresas y profesionales que usan las redes sociales como su canal de comercialización y conexión con sus clientes, aunque paguen los servicios premium (en el caso de las redes que tienen tal opción), nada les garantiza que un cambio en el funcionamiento de estos algoritmos implicará que sus contenidos dejen de ser recomendados, o incluso sean ocultados, dificultando de ese modo su actividad y sin que nadie responda por los daños y perjuicios que ello les genera. En última instancia, lo que esto determina es la imposibilidad de utilizar discursos que resulten incómodos o contrarios a los valores que sostienen estas corporaciones privadas que no tienen por qué coincidir con los valores de una nación.

2.5 (Mala) utilización de datos personales

El último de los problemas que se pondrán de manifiesto en este artículo es el de la mala utilización de los datos personales por parte de las compañías propietarias de las redes sociales. Las empresas de redes sociales recopilan y almacenan grandes cantidades de datos personales de los usuarios, lo que plantea preocupaciones sobre su privacidad y protección, como así demuestra la postura de Estados Unidos frente a la red social TikTok.

La forma de recabar, utilizar y explotar estos datos, no solo genera la problemática descrita, sino que incluso algunos autores han llegado a hablar de un nuevo modelo de capitalismo a raíz de esto (Zuboff, 2019). En este ámbito, aunque en las redes sociales se aprecian estos problemas, no es el único lugar, puesto que existen en múltiples aplicaciones y motores de búsqueda vinculados al mundo digital.

3 El tratamiento (o no) en la regulación de los problemas de las redes sociales

Algunos de los problemas detallados en la primera parte de este artículo han sido abordados con mayor o menor éxito por el derecho. Sin embargo, otros todavía son un campo por explorar. En las siguientes líneas

se tratará brevemente la normativa existente en relación con los problemas descritos y aquellos vacíos observados.

3.1 Oligopolio en manos de corporaciones extranjeras

En relación con este problema algunos autores se preguntan si se debe cambiar la regulación existente, admitiendo que muchas actividades digitales, entre las que se encuentran las redes sociales muestran características específicas que pueden conducir a estructuras de mercado muy concentradas (Herguera García, 2021). De hecho, desde la entrada en vigor del Reglamento de Mercados Digitales (el 2 de mayo de 2023) hasta la actualidad no se ha apreciado un cambio relevante en esta posición de dominio, a pesar de que su objeto es “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales”. No obstante, esta norma no aborda de forma directa el tema de la indicada posición de dominio.

Por su parte, respecto al problema de que el citado oligopolio se concentre en empresas extranjeras no existe ninguna norma específica ni es probable que en el futuro cercano exista. En este aspecto, las relaciones con las macro corporaciones estadounidenses van más allá del ámbito jurídico y se encuadran dentro de la geopolítica. Por ello, en tanto que Europa sea aliado o dependa de Estados Unidos es poco probable que se restrinja a estas empresas.

3.2 Discursos de odio y acoso

En este ámbito sí existe una regulación relevante. En el ordenamiento nacional, la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, aborda estos temas en el ámbito de menores.

Por otro lado, el Código Penal español (CP) -y las pautas de interpretación establecidas en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado- tipifica el acoso y los delitos de odio, incluyendo aquellos cometidos a través de internet y redes sociales. En especial, el artículo 510 CP sanciona una amplia gama de conductas relacionadas con la incitación al odio, la

hostilidad, la discriminación y la violencia contra grupos o individuos por motivos como la ideología, religión, origen, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad. Además, se castiga la producción y difusión de materiales con motivaciones de odio. Asimismo, el Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea, suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las Secretarías de Estado de Justicia, Seguridad, Educación, Deporte, Igualdad, Derechos Sociales y Migraciones, el Centro de Estudios Jurídicos, diversas asociaciones y plataformas representantes de colectivos así como las principales empresas de redes sociales, incluso incluye más cuestiones de lo tipificado en el artículo 510 CP.

Sin embargo, la normativa existente no cuenta con parámetros claros para establecer qué tipos de mensajes constituyen estos discursos de odio. En el análisis de la jurisprudencia europea que realiza Díez Bueso (Díez Bueso, 2020) se observa que dentro del discurso de odio se incluye, por un lado, mensajes capaces de provocar una violencia física e inmediata contra un colectivo y, por otro lado, el lenguaje que puede producir a largo plazo una hostilidad contra ese grupo. Estas posturas están íntimamente relacionadas con la libertad de expresión y no está del todo claro qué se acoge dentro del derecho a libertad de expresión y qué dentro del discurso de odio.

Por último, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales establece en su artículo 34.3.c) que las plataformas deben aplicar medidas de reducción de riesgos razonables teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales. Entre tales medidas, el artículo indica que estos entes pueden incluir (obsérvese que el verbo utilizado es “pueden”, por lo que no es una exigencia, sino una sugerencia) “la adaptación de los procesos de moderación de contenidos, incluida la velocidad y la calidad del tratamiento de las notificaciones relacionadas con tipos específicos de contenidos ilícitos y, en su caso, la rápida retirada de los contenidos notificados, o el bloqueo del acceso a ellos, en particular en el caso de la incitación ilegal al odio o la ciberviolencia”.

3.3 Noticias falsas

En España, la regulación de las noticias falsas aparece ligado al ámbito penal. Al respecto, como ha admitido la Fiscalía General del Estado en comunicados y circulares como la citada 7/2019, las noticias pueden

integrar diferentes tipos penales, como delitos de odio, descubrimiento y revelación de secretos o injurias y calumnias, entre otros.

En el ámbito europeo destaca la existencia de un Código de Prácticas sobre Desinformación al que se han adherido redes como Facebook, Google o Twitter. Este busca combatir la difusión de noticias falsas y promover la transparencia en la publicidad política en línea. Además, se cuenta con un Observatorio Europeo de la Desinformación para monitorear y analizar la propagación de las *fake news*, colaborando con plataformas, medios de comunicación y organizaciones de verificación de hechos. Por su parte, el Reglamento de Servicios Digitales, aunque sostiene que busca “crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales” no aborda directamente este problema. No obstante, sí delimita el alcance de las libertades de empresa e informativas de las plataformas (Cotino Hueso, 2022).

]En cambio, ninguna de estas iniciativas aborda dos de las cuestiones más sensibles que existen en este ámbito. La primera de estas es la vieja pregunta de quién vigila al vigilante, puesto que otorgar el poder de determinar lo que es falso o no, mal utilizado, puede atentar directamente contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

En segundo lugar, se sigue partiendo de la premisa de que las redes sociales son un simple medio a través del que se transmiten mensajes y noticias. Sin embargo, desde el momento en que estas recomiendan contenidos a los usuarios resulta difícil sostener tal postura, puesto que se ha observado como esas recomendaciones no son inocentes, sino que procuran que el usuario esté el mayor tiempo posible conectado, por lo que habitualmente suelen tener un carácter polarizante o provocador.

3.4 Funcionamiento de los algoritmos

Dentro de la problemática regulación de las redes sociales lo relativo a los algoritmos ha sido tradicionalmente olvidado. Sin embargo, por medio del Reglamento de Servicios Digitales sí se abordan algunas cuestiones. Concretamente, se indica:

- a. Las plataformas deben incluir en sus condiciones generales información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio respecto de la información proporcionada por los usuarios, incluyendo datos sobre cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas

- empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos.
- b. Las plataformas deben detectar, analizar y evaluar cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios. Las evaluaciones deben tener en cuenta si influye el diseño de los sistemas de recomendación y de cualquier otro algoritmo utilizado.
 - c. Las plataformas deben aplicar medidas de reducción de riesgos razonables adaptadas a los riesgos sistémicos, teniendo en cuenta las consecuencias sobre los derechos fundamentales. Entre las medidas que cita el Reglamento (aunque solo las propone) está la realización de pruebas y la adaptación de sus sistemas algorítmicos.
 - d. Las plataformas que utilicen sistemas de recomendación deben establecer en sus condiciones generales, utilizando un lenguaje claro y comprensible, los parámetros principales utilizados en sus sistemas de recomendación, así como cualquier opción a disposición de los destinatarios del servicio para modificar o influir en dichos parámetros.
 - e. Las plataformas están obligadas a proporcionar a la Comisión acceso a los datos que sean necesarios para hacer el seguimiento del cumplimiento del Reglamento, encontrándose entre ellos el diseño, la lógica, el funcionamiento y la realización de pruebas de sus sistemas algorítmicos, incluidos sus sistemas de recomendación.
 - f. Asimismo, la Comisión puede realizar inspecciones en las instalaciones del proveedor de la plataforma en línea o del motor de búsqueda, encontrándose facultada para exigir acceso a su organización, funcionamiento, sistema informático, algoritmos, gestión de datos y conducta empresarial.
 - g. El incumplimiento del Reglamento puede acarrear sanciones de hasta un 6% del volumen mundial de negocios anual de la empresa en el ejercicio fiscal anterior.

Así pues, existe ya un marco regulatorio para la regulación del uso de los algoritmos, si bien se observa que este descansa de forma importante en la responsabilidad de las propias compañías y que cuestiones tan

importantes como lo que se considera o no riesgos sistémicos deben aun acotarse. Asimismo, dado que la aplicación de esta norma ha comenzado el 17 de febrero de 2024, hasta el momento es pronto para extraer conclusiones en relación a su efectividad.

3.5 (Mala) utilización de datos personales

En este ámbito la regulación en el estatal existente se encuentra especialmente en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Mientras, en el ámbito europeo, la norma de cabecera es el Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Dado que este estudio cuenta con limitación de páginas no se analizará esta legislación, que se encuentra más madura que la relativa a otros de los problemas apuntados. En cambio, sí se reseñará la problemática existente con la transferencia de datos para su tratamiento a terceros países. En este aspecto, tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en el asunto C-311/18 (*Schrems II*), el 24 de julio de 2020, el Comité Europeo de Protección de Datos publicó un documento titulado *Frequently Asked Questions on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-311/18 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximillian Schrems*, en que se tratan las concretas implicaciones de la sentencia. En él se determinó que, con carácter general, la transferencia de datos desde un proveedor europeo a un proveedor de los Estados Unidos resulta ilegal (García-Perrote Martínez et al, 2020).

Debido a esto, la empresa Meta, matriz de Facebook e Instagram, amenazó con dejar de ofrecer sus servicios en la Unión Europea, aunque finalmente no llevó a cabo sus amenazas. Sin embargo, tampoco cumplió con su obligación y mediante decisión de 12 de mayo de 2023, la Agencia de Protección de Datos Irlandesa concluyó que desde la empresa europea Meta Platforms Ireland Limited se transferían datos a Estados Unidos, imponiéndole una multa de 1.200 millones de euros.

El futuro determinará si se seguirán observando incumplimientos similares o este tipo de sanciones son lo suficientemente desincentivadoras.

4 Conclusiones

Las redes sociales, con su vocación de universalidad magnifican todos los problemas que en torno a ellas se generan. En este estudio se ha observado la regulación que existe de algunos de ellos. Tras este breve estudio cabe concluir que buena parte de la normativa incluye importantes componentes de autorregulación de las redes, lo que en última instancia hace depender su éxito del buen hacer de las empresas.

Por otro lado, existen aspectos relevantes no regulados. Nos referimos aquí a la posibilidad de recomendaciones de contenidos de carácter anticientífico o que incluyan conspiraciones que no se sostienen en hecho alguno que se trata escasamente en el Reglamento de Servicios Digitales. No se propone la posibilidad de eliminar los mismos (a fin de cuentas, es lícito creer, por ejemplo, que la tierra es plana), pero sí que se limite su aparición como contenido recomendado. Asimismo, otro elefante en la habitación es la posible responsabilidad de las redes sociales por el contenido en ellas publicado, respecto a lo cuál no existe aun demasiado debate. También existen muchos otros problemas no tratados no tratados (por ejemplo, anonimato en estas redes o la protección de usuarios vulnerables), que deberán ser objeto de estudios posteriores.

Bibliografía

Cabo Isasi, A. & García Juanatey, A. (2017). *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, informe del Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia del Ajuntament de Barcelona, https://www.injuve.es/sites/default/files/2019/02/noticias/el_discurso_del_odio_en_rrss.pdf.

Cotino Hueso, L. (2022). Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación. *Teoría y realidad constitucional*, 49, pp. 199-238.

Desmurget, M. (2019). *La fabrique du crétin digital. Les dangers des écrans pour nos enfants*, Les éditions du Seuil, París.

Díaz Bueso, L. (2020). Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada, *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, pp. 50-64. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3528>.

Fisher, M. (2022). *The chaos machine: The inside story of how social media*

rewired our minds and our world, Little, Brown and Company, Nueva York.

García-Perrote Martínez, I., & García-Micó, T. G. (2020). Identidad, cesión de datos personales y la decisión Privacy Shield tras la STJUE Schrems II. *InDret*. 3, pp. 551-559.

Hari, J. (2022). *Stolen focus: Why you can't pay attention*, Crown Publishing Group, Nueva York.

Herguera García, I. (2021). Competencia y regulación de (algunas) plataformas digitales en la UE, *Documentos de trabajo (FEDEA)*, 10, pp. 1-37.

Lembke, A. (2021). *Dopamine nation: Finding balance in the age of indulgence*, Dutton's Books, Los Ángeles.

Representación en España de la Comisión Europea. (2022). *Cómo combatir las fake news*, https://spain.representation.ec.europa.eu/noticias-eventos/noticias-0/como-combatir-las-fake-news-2022-02-28_es.

Zuboff, S. (2019), *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, Nueva York.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DELITO: PROBLEMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES PENALES (UNA BREVE REFLEXIÓN)

Luz María Puente Aba

La sola mención de la inteligencia artificial genera múltiples interrogantes e inquietudes, y el Derecho penal no es ajeno a esta situación de incertidumbre. Uno de los problemas fundamentales a los que se enfrenta esta rama del ordenamiento jurídico es determinar cómo se atribuye la responsabilidad penal en los casos en que, en la comisión del delito, interviene de algún modo la inteligencia artificial. Por verlo de modo más claro, cabe pensar en varios ejemplos, como los vehículos autónomos, los robots quirúrgicos, o cualquier tipo de máquina inteligente que intervenga en procesos de producción industriales, agrícolas, etc. Si ya resulta conflictivo el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como entes ficticios creados por personas físicas, aún resulta más complejo determinar las bases de la exigencia de responsabilidad cuando estamos ante hechos delictivos donde está presente la actuación de una máquina inteligente, es decir, cuando interviene la denominada inteligencia artificial.

Para empezar, ya es complicado partir de una definición unánimemente aceptada de inteligencia artificial¹, y aunque así se hiciera, seguramente se trataría de una definición sin vocación de permanencia. Como muestra de ello, puede tomarse como punto de partida la ofrecida por el Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, nombrado por la Comisión Europea, que trata de dar forma a este concepto en su documento “Una definición de la IA: capacidades

1 Vid. al respecto, poniendo de manifiesto la inexistencia de una definición que cuente con acuerdo global: BUITEN, M.C., “Towards intelligent regulation of artificial intelligence”, *European Journal of Risk Regulation*, 10, 2019, pp. 43-45; PÉREZ UGENA, M., “La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, 72, 2024, p. 4; SHEIKH, A. / PRINS, C. / SCHRIJVERS, E., *Mission AI. The new system technology*, Springer 2023, p. 15. Vid. focalizando la definición para el ámbito jurídico, VALLS PRIETO, J., “Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 24-27, 2022, pp. 5 ss.

y disciplinas principales”². El Grupo de expertos parte de la definición ofrecida por la Comisión Europea en su Comunicación “Inteligencia artificial para Europa”³: “El término inteligencia artificial se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)”. El Grupo de expertos decide expandir esta definición para clarificar ciertos aspectos de la inteligencia artificial, y propone la siguiente definición, más amplia: “Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, interpretando los datos recogidos, estructurados o no, razonando sobre los conocimientos o procesando la información, derivada de estos datos y decidiendo la(s) mejor(es) acción(es) a tomar para alcanzar el objetivo dado. Los sistemas de IA pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo se ve afectado el entorno por sus acciones anteriores. Como disciplina científica, la IA incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (del que el aprendizaje profundo y el aprendizaje de refuerzo son ejemplos específicos), el razonamiento automático (que incluye la planificación, la programación, la representación del conocimiento y el razonamiento, la búsqueda y la optimización), y la robótica (que incluye el control, percepción, sensores y actuadores, así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciber-físicos)”.

La cuestión que aquí resulta de especial interés es la relativa al carácter autónomo de las decisiones de los sistemas de inteligencia artificial o, en otras palabras, el nivel de participación del ser humano en ellas. Como manifiesta el Grupo de expertos en el mismo documento, cuando se refiere

2 INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, European Commission, 2019. Posteriormente, esta definición ofrecida por el Grupo experto es tomada como base por el Joint Research Centre de la Comisión Europea en su documento *AI Watch. Defining artificial intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, 2020.

3 COMISIÓN EUROPEA, *Inteligencia artificial para Europa*, 25/4/2018, COM(2018) 237 final.

a las “decisiones” propias de la inteligencia artificial, este término “debe ser considerado en sentido amplio, como cualquier acto para seleccionar la acción que se va a llevar a cabo, y no significa necesariamente que los sistemas de inteligencia artificial sean completamente autónomos”.

Por consiguiente, partimos ya, al menos a nivel europeo, de una definición de inteligencia artificial que no se pronuncia categóricamente sobre la absoluta autonomía en la adopción de decisiones por parte de los sistemas de inteligencia artificial. Y a mayores, también la Unión Europea es la pionera en la regulación legal de este complejo fenómeno, tras la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. De entrada, esta nueva norma también parte de una definición de inteligencia artificial que contempla distintos niveles de autonomía en la toma de decisiones; así, su artículo 3 define “sistema de inteligencia artificial” como “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”.

Además, el Reglamento clasifica los riesgos asociados al uso de estos sistemas, distinguiendo cuatro niveles de riesgo: mínimo o nulo, limitado, alto e inaceptable⁴. Si bien la norma describe determinadas prácticas de inteligencia artificial que se prohíben por generar riesgos inaceptables para las personas, sí se admiten los sistemas que generen un riesgo calificado como “alto”, siempre que su puesta en práctica venga acompañada de determinados requisitos. Uno de ellos es la “supervisión humana”: como se establece en el artículo 14 del Reglamento, “los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas”⁵.

4 <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/artificial-intelligence/>

5 Vid. sobre esta previsión del Reglamento, por ejemplo, LAZCOZ MORATINOS, G. / URRUELA MORA, A. / DE MIGUEL BERAÍN, I., “La propuesta de Reglamento ‘Ley de Inteligencia Artificial’: análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho penal”, en *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial* (Romeo Casabona, C.M. / Rueda Martín, M.A., dir.), Comares, Granada 2023, pp. 155 ss.

Se plantea entonces un panorama complicado, ante el que no cabe ofrecer una respuesta única: será el análisis del caso específico, concretamente de la interacción entre diseño, funcionamiento y supervisión del sistema de inteligencia artificial, lo que permitiría determinar quién o quiénes son los responsables de los posibles daños derivados de la actuación de uno de estos sistemas. Cuando tales daños constituyen un hecho delictivo, nos enfrentamos a la concurrencia de distintos sujetos a la hora de atribuir responsabilidad penal: ¿será quien diseña, quien comercializa, quien usa, o el propio sistema de inteligencia artificial?

De entrada, resulta difícilmente compartible el reconocimiento de una responsabilidad penal directa e independiente del sistema de inteligencia artificial, incluso cuando el hecho delictivo se llegase a verificar a partir de una decisión autónoma del sistema⁶. Aunque ya no resulta extraño hablar de la responsabilidad penal de entes ficticios (las personas jurídicas)⁷, al menos a día de hoy parece más adecuado buscar la persona física que ha configurado este poder de decisión a la máquina, ya sea porque está diseñada para tomar decisiones que conducen directamente a la verificación del hecho delictivo, ya sea porque no fue adecuadamente previsto que el funcionamiento del sistema desembocase en la producción de resultados delictivos. Además, como se ha visto, en un gran número de supuestos estará presente una supervisión humana, de modo que ya no estaremos ante una actuación independiente y sin control del sistema de inteligencia artificial. En cualquier caso, se plantea un buen número de interrogantes a la hora de establecer una adecuada atribución de responsabilidades penales, tal y como veremos a continuación.

En principio, en muchos supuestos habrá que indagar si el resultado lesivo deriva de un diseño o programación inadecuados del sistema de

6 La UNESCO defiende, en sus *Recomendaciones sobre ética de la inteligencia artificial* (2022), que la decisión final y, en suma, la responsabilidad ética y jurídica, debería recaer siempre en una persona física o jurídica, no en el sistema de inteligencia artificial.

Vid. sobre esta cuestión en el ámbito del Derecho penal, COLINA RAMÍREZ, E.I., “Inteligencia artificial, ¿otro cambio de paradigma en el Derecho penal?”, *Cuadernos de política criminal*, 242, 2023, pp. 140 ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho penal”, en *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Peris Riera, J.M. / Massaro, A., dir.), Roma Tre, 2023, p. 88; ROMEO CASABONA, C.M., “La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos”, en *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial* (Romeo Casabona, C.M. / Rueda Martín, M.A., dir.), Comares, Granada 2023, pp. 60 ss., y 70 ss.; SALVADORI, I., “Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal”, *Cuadernos de política criminal*, 133, 2021, pp. 151-152.

7 O incluso casos más llamativos, como la atribución de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca (Murcia, España), por Ley 19/2022, de 30 de septiembre.

inteligencia artificial. No obstante, la atribución de responsabilidad penal de carácter imprudente⁸ exige tener claro cuál es el deber de cuidado exigible en la configuración de esta clase de sistemas. Obviamente, tendrá un contenido diferente en función de su ámbito de actuación: por ejemplo, la medicina, la circulación de vehículos, o la cadena de montaje en una fábrica. En cualquier caso, el funcionamiento propio de los sistemas de inteligencia artificial tiene una particularidad especialmente problemática: la imposibilidad de conocer, ni “ex ante” ni “ex post”, cómo la propia máquina ha llegado a adoptar una determinada decisión. A esta opacidad tecnológica se hace referencia con el término “black box”: la máquina se programa con determinados algoritmos, se entrena progresivamente con nuevos datos, y va “aprendiendo” a tomar decisiones en función de su “experiencia”⁹; sin embargo, es imposible predecir, o incluso averiguar con posterioridad, por qué el sistema algorítmico ha llegado a una determinada conclusión¹⁰. Claramente, esta forma de funcionamiento es opuesta a los principios de transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial, presentes, por ejemplo, en las Recomendaciones de la UNESCO en esta materia¹¹. En cualquier caso, es interesante señalar que, según el documento sobre ética en inteligencia artificial publicado por el Parlamento europeo, la explicabilidad de la inteligencia artificial debería centrarse no exactamente en el aspecto técnico (cómo funcionan e interactúan los algoritmos) sino más bien en la posibilidad de conocer qué variables, y en qué contexto, se han tenido en cuenta para adoptar una determinada decisión¹².

En suma, la delimitación de la infracción del deber de cuidado no es sencilla en un ámbito donde no está claro cómo se van a desarrollar las reglas de decisión por parte del sistema de inteligencia artificial. Esta peculiaridad específica puede plantear problemas no solo para fijar los

8 Que será el caso más común, y a la vez más complejo (cfr. MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, 2018, p. 10), dejando aparte, obviamente, la posibilidad de configurar dolosamente el sistema para que cause resultados lesivos.

9 Es el denominado “machine learning”; vid. por ejemplo BUITEN, M.C., “Towards intelligent regulation of artificial intelligence”, p. 49.

10 Vid. SALVADORI, I., “Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal”, cit., p. 144. Vid. también EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *Feasibility study on a future Council of Europe instrument on Artificial intelligence and Criminal Law*, Council of Europe, 2020, p. 5.

11 UNESCO, *Recomendaciones sobre ética de la inteligencia artificial*, 2022.

12 EUROPEAN PARLIAMENT, *The ethics of artificial intelligence: issues and initiatives*, 2020, p. 33. Vid. por ejemplo sobre este tema, la obra monográfica COTINO HUESO, L. / CASTELLANOS CLARAMUNT, J. L. (Ed.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, 2022.

límites de la imprudencia punible (¿cuál es el cuidado debido a la hora de diseñar, programar o usar uno de estos sistemas?), sino también en relación con la imputación objetiva del resultado dañoso (¿realmente ese daño puede imputarse a la acción previa del diseñador del sistema, o ha constituido ya una decisión autónoma de este último?).

Como se ha anticipado, la complejidad no se reduce en los supuestos en que hay una supervisión humana del sistema de inteligencia artificial. De entrada, hay que analizar cuidadosamente en qué consiste esta supervisión humana. Es ilustrativo tomar como referencia una muestra de la variedad de casos de muertes producidas con la puesta en marcha de vehículos autónomos:

En 2018 un vehículo autónomo atropelló y causó la muerte de una persona que cruzaba fuera del paso de peatones en una carretera de Tempe (Arizona, EEUU). En el coche viajaba una persona como vigilante de seguridad, que en el momento del atropello estaba desatendiendo totalmente el funcionamiento del vehículo. En 2023, se condenó a la vigilante por “puesta en peligro de peatones”, y no se fijó responsabilidad alguna para la empresa que puso en circulación estos vehículos¹³.

En 2019, un coche autónomo no se detuvo ante un semáforo en rojo y atropelló a dos personas en Los Angeles (EEUU). El conductor había puesto el sistema de piloto automático y, consecuentemente, se había desentendido del control del vehículo; en 2023 fue condenado como autor de dos homicidios imprudentes¹⁴.

En 2019, un vehículo que circulaba en modo automático salió de la carretera y se estrelló contra un árbol. El conductor falleció; los pasajeros sobrevivientes no lograron que se declarase judicialmente la responsabilidad de la empresa comercializadora del vehículo¹⁵.

Situaciones como las anteriores muestran la necesidad de fijar aquellos ámbitos donde es necesaria la supervisión humana del sistema de inteligencia artificial, y especialmente, hasta dónde llega este deber de vigilancia. El Reglamento europeo de inteligencia artificial establece,

13 Vid. <https://www.maricopacountyattorney.org/CivicAlerts.aspx?AID=1012><https://www.maricopacountyattorney.org/CivicAlerts.aspx?AID=1012> y <https://edition.cnn.com/2023/07/29/business/uber-self-driving-car-death-guilty/index.html#:~:text=The%20Uber%20test%20driver%20behind,probation%20Friday%2C%20according%20to%20officials> y

14 Vid. <https://www.cnn.com/2023/12/18/felony-charges-are-first-in-a-fatal-crash-involving-tesla-autopilot.html>

15 Vid. <https://www.theverge.com/2023/10/31/23940693/tesla-jury-autopilot-win-liable-micah-lee>

en su artículo 14, que “las medidas de supervisión serán proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto de uso del sistema de IA de alto riesgo”. Tales medidas, continúa el precepto, serán definidas por el proveedor del sistema antes de su introducción en el mercado o de su puesta en servicio; pueden venir ya integradas en el propio sistema, o pueden ser definidas para que las ponga en práctica el “responsable del despliegue”, esto es, la persona bajo cuya autoridad se utilice el sistema.

Esta regulación suscita interesantes cuestiones que son esenciales para una adecuada atribución de responsabilidades penales. De entrada, cabrá exigir responsabilidad tanto a quien diseñe y/o introduzca en el mercado el sistema de inteligencia artificial, como a quien lo utilice o dirija su uso. Son dos ámbitos diferenciados y, como acabamos de ver, corresponde a la primera categoría de sujetos la fijación de las medidas de supervisión que corresponderá adoptar a la segunda categoría de personas. Esto constituye ya un fundamento básico para tratar los casos que acabamos de describir: ¿la empresa comercializadora de los vehículos autónomos había indicado exactamente el nivel de autonomía y fiabilidad del piloto automático?; ¿en qué medida era necesaria la vigilancia del conductor / pasajero en el transcurso del viaje?

Un punto interesante que cabe destacar aquí es la diversidad de categorías de sujetos que pueden concurrir en estas situaciones, ya que no solo cabe distinguir al diseñador / programador y al supervisor / usuario, sino que también puede haber una categoría intermedia: la persona que comercializa (introduce en el mercado) el sistema de inteligencia artificial. La concurrencia de un variado número de personas, con diversas funciones y en distintas fases, dificulta la individualización de la responsabilidad penal, complicando simultáneamente la determinación de la relación causa – efecto entre las actuaciones desarrolladas y el daño producido¹⁶.

Como último punto, es interesante señalar que la actuación de los sistemas de inteligencia artificial no solo plantea los referidos problemas a la hora de individualizar la atribución de responsabilidades penales, sino que también afecta a otras instituciones dogmáticas en el ámbito del Derecho penal. Así, volviendo al ejemplo de los vehículos autónomos, se plantea el conocido dilema de cómo reaccionará el piloto automático

16 Vid. SALVADORI, I., “Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal”, cit., pp. 144-145 y 158-162. Vid. también, poniendo de relieve la variedad de sujetos y fases que concurren en las actuaciones en las que participa la inteligencia artificial, VALLS PRIETO, J., “Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes”, cit., pp. 24 ss.

cuando tiene que enfrentarse a la posible producción de diversos resultados lesivos: ¿no atropellar a peatones a riesgo de causar daños o la muerte a los pasajeros?, ¿o cómo optar entre distintas trayectorias, cuando todas ellas suponen riesgo de daño o muerte de diversas personas que transitan por la vía pública?

Las situaciones que se acaban de plantear se corresponden con clásicos supuestos de estado de necesidad. Como dispone el artículo 20 del Código penal español, queda exento de responsabilidad penal quien, bajo determinadas condiciones (destacadamente, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar), lesiona un bien jurídico para evitar un mal propio o ajeno. Será el tribunal quien, ante la comisión de un hecho delictivo en tales circunstancias, analizará si concurren realmente los requisitos propios del estado de necesidad, y por lo tanto decidirá si el sujeto ha actuado de modo que pueda obtener la exención de responsabilidad penal. Con la intervención de los sistemas de inteligencia artificial puede producirse un cambio significativo: la decisión de lesionar el bien jurídico no se produce en el mismo momento en que surge la situación de necesidad, sino que se habrá definido con anterioridad. Esto puede ilustrarse volviendo de nuevo al ejemplo de los vehículos autónomos.

Un conductor de un coche puede encontrarse, de repente, ante la disyuntiva de frenar repentinamente en la calzada o invadir la acera, viendo que en ambos casos puede llegar a causar daños a personas que se encuentran en estos lugares. Será en ese momento, al plantearse la situación de necesidad, cuando tenga que decidir si se arriesga a atropellar a quienes imprudentemente están cruzando por un lugar no señalizado o a quienes se encuentran parados en la acera. En cambio, si en lugar de una persona conductora tenemos un coche autónomo, la “decisión” del vehículo tendrá unas características peculiares. En primer lugar, las pautas para adoptar tal decisión concreta habrán sido introducidas previamente por la persona que ha diseñado y configurado el sistema. Sin embargo, el panorama no resulta tan sencillo ya que, como es sabido, los sistemas de inteligencia artificial “aprenden” con el paso del tiempo, con la adquisición de nuevos datos, y cabría preguntarse si, llegado un momento, el vehículo podría llegar a responder frente a este tipo de situaciones de forma diversa a como fue previsto por su diseñador. Indudablemente, esta posibilidad abre la puerta a interrogantes muy interesantes: cuál ha de ser el fundamento que guíe la programación del sistema para resolver estas situaciones; o cómo ha de valorar el tribunal la actuación del sistema, puesta en relación

con las intervenciones del programador, el comercializador o el (eventual) vigilante del vehículo autónomo¹⁷.

En suma, y para concluir, es obvio que la introducción de los sistemas de inteligencia artificial en los ámbitos de actuación humana genera riesgos para bienes jurídicos y, además, abre la puerta a múltiples interrogantes a la hora de determinar la atribución de responsabilidades penales. Teniendo presentes los retos y cuestiones que se han enunciado, puede hacerse hincapié en un determinado enfoque preventivo que, al menos, sirva para establecer cuáles son las tareas y responsabilidades de las personas físicas que intervienen en la configuración y en el funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial. Es evidente que esto podría llevarse a cabo, primordialmente, por una normativa general (estatal o supraestatal), pero también puede tener un papel importante la autorregulación en las personas jurídicas que emplean sistemas de inteligencia artificial¹⁸. Un adecuado programa de prevención de delitos tendría que contemplar, dentro de su mapa de riesgos, los peligros asociados al empleo de este tipo de sistemas, y por lo tanto tendría que diseñar las medidas necesarias para prevenir la producción de daños delictivos. Finalizando con el ejemplo aquí tratado, y sin ánimo de exhaustividad, podría pensarse en mecanismos como los siguientes: configurar de forma clara el nivel de supervisión humana necesario en el vehículo autónomo; asegurar que se ofrece la información adecuada a los adquirentes de este tipo de vehículos; o revisar periódicamente el sistema de conducción autónoma para detectar posibles fallos.

17 Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, 2022, pp. 110-111, se traslada a una fase previa (la programación del sistema) la decisión sobre cómo resolver una futura situación de necesidad. Vid. COCA VILA, I., “Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, *Cuadernos de política criminal*, 122, 2017, pp. 251 ss., defendiendo que la programación de los algoritmos se oriente conforme a las reglas propias de las causas de justificación.

18 Vid. poniendo de relieve la utilidad de los programas de “compliance” para definir el deber de cuidado exigible en este ámbito, DE LA MATA BARRANCO, N.J. / PÉREZ GONZÁLEZ, S., “Inteligencia artificial autónoma y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Almacén del Derecho*, 2023; ROMEO CASABONA, C.M., “La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos”, en *Derecho penal, ciberseguridad, cibercrimes e inteligencia artificial* (Romeo Casabona, C.M. / Rueda Martín, M.A., dir.), Comares, Granada 2023, p. 64. Vid. asimismo las precisiones de VALLS PRIETO, J., “Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes”, cit., pp. 30 ss.

Bibliografía

BUITEN, M.C., “Towards intelligent regulation of artificial intelligence”, *European Journal of Risk Regulation*, 10, 2019.

COCA VILA, I., “Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, *Cuadernos de política criminal*, 122, 2017, p. 235.

COLINA RAMÍREZ, E.I., “Inteligencia artificial, ¿otro cambio de paradigma en el Derecho penal”, *Cuadernos de política criminal*, 242, 2023, p. 123.

COTINO HUESO, L. / CASTELLANOS CLARAMUNT, J. L. (Ed.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, 2022.

DE LA CUESTA AGUADO, P., “Inteligencia artificial y responsabilidad penal”, *Revista Penal México*, 16-17, 2019-2020.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. / PÉREZ GONZÁLEZ, S., “Inteligencia artificial autónoma y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Almacén del Derecho*, 2023: <https://almacenederecho.org/inteligencia-artificial-autonoma-y-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>.

EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *Feasibility study on a future Council of Europe instrument on Artificial intelligence and Criminal Law*, Council of Europe, 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT, *The ethics of artificial intelligence: issues and initiatives*, 2020.

INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, European Commission, 2019.

JOINT RESEARCH CENTRE, EUROPEAN COMMISSION, *AI Watch. Defining artificial intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, 2020.

LAZCOZ MORATINOS, G. / URRUELA MORA, A. / DE MIGUEL BERIAIN, I., “La propuesta de Real Decreto ‘Ley de Inteligencia Artificial’: análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho penal”, en *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial* (Romeo Casabona, C.M. / Rueda Martín, M.A., dir.), Comares, Granada 2023, p. 141.

MANNING, C. *Artificial intelligence definitions*, Stanford University Human - Centered Artificial Intelligence, 2020 (<https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf>).

MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, 2018.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho penal”, en *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias* (Peris Riera, J.M. / Massaro, A., dir.), Roma Tre, 2023, p. 59.

PÉREZ UGENA, M., “La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, 72, 2024.

ROMEO CASABONA, C.M., “La discusión sobre la atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial, en particular a sistemas autónomos”, en *Derecho penal, ciberseguridad, cibercrimitos e inteligencia artificial* (Romeo Casabona, C.M. / Rueda Martín, M.A., dir.), Comares, Granada 2023, p. 57.

SALVADORI, I., “Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal”, *Cuadernos de política criminal*, 133, 2021.

SHEIKH, A. / PRINS, C. / SCHRIJVERS, E., *Mission AI. The new system technology*, Springer 2023.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, 2022.

UNESCO, *Recomendaciones sobre ética de la inteligencia artificial*, 2022.

VALLS PRIETO, J., “Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 24-27, 2022.

HÁ PROTEÇÃO SUFICIENTE QUANTO A DADOS PESSOAIS INFERIDOS NO RGPD?

Alessandra Silveira

I

A emergência de um modelo de negócio baseado em dados de carácter pessoal – e na definição de perfis com base em dados inferidos – revela um desequilíbrio de poder entre utilizadores e plataformas *online*. Há hoje um manifesto desequilíbrio a favor dos prestadores de serviços digitais, o que exige um reforço da posição dos utilizadores na sua relação com os prestadores. A Internet já não é o espaço idílico das liberdades – como era perspetivada nos seus primeiros tempos –, pois converteu-se num espaço de plataformas, onde se desenvolvem modelos de negócio definidos unilateralmente e nada transparentes.

Antes de mais, contextualizemos o problema: o que vem a ser um dado pessoal? A expressão “dados de carácter pessoal” corresponde, no direito da União Europeia (UE), a qualquer informação relativa a uma pessoa singular que permita a sua identificação, ainda que isto não ocorra diretamente, mas por associação de conceitos, características ou conteúdos. Ou seja, são informações que, por estarem associadas a uma pessoa, permitam identificá-la – não sendo necessariamente informações privadas ou íntimas, basta que sejam pessoais. E esses dados pessoais são objeto de proteção quando sujeitos a qualquer operação ou tratamento – recolha, registo, organização, conservação, alteração, consulta, difusão, bloqueio, apagamento, destruição, etc. – independentemente da tecnologia utilizada.¹

Além disso, o que vem a ser um perfil? O processo de definição de perfis é frequentemente utilizado para efetuar predições sobre os indivíduos, recorrendo a dados provenientes de várias fontes para inferir algo sobre alguém, com base nas qualidades de outras pessoas que estatisticamente parecem semelhantes. A disponibilidade generalizada de

1 Alessandra Silveira/Tiago Sérgio Cabral, “Article 8 – Protection of personal data”, Alessandra Silveira/ Larissa Araújo Coelho/Maria Inês Costa/Tiago Sérgio Cabral, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2024, <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/93188/1/The%20Charter%20of%20Fundamental%20Rights%20of%20the%20EU%20-%20A%20Commentary.pdf>.

dados pessoais a partir de dispositivos da Internet das coisas² e dos corpos – de termómetros retais à pele inteligente³ –, bem como o desenvolvimento de tecnologias tendentes a encontrar correlações a partir de tais dados, tudo isto permite determinar, analisar e prever aspetos relativos à personalidade, ao comportamento, aos interesses e aos hábitos de uma pessoa.⁴

Tais tecnologias têm diversas aplicações comerciais, podendo ser utilizados, por exemplo, para segmentar os mercados e adequar os serviços e produtos às necessidades individuais. Por isso a definição de perfis e as decisões automatizadas são utilizadas em áreas cada vez mais numerosas, tanto do setor privado como do setor público: a atividade bancária e financeira, a saúde, a fiscalidade, os seguros, o marketing e a publicidade são apenas alguns exemplos dos domínios em que a definição de perfis é feita de forma mais frequente para apoiar a tomada de decisões.

Todavia, o legislador da UE não quis regular de forma autónoma a admissibilidade da definição de perfis, tendo antes optado por tratá-la no quadro de decisões exclusivamente automatizadas, como se o perfil fosse uma parte integrante da decisão. Assim, o artigo 22.º, n.º 1 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)⁵ dispõe que “o titular dos dados pessoais tem o direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.” Daqui decorre uma proibição geral de decisões individuais tomadas “exclusivamente” com base no seu tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis. No entanto, as disposições daquele artigo 22.º RGPD suscitam muitas dúvidas à doutrina

2 Em 2017 a Comissão Europeia estimava que até 2020 cerca de 6 mil milhões de dispositivos de uso doméstico (televisores, frigoríficos, máquinas de lavar, etc.) estivessem ligados à Internet na UE. Cf. *Comunicação da Comissão Europeia sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital - Um Mercado Único Digital conectado para todos* [COM(2017) 228 final], Bruxelas, 10 de maio de 2017. Em fevereiro daquele ano, o Parlamento Europeu manifestava preocupações quanto ao posicionamento de dispositivos conectados em espaços tradicionalmente protegidos e íntimos, bem como à sua capacidade de extrair informações relativas a dados pessoais sensíveis e de os transmitir. Cf. *Resolução do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica* [2015/2103(INL)], 16 de fevereiro de 2017.

3 Sobre o processo de transformação das experiências corporais em dados comportamentais, cf. Shoshana Zuboff, *A era do capitalismo da vigilância – a disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*, Relógio d'Água, Lisboa, 2020.

4 Para mais desenvolvimentos cf. Alessandra Silveira, “Profiling and cybersecurity: a perspective from fundamental rights’ protection in the EU”, Francisco Andrade/Joana Covelo Abreu/Pedro Freitas (eds.), *Legal developments on cybersecurity and related fields*, Springer International Publishing, 2024.

5 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

que só agora começam a ser esclarecidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

No acórdão *SCHUFA Scoring* o TJUE foi finalmente confrontado com a interpretação do artigo 22.º RGPD, a fim de desvendar se a definição do perfil, em si mesma, seria uma decisão exclusivamente automatizada na aceção do RGPD – e, portanto, proibida.⁶ O problema, à partida, residia em saber o artigo 22.º RGPD previa mesmo uma proibição, bem como o que são decisões exclusivamente automatizadas na aceção do RGPD. Mas, em última análise, o TJUE começa a ser chamado a i) enfrentar o problema da opacidade das inferências ou predições resultantes da análise de dados por sistemas de inteligência artificial (IA), bem como ii) apreciar a existência de vias de recurso para contestar operações das quais resultam inferências automatizadas que não sejam razoavelmente justificadas.⁷

Importa, portanto, questionar se o RGPD protege adequadamente dados inferidos – e fazê-lo à luz do direito fundamental à proteção dos dados pessoais previsto no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Concretamente, importa aferir se as normas sobre dados pessoais em vigor na UE, sobretudo as relativas à definição de perfis e decisões automatizadas, seriam adequadas para fazer face aos riscos introduzidos por sistemas de IA. Alguma doutrina entende que não – argumento ao qual aderimos e procuramos atualizar neste texto –, e tem insistido na necessidade de ajustar os instrumentos jurídicos atualmente em vigor.

Investigadores do *Oxford Internet Institute* (Universidade de Oxford) e do *Alan Turing Institute (British Library)*, por exemplo, postulam a necessidade de construção de um “direito às inferências razoáveis” (*right to reasonable inferences*). Entendem inferências como informações relativas a uma pessoa identificada ou identificável que resultem de operações automatizadas – e sustentam que a proteção baseada no RGPD não seria suficiente para avaliar a razoabilidade dos processos dos quais resultam inferências produzidas por algoritmos de aprendizagem.⁸ Nesta medida,

6 Acórdão *SCHUFA Scoring*, de 7 de dezembro de 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957.

7 Sobre o tema cf. Alessandra Silveira, “Finally, the ECJ is interpreting Article 22 GDPR (on individual decisions based solely on automated processing, including profiling)”, *Official blog of UNIO – EU Law Journal – Thinking and Debating Europe*, April 10, 2023, <https://officialblogofunio.com/2023/04/10/finally-the-ecj-is-interpreting-article-22-gdpr-on-individual-decisions-based-solely-on-automated-processing-including-profiling/>; Alessandra Silveira, “Automated individual decision-making and profiling [on case C-634/21 - SCHUFA (Scoring)]”, *UNIO - EU Law Journal*, Vol. 8, No. 2, March (2023), doi: <https://doi.org/10.21814/unio.8.2.4842>.

8 Os Autores definem inferências como “[i]nformation relating to an identified or identifiable

seria preciso expandir a proteção jurídica do RGPD, por forma a considerar (inequivocamente) dados inferidos como dados pessoais – algo que, de resto, é admitido pelo ex-Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (GT29), atual Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD), como veremos.⁹

II

A definição de perfis é frequentemente utilizada para efetuar predições sobre os indivíduos – e pode dar origem (ou não) a decisões automatizadas na aceção do RGPD. O perfil implica a recolha de informações sobre uma pessoa e a avaliação das suas características ou dos seus padrões de comportamento, a fim de a inserir em determinada categoria ou grupo e daí extrair uma inferência ou predição – seja da sua capacidade para executar uma tarefa, dos seus interesses, ou do seu comportamento presumível.¹⁰ Essas inferências automatizadas demandam proteção enquanto dados pessoais inferidos,¹¹ pois permitem identificar alguém por associação de conceitos, características ou conteúdos. O busílis reside no facto de perdermos crescentemente o controlo sobre tais inferências automatizadas – e, nesta medida, o controlo sobre como somos vistos e avaliados por outrem.¹²

natural person created through deduction or reasoning rather than mere observation or collection from the data subject (...) which are created or used by data controllers or third parties, are privacy-invasive or harmful to reputation – or have a high likelihood of being so in the future – or have low verifiability in the sense of being predictive or opinion-based while being used for important decisions.” Cf. Sandra Wachter/Brent Mittelstadt, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, Columbia Business Law Review, 2019 (2). Sobre o tema cf. Alexandre Veronese/Alessandra Silveira/Amanda Lemos, “Artificial intelligence, Digital Single Market and the proposal of a right to fair and reasonable inferences: a legal issue between ethics and techniques”, UNIO – EU Law Journal, vol. 5 (2), 2019, <https://doi.org/10.21814/unio.5.2.2294>.

- 9 As Orientações do ex-GT29, atual CEPD, não são vinculativas, mas representam a opinião partilhada das várias autoridades de controlo da proteção de dados na UE, tendo um carácter persuasivo sobre os tribunais e inclusivamente sobre o TJUE. O ex-GT29 (assim chamado por ter sido instituído ao abrigo do então artigo 29.º da Diretiva 95/46 que antecedeu o RGPD) cessou funções a 25 de maio de 2018 com o início da aplicação do RGPD. Foi sucedido funcionalmente pelo atual CEPD – cuja missão principal é garantir a aplicação efetiva e coerente do RGPD e restantes instrumentos legislativos da UE em matéria de proteção de dados.
- 10 Cf. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º para a Proteção de Dados (GT29), *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, adotadas em 3 de outubro de 2017 (com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018).
- 11 *Idem*, onde se reconhece como dados pessoais também os dados obtidos ou inferidos, tais como um perfil da pessoa, para daí inferir uma pontuação de crédito, por exemplo.
- 12 A propósito, alguma doutrina reivindica um “*right on how to be seen*.” Cf. Sandra Wachter/Brent Mittelstadt, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, cit.

O que se questiona neste domínio é o tratamento automatizado de tais inferências – grosso modo, a operação que consiste na exploração automatizada de informações que indiciam relações de interesse pessoal, e sobre as quais atuam algoritmos de aprendizagem tendentes a prever comportamentos individualizáveis. Importa, portanto, i) aferir se tal operação corresponderia a um tratamento de dados pessoais na aceção do direito fundamental à proteção de dados concretizado pelo RGPD, e ii) aferir da existência de soluções jurídicas que permitam contestar a operação da qual resultem inferências automatizadas cuja justificação não se revele razoável.

As operações de exploração (*data mining*) e prospeção (*machine learning*) servem propósitos auxiliares ou substitutivos nos processos de avaliação e decisão automatizada a partir das seguintes funcionalidades: i) descritivas, ou seja, traduzem afirmações que narram o que aconteceu e a motivação precedente (*descriptive analysis*); ii) preditivas, isto é, antecipam eventos ou ações na conjectura provável daquilo que irá ou poderá acontecer (*predictive analysis*); e iii) prescritivas, ou seja, projetam a resposta a questões sobre aquilo que se poderá fazer (*prescriptive analysis*). No atual “estado da arte” dos *big data*, a consecução de um resultado preditivo tem início com a exploração de bases de dados (*datasets*) para aprisionar as correlações detetadas nos dados armazenados. Assim, i) ao reconhecimento do problema a responder, segue-se, ii) a identificação dos dados a considerar, e a consequente iii) deteção de padrões ou regularidades na informação que possam relevar para a solução do problema. E é a partir deste processo que se extraem resultados/conclusões, ou seja, que se inferem afinidades/tendências/modelos de previsão.¹³

No entanto, a definição de perfis e as decisões automatizadas são suscetíveis de gerar riscos significativos para os direitos e as liberdades das pessoas – o que exige garantias adequadas. As operações que resultam na definição de um perfil são pouco transparentes – e o titular dos dados habitualmente não sabe que está a ser definido o seu perfil nem percebe aquilo que está em causa. A definição de perfis é suscetível de perpetuar os estereótipos existentes e promover a segregação social. Pode igualmente amarrar o indivíduo a uma categoria específica e limitá-lo às preferências sugeridas, pondo assim em causa a sua liberdade de escolha quanto a

13 Cf. Cesar Analide/Diogo Morgado Rebelo, “Inteligência artificial na era data-driven, a lógica fuzzy das aproximações soft computing e a proibição de sujeição a decisões tomadas exclusivamente com base na exploração e prospeção de dados pessoais”, *Fórum de proteção de dados*, Comissão Nacional de Proteção de Dados, n.º 6, novembro/2019.

produtos ou serviços. Em certos casos, a definição de perfis é suscetível de resultar em previsões imprecisas; noutros casos, é passível de redundar numa negação de bens e serviços e numa discriminação injustificada.

O artigo 4.º, n.º 4 RGDPD define perfis como “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.” Esta definição refere “qualquer forma de tratamento automatizado” – e não um tratamento “exclusivamente” automatizado, como plasmado no artigo 22.º RGDPD. Daqui decorre que a problemática da definição de perfis não se esgota no artigo 22.º RGDPD, pois esta disposição diz respeito apenas às decisões exclusivamente automatizadas, ou seja, decisões adotadas através de meios tecnológicos sem intervenção humana relevante.¹⁴

Assim, pode haver decisões com base na definição de perfis que não sejam exclusivamente automatizadas. Donde, há perfis que não dão azo a uma decisão exclusivamente automatizada contestável à luz do artigo 22.º RGDPD – e merecem idêntica proteção. Um exemplo facultado pelo GT29 ajuda a compreender a distinção entre definição de perfis e decisões automatizadas. A aplicação de coimas por excesso de velocidade com base exclusivamente em provas obtidas através de radares de velocidade constitui um processo de decisão automatizada que não implica necessariamente uma definição de perfis. No entanto, passaria a constituir uma decisão tomada com base na definição de perfis se os hábitos de condução do indivíduo fossem controlados ao longo do tempo e, por exemplo, se o montante da coima aplicada resultasse de uma avaliação que tivesse em conta outros fatores, como a reincidência ou não do excesso de velocidade ou o facto de o condutor ter incorrido recentemente em infrações rodoviárias.

III

A proteção dos indivíduos em face de inferências ou previsões produzidas de forma automatizada ainda está em construção na UE. Segundo o CEPD, o RGDPD introduz disposições destinadas a garantir que a definição de perfis e as decisões automatizadas (independentemente de incluírem ou não a definição de perfis) não produzam um impacto

14 Cf. GT29, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, cit.

injustificado nos direitos das pessoas. Nesta medida, para o CEPD, o RGPD seria aplicável não só à recolha de dados para fins de criação de perfis, bem como à aplicação desses perfis aos indivíduos. Ou seja, a definição de perfis envolveria três fases distintas: i) recolha de dados; ii) análise automatizada para identificar correlações; e iii) aplicação das correlações a uma pessoa no sentido de identificar características comportamentais presentes ou futuras. Se porventura houvesse decisões individuais automatizadas com base na definição de perfis, essas também estariam sujeitas ao RGPD – fossem exclusivamente automatizadas ou não. Isto é, para o GT29, o perfil não se limita à mera categorização do indivíduo, integrando também as inferências e predições sobre o mesmo.

Um exemplo facultado pelo CEPD ajuda a compreender a operação: um corretor de dados recolhe dados a partir de diferentes fontes públicas e privadas, quer em nome dos seus clientes quer para os seus próprios interesses. O corretor de dados compila os dados para desenvolver perfis relativos às pessoas e insere estas últimas em diversos segmentos. Vende essa informação a empresas que desejem melhorar a adequação dos seus bens e serviços ao público-alvo. O corretor de dados procede à definição de perfis, inserindo uma pessoa em determinada categoria de acordo com os seus interesses. A realização ou não de decisões exclusivamente automatizadas, na aceção do artigo 22.º RGPD, dependerá das circunstâncias e objetivos subsequentes. De qualquer forma, as decisões que não sejam exclusivamente automatizadas podem igualmente incluir a definição de perfis – e merecem proteção.

Assim, segundo o CEPD, entrariam no âmbito de aplicação do RGPD i) a definição geral de perfis, ii) a tomada de decisões com base na definição de perfis, e iii) as decisões exclusivamente automatizadas, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos jurídicos ou que afetem significativamente de forma similar o titular dos dados (artigo 22.º, n.º 1). Ou seja, estariam protegidas todas as definições de perfis e decisões individuais automatizadas, incluindo os processos decisórios que não sejam exclusivamente automatizados. A diferença entre ii) e iii) torna-se mais compreensível através de um exemplo: ii) um indivíduo decide se um empréstimo deve ser concedido, com base num perfil elaborado por meios exclusivamente automatizados (isto seria uma decisão com base na definição de um perfil); iii) um algoritmo decide se o empréstimo é concedido e a decisão é automaticamente comunicada à pessoa, sem qualquer avaliação prévia e pertinente realizada por um ser humano (isto seria uma decisão exclusivamente automatizada).

De todo modo, segundo o CEPD, as decisões automatizadas podem basear-se em qualquer tipo de dados, sejam: i) dados fornecidos diretamente pela pessoa (tais como respostas a um questionário relativas ao nome, endereço postal, *e-mail*, etc.); ii) dados observados acerca da pessoa (tais como dados de localização recolhidos por meio de uma aplicação a que a pessoa acedeu); iii) dados obtidos ou inferidos (tais como um perfil da pessoa criado para os efeitos de uma pontuação de crédito). Isto releva para o argumento esgrimido desde o início deste texto, segundo o qual as inferências ou predições resultantes da análise de dados por algoritmos de aprendizagem – ou seja, inferências cuja aplicação às situações quotidianas determinam como cada um de nós, enquanto titulares de dados pessoais, somos vistos e avaliados por outrem – merecem proteção enquanto dados pessoais inferidos.

Nesta medida, as orientações do CEPD procuram explicar as disposições do RGPD que, no seu entendimento, seriam relativas a *todas as definições de perfis e decisões individuais automatizadas*. O CEPD parte da premissa de que os responsáveis pelo tratamento podem proceder à definição de perfis e a decisões automatizadas que envolvam dados pessoais, desde que i) estejam em condições de respeitar todos os princípios plasmados no artigo 5.º RGPD (licitude, lealdade, transparência, limitação das finalidades, minimização dos dados, exatidão, limitação da conservação, integridade, confidencialidade, responsabilidade), e ii) tenham um fundamento lícito para o tratamento de entre os referidos no artigo 6.º RGPD (ou seja, podem fazê-lo se o tratamento for necessário para a execução de um contrato, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para a defesa de interesses vitais do titular ou terceiro, para o exercício de funções de interesse público, para efeito dos interesses legítimos do responsável pelo tratamento – ou então mediante o consentimento do titular dos dados), sendo aplicáveis garantias adicionais no caso das decisões exclusivamente automatizadas, na aceção do artigo 22.º RGPD. De resto, para o CEPD, existiria uma proibição geral quanto às decisões exclusivamente automatizadas, precisamente com o intuito de repelir os riscos potenciais para os direitos e as liberdades das pessoas – e aquelas garantias do artigo 22.º aplicar-se-iam às situações, excecionadas no n.º 2 daquele mesmo artigo, em que a proibição geral não se aplica.

IV

Apesar do louvável esforço exegético levado a cabo pelo CEPD – segundo o qual o RGPD aplicar-se-ia a todas as definições de perfis e decisões individuais automatizadas, quer se baseiem em dados fornecidos, dados observados ou dados inferidos –, o certo é que a efetividade da aplicação do RGPD aos dados inferidos enfrenta vários obstáculos. Assim o é, basicamente, porque o RGPD foi pensado para os dados fornecidos diretamente pelo titular e não para dados inferidos por sistemas de IA. Senão vejamos.

Os dados pessoais são objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados [artigo 5.º, n.º 1, alínea a) RGPD]. E aqui a definição de perfis e decisões automatizadas tropeça logo na transparência do tratamento enquanto requisito fundamental do RGPD. Como o próprio CEPD admite, o processo de definição de perfis é tendencialmente invisível aos olhos do titular dos dados, pois funciona com base na criação de dados obtidos ou inferidos sobre pessoas – ou seja, “novos” dados pessoais que não tenham sido transmitidos diretamente pelos próprios titulares dos dados. Ademais, os indivíduos têm níveis variáveis de compreensão – e podem sentir dificuldades em perceber as técnicas opacas envolvidas nos processos de definição de perfis e de decisões automatizadas. Entretanto, e sobretudo ao abrigo do artigo 12.º, n.º 1 RGPD, o responsável pelo tratamento deve fornecer ao titular dos dados informações concisas, transparentes, inteligíveis e de fácil acesso sobre o tratamento dos seus dados pessoais. Mas como fazê-lo quanto a dados inferidos, resultantes de operações algorítmicas imprevisíveis e contraintuitivas?

Além disso, segundo o artigo 5.º, n.º 1 RGPD, o tratamento deve ser leal e transparente. Contudo, como sublinha o CEPD, a definição de perfis corre o risco de ser abusiva e gerar discriminação, impedindo o acesso de pessoas a oportunidades de emprego/crédito/seguros, ou ainda oferecendo produtos financeiros com riscos ou custos excessivos. O CEPD exemplifica uma situação potencialmente violadora do RGPD: um corretor de dados vende perfis de consumidores a sociedades financeiras, sem o consentimento ou o conhecimento dos dados subjacentes por parte dos consumidores. Os perfis definem os consumidores através de categorias (“Rural e Praticamente sem Margem de Manobra”, “Residentes com Dificuldades em Pequenas Cidades e de Etnias Diferentes”, “Início de Vida Difícil: Jovens Pais Solteiros”), ou atribuem-lhes pontuações incidentes na

vulnerabilidade financeira dos consumidores. Seguidamente, as sociedades financeiras propõem a tais consumidores empréstimos com custos elevados e outros produtos financeiramente arriscados, tendentes a inviabilizar o seu acesso aos recursos desejados. Eis a perplexidade: seria possível contestar adequadamente tal operação automatizada com fundamento no RGPD?

Ademais, contrariamente ao princípio da limitação das finalidades, a definição de perfis tendencialmente abrange a utilização de dados pessoais recolhidos com outro fim. É este o modelo de negócio das aplicações móveis de acesso gratuito na Internet, que servem à criação de perfis utilizados na publicidade direcionada.¹⁵ E as oportunidades de negócio geradas pela definição de perfis incentivam a recolha de mais dados pessoais do que o efetivamente necessário – para o caso de se revelarem úteis no futuro. Ora, para que a definição de perfis fosse compatível com o RGPD, os responsáveis pelo tratamento deveriam ser capazes de explicar e justificar com clareza a necessidade de recolher e manter dados pessoais; deveriam assegurar que respeitam o princípio da minimização dos dados, bem como os princípios da limitação das finalidades e da limitação da conservação. Mas como fazê-lo se os algoritmos de aprendizagem são concebidos precisamente para tratar grandes volumes de dados (quanto mais dados, mais aprendem) e estabelecer correlações que permitam a criação de perfis pormenorizados e exaustivos?

Cumpram ainda notar que os responsáveis pelo tratamento devem ter em conta o princípio da exatidão em todas as fases do processo de definição de perfis, nomeadamente quando i) recolhem os dados, ii) analisam os dados, iii) criam o perfil de um indivíduo, ou iv) aplicam um perfil para tomar uma decisão que lhe diga respeito. Se os dados utilizados numa operação automatizada forem desatualizados ou inexatos, qualquer perfil, inferência ou decisão daí resultante será imprecisa/incorreta. Dados inexatos podem originar inferências inadequadas sobre, por exemplo, o estado de saúde ou o risco de crédito ou de seguro de uma pessoa. Mesmo no caso de serem registados dados de entrada com exatidão, o conjunto de dados envolvidos poderá não ser totalmente representativo ou as análises poderão conter enviesamentos ocultos. É necessário que os responsáveis pelo tratamento introduzam medidas robustas para verificar e assegurar

15 As aplicações disponíveis *online* recolhem enormes quantidades de dados diariamente a partir de dispositivos móveis – e os tratam para proporcionar serviços mais atualizados e apelativos ao utilizador. Contudo, tais dados podem ser objeto de um tratamento adicional, geralmente para gerar ingressos, de forma não conhecida ou desejada pelo seu titular. Sobre o tema cf. GT29, *Opinion 02/2013 on apps on smart devices*, adotada em 27 de fevereiro de 2013.

de forma permanente que os dados reutilizados ou indiretamente obtidos sejam exatos e atualizados. Este pressuposto reforça a importância de fornecer informações claras relativamente aos dados pessoais objeto de tratamento, por forma a permitir ao titular dos dados retificar eventuais inexatidões e melhorar a qualidade dos dados. Isto é praticável quando os dados são diretamente fornecidos pelo titular, mas e quanto a dados inferidos a partir de outros dados, como garantir efetivamente a sua adequada proteção?

De qualquer forma, os responsáveis pelo tratamento que pretendam apoiar-se no consentimento como fundamento de licitude para a definição de perfis [artigo 6.º, n.º 1, a) RGPD] terão de demonstrar que os titulares dos dados i) compreendem exatamente aquilo para que dão o seu consentimento, e que ii) dispõem de informação suficiente e pertinente sobre a utilização e as consequências previstas do tratamento – a fim de assegurar que qualquer consentimento represente uma escolha informada. Da mesma forma, a definição de perfis é permitida se for necessária para efeitos dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros [artigo 6.º, n.º 1, alínea f) RGPD]. De todo modo, segundo o CEPD, tal fundamento de licitude demanda um exercício de ponderação, tendente a aferir se aos interesses do responsável pelo tratamento se sobrepõem os interesses ou direitos do titular dos dados. Para tal ponderação, os seguintes aspetos seriam particularmente relevantes, na perspetiva do CEPD: i) o grau de pormenor do perfil (se o perfil é integrado numa descrição genérica, ou se é segmentado pormenorizadamente); ii) a exaustividade do perfil (se o perfil descreve apenas alguns aspetos do titular de dados, ou se traça um retrato exaustivo); iii) o impacto do perfil (os efeitos no titular dos dados).

O CEPD ainda considera, para os efeitos de tal ponderação, “as garantias destinadas a salvaguardar a lealdade, a não discriminação e a exatidão do processo de definição de perfis.” Todavia, entendemos que tais garantias resultam de uma obrigatoriedade que recai sobre o responsável pelo tratamento, não sendo passíveis de mobilização para os efeitos de uma ponderação de interesses. De resto, o CEPD acaba por admitir que seria difícil justificar o exercício de interesses legítimos como fundamento lícito para práticas de definição de perfis voltadas à comercialização ou publicidade, nomeadamente quando envolvam o seguimento intrusivo de pessoas em diversos sítios *web*, localizações, dispositivos, serviços, ou a corretagem de dados. E alerta o responsável pelo tratamento no sentido de considerar a utilização ou combinação de perfis no futuro quando avalia a validade do tratamento ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea f) RGPD,

sobretudo tendo em conta as dificuldades de controlo sobre operações algorítmicas.

Particular cautela nesta matéria demandam as categorias especiais de dados – ditos “dados sensíveis” –, ou seja, que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual.¹⁶ O tratamento de dados sensíveis é, em princípio, proibido (artigo 9.º, n.º 1 RGPD); nesta medida, os responsáveis pelo tratamento apenas podem tratar dados pessoais de categorias especiais se puderem satisfazer uma das condições estabelecidas no artigo 9.º, n.º 2 RGPD.¹⁷ Entretanto, a definição de perfis pode criar dados sensíveis por inferência, a partir de dados que não sejam dados de categorias especiais *per se*, mas que passem a sê-lo quando combinados com outros dados. É possível inferir o estado de saúde de uma pessoa, por exemplo, a partir de registos das suas compras de produtos alimentares, em combinação com dados relativos à qualidade e ao valor energético dos alimentos.

O CEPD alerta que, no caso de serem inferidas preferências e características sensíveis a partir da definição de perfis, o responsável pelo tratamento deve assegurar que i) o tratamento não é incompatível com a finalidade inicial; ii) identificou um fundamento lícito para o tratamento dos dados de categorias especiais; e iii) informa o titular dos dados sobre o tratamento. Ora, aqui chegamos ao maior de todos os desafios a

16 Importa notar que categorias como sexo e idade, por exemplo, tradicionalmente protegidas pelo direito da União (artigos 8.º e 10.º TFUE e 21.º, n.º 1 CDFUE), não figuram nesta lista. Não obstante, mesmo não sendo considerados dados sensíveis, relevam para a proteção de dados inferidos, pois se o sistema de IA é treinado utilizando apenas ou principalmente dados relativos a homens, por exemplo, isto pode conduzir a resultados distorcidos/enviesados relativamente às mulheres.

17 Segundo o artigo 9.º, n.º 2 RGPD, a proibição do tratamento de categorias especiais de dados não se aplica: a) se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito; b) se o tratamento for necessário para o cumprimento de obrigações e o exercício de direitos, seja do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados, no âmbito da legislação laboral; c) se o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular ou outrem – e o titular esteja incapacitado de o consentir; d) se o tratamento for efetuado por organização sem fins lucrativos que prossiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais; e) se o tratamento se referir a dados que tenham sido manifestamente tornado públicos pelo seu titular; f) se o tratamento for necessário no exercício de funções jurisdicionais; g) se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante; h) se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho ou por força de um contrato com um profissional da saúde; i) se o tratamento for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública; j) se o tratamento for necessário para fins de arquivo de interesse público, investigação científica ou histórica, ou estatísticos.

propósito de dados inferidos no âmbito de sistemas de IA: a entidade que os implementa pode não estar em condições de exercer as suas obrigações como responsável pelo tratamento. A ausência de um nível adequado de percepção sobre o funcionamento do sistema de IA impede que se afira se a operação de tratamento respeita os princípios basilares consagrados no RGPD. Por conseguinte, um responsável pelo tratamento que não esteja em condições factuais de cumprir com as suas obrigações enquanto tal não deve assumir tal posição para os efeitos do RGPD.¹⁸

V

Diante do exposto, o problema reside em saber *se e de* que direitos beneficiam os titulares de dados inferidos à luz do RGPD. O CEPD faz um esforço interpretativo no sentido de adaptar disposições pensadas para i) dados fornecidos (facultados diretamente pelo titular ao responsável pelo tratamento) e para ii) dados observados (facultados indiretamente pelo titular dos dados ao responsável pelo tratamento) e aplicar tais disposições a iii) dados inferidos por via de operações automatizadas. Segundo o CEPD, as decisões automatizadas baseiam-se no tratamento de qualquer tipo de dados – dados fornecidos, dados observados ou dados inferidos – e, nesta medida, o tratamento dos dados que nos ocupam recairia no âmbito de aplicação do RGPD.

Pese embora a interpretação lata das disposições do RGPD levada a cabo pelo CEPD – segundo o qual qualquer perfil ou decisão automatizada estaria protegida pelo RGPD –, o certo é que o legislador europeu

18 De acordo com o considerando 78 RGPD, “Para poder comprovar a conformidade com o presente regulamento, o responsável pelo tratamento deverá adotar orientações internas e aplicar medidas que respeitem, em especial, os princípios da proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito.” Nesta medida, “o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas (...)” (artigo 25.º, n.º 1 RGPD) “[p]ara assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares” (artigo 25, n.º 2 RGPD). De resto, diante das vicissitudes da explicabilidade no âmbito do RGPD (“informações relevantes relativas à lógica subjacente”), há quem aposte nos princípios da proteção de dados desde a conceção (*by design*) e da proteção de dados por defeito (*by default*) como a solução factível para algoritmos mais explicáveis e responsáveis. Cf. Lilian Edwards/Michael Veale, “Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for”, *Duke Law & Technology Review*, 18, 2017. Está aqui subjacente a ideia de que o desenvolvimento da IA exige que todos os envolvidos no desenvolvimento e na comercialização de tais sistemas assumam a responsabilidade jurídica pela qualidade da tecnologia que produzem em todas as fases do processo.

aparentemente não quis autonomizar o perfil relativamente à decisão exclusivamente automatizada no artigo 22.º RGPD. Assim, o RGPD é expressamente aplicável às decisões exclusivamente automatizadas. Mas tal disposição cinge-se, em princípio, às i) decisões adotadas sem intervenção humana, que ii) produzam efeitos na esfera jurídica do titular dos dados, ou que iii) o afete significativamente de forma similar. Entretanto, tendo em conta o que dissemos até aqui, não é propriamente árduo perceber que esta seria apenas a ponta do *iceberg*, pois o problema dos dados inferidos não se restringe às decisões exclusivamente automatizadas – que, em princípio, como esclareceu o TJUE no acórdão *SCHUFA Scoring*, até estão proibidas. De todo modo, e alinhando com a interpretação do CEPD, de que direitos beneficiariam os titulares de dados inferidos no âmbito do RGPD?

Um exemplo aventado pelo CEPD ajuda a esclarecer algumas dimensões do problema que nos ocupa. Imaginemos que um corretor de dados procede a uma definição de perfis com dados pessoais. De acordo com as suas obrigações por força dos artigos 13.º e 14.º RGPD [informações a facultar quando os dados são recolhidos (ou não) junto do titular], o corretor de dados deve informar a pessoa visada do tratamento em causa, incluindo o facto de pretender partilhar (ou não) o perfil com qualquer outra organização, bem como facultar informações sobre o direito de oposição ao tratamento que assiste ao titular dos dados ao abrigo do artigo 21.º, n.º 1 RGPD. Os responsáveis pelo tratamento estão especificamente obrigados a garantir esse direito de oposição em todos os casos em que a licitude do tratamento tenha por base o disposto no artigo 6.º n.º 1, alíneas e) ou f) (ou seja, interesse público ou interesses legítimos do responsável), salvo se puderem apresentar razões imperiosas e legítimas que prevaleçam sobre os direitos do titular (algo que o RGPD não esclarece). De qualquer forma, se o titular dos dados exercer tal direito de oposição, o responsável pelo tratamento tem de interromper (ou evitar que seja iniciado) o processo de definição de perfis, podendo igualmente ter de apagar os dados pessoais em causa [artigo 17.º, n.º 1, c) RGPD]. Importa ressaltar que não basta informar o titular dos dados sobre os direitos que lhe assistem (artigos 13.º e 14.º RGPD), pois tendo em conta o princípio fundamental da transparência que subjaz à proteção de dados, importa explicar às pessoas em causa, de forma desejavelmente clara e simples, o funcionamento do processo de definição de perfis ou de decisão automatizada. A perplexidade quanto aos dados inferidos reside precisamente em explicar como o sistema de IA produziu uma dada inferência.¹⁹

19 Como o articulado do RGPD dispõe sobre um direito à informação e não propriamente um

No seguimento, imaginemos que o nosso corretor de dados partilha o perfil com outra empresa – e esta utiliza o perfil para enviar material de comercialização direta à pessoa em questão. Os direitos previstos no RGPD são aplicáveis tanto contra o responsável pelo tratamento que cria o perfil, como contra o responsável pelo tratamento que o aplica para daí extrair uma inferência ou predição, caso essas entidades não sejam a mesma. Nesta medida, a empresa deve informar o titular dos dados das finalidades para as quais o perfil é utilizado [artigo 14.º, n.º 1, alínea c)] e da fonte a partir da qual foram obtidas as informações [artigo 14.º, n.º 2, alínea f)], bem como deve dar conhecimento ao titular dos dados do respetivo direito incondicional de oposição ao tratamento para efeitos de comercialização direta (artigo 21.º, n.º 2 RGPD). Tanto o corretor como a empresa devem conferir ao titular dos dados o direito de aceder às informações sobre si utilizadas (artigo 15.º RGPD), de retificar eventuais informações erróneas (artigo 16.º RGPD), e de apagar o perfil ou os dados pessoais utilizados para a sua criação (artigo 17.º RGPD).

Concretizando tais disposições: nos termos do artigo 15.º RGPD (direito de acesso), o titular dos dados tem o direito de aceder aos seus dados pessoais utilizados na definição de perfis, incluindo as categorias dos dados utilizados para criar um perfil. O responsável pelo tratamento tem a obrigação de disponibilizar os dados utilizados como dados de entrada para criar o perfil, bem como facultar o acesso a informações sobre o próprio perfil e sobre os segmentos/categorias onde o titular dos dados foi inserido.²⁰ Ademais, esta categorização pode dar azo a uma predição inexata

direito à explicação (tal como referido no considerando 71: “obter uma explicação sobre a decisão tomada”), a doutrina divide-se quanto à existência de um direito à explicação no âmbito do RGPD. Sobre o tema cf. Sandra Wachter/Brent Mittelstadt/Luciano Floridi, “Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, 7/2, 2017; Tiago Sérgio Cabral, “AI and the right to explanation: three legal bases under the GDPR”, *Computers, Privacy & Data Protection* Oxford: Hart Publishing, 2020. O Autor conclui que vários artigos do RGPD serviriam de base o direito à explicação, ou seja, não só o direito à informação (artigos 13.º e 14.º), mas também o direito de acesso (artigo 15.º RGPD) e o direito a não estar sujeito a decisões exclusivamente automatizadas (artigo 22.º RGPD).

- 20 O considerando 63 RGPD precisa que, quando possível, o responsável pelo tratamento deve facultar o acesso a um sistema seguro por via eletrónica que possibilite ao titular aceder diretamente aos seus dados pessoais. Este considerando 63 ainda garante um certo nível de proteção aos responsáveis pelo tratamento, porventura preocupados com a possibilidade de revelar segredos comerciais ou propriedade intelectual, que se podem afigurar relevantes no que tange à definição de perfis. De acordo com o referido considerando, o direito de acesso “não deverá prejudicar os direitos ou as liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e, particularmente, o direito de autor que protege o *software*.” Contudo, o CEPD alerta que os responsáveis pelo tratamento não podem invocar a proteção do seu segredo comercial como pretexto para negar o acesso ou recusar-se a prestar informações ao

se os dados de entrada que originam dados inferidos forem imprecisos, irrelevantes, ou descontextualizados – tudo isto independentemente de uma eventual incorreção no próprio algoritmo utilizado para identificar correlações. Neste caso o artigo 16.º RGD (direito de retificação) poderá ser aplicado para contestar a exatidão dos dados de entrada utilizados, bem como a categoria na qual uma pessoa tenha sido inserida e que indique a sua capacidade para desempenhar uma tarefa. Para o CEPD, os direitos a retificação (artigo 16.º RGD) e ao apagamento dos dados (artigo 17.º RGD) seriam aplicáveis tanto i) aos dados pessoais de entrada (os dados pessoais utilizados para criar o perfil), quanto ii) aos dados de saída (o próprio perfil ou a pontuação atribuída à pessoa). De qualquer forma, a perplexidade neste caso reside em saber como se chega à tal pontuação, enquanto dado inferido resultante de um tratamento automatizado – e em que medida tal tratamento seria questionável com base no RGD, sobretudo quando não houver imprecisões quanto aos dados de entrada a retificar.

VI

Poderíamos ainda questionar se o artigo 22.º RGD oferece proteção adequada aos dados inferidos que estão na base de decisões exclusivamente automatizadas. Segundo o artigo 22.º, n.º 1 RGD, recordamos, “o titular dos dados pessoais tem o direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.” Estaríamos, portanto, diante de uma proibição que só se aplica quando o tratamento for exclusivamente automatizado e produzir efeitos jurídicos ou significativamente similares. E, mesmo nesses casos, estão previstas exceções que permitem a realização do tratamento. Senão vejamos.

As disposições do artigo 22.º RGD apenas serão aplicáveis quando não exista uma intervenção humana relevante no processo decisório. É

titular dos dados. Cf. GT29, *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, cit. Ademais, a doutrina tem defendido que os elevados níveis de precisão das técnicas de *data mining* e *machine learning* nada têm que ver com o *software*, pois são os dados em estado bruto e não o *software* que comandam a operação. Cf. Cesar Analide/Diogo Morgado Rebelo, “Inteligência artificial na era data-driven...”, cit. O TJUE terá de pronunciar-se sobre o tema no processo *D & B*, C-203/22, cujas Conclusões do Advogado-Geral Richard de la Tour foram publicadas a 12 de setembro de 2024, ECLI:EU:C:2024:745. Neste processo o TJUE terá de elucidar i) em que medida o segredo comercial pode ser invocado pelo responsável pelo tratamento, bem como ii) que informações relevantes sobre a lógica subjacente a uma decisão automatizada teriam de ser facultadas ao titular dos dados.

neste sentido que se deve interpretar a expressão “sem qualquer intervenção humana” avançada pelo CEPD. Isto porque se um ser humano examinar e ponderar outros fatores ao tomar a decisão final, esta não será “tomada exclusivamente com base” no tratamento automatizado – e a proibição do artigo 22.º, n.º 1 RGPD não se aplica. Por isso o responsável pelo tratamento não se pode eximir do disposto no artigo 22.º RGPD fabricando artificialmente uma intervenção humana. Por exemplo, se alguém aplicar de forma sistemática perfis gerados automaticamente sem qualquer influência efetiva no resultado, tratar-se-á, ainda assim, de uma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado. Para que se considere haver uma intervenção humana, o responsável pelo tratamento tem de garantir que qualquer supervisão da decisão seja relevante – e não um mero gesto simbólico –, ou seja, a supervisão deve ser capaz de considerar todos os dados pertinentes e alterar a decisão.

O CEPD interpreta a disposição do artigo 22.º, n.º 1 RGPD como uma proibição – e o TJUE veio a confirmar tal entendimento no acórdão *SCHUFA Scoring*. Neste sentido, tal disposição estabelecerá uma proibição geral da tomada de decisões com base no tratamento exclusivamente automatizado – e sendo uma proibição geral, aplicar-se-ia independentemente de o titular adotar uma medida relativa ao tratamento dos seus dados. Percebe-se o esforço do CEPD no sentido de evitar que o artigo 22.º, n.º 1 RGPD seja aplicável somente quando ativamente invocado pelo titular dos dados – o que reduziria a margem de proteção diante de decisões exclusivamente automatizadas. A interpretação do artigo 22.º, n.º 1 como uma proibição geral, em vez de um direito que pode ser invocado pelo seu titular, significa que as pessoas estão automaticamente protegidas dos possíveis efeitos desse tipo de tratamento.

Entretanto, segundo o artigo 22.º, n.º 2 RGPD, tal proibição não se aplica se a decisão: i) for necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento;²¹ ii) for autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito; iii) for baseada no consentimento explícito do titular dos dados. Importa notar que as exceções relativas à necessidade contratual e ao consentimento explícito acarretam

21 Quanto à primeira exceção à proibição constante do artigo 22.º, n.º 1 RGPD por razões contratuais (inclusive pré-contratuais), o responsável pelo tratamento deve ser capaz de demonstrar a sua necessidade (artigo 22.º, n.º 2, a)], avaliando se seria possível adotar outro método igualmente eficaz e menos intrusivo para atingir o mesmo objetivo – se houver, o tratamento exclusivamente automatizado não seria necessário.

riscos substanciais para a proteção de dados, exigindo um elevado nível de controlo individual sobre os dados pessoais – algo cuja efetividade nos suscita imensas dúvidas. A proibição do artigo 22.º, n.º 1 RGPD corre o risco de esfumar-se nas exceções do artigo 22.º, n.º 2 RGPD (sobretudo o contrato e o consentimento), a partir de cláusulas que subvertem o sentido da autonomia da vontade, às quais os indivíduos aderem por ignorância ou ausência de alternativa.

De todo modo, diante das situações em que tal proibição geral não se aplica, o responsável pelo tratamento dos dados deve adotar medidas adequadas por forma a salvaguardar os direitos e interesses do titular dos dados, designadamente o direito de i) obter intervenção humana por parte do responsável, ii) manifestar o seu ponto de vista e iii) contestar a decisão (artigo 22.º, n.º 3 RGPD). Nesta medida, qualquer reapreciação da inferência automatizada tem de ser levada a cabo por alguém com a devida autoridade e competência para alterar o resultado. O revisor deve realizar uma reavaliação exaustiva de todos os dados pertinentes, incluindo quaisquer informações adicionais transmitidas pelo titular dos dados. De acordo com o considerando 71 do RGPD – que serve de referencial interpretativo para as disposições do RGPD – tais garantias adequadas implicam a “explicação sobre a decisão tomada” na sequência da avaliação, sem a qual resulta impossível contestar eficazmente a decisão. Isto implica garantir ao titular dos dados – que foi alvo de uma decisão exclusivamente automatizada – a possibilidade de exercer o contraditório e rever a decisão junto de alguém com poder de a reverter.

Resumidamente, do artigo 22.º RGPD decorre i) uma proibição geral das decisões individuais exclusivamente automatizadas, todavia ii) há exceções à tal proibição, e ii) sempre que tais exceções se apliquem, devem ser salvaguardados os direitos previstos no artigo 22.º, n.º 3 RGPD. Nesta medida, o artigo 22.º, n.º 1 RGPD não prevê um direito e sim uma proibição. Mas haveria um direito previsto no artigo 22.º, n.º 2, aplicável às situações em que são permitidas decisões exclusivamente automatizadas – qual seja, o direito a obter intervenção humana, manifestar um ponto de vista e contestar a decisão. Acresce que as decisões exclusivamente automatizadas que digam respeito a categorias especiais de dados pessoais são permitidas apenas se forem preenchidas as seguintes condições cumulativas (artigo 22.º, n.º 4 RGPD): i) ser aplicável uma exceção ao artigo 22.º, n.º 2 RGPD; e ii) ser aplicável o artigo 9.º, n.º 2, alínea a) ou g) RGPD (ou seja, mediante o consentimento explícito do titular dos

dados; ou se o tratamento for necessário por motivos de interesse público relevante).

Pese embora a previsão de tais garantias, o certo é que a proibição constante do artigo 22.º, n.º 1, RGPD aplica-se apenas em circunstâncias específicas, isto é, quando uma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado i) produz efeitos na esfera jurídica do titular dos dados, ou ii) o afete significativamente de forma similar. Se intuitivamente lá chegamos à produção de “efeitos na esfera jurídica do titular dos dados”, a “afetação significativa de forma similar” não é propriamente clara. Para o CEPD, embora não implique alterações nos direitos ou obrigações legais, a afetação similar poderia i) afetar significativamente as circunstâncias, o comportamento ou as escolhas das pessoas em causa; ii) ter um impacto prolongado ou permanente no titular dos dados; ou iii) dar origem a uma exclusão ou discriminação das pessoas. E avança com os seguintes exemplos: decisões que afetem a situação financeira de uma pessoa, designadamente a sua elegibilidade para obtenção de crédito; decisões que impeçam o acesso de uma pessoa a uma oportunidade de emprego ou a coloquem em séria desvantagem; decisões que afetem o acesso de uma pessoa à educação como seja o ingresso em estabelecimentos de ensino superior.

VII

De todo modo, e atentos os potenciais riscos da definição de perfis na aceção do artigo 22.º RGPD, adquirem particular relevo as obrigações de transparência que impendem sobre o responsável pelo tratamento. O disposto no artigo 13.º, n.º 2, alínea f), bem como no artigo 14.º, n.º 2, alínea g) RGPD, exige que os responsáveis pelo tratamento prestem informações específicas e de fácil acesso sobre as decisões exclusivamente automatizadas, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos jurídicos ou similarmente significativos. Ou seja, o responsável pelo tratamento teria de i) comunicar ao titular dos dados que está a levar a cabo esse tipo de atividade; ii) fornecer informações significativas quanto à lógica subjacente ao tratamento;²² e iii) explicar a importância e as consequências previstas do tratamento.

22 Quanto à informação significativa sobre a lógica aplicada, a Agencia Española Protección Datos esclarece ser aquela que “[d]a a entender o conocer con precisión algo”, o que se há de interpretar como “información que, proporcionada al interesado, le hace consciente del tipo de tratamiento que se está llevando a cabo con sus datos y le proporciona certeza y confianza sobre sus resultados.” Cf. Agencia Española Protección Datos, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial - una introducción*, fevereiro de 2020.

É assim porque o titular dos dados apenas pode manifestar o seu ponto de vista sobre uma avaliação ou decisão automatizada – e eventualmente contestar o conteúdo de um resultado do qual discorda – se compreender plenamente como foi tomada e com que fundamento. O CEPD sugere que sejam facultados ao titular: i) as categorias de dados que foram ou serão utilizadas no processo de definição de perfis ou de tomada de decisão; ii) o motivo pelo qual essas categorias são consideradas pertinentes; iii) o modo como é elaborado qualquer perfil utilizado no processo de decisão automatizada, incluindo eventuais estatísticas utilizadas na análise; iv) o motivo pelo qual esse perfil é relevante para o processo de decisão automatizada; e v) o modo como é utilizado para uma decisão relativa ao titular dos dados.²³

Assim, em qualquer avaliação ou decisão automatizada, é a prestação de informação suficiente que torna o tratamento equitativo.²⁴ Isto porque a opacidade da aprendizagem automática dificulta a perceção do processo que envolve a definição de perfis e a decisão automatizada. Por isso as informações prestadas devem ser suficientemente completas, a fim de que o titular dos dados compreenda os motivos do resultado que o afeta. Nesta medida, o responsável pelo tratamento deverá encontrar formas simples de informar sobre a lógica subjacente ao processo, esclarecer o titular sobre os critérios aplicados, e sobretudo justificar o resultado. Para esclarecer sobre as consequências do tratamento, o responsável deve recorrer a exemplos reais e tangíveis dos efeitos possíveis, eventualmente utilizando ferramentas adicionais para apoiar a ilustração de tais efeitos.

23 Um elenco mais exaustivo é fornecido pela Agencia Española Protección Datos: “*Cumplir con esta obligación ofreciendo una referencia técnica a la implementación del algoritmo puede ser opaco, confuso, e incluso conducir a la fatiga informativa. Debe facilitarse información que permita entender el comportamiento del tratamiento. Aunque dependerá del tipo de componente IA utilizado, un ejemplo de información que podría tener relevancia de cara al interesado, sería: el detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad); la importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión; la calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados; los perfiles realizados y sus implicaciones; valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la inferencia; la existencia o no de supervisión humana cualificada; la referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA. En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada; en el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo.*”

24 Segundo o considerando 60 RGPD, “[o] responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular as informações adicionais necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente tendo em conta as circunstâncias e o contexto específicos em que os dados pessoais forem tratados. O titular dos dados deverá também ser informado da definição de perfis e das consequências que daí advêm.”

Em resumo: não basta informar, é preciso explicar; e não basta explicar, é preciso justificar.²⁵ A fim de que se possa contestar e procurar vias de recurso eficazes contra as decisões tomadas por sistemas de IA, a entidade responsável pela decisão deve ser identificável e os processos decisórios explicáveis/justificáveis. Ora, explicabilidade demanda que i) os processos sejam transparentes, ii) as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas, e iii) as avaliações ou decisões automatizadas compreensíveis pelos que são por elas afetados – pois só assim um resultado baseado em juízos conduzidos por sistemas de IA pode ser questionado e contestado.²⁶

Apesar da interpretação lata das disposições do RGPD levada a cabo pelo CEPD – segundo a qual qualquer perfil ou decisão automatizada estaria protegida no âmbito daquele Regulamento –, apenas as decisões tomadas “exclusivamente” com base no tratamento automatizado estão expressamente referidas no artigo 22.º, n.º 1 RGPD. E tal disposição cinge-se às i) decisões adotadas sem intervenção humana relevante que ii) produzam efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou que iii) o afete significativamente de forma similar.

Como referido no início deste texto, o TJUE começou a ser chamado a pronunciar-se sobre o âmbito de aplicação material do RGPD relativamente a perfis e decisões automatizadas, bem como sobre os conceitos operativos do artigo 22.º, n.º 1 RGPD. O TJUE começa a desvendar as incógnitas sobre o âmbito de proteção daquela disposição (o que protege, o que proíbe), ou seja, se estamos ou não diante de uma proibição geral (tal como sempre defendeu o CEPD) e qual a sua efetiva extensão (especialmente no que tange à afetação significativa de forma similar). Remetemos para os textos que já publicámos quanto ao tema.²⁷

25 As orientações concebidas no seio do Conselho da Europa a propósito do tema são particularmente felizes: “Os titulares de dados devem ter o direito de conhecer a fundamentação subjacente ao tratamento dos seus dados, incluindo as consequências dessa fundamentação, que tenha resultado em quaisquer conclusões, em especial nos casos que impliquem o recurso a algoritmos para as decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis. Por exemplo, no caso da pontuação de crédito, devem poder conhecer a lógica subjacente ao tratamento dos seus dados e resultantes numa decisão com «sim» ou «não», e não somente as informações relativas à própria decisão. Sem a compreensão destes elementos, não é possível exercer efetivamente outras garantias essenciais, entre as quais o direito de oposição e o direito de reclamação junto de uma autoridade competente”. Cf. Conselho da Europa, *Projeto de relatório explicativo sobre a versão modernizada da Convenção n.º 108 do Conselho da Europa*.

26 Sobre o tema cf. GPAN IA, *Orientações éticas para uma IA de confiança*, cit.

27 Cf. Alessandra Silveira, “Editorial of March 2024 – On inferred personal data and the difficulties of EU law in dealing with this matter”, *The Official Blog of UNIO – Thinking and Debating Europe*, 19 March 2024, <https://officialblogofunio.com/2024/03/19/editorial-of-march-2024/>

De todo modo, o problema dos dados inferidos não se restringe às decisões exclusivamente automatizadas na aceção do artigo 22.º RGPD. De resto, há perfis que não originam uma decisão exclusivamente automatizada, contestável à luz do artigo 22.º, n.º 3 RGPD, como se de um ato preparatório se tratasse. Eis a importância de o TJUE ter decidido que o perfil, em si mesmo, seria uma decisão exclusivamente automatizada na aceção do artigo 22.º RGPD – e, portanto, proibida –, ainda que o acórdão *SHUFA Scoring* deixe margem para dúvidas que aventámos noutra sede.²⁸ Nesta medida, a interpretação do TJUE sobre as disposições do artigo 22.º RGPD está ainda longe de resolver o problema das inferências produzidas por sistemas de IA.

De resto, como explicam os engenheiros informáticos, nos processos de exploração e prospeção de grandes conjuntos de dados via *data mining* e *machine learning*, considera-se como exclusivamente automatizada toda a decisão que prescindia de qualquer controlo humano na extração das saídas inferidas por um agente aprendiz. Por isso o RGPD exige que os efeitos repercutidos na esfera jurídica do titular dos dados sejam mais do que triviais, caso contrário os algoritmos de aprendizagem ficavam sem a matéria-prima para evoluir – e estava comprometido o desenvolvimento tecnológico. Ainda assim os engenheiros informáticos levantam muitas dúvidas quanto à exequibilidade das disposições do RGPD, porque a lógica *fuzzy* que subjaz aos sistemas de IA não permitiria ao homem médio compreender o processo de inferência.²⁹

A pedra de toque quanto a dados inferidos reside na inteligibilidade, explicabilidade, razoabilidade da operação a partir da qual o sistema de IA produziu uma dada inferência – em última análise, na justificação sem a qual resulta impossível contestar eficazmente o resultado do tratamento – seja o perfil ou a decisão automatizada que dele decorre. E isto pode depender da reconsideração das tecnologias de exploração e prospeção, por forma a torná-las mais inteligíveis para o titular dos dados inferidos.

28 *Idem*.

29 Cf. Cesar Analide/Diogo Morgado Rebelo, “Inteligência artificial na era data-driven...”, *cit.* Os Autores explicam que as operações de tratamento no âmbito da IA recorrem a modelos analíticos cujas previsões aproximadas exteriorizam argumentações difusas (*fuzzy*) que aceitam diferentes graus de verdade (quase, talvez, um pouco) e não apenas a distinção entre verdade e falsidade.

VIII

À guisa de conclusão, a inquietação que nos moveu neste texto foi aquela de saber como proteger os indivíduos em face das inferências produzidas de forma automatizada, e das consequências da sua aplicação às situações do quotidiano, de modo a permitir o controlo sobre *quando, como, e sob que condições* os titulares dos dados são avaliados por algoritmos de aprendizagem. Nesta senda, procurámos aferir se as inferências resultantes do tratamento de dados por sistemas de IA – cuja aplicação às situações quotidianas determinam como somos vistos e avaliados – gozam ou não de proteção adequada no RGPD à luz do direito fundamental à proteção de dados. E a conclusão é que as disposições do RGPD estão vocacionadas à proteção de dados facultados pelo titular – e não propriamente à proteção de dados inferidos –; ou seja, estão particularmente orientadas à proteção dos dados de entrada, não à proteção dos dados de saída de uma operação automatizada.

O TJUE começou a montar o puzzle quanto aos direitos exercíveis sobre dados inferidos. Inicialmente, pronunciou-se sobre a extração/recolha automatizada de informações que indiciam preferências/interesses/estimas/aversões pessoais (*cookies*) – o que releva porque sobre tais informações atuam algoritmos de aprendizagem tendentes a prever comportamentos individualizáveis. Nos acórdãos *Wirtschaftsakademie* de 2018, *Fashion ID* de 2019, *Planet49* de 2019, por exemplo, o TJUE admitiu que a recolha de dados através de *cookies* se traduz num tratamento de dados pessoais.³⁰

Um *cookie* é um meio de recolha de informações geradas por um sítio web e guardadas pelo programa de navegação do utilizador; os sítios *web* utilizam *cookies* para fins de identificação de utilizadores, permitindo que o sítio web “memorize” certas ações, características ou preferências do utilizador ao longo do tempo. Os *cookies* podem igualmente ser utilizados para recolher informações a fim de adaptar a publicidade e marketing aos comportamentos em linha. Várias empresas utilizam programas informáticos (*software*) para seguir o comportamento dos utilizadores e construir perfis pessoais que permitem a apresentação de anúncios relevantes para os utilizadores relativamente a pesquisas anteriores que efetuaram.³¹

30 Acórdão *Wirtschaftsakademie*, de 5 de junho de 2018, proc. C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388; acórdão *Fashion ID*, de 29 de julho de 2019, proc. C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629; acórdão *Planet49*, de 1 de outubro de 2019, proc. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.

31 Cf. conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar, apresentadas em 21 de março de 2019, proc. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246, considerando 36-39.

De todo modo, já não basta concentrar atenções na licitude da recolha dos dados de entrada. De resto, quando o RGPD começou a ser gizado, o consentimento do titular era o ponto nevrálgico da problemática dos dados pessoais. Mas logo nos apercebemos da necessidade de proteção do titular dos dados, ainda que ele tenha dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados. E o grande problema hoje já não reside nos dados facultados pelo titular com o seu consentimento, e sim nos dados inferidos a partir da pegada digital do utilizador da Internet – e relativamente aos quais o titular não tem sequer conhecimento.

Por isso, mais recentemente, no acórdão *Maximillian Schrems contra Meta Platforms*, de 4 de outubro de 2024,³² o TJUE decidiu que o princípio da “minimização dos dados” patente no artigo 5.º, n.º1, letra c) RGPD deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que todos os dados pessoais que tenham sido obtidos por um responsável pelo tratamento, como o operador de uma plataforma de rede social em linha, junto do titular dos dados ou de terceiros e que tenham sido recolhidos tanto nessa plataforma como fora dela, sejam agregados, analisados e tratados sem restrições temporais e sem distinção em função da natureza desses dados, para efeitos de apresentação de publicidade direcionada.

É certamente louvável que o TJUE procure impedir a recolha generalizada e indiscriminada de dados pessoais que não sejam estritamente necessários tendo em conta a finalidade do tratamento. Mas o problema reside precisamente na finalidade não declarada da exploração de dados pessoais. Há algum tempo o grande interesse das grandes plataformas digitais já não é o direcionamento de anúncios: o interesse é saber quem somos e criar proximidade connosco. Porquê? Porque a maneira mais fácil de fazer-nos alterar um determinado posicionamento é criando uma relação de confiança connosco. E isto pode destruir a democracia – que é, antes de tudo, a disputa pelo melhor argumento entre indivíduos que dialogam.³³

Nesta medida, e tendo em conta a trilogia adotada pelo CEPD (dados pessoais facultados, observados, inferidos), é possível concluir que o RGPD não protege adequadamente os titulares dos dados quanto às inferências automatizadas. A questão releva porque é precisamente quanto aos seus dados inferidos que os indivíduos mais precisam de proteção nos

32 Acórdão *Maximillian Schrems contra Meta Platforms*, de 4 de outubro de 2024, proc. C-446/21, ECLI:EU:C:2024:834.

33 Sobre o tema cf. Yuval Harari, *Nexus – história breve das redes de informação: da Idade da Pedra à inteligência artificial*, Elsinore, Lisboa, 2024.

dias que correm: i) saber por que motivo é aceitável que certos dados de entrada produzam certos resultados, ii) saber por que motivo é justificável que certas inferências conduzam a uma dada decisão, iii) saber por que motivo a lógica utilizada para converter uma inferência numa decisão é fiável.³⁴

Assim, a questão mais relevante sobre o tema acaba por ser esta: de que direitos e garantias efetivas dispõem os indivíduos para controlar a forma como são avaliados por outrem – e porventura contestar a operação da qual resultem inferências automatizadas cuja justificação não se revele razoável? Os indivíduos estão cada vez mais sujeitos a avaliações e decisões tomadas *por* ou *com* a assistência de sistemas de IA – cuja inteligibilidade e eventual contestação resulta extremamente difícil ou praticamente impossível. Ora, quando não se sabe por que razão um resultado foi atingido, não se consegue aferir das alterações necessárias para alcançar uma solução distinta, nem é possível contestar adequada e consistentemente um resultado desfavorável. No atual “estado da arte” dos dados inferidos, os indivíduos afetados por avaliações e decisões automatizadas não dispõem dos meios necessários para aferir como foram adotadas, nem se as normas aplicáveis ao tratamento de dados pessoais foram devidamente respeitadas.³⁵

34 Cf. Sandra Wachter/Brent Mittelstadt, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, *cit.*

35 Sobre o tema cf. FRA - European Union Agency for Fundamental Rights, *Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights*, *cit.*, no qual a Agência identifica os principais desafios impostos ao direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva por operações baseadas em sistemas de IA. O relatório conclui que só a explicabilidade de tais operações garante ao lesado a possibilidade de comparecer perante um tribunal, alegando os factos que efetivamente consubstanciam a violação de um direito. De todo modo, só há violação de um direito que se reconheça e possa invocar, sendo ainda lacunoso o âmbito de proteção dos dados inferidos a partir do articulado do RGPD.

DESAPARECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Rogério Gesta Leal

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho

1 Introdução

A pesquisa trata, essencialmente, dos procedimentos dos agentes de segurança pública, enquanto agentes do Sistema de Garantia de Direitos, em casos de desaparecimento de crianças e adolescentes como ferramenta para a promoção do direito fundamental social à segurança pública. O objetivo geral, portanto, é analisar as questões fáticas que envolvem a atuação técnico-procedimental dos agentes de segurança pública que têm a função de localizar crianças e adolescentes desaparecidos, atuando, desse modo, sinergicamente como agentes do Sistema de Garantia de Direitos - SGD, para buscar a promoção do direito fundamental social à segurança pública.

Para tanto, especificamente, objetiva-se: destacar a segurança pública como direito fundamental social; demonstrar a relação dos agentes de segurança pública que possuem a incumbência de buscar e localizar crianças e adolescentes desaparecidos com o Sistema de Garantia de Direitos; e relacionar a atuação técnico-procedimental dos agentes de segurança pública na busca por crianças e adolescentes desaparecidos como meio para, em última análise, alcançar o direito fundamental social à segurança pública.

O problema de pesquisa norteador é: como as ações para a busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos, que perpassam por entraves de ordem política, jurídica, técnica e procedimental, por agentes de segurança pública - enquanto simultaneamente atuam como agentes do Sistema de Garantia de Direitos - são meios para, em análise última, buscar promover e alcançar o direito fundamental social à segurança pública?

Inicialmente, levantou-se a hipótese de que, considerando o direito fundamental social à segurança pública como compromisso civilizatório

mínimo com a dignidade da pessoa humana, que exige ações positivas por parte do Estado, cujo objetivo é concretizar objetivos socialmente relevantes, pressupõe-se que buscar e localizar crianças e adolescentes desaparecidos é um objetivo socialmente relevante realizado pelas forças de segurança pública que, quando atuam em prol do respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais para crianças e adolescentes, agem concomitantemente como agentes do Sistema de Garantia de Direitos. Portanto, as ações estatais - materializadas, em sua considerável maioria, pelos agentes de segurança pública - que delineiam políticas públicas, Planos, legislações, objetivos, metas e diretrizes para robustecer e fomentar os procedimentos técnicos para encontrar crianças e adolescentes cujo paradeiro é desconhecido são, em última análise, formas de alcançar o direito fundamental social à segurança pública.

Nesse sentido, a relevância da pesquisa se justifica pela necessidade de elaboração de um constructo teórico acerca da relação entre ações para a busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos, realizadas pelos agentes de segurança pública que possuem a incumbência de investigar desaparecimentos, e o direito fundamental social à segurança pública, considerando o encontro e, quando possível, a reintegração da criança ou do adolescente desaparecido ao seu habitual núcleo familiar e sociocomunitário como formas de alcançar a finalidade última, qual seja, o direito fundamental social à segurança pública.

Quanto à metodologia empregada, o objeto da pesquisa é exploratório de natureza teórica. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, tendo como fontes livros, artigos e teses sobre o tema, busca-se estudar o conceito de segurança pública como direito fundamental social para poder relacionar os agentes de segurança pública como agentes do Sistema de Garantia de Direitos quando estes atuam para respeitar, proteger e promover a dignidade humana de crianças e adolescentes. Trata-se de uma abordagem qualitativa, pois procurará aprofundar o estudo sobre os entraves de ordem política, jurídica, técnica e procedimental que permeiam as ações e os procedimentos para a investigação e a localização do paradeiro de crianças e adolescentes desaparecidos e que, dessa forma, dificultam o alcance ao direito fundamental social à segurança pública. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será realizada nas seguintes bases de dados: Portal Periódicos da CAPES, Scielo e revistas classificadas no Qualis/CAPES. A pesquisa documental será realizada junto aos seguintes órgãos: Planalto, através de seu sítio

eletrônico, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, Governo do Estado do Rio Grande do Sul e Ministério da Justiça e Segurança Pública.

2 Segurança pública como direito fundamental social

A segurança pública, materializada como direito fundamental social, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹, perpassa por algumas questões até chegar em um conceito claro - porém, não unificado e cristalizado. Segurança pública, para Soares, pode ser definida como “[...] a estabilização universalizada, no âmbito de uma sociedade em que vigora o Estado democrático de direito, de expectativas positivas a respeito das interações sociais, ou da sociabilidade, em todas as esferas da experiência individual”².

Segundo Silva e Leal, sobre a definição de segurança pública,

[...] alguns autores consideram a segurança pública, tão somente, um de seus aspectos (da ordem pública) - assim como a tranquilidade e a salubridade públicas. Outros, também, ressaltam a proximidade dos conceitos, considerando-se como uma situação de convivência pacífica e harmônica da população, firmada nos princípios éticos que vigem na sociedade³.

Portanto, é possível compreender que a segurança pública, nos moldes constitucionais do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, é um direito fundamental social e, por isso, exige uma atuação positiva do Estado de prover essa segurança a todos os cidadãos, bem como de prover, através da segurança pública, a possibilidade de fruição tranquila dos demais direitos fundamentais cujo povo é titular.

3 Agentes de segurança pública como agentes do Sistema de Garantia de Direitos

O Sistema de Garantia de Direitos - SGD é definido pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, em sua Resolução o 113, no art. 1º:

Art. 1º Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas

1 Brasil, 1988.

2 Soares, 2019, p. 90.

3 2024, p. 49.

governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal⁴.

Ao parametrizar a institucionalização do Sistema de Garantia de Direitos, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente posiciona os agentes de segurança pública - polícia civil judiciária, inclusive a polícia técnica, e polícia militar, de acordo com o art. 7º, incisos V e VI, da Resolução no 113 - como atores do Sistema de Garantia de Direitos responsáveis pelo eixo de defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes⁵.

o eixo de defesa de direitos de crianças e adolescentes faz parte do tríplice sustentáculo que forma a base do Sistema de Garantia de Direitos, quais sejam: promoção de direitos; defesa de direitos; e controle social⁶.

Sousa define os eixos da seguinte forma:

Eixo da promoção de direitos – que ocorre por meio do desenvolvimento da política de atendimento, articulando todas as políticas públicas. Os principais atores responsáveis pela promoção desses direitos são as instâncias governamentais e parte da sociedade civil que se dedica às áreas de assistência social, educação e saúde.

Eixo da defesa – que tem atribuição principal de fazer cessar as violações aos direitos e responsabilizar o autor da violência. Tem como principais atores os Conselhos Tutelares, Ministério Público, Judiciário, Defensoria Pública e *órgãos da Segurança Pública*. Eixo de controle social – que é responsável pelo acompanhamento, avaliação e monitoramento das ações de promoção e defesa dos direitos. Esse controle é feito pela sociedade civil organizada e instâncias públicas colegiadas como os Conselhos⁷.

Deste modo, os agentes de segurança pública que são responsáveis por realizar procedimentos investigativos - no caso, as Polícias Cíveis estaduais⁸ - quando atuam em prol da proteção e da defesa dos direitos de crianças e adolescentes, como, por exemplo, realizando procedimentos de busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos, estão exercendo seu papel simultâneo de agentes do Sistema de Garantia de Direitos.

4 Conanda, 2006.

5 Conanda, 2006.

6 Conanda, 2006; Observatório da Criança e do Adolescente, [s.d.].

7 Sousa, 2012, p. 235, grifo nosso.

8 Pires, 2008.

4 Atuação técnico-procedimental dos policiais na busca por crianças e adolescentes desaparecidos e o direito fundamental social à segurança pública

O Sistema de Garantia de Direitos, como polícia articulada⁹ ao eixo socioprotetivo da infância e da adolescência¹⁰ em favor da promoção, proteção e respeito aos direitos fundamentais¹¹ é responsável, também, “[...] pela viabilização da proteção dos sujeitos frente às situações de risco pessoal e social, bem como a efetivação de seus direitos sociais”¹².

Isso significa que os agentes do Sistema - atores, órgãos e instituições - são articuladamente incumbidos de resguardar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, inclusive seus direitos fundamentais sociais. A Polícia Civil, já vista como, concomitantemente, agente de segurança pública e agente do Sistema de Garantia de Direitos, através das ações técnico-procedimentais de busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos, é um importante agente de promoção ao direito fundamental social à segurança pública.

Considerando a Polícia Civil como aquela em que há a atribuição de realizar investigações a partir da notificação oficial do fato através do Boletim de Ocorrência, ou de documento correspondente em casos de desaparecimentos - atípicos, portanto -, é possível refletir que essa instituição, ao realizar os procedimentos para investigar desaparecimentos de crianças e adolescentes e localizá-los, age, em última análise, com o objetivo de promover o direito fundamental social à segurança pública.

O direito fundamental social à segurança pública, quando analisado sob a ótica do desaparecimento de crianças e adolescentes, como a realização de um objetivo socialmente relevante¹³ - qual seja, encontrar a criança ou o adolescente desaparecido -, é uma das fundamentações principiológicas que norteiam a atuação policial na busca de crianças e adolescentes cujo paradeiro é desconhecido. Isso porque “[...] a busca por pessoas desaparecidas, independentemente de sua espécie (voluntário, involuntário e forçado), é dever do Estado e os familiares possuem o direito fundamental de que seus entes sejam buscados”¹⁴.

9 Gonsalves; Andion, 2019.

10 Borsoi, 2021.

11 Silva; Leal, 2024.

12 Governo do Estado do Rio Grande do Sul, 2022, p. 30.

13 Silva; Leal, 2024.

14 Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 11, grifo nosso.

O direito fundamental da pessoa desaparecida de ser encontrada e o direito fundamental dos familiares de ter a criança ou o adolescente buscado e, idealmente, encontrado, são ramificações do direito fundamental social à segurança pública, tido este último como objetivo socialmente relevante.

Portanto, a relevância social de buscar e localizar crianças e adolescentes desaparecidos pela Polícia Civil se materializa: 1) no direito fundamental social à segurança pública da criança ou do adolescente de ser localizado pelos agentes de segurança pública; e 2) no direito fundamental social à segurança pública da família da criança ou do adolescente desaparecido, a qual pode ter confiança de que o Estado, mediante seus órgãos e agentes de segurança pública - que concomitantemente estarão, neste caso, atuando como agentes do Sistema de Garantia de Direitos -, realizará os procedimentos técnico-operacionais adequados para investigar, buscar e localizar a criança ou o adolescente desaparecido.

5 Conclusão

A pesquisa tratou sobre os procedimentos dos agentes de segurança pública, enquanto agentes do Sistema de Garantia de Direitos, em casos de desaparecimento de crianças e adolescentes como ferramenta para a promoção do direito fundamental social à segurança pública. O objetivo geral foi analisar as questões fáticas que envolvem a atuação técnico-procedimental dos agentes de segurança pública que têm a função de localizar crianças e adolescentes desaparecidos, atuando, desse modo, sinergicamente como agentes do

Sistema de Garantia de Direitos - SGD, para buscar a promoção do direito fundamental social à segurança pública. Para tanto, os objetivos específicos foram: destacar a segurança pública como direito fundamental social; demonstrar a relação dos agentes de segurança pública que possuem a incumbência de buscar e localizar crianças e adolescentes desaparecidos com o Sistema de Garantia de Direitos; e relacionar a atuação técnico-procedimental dos agentes de segurança pública na busca por crianças e adolescentes desaparecidos como meio para, em última análise, alcançar o direito fundamental social à segurança pública.

O problema de pesquisa norteador foi: O problema de pesquisa norteador é: como as ações para a busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos, que perpassam por entraves de ordem política, jurídica, técnica e procedimental, por agentes de segurança pública -

enquanto simultaneamente atuam como agentes do Sistema de Garantia de Direitos - são meios para, em análise última, buscar promover e alcançar o direito fundamental social à segurança pública? A hipótese inicialmente levantada foi a de que, considerando o direito fundamental social à segurança pública como compromisso civilizatório mínimo com a dignidade da pessoa humana, que exige ações positivas por parte do Estado, cujo objetivo é concretizar objetivos socialmente relevantes, pressupõe-se que buscar e localizar crianças e adolescentes desaparecidos é um objetivo socialmente relevante realizado pelas forças de segurança pública que, quando atuam em prol do respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais para crianças e adolescentes, agem concomitantemente como agentes do Sistema de Garantia de Direitos. Portanto, as ações estatais - materializadas, em sua considerável maioria, pelos agentes de segurança pública - que delineiam políticas públicas, Planos, legislações, objetivos, metas e diretrizes para robustecer e fomentar os procedimentos técnicos para encontrar crianças e adolescentes cujo paradeiro é desconhecido são, em última análise, formas de alcançar o direito fundamental social à segurança pública.

Foi possível, ao longo da pesquisa, portanto, confirmar a hipótese inicial. Ao identificar a segurança pública como direito fundamental social, sendo necessária uma atuação positiva do Estado para sua concretização, foi possível, também, perceber que a Polícia Civil, além de órgão da segurança pública incumbido de realizar investigações, quando atua em prol do respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais para crianças e adolescentes, age, simultaneamente, como agente do Sistema de Garantia de Direitos.

Ao realizar investigações para buscar e localizar crianças e adolescentes desaparecidos, pôde-se perceber que a Polícia Civil atua, em última análise, em busca do direito fundamental social à segurança pública. Direito fundamental este que se ramifica: 1) no direito fundamental social à segurança pública dos familiares da criança ou adolescente desaparecido, que devem ter a confiança de que, ao notificar oficialmente o desaparecimento, as buscas serão imediatamente realizadas pelas forças de segurança pública através dos procedimentos técnico-operacionais próprios para situações de desaparecimento. É, portanto, o direito da família de confiar no Estado como provedor do direito fundamental social à segurança pública; e 2) no direito fundamental social à segurança pública da criança ou adolescente desaparecido de ter o objetivo socialmente relevante do direito fundamental social à segurança pública alcançado: sua devida localização e, quando possível, seu retorno ao seu ambiente sociocomunitário habitual.

Referências

BORSOI, Vanusa. *Sistema de garantia de direitos da criança e adolescente: desafios e potencialidades da Raia em suas articulações*. 2021. 160 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Dinâmicas Regionais) - Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Chapecó, 2021. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11135362. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006*. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-no-113-de-19-04-06-parametros-do-sgd.pdf/view>. Acesso em: 27 mar. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Mapa dos desaparecidos no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/mapa-dos-desaparecidos-no-brasil/. Acesso em: 28 mar. 2024.

GONSALVES, Aghata Karoliny Ribeiro; ANDION, Maria Carolina Martinez. Ação pública e inovação social: uma análise do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente de Florianópolis-SC. *Organizações & Sociedade*, Salvador, v. 26, n. 89, p. 221–248, abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/kkrrr9QcV688vbVQvRjnMMR/>. Acesso em: 28 mar. 2024.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Igualdade, Cidadania, Direitos Humanos e Assistência Social. *Plano Estadual Decenal de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2022-2032)*. 2022. Disponível em: <https://social.rs.gov.br/plano-estadual>. Acesso em: 28 mar. 2024.

OBSERVATÓRIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Sistema de

Garantia de Direitos, [s.d.]. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/agenda-legislativa/temas/sistema-garantia-direitos>. Acesso em: 27 mar. 2024.

PIRES, Tania Aparecida Porfrio de Souza. *O ensino policial civil: o caso da academia de polícia civil de Goiás*. 2008. 99 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2008. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/1223>. Acesso em: 28 mar. 2024.

SILVA, Ricardo Machado da; LEAL, Rogério Gesta. *O direito fundamental social à segurança pública no Estado Democrático de Direito: parâmetros para políticas públicas de implementação*. 1ª ed. Cruz Alta: Ilustração, 2024.

SOARES, Luiz Eduardo. *Desmilitarizar: segurança pública e direitos humanos*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

SOUSA, Ana Maria Viola. Desparecidos: Políticas Públicas, justiça Restaurativa e Sustentabilidade.. In: *CONPEDI-Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*. (Org.). XXI Congresso Nacional do CONPEDI - Tema: O Novo Constitucionalismo Latino Americano: Desafios da Sustentabilidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 1, p. 223-246.

ANÁLISE CRÍTICA DO NOVO PACTO SOBRE MIGRAÇÃO E ASILO

Andreia Santos¹

1 Introdução

Num mundo caracterizado pela mobilidade humana, as questões relacionadas à migração assumem uma importância cada vez maior. A crise migratória tornou-se uma das maiores ameaças à coesão da União Europeia, revelando uma enorme falta de solidariedade entre os Estados-Membros. A Comissão Europeia, em busca de dar respostas aos desafios migratórios apresentou uma Comunicação sobre o Novo Pacto em Matéria de Migração e Asilo. Este trabalho tem como objetivo uma análise abrangente e crítica deste Novo Pacto, procurando compreender algumas das suas limitações e quais as suas implicações para o futuro das políticas migratórias na UE.

2 O Novo Pacto para a Migração e Asilo

O asilo é um direito fundamental e uma obrigação internacional para os Estados como é reconhecido na Convenção de Genebra – Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951². Na União Europeia (UE), os Estados-Membros têm a responsabilidade partilhada de acolher os requerentes de asilo de forma digna, garantindo que os procedimentos são justos, eficazes e uniformes para produzir resultados semelhantes em todo o território da UE³. Todavia, os fluxos de asilo não são constantes, nem estão uniformizados em toda a UE, tendo impacto diferente nos diversos Estados-Membros devido à posição das suas fronteiras externas⁴. Devido a estas circunstâncias, em 1999, com a adoção do Programa de Tampere, a UE criou um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) o

1 Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho.

2 COMISSÃO EUROPEIA, Migração e Assuntos Internos. **Sistema Europeu Comum de Asilo**. Disponível em: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system_pt?etrans=pt, acesso em 27 nov. 2023.

3 COMISSÃO EUROPEIA, Sistema Europeu Comum de Asilo, *cit*.

4 DI NUNZIO, Paola. The crisis of the Common European Asylum System: rethinking solidarity in light of Human Rights. **UNIO – EU Law Journal**, v. 8, n. 2, 2023, p. 40–50, <https://doi.org/10.21814/unio.8.2.4760>.

que levou, gradualmente, à adoção de alguns instrumentos legislativos como a Diretiva Condições de Acolhimento, o Regulamento de Dublin III, a Diretiva Qualificação de Asilo, a Diretiva Procedimentos de Asilo e o Regulamento EURODAC.

O SECA foi criado para garantir a harmonização e uniformização dos processos dos requerentes de asilo na UE. Baseia-se no entendimento de que a União é uma área onde os países partilham dos mesmos valores fundamentais e requerem uma abordagem comum para garantir processos transparentes, eficazes e justos⁵. No entanto, a crise migratória de 2015 e 2016 colocou uma pressão nunca vista sobre o SECA e revelou a falta de preparação de alguns sistemas de asilo, expondo as lacunas e insuficiências das políticas europeias em matéria de fronteiras externas, asilo e migração. Como solução, a Comissão Europeia avançou com propostas de reforma dos principais institutos que constituem o SECA.

Em setembro de 2020 a Comissão Europeia apresentou um Novo Pacto para a Migração e Asilo com um conjunto de propostas legislativas. O Pacto altera duas propostas legislativas existentes (revisão do Regulamento Procedimentos de Asilo e revisão do Regulamento relativo à criação do sistema EURODAC) e introduz três novas (Regulamento que introduz uma triagem dos nacionais de países terceiros nas fronteiras externas, Regulamento relativo à gestão de asilo e da migração e Regulamento relativo à resposta a situações de crise e de força maior no domínio da migração e do asilo).

De acordo com a Comunicação da Comissão Europeia sobre o Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo o objetivo seria implementar uma gestão robusta e justa das fronteiras externas; regras de asilo equitativas; criar um novo mecanismo de solidariedade a ser acionado em situações diversas; um mecanismo de resposta a crises; uma política eficaz de regresso, associada cooperação da UE no regresso; uma governação abrangente para melhor execução das políticas de asilo e migração; realizar parcerias benéficas com países terceiros; desenvolver vias legais sustentáveis e apoiar as políticas de integração para que se tornem eficazes⁶.

5 GABINETE EUROPEU DE APOIO EM MATÉRIA DE ASILO (EASO). **EASO Asylum Report 2020**: Annual Report of the situation of asylum in the European Union. s/l: EASO. 2020 <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/EASO-Asylum-Report-2020.pdf>.

6 COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo**. COM(2020) 609 final. Bruxelas, 23.9.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609>.

O Novo Pacto é composto por quatro pilares: i) o primeiro, com o fim de introduzir alterações nos procedimentos de pré-entrada em fronteiras externas; ii) o segundo, apresenta novos mecanismos de partilha da responsabilidade e solidariedade entre os Estados-Membros; iii) o terceiro, introduz um mecanismo especial para crises e casos de força maior, e, iv) por fim, alguns novos mecanismos de governação na área de asilo e imigração.

3 Os quatro pilares do Novo Pacto

3.1 Procedimentos prévios à entrada nas fronteiras externas

A Comissão propôs novos mecanismos de gestão da migração nas fronteiras externas, que incluem procedimentos harmonizados para decidir de forma célere à chegada. Deste modo, a fase prévia consiste numa triagem antes da entrada aplicável a todos os nacionais de países terceiros que atravessam a fronteira externa sem autorização e na recolha dos dados biométricos. Os dados serão recolhidos numa base de dados, a EURODAC, e as autoridades responsáveis terão acesso a eles, sendo que a avaliação durará no máximo cinco dias.

A triagem permitirá acelerar o processo de determinação do estatuto de uma pessoa e o tipo de procedimento adequado a ser aplicado. Neste âmbito, a Comissão propôs alterar a sua proposta de 2016 relativa a um novo Regulamento Procedimento de Asilo, sendo que as regras sobre aos procedimentos nas fronteiras em matéria de asilo e migração passam a constar num único instrumento legislativo, de forma a permitir uma utilização mais eficaz e flexível dos procedimentos na fronteira como segunda fase do processo⁷. O Regulamento relativo aos procedimentos de asilo alterado estabelece duas etapas possíveis para os requerentes de asilo: um procedimento acelerado nas fronteiras, que deve durar, no máximo, doze semanas, e o procedimento de asilo tradicional, que é mais longo e pode demorar vários meses até chegar a uma conclusão definitiva. O primeiro é aplicado tanto aos requerentes de asilo como aos nacionais de países terceiros que entram irregularmente, enquanto o segundo é aplicado aos restantes requerentes, incluindo os menores não acompanhados e as famílias com crianças com menos de 12 anos de idade.

⁷ COM(2020) 609 final.

Estas medidas destinam-se a alcançar o objetivo de uma gestão mais eficiente por parte das autoridades competentes, tomar decisões mais rápidas e, conseqüentemente, contribuir para uma melhor e mais credível funcionamento das políticas de asilo e de regresso.

3.2 Mecanismo de responsabilidade partilhada e solidariedade

O Novo Pacto para a Migração e Asilo inclui uma proposta sobre gestão do asilo e da migração com o objetivo de substituir o Regulamento Dublin III. Embora tenham sido preservados os critérios para determinação da responsabilidade do Estado-Membro responsável pelos requerentes de asilo, a proposta também introduz mudanças ao regulamento, sobretudo na solidariedade e partilha de responsabilidade entre os Estados-Membros⁸. Durante os fluxos migratório de 2015, a recolocação obrigatória dos requerentes de asilo por parte dos Estados-Membros revelou-se problemática ao ponto destes se recusarem a cumprir com os mecanismos adotados ao abrigo do artigo 78º, nº 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Desta forma, a Comissão Europeia propôs um novo mecanismo de solidariedade obrigatória, estruturado e flexível, baseado em diferentes contribuições de solidariedade, isto é, cada Estado-Membro pode participar de diferentes formas, através da recolocação do requerente de asilo, dos regressos patrocinados ou outras formas⁹.

O novo mecanismo de solidariedade visa integrar a equidade no sistema de asilo da UE, tendo em conta as diferenças geográficas dos Estados-Membros e assegurando que todos devem contribuir para que as necessidades reais criadas pelas chegadas irregulares de migrantes e requerentes de asilo não sejam tratadas pelos Estados-Membros individualmente. Este centra-se principalmente na recolocação ou em regressos patrocinados, isto é, nas situações de patrocínio em matéria de regressos, os Estados-Membros devem prestar o apoio necessário ao Estado-Membro sob pressão para fazer regressar rapidamente quem não tiver autorização de permanecer nele, assumindo o Estado-Membro que presta o apoio a plena responsabilidade se o regresso não for efetuado dentro de um determinado prazo. Os Estados-Membros terão flexibilidade para

8 DEL MONTE, Micaela; ORAV, Anita. **Solidarity in EU asylum Policy**. PE 649.344. European Parliamentary Research Service, 2023, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649344/EPRS_BRI\(2020\)649344_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649344/EPRS_BRI(2020)649344_EN.pdf), acesso em 27 nov. 2023.

9 COM(2020) 609 final.

decidir se e em que medida repartem o seu esforço entre pessoas a recolocar e pessoas a quem se aplicaria o regresso de patrocínio. São possíveis outras formas de contribuir como o apoio operacional, apoio aos aspetos externos de migração, as competências técnicas e operacionais e o desenvolvimento de capacidades¹⁰.

A proposta de uma abordagem mais justa e abrangente da solidariedade visa garantir que as chegadas irregulares e de refugiados são tratadas pela UE como um todo. Os Estados-Membros terão de contribuir através de uma parcela calculada de acordo com 50% do PIB e 50% da população¹¹. Por ser flexível, o mecanismo pode ser ajustado às diferentes necessidades migratórias que os EM enfrentam.

3.3 Proteção imediata em situação de crises

O Pacto prevê a aplicação de procedimentos mais eficientes e rápidos com novos controlos e provas exaustivas, sejam sanitárias como de segurança, para determinar as identidades pessoais e detetar, no próprio caso, elementos radicais ou pertencentes a grupos terroristas. A reforma do EURODAC tem um papel importante neste contexto pois aumentará as suas competências para que possa determinar de forma célere se se trata de pessoas requerentes de asilo ou migrantes económicos¹².

A proteção imediata será aplicada pela Comissão em situação de crise, isto é, “situação excepcional de afluxo maciço de nacionais de países terceiros ou apátridas que chegam irregularmente a um Estado-Membro ou desembarcam no seu território na sequência de operações de busca e salvamento, cuja escala é proporcional à população e ao PIB do Estado-Membro em causa, e natureza, que torna o sistema de asilo, acolhimento ou regresso do Estado-Membro não funcional e pode ter consequências graves para o funcionamento do Sistema Europeu Comum de Asilo ou do Quadro Comum”¹³.

10 COM(2020) 609 final.

11 COM(2020) 609 final.

12 MANCHÓN, Felipe. **El Pacto sobre Migración y Asilo ¿una nueva oportunidad para Europa?**, Documento de Opinión IEEE 152/2020, 27 nov. 2020, disponível em: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEE0152_2020FELMAN_migraciones.pdf, acesso em 27 nov. 2023.

13 Comissão Europeia. **Proposta para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho: fazer face a situações de crise e de força maior no domínio da migração e do asilo**. COM(2020) 613 final. Bruxelas, 23.9.2020, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0613>, acesso em 27 nov. 2023.

O regulamento propõe a possibilidade de prorrogação dos prazos fixados no Regulamento Procedimentos de Asilo proposto para o registo de pedidos de proteção internacional e a prorrogação do prazo para o cumprimento da obrigação de recolocar ou efetuar o patrocínio de regressos quando um Estado-Membro se encontra numa situação de força maior que impossibilite o cumprimento destas obrigações.¹⁴ De notar que o instrumento de crise proposto prevê outro regime de solidariedade¹⁵, estabelecendo derrogações aos prazos ordinários para situações de força maior e alargando o âmbito da recolocação obrigatória e do patrocínio de regressos¹⁶. A obrigação de transferência do migrante em situação irregular para o território do Estado-Membro patrocinador é acionada se a pessoa em questão não tiver regressado ou não tiver sido repatriada no prazo de quatro meses.

3.4 Quadro comum para Gestão do Asilo e da Migração

De acordo com o artigo 3º da Proposta de Regulamento relativo à gestão do asilo e da migração¹⁷, as políticas de gestão de asilo e migração serão implementadas através de “parcerias mutuamente benéficas e uma cooperação estreita com os países terceiros relevantes”, bem como através da “cooperação estreita e parceria mútua” entre organizações internacionais relevantes. Estas parcerias podem proporcionar benefícios mútuos a nível económico, do desenvolvimento sustentável, da educação e das competências, da estabilidade e segurança e das relações com a dispersão dos povos.

14 COM(2020) 613 final.

15 EUROPEAN PARLIAMENT. **The European Commission’s New Pact on Migration and Asylum: Horizontal substitute impact assessment**, PE 694.210, European Parliamentary Research Service, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694210/EPRS_STU\(2021\)694210_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694210/EPRS_STU(2021)694210_EN.pdf), acesso em 27 nov. 2023.

16 COM(2020) 609 final.

17 COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à gestão do asilo e da migração e que altera a Diretiva (CE) 2003/109 do Conselho e a Proposta de Regulamento (UE) xxx/xxx [Fundo para o Asilo e a Migração]**. COM(2020) 610 final. Bruxelas, 23.9.2020, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A610%3AFIN>, acesso em 27 nov. 2023.

4 Críticas ao Novo Pacto

4.1 Críticas ao novo mecanismo de solidariedade

O Novo Pacto sobre Migração e Asilo reflete mais o pragmatismo do que propriamente os princípios da UE, ou seja, é mais definido pelas necessidades e circunstâncias dos Estados-Membros relevantes, do que pelos valores ou ideologias que estão na base da UE¹⁸.

No dia 26 de novembro de 2020, durante a conferência organizada pela secção dos Assuntos Sociais (SOC) do Comité Económico e Social Europeu (CESE) foram apresentadas duras críticas ao Novo Pacto sobre Migração e Asilo relativamente ao caminho legislativo escolhido, à compreensão dualista dos migrante como verdadeiros refugiados e ao novo mecanismo de solidariedade. Representantes da sociedade civil, grupos de reflexão e o Parlamento Europeu concluíram que o Novo Pacto não proporciona as mudanças que são necessárias para a construção de um sistema europeu comum adequado de migração e asilo¹⁹.

A solidariedade é um dos princípios basilares da construção europeia e, no que concerne às políticas de asilo e migração, no capítulo II do Título V do TFUE constata-se que a solidariedade é referida no artigo 80º na medida em que “as políticas da União referidas no presente capítulo e a sua execução são regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidade entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro. Sempre que necessários os atos da União adotados por força do presente capítulo conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio”. Com isto, o Novo Pacto preconiza “um quadro comum de solidariedade e de partilha de responsabilidades”²⁰.

O facto de o mecanismo ser obrigatório, mas flexível significa que os Estados podem optar por mostrar a sua solidariedade através de outros meios que não seja a recolocação. Esta flexibilidade acaba por

18 THYM, Daniel. European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operation Pitfalls of the ‘New’ Pact on Migration and Asylum. **EU Immigration and Asylum Law and Policy**. 28 sep. 2020, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/european-realpolitik-legislative-uncertainties-und-operational-pitfalls-of-the-new-pact-on-migration-and-asylum/>, acesso em 26 dez.2023.

19 COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. **New EU Pacto on Migration and Asylum: a missed opportunity for a much-needed fresh start**. 30 nov. 2020, disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/news/new-eu-pact-migration-and-asylum-missed-opportunity-much-needed-fresh-start>, acesso em 26 dez. 2023.

20 COM(2020) 609 final.

promover uma ideia de solidariedade entre Estados-Membros que é assimétrica e insuficiente para o desenvolvimento do quadro europeu comum para a gestão da migração, que deveria ser eficaz e coerente com os valores e objetivos da UE²¹. A ideia de solidariedade flexível é ampla, permitindo várias interpretações, o que se torna especialmente relevante numa União Europeia marcada atualmente pela presença crescente de populismo, fascismo e sentimentos anti-imigração. Os Estados-Membros que escolherem o meio dos patrocínios de regresso poderão ser aqueles com um historial de violações dos direitos humanos nos procedimentos de regresso ou pode suceder que os Estados-Membros optem por regressar os migrantes de países terceiros de origem com base nas relações diplomáticas que visam conservar com esses países, em detrimento dos laços existentes entre o repatriado e o país terceiro²².

No âmbito do mecanismo de solidariedade, um ponto de maior discórdia entre os Estados-Membros centra-se nos patrocínios obrigatórios de regresso como única alternativa à recolocação em situações de pressão migratória. Os Estados da Europa Central e Oriental entendem que isto coloca em causa todos os esforços para travar a migração, uma vez que, se os regressos não forem concluídos após oito meses, ou quatro meses em tempos de crise, os migrantes serão transferidos para os Estado que patrocinaram os respetivos regressos²³. Os Estados que mais sofrem com os fluxos migratórios, os Estados Mediterrâneos, entendem que não existe qualquer alternativa à recolocação obrigatória como forma solidariedade entre os Estados-Membros no contexto da migração: “The notion of mandatory relocation should remain and be pursued as the main solidarity tool”²⁴.

Garantir uma gestão eficaz e compassiva da migração requer solidariedade não apenas entre os Estados-Membros, mas também em relação aos migrantes que chegam aos territórios. A Comissão Europeia perdeu uma oportunidade de estabilizar o SECA e torná-lo capaz e eficaz

21 DI NUNZIO, The crisis, 2023.

22 MORARU, Madalina. The new design of the EU’s return system under the Pact on Asylum and Migration. **EU Immigration and Asylum Law and Policy**. 14 Jan. 2021, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/the-new-design-of-the-eus-return-system-under-the-pact-on-asylum-and-migration/>, acesso em 28 dez. 2023.

23 ABDU, Leila Hadj. From the Migration Crisis to the New Pact on Migration and Asylum. **BRIDGE Network Working Paper**, n. 11, 2021, disponível em: <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/73657/SSRN-id3786906.pdf>, acesso em 28 dez. 2023.

24 “New Pact on Migratio and Asylum: comments by Greece, Italy, Malta and Spain”, 2020 disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/251120-Non%20paper%20Pacto%20Migratorio.pdf>, acesso em 28 dez. 2023.

de resistir a novas vagas migratórias e a novos desafios, como o surgimento de novos tipos de migrantes, por exemplo, os refugiados climáticos, isto é, o motivo de deslocação são as alterações climáticas, situação que não é abordada pelo Pacto criando uma lacuna jurídica.

Uma solução que dê resposta às deficiências ao domínio do asilo e da migração da UE é repensar e consolidar o próprio conceito de solidariedade com base numa perspetiva dos direitos humanos. A solidariedade tem uma base de direitos humanos, como se percebe através da Resolução 59/193 da Assembleia Geral da ONU.

A “solidariedade flexível” prevista no Pacto poderia adquirir um significado adequado a apoiar a irrevogabilidade dos direitos humanos, funcionando sempre como “*opt in*” para aceitar responsabilidades partilhadas e nunca justificando uma opção de exclusão de direitos humanos baseados na dignidade humana²⁵. Esta interpretação permitiria aos Estados-Membros voluntariarem-se para determinar como se deve fazer a partilha dos encargos, mas também os obrigaria a aceitar normas vinculativas em matéria de direitos humanos²⁶.

O mecanismo de solidariedade poderia permitir aos Estados-Membros não participar na recolocação, mas obrigando-os a melhorar as condições de acolhimento noutros Estados-Membros, apoiando os procedimentos de asilo ou o Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo ativo nos Estados-Membros sob pressão²⁷. Esta implementação da “solidariedade flexível” deve ser monitorada/fiscalizada e avaliada regularmente para garantir que ela esteja a cumprir com os seus objetivos de forma eficaz e justa, sendo que esta supervisão deve incluir a avaliação do impacto das políticas migratórias nos direitos humanos de todos os envolvidos. Desta forma, a ênfase à responsabilidade partilhada e às normas vinculativas de direitos humanos garante que os direitos de todos os migrantes e refugiados sejam respeitados, independentemente do país em que se encontrem, mantendo os Estados-Membros a liberdade de escolher como desejam contribuir para a gestão desta matéria.

25 DI NUNZIO, The crisis, 2023.

26 KOTZUR, Markus. Flexible solidarity – effective solidarity?. **Völkerrechtsblog – International Law and International Legal Thought**. 16 nov. 2016, disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/flexible-solidarity-effective-solidarity/>, acesso em 31 dez. 2023.

27 DE BRUYCKER, Philippe. The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been. **EU Immigration and Asylum Law and Policy**. 15 dec. 2020, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>, acesso em 31 dez. 2023.

4.2 Críticas à dimensão externa estabelecida no Pacto

Pelo facto de um dos pontos fulcrais do Pacto ser o combate à migração irregular, a sua dimensão externa é umas das características mais relevantes. Ao longo dos tempos, a UE tem-se empenhado na dimensão externas da sua política de migração e asilo, além de que os instrumentos financeiros externos para resolver estas questões também cresceram.

A dimensão externa da política de migração e asilo é alcançada principalmente através do financiamento da cooperação com países terceiros para reduzir os fluxos migratórios e melhorar os regressos²⁸, combater o tráfico de migrantes e desenvolver vias legais de migração e pretendendo ajudar os países terceiros a combater as principais causas de migração ilegal e pedidos de asilo²⁹. A cooperação com os países terceiros é fundamental para a aplicação de uma boa política de retorno. Uma das formas que a UE tem utilizado, no âmbito da política externa, para aliviar as suas fronteiras é a externalização, ou seja, “controlos sem contacto”³⁰, acordos com países estratégicos com o objetivo de que uma larga proporção de migrante não alcance o Espaço Schengen.

Todavia, a ação por parte da UE em se forçar no combate às migrações ilegais e na fomentação deste tipo de acordos tem sido alvo de numerosas críticas pois o combate a corrupção, a instabilidade e o desrespeito pelos direitos fundamentais não se afiguram como uma prioridade. Exemplo disso é o acordo UE-Turquia e o acordo UE-Líbia. Mais recentemente, a UE e a Tunísia assinaram um memorando onde a migração é tópico. Este foi precedido de várias especulações relativamente à quantia que a União – defensora dos direitos humanos – estaria propensa a dispor para a Tunísia, cujo governo tem sido acusado, inclusive pelo Parlamento Europeu, de

28 GOLDNER LANG, Iris, *The New Pact on Migration and Asylum: A Strong External and A Weak Internal Dimension?*, **European Foreign Affairs Review**, v. 27, issue 1, 2022, p. 1-4, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Foreign+Affairs+Review/27.1/EERR2022001>, acesso em 30 dez. 2023.

29 PICHON, Eric. **The external dimension of the new pact on migration and asylum: A focus on prevention and readmission**. PE 690.535. European Parliamentary Research Service, 2021, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS_BRI\(2021\)690535_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS_BRI(2021)690535_EN.pdf), acesso 30 dez. 2023.

30 MORENA-LAX, Violeta; GIUFFRÉ, Mariagiulia. *The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows*. In: JUSS, S. (ed). **Research Handbook on International Refugee Law**. Cheltenham: Edward Elgar 2017, disponível em: <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/5a056ca07.pdf>, acesso em 30 dez. 2023.

reprimir a liberdade de expressão, a independência judicial e a sociedade civil³¹.

O memorando é uma declaração de intenções políticas elaborada pela UE e pela Tunísia para melhorar as suas relações bilaterais e enfrentar desafios comuns de forma “estratégica e abrangente”. A Tunísia é um dos principais países de entrada para os requerentes de asilo nas fronteiras europeias, nomeadamente a Itália. Por esse motivo, “migration is a key pillar in the memorandum, with an initial allocation of €105 million to combat anti-smuggling operations, reinforce border management and speed up the return of asylum seekers whose applications are denied”³². Com base neste memorando, da Tunísia só se espera que aceite o regresso dos seus próprios nacionais, não sendo um “ponto de recolha de migrantes irregulares”. Em contrapartida, a UE empenhar-se-á em facilitar a migração de tunisinos altamente qualificados para trabalhar através de vias legais e das intituladas “parcerias de talentos”³³. Apesar de todas as críticas, acusações e evidências crescentes de violação de direitos humanos dos migrantes negros, não foram adicionadas disposições em matéria de direitos humanos para além das tradicionais cláusulas que os programas de ajuda externa da União apresentam³⁴.

Os principais elementos que caracterizam a dimensão externa da migração e asilo parecem centrar-se principalmente na abordagem contra a migração irregular, com pouca preocupação pelos direitos fundamentais, algo que aparenta permanecer neste Novo Pacto³⁵. A Proposta de Pacto visa aumentar os regressos de nacionais de países terceiros que se encontrem em situação irregular e sem autorização de permanecerem em território da UE. A importância dada aos retornos dá-se pelo facto de a reforma do SECA estar estagnado devido à falta de consenso entre os Estados-Membros para a aplicação do princípio da solidariedade e, por isso, a priorização dos

31 LIBOREIRO, Jorge; GENOVESE, Vincenzo. The contentious - EU-Tunisia deal is finally here. But what exactly is in it? **Euronews**. 17 jul. 2023, disponível em: <https://www.euronews.com/my-europe/2023/07/17/the-contentious-eu-tunisia-deal-is-finally-here-but-what-exactly-is-in-it>, acesso em 30 dez. 2023.

32 LIBOREIRO; GENOVESE. The contentious, 2023.

33 LIBOREIRO; GENOVESE. The contentious, 2023.

34 LIBOREIRO; GENOVESE. The contentious, 2023.

35 MORENO-LAX, Violeta, A New Common European Approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment. **EU Immigration and Asylum Law and Policy**. 3 fev. 2021, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/a-new-common-european-approach-to-search-and-rescue-entrenching-proactive-containment/>, acesso em 31 dez. 2023.

regressos reuniu maior consenso do que a implementação da obrigação internacional de proteger os refugiados³⁶.

5 Conclusão

Apesar do Novo Pacto apresentar propostas que podem ser consideradas como inovadoras, o Pacto não aborda as principais causas da falta de controle sobre a migração, tampouco não apresenta mecanismos com real capacidade de conter o perigoso êxodo de pessoas ao longo do Mediterrâneo. Neste sentido, não parece oferecer uma solução satisfatória para o desafio da distribuição equitativa de responsabilidades entre os EM da UE, pois em última análise “o primeiro país de acolhimento”, característica presente no Regulamento de Dublin III e que permanece no Pacto, continua a ser responsável pelo migrante³⁷.

Como resultado, os Estados de fronteira externa podem acabar assumindo a maior parte dessa responsabilidade mais uma vez. Além disso, a Proposta da Comissão e a sua solidariedade flexível não oferecem uma base sólida para uma gestão duradoura da migração, antes perpetua uma abordagem externa para a segurança que coloca em causa a proteção dos direitos humanos nas fronteiras da UE³⁸. O foco em políticas de externalização para a concentração de refugiados e migrantes nos países de trânsito comporta o perigo de expor essas pessoas a abusos de direitos fundamentais nesses países, além de poder fazer com que a UE fique à mercê das vontades de forças políticas estrangeiras. Por serem acordos informais, aumentam o risco de repulsão, uma vez que os instrumentos de direito não vinculativos não podem produzir garantias juridicamente executáveis³⁹.

Assim, é de concluir que o Novo Pacto sobre Migração e Asilo não representa um novo começo, como afirma a Comissão Europeia, mas antes herda a orientação e o conteúdo central do quadro de política de migração e de instrumentos anteriores, de acordo com o qual, o foco principal continua a ser a contenção e dissuasão de movimentos irregulares.

36 MORARU, The new design of the EU's return, 2021.

37 THYM, European Realpolitik, 2020.

38 DI NUNZIO, The crisis, 2023.

39 MORENO-LAX, Violeta, *et. al.* **The EU Approach on Migration in the Mediterranean.** Brussels: Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2021, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU\(2021\)694413_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU(2021)694413_EN.pdf), acesso em 30 dez. 2023.

O acordo sobre o Pacto de Migração e Asilo da UE foi selado no dia 19 de dezembro de 2023 após uma série de negociações num processo que se prolongou por três anos. As novas regras vão permitir a construção de centros de asilo nos países da Europa do sul, com o propósito de processar cada chegada e expulsar no imediato aqueles que não cumpram os requisitos para entrar. Em troca, os Estados que não fazem parte da fronteira externa da UE devem acolher as chegadas, terão de aceitar uma quota de migrantes ou contribuir para um fundo para ajudar a UE a gerir a crise. Este novo acordo também foi alvo de críticas como, pelo facto de permitir que os países optem por não cumprir com algumas regras de asilo da UE em períodos de maior pressão, leve à violação de obrigações internacionais ao abrigo do direito dos refugiados. As disposições do pacto relacionadas à gestão de crises podem infringir as normas do direito internacional e estabelecer um precedente arriscado para o direito de asilo à escala global⁴⁰.

Referências

ABDOU, Leila Hadj. From the Migration Crisis to the New Pact on Migration and Asylum. **BRIDGE Network Working Paper**, n. 11, 2021, disponível em: <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/73657/SSRN-id3786906.pdf>, acesso em 28 dez. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA, Migração e Assuntos Internos. **Sistema Europeu Comum de Asilo**. Disponível em: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/common-european-asylum-system_pt?ettrans=pt, acesso em 27 nov. 2023

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo Pacto em matéria de Migração e Asilo**. COM(2020) 609 final. Bruxelas, 23.9.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609>.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à gestão do asilo e da migração e que altera a Diretiva (CE) 2003/109 do Conselho e a Proposta de Regulamento (UE) xxx/xxx [Fundo para o Asilo e a Migração]**. COM(2020) 610 final. Bruxelas, 23.9.2020,

40 “UE: Novo acordo sobre o pacto para a migração pode provocar ‘aumento do sofrimento’”, Amnistia Internacional Portugal, 20 dez. 2023, disponível em: <https://www.amnistia.pt/ue-novo-acordo-sobre-o-pacto-para-a-migracao-pode-provocar-aumento-do-sofrimento/>, acesso em 1 jan. 2024.

disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A610%3AFIN>, acesso em 27 nov. 2023.

Comissão Europeia. **Proposta para um Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho: fazer face a situações de crise e de força maior no domínio da migração e do asilo.** COM(2020) 613 final. Bruxelas, 23.9.2020, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0613>, acesso em 27 nov. 2023.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. **New EU Pacto on Migration and Asylum: a missed opportunity for a much-needed fresh start.** 30 nov. 2020, disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/news/new-eu-pact-migration-and-asylum-missed-opportunity-much-needed-fresh-start>, acesso em 26 dez. 2023.

DE BRUYCKER, Philippe. The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been. **EU Immigration and Asylum Law and Policy.** 15 dec. 2020, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>, acesso em 31 dez. 2023.

DEL MONTE, Micaela; ORAV, Anita. **Solidarity in EU asylum Policy.** PE 649.344. European Parliamentary Research Service, 2023, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649344/EPRS_BRI\(2020\)649344_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649344/EPRS_BRI(2020)649344_EN.pdf), acesso em 27 nov. 2023.

DI NUNZIO, Paola. The crisis of the Common European Asylum System: rethinking solidarity in light of Human Rights. **UNIO – EU Law Journal**, v. 8, n. 2, 2023, p. 40–50, <https://doi.org/10.21814/unio.8.2.4760>.

EUROPEAN PARLIAMENT. **The European Commission's New Pact on Migration and Asylum: Horizontal substitute impact assessment,** PE 694.210, European Parliamentary Research Service, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694210/EPRS_STU\(2021\)694210_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694210/EPRS_STU(2021)694210_EN.pdf), acesso em 27 nov. 2023.

GABINETE EUROPEU DE APOIO EM MATÉRIA DE ASILO (EASO). **EASO Asylum Report 2020: Annual Report of the situation of asylum in the European Union.** s/l: EASO. 2020 <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/EASO-Asylum-Report-2020.pdf>

GOLDNER LANG, Iris, The New Pact on Migration and

Asylum: A Strong External and A Weak Internal Dimension?, **European Foreign Affairs Review**, v. 27, issue 1, 2022, p. 1-4, disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Foreign+Affairs+Review/27.1/EERR2022001>, acesso em 30 dez. 2023.

KOTZUR, Markus. Flexible solidarity – effective solidarity?. **Völkerrechtsblog – International Law and International Legal Thought**. 16 nov. 2016, disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/flexible-solidarity-effective-solidarity/>, acesso em 31 dez. 2023.

LIBOREIRO, Jorge; GENOVESE, Vincenzo. The contentious - EU-Tunisia deal is finally here. But what exactly is in it?. **Euronews**. 17 jul. 2023, disponível em: <https://www.euronews.com/my-europe/2023/07/17/the-contentious-eu-tunisia-deal-is-finally-here-but-what-exactly-is-in-it>, acesso em 30 dez. 2023.

MANCHÓN, Felipe. **El Pacto sobre Migración y Asilo ¿una nueva oportunidad para Europa?**, Documento de Opinión IEEE 152/2020, 27 nov. 2020, disponível em: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEE0152_2020FELMAN_migraciones.pdf, acesso em 27 nov. 2023.

MORARU, Madalina. The new design of the EU's return system under the Pact on Asylum and Migration. **EU Immigration and Asylum Law and Policy**. 14 Jan. 2021, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/the-new-design-of-the-eus-return-system-under-the-pact-on-asylum-and-migration/>, acesso em 28 dez. 2023.

MORENA-LAX, Violeta; GIUFFRÉ, Mariagiulia. The Raise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows. In: JUSS, S. (ed). **Research Handbook on International Refugee Law**. Cheltenham: Edward Elgar 2017, disponível em: <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/5a056ca07.pdf>, acesso em 30 dez. 2023.

MORENO-LAX, Violeta, A New Common European Approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment. **EU Immigration and Asylum Law and Policy**. 3 fev. 2021, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/a-new-common-european-approach-to-search-and-rescue-entrenching-proactive-containment/>, acesso em 31 dez. 2023.

MORENO-LAX, Violeta, *et. al.* **The EU Approach on Migration in the Mediterranean**. Brussels: Policy Department for Citizens'

Rights and Constitutional Affairs, 2021, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU\(2021\)694413_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694413/IPOL_STU(2021)694413_EN.pdf), acesso em 30 dez. 2023.

PICHON, Eric. **The external dimension of the new pact on migration and asylum: A focus on prevention and readmission.** PE 690.535. European Parliamentary Research Service, 2021, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS_BRI\(2021\)690535_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690535/EPRS_BRI(2021)690535_EN.pdf), acesso 30 dez. 2023.

THYM, Daniel. European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operation Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum. **EU Immigration and Asylum Law and Policy.** 28 sep. 2020, disponível em: <https://eumigrationlawblog.eu/european-realpolitik-legislative-uncertainties-und-operational-pitfalls-of-the-new-pact-on-migration-and-asylum/>, acesso em 26 dez.2023.

O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS A PARTIR DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL^{1,2}

*Betieli da Rosa Sauzem Machado*³

*Ricardo Hermany*⁴

1 Notas introdutórias

A interação entre a Administração Pública e a sociedade sempre foi marcada pela complexidade, manifestando-se de diversas formas e níveis. Nas últimas décadas, as mudanças legais e estruturais nos contextos social e normativo dos países ocidentais têm introduzido novos desafios que demandam respostas para que sejam atendidas. Nesse contexto, a governança multinível emerge com uma perspectiva para compreender esses fenômenos, tanto em âmbitos governamentais quanto não governamentais, influenciando a atuação de agentes públicos e privados. Desse modo, o objetivo deste estudo é analisar o papel dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas dentro do contexto da governança multinível.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

3 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021-2025). Estância de doutoramento na Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), com bolsa PDSE/CAPES (11/2023-05/2024). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany, no Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3489-6741> E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.

4 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC, no Brasil. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>. E-mail: hermany@unisc.br.

O tema aborda o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no contexto da governança multinível, com foco na atuação desses órgãos por meio de auditorias operacionais ou inspeções especiais para detectar riscos e estabelecer boas práticas de gestão, a fim de propor diretrizes e identificar características de atuação. Desta forma, considerando a identidade institucional, dispositivos constitucionais, a história dos Tribunais de Contas e as relações entre Estado e sociedade, busca-se responder à seguinte questão: o papel dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas, no contexto da governança multinível, contribui para uma boa administração pública?

Para abordar esse questionamento, adota-se o método de abordagem dedutivo, começando com a análise dos pressupostos gerais dos procedimentos de governança multinível e, posteriormente, investigando a atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas. Quanto ao método de procedimento, opta-se pelo monográfico. Quanto às técnicas de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, por meio de documentação indireta como livros, periódicos, artigos, teses, dissertações, dentre outros meios.

Além disso, o estudo está dividido em três objetivos específicos: primeiramente, analisar-se-á brevemente a conceituação do controle da Administração. Em segundo lugar, investigar-se-á as principais características da governança multinível e suas perspectivas no Brasil. Por fim, verificar-se-á o controle dos Tribunais de Contas sobre as políticas públicas e a governança multinível para detectar riscos e estabelecer boas práticas de gestão que promovam o princípio fundamental da boa administração pública.

2 Aspectos conceituais do controle da administração pública

O exercício do poder político está frequentemente sujeito a uma tendência natural de abuso, uma realidade que todos os governos enfrentam. Contudo, aqueles governos que são restringidos por limites claros em sua atuação e que são obrigados a prestar contas de suas ações tendem a ser melhores governantes. Países onde os cidadãos mantêm uma postura exigente e vigilante sobre o poder frequentemente experimentam níveis mais altos de prosperidade, visto que não se pode confiar apenas na moralidade dos governantes, em vez disso, é essencial que sejam implementados robustos mecanismos de controle e sanção. Desse modo, controlar o poder é imperativo para assegurar que ele opere em prol do interesse público, em vez de priorizar seus próprios interesses, ou seja, neste

contexto ressalta-se a importância das instituições e dos mecanismos que estas possuem para exercer controle.⁵

Neste contexto, evidencia-se que o conceito de controle se destaca como um instrumento essencial para a melhoria e correção da gestão pública, assim o controle, quando analisado sob aspecto funcional, envolve a identificação e fixação de fatos específicos por meio de um processo de investigação criteriosa, seguido de uma avaliação que considera as perspectivas de legalidade, eficiência e economia das ações analisadas. Este procedimento tem como objetivo intrínseco prevenir ou corrigir as condutas indevidas dos gestores dos recursos públicos.^{6 7}

Desta forma, Fernandes⁸ salienta que o poder de controle encontra-se em um movimento pendular, em que de um lado há aqueles que buscam reduzir sua influência, sob o véu da desburocratização e flexibilização do rigor formal. De outro lado, existem aqueles que consideram o controle um instrumento necessário para correção das políticas públicas, a definição de limites e a adequada alocação de recursos, sejam públicos ou privados. Para os primeiros, o controle deveria ser confinado a fronteiras restritas, evitando a confusão entre o papel do controlador e o do administrador. Já para os segundos, mesmo os novos paradigmas de fluxo de capital, tanto público quanto privado, com impactos sobre as políticas públicas, deveriam ser submetidos à ação do controle. Assim, o controle deve equilibrar esses interesses opostos, garantindo a eficácia na gestão sem comprometer a liberdade administrativa necessária para a inovação e desenvolvimento.

Nesse sentido, observa-se que para que o controle possa efetivamente desempenhar sua função de limitar o poder, coibir o arbítrio, prevenir danos potenciais e servir como um meio eficaz de responsabilização pessoal dos gestores de recursos públicos, é essencial que os órgãos responsáveis por essa tarefa estejam adequadamente equipados com instrumentos e garantias que viabilizem o exercício do controle. Ademais, esses órgãos devem pautar suas ações por parâmetros de regularidade que conferem legitimidade e

5 MENDIETA, Manuel Villoria. El buen gobierno. In: TRANCOSO, Antonio. (dir). *Comentarios a la Ley 19/2013 de 19 diciembre de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. Thomson-Reuters, 2017, p. 122-158.

6 VEGA, Santiago Fuentes. El control y la evaluación del gasto público. In: VEGA, Santiago Fuentes (coord.). *El gasto público: ejecución y control*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999, p. 563-590.

7 GARCÍA, José Pascual. *Régimen jurídico del gasto público: Presupuesto, ejecución y control*, 4. ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, p. 770.

8 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

validade ao exercício das atividades de controle.⁹ Logo, somente assim, será possível assegurar que a Administração Pública opere dentro dos limites estabelecidos pela lei com transparência e responsabilidade.

Além disso, embora a função de controle de gestão pública não esteja prevista de forma expressa entre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos na Constituição de 1988, o artigo 5º, §2º, sugere que seu caráter é meramente exemplificativo, pois afirma que não são excluídos outros direitos e garantias decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição.¹⁰ Jacoby¹¹ sendo um dos autores que defende que o controle deveria ser reconhecido como direito fundamental, argumenta que este decorre na Constituição dos direitos fundamentais de petição aos poderes públicos, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, do direito de receber informações de interesse coletivo ou geral dos órgãos públicos informações, disposto no artigo 5º, inciso XXXIII, da ação popular, conforme artigo 5º, inciso LXXIII, e do direito de denúncia aos Tribunais de Contas, no artigo 74, §2º.

De tal maneira, diante da análise dos dispositivos constitucionais evidencia-se que a função de controle assume a natureza de um direito fundamental, uma vez que a prestação de contas é consequência inerente ao regime republicano. Essa ideia é reforçada pelo artigo 34, inciso VII, alínea “d” da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de intervenção federal para garantir a observância do princípio constitucional referente à prestação de contas por parte da Administração Pública, direta e indireta.¹²

Além disso, a Constituição estabelece uma relação entre eficiência, legalidade e boa administração, especialmente no artigo 70, *caput*, que aborda o controle orçamentário, contábil e financeiro da Administração Pública. Este dispositivo não se limita apenas ao controle de legalidade, mas também destaca a importância da fiscalização da legitimidade e economicidade, aspectos que estão intrinsecamente vinculados à eficiência, visando, assim, assegurar uma boa Administração Pública. Portanto,

9 VIANA, Ismar. *Fundamentos do processo de controle externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

10 SILVA, André Garcia Xerez. *Tribunais de contas e inelegibilidade: limites da jurisdição eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 34.

11 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

12 SILVA, André Garcia Xerez. *Tribunais de contas e inelegibilidade: limites da jurisdição eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 34.

evidencia-se que a prática da boa administração impõe aos gestores públicos a obrigação de uma prestação de contas constante – *accountability* – de seus projetos e ações perante os cidadãos.

Nessa perspectiva, os controles da Administração Pública podem ser analisados sob três perspectivas: controle interno, controle externo e controle social. Desse modo, observa-se que o controle interno é definido como aquele que é exercido por órgãos situados dentro da própria estrutura do poder controlado, tendo sido criado especificamente para desempenhar essa função. Dessa maneira, o controle interno possui duas atribuições importantes: a) criar as condições necessárias para a eficácia do controle externo; e b) atuar como órgão de assessoramento à autoridade administrativa, garantindo a regularidade na gestão das receitas e despesas.¹³ Essas atribuições estão respaldadas pelo artigo 74 da Constituição, que delinea as responsabilidades e a importância do controle interno para a Administração.

Em contraste com o controle interno, o controle externo no Brasil é geralmente identificado com a supervisão exercida pelo Legislativo, por meio da atuação do Tribunal de Contas. Este tipo de controle foi ampliado significativamente pela Constituição de 1988, reforçando seu papel na fiscalização e na garantia de transparência das ações governamentais.¹⁴ É importante observar, entretanto, que o controle externo não se limita ao Legislativo, visto que considera-se o externo todo e qualquer controle exercido por um órgão que não integre a mesma organização à qual pertence o órgão controlado.¹⁵

Em outra perspectiva, está a fiscalização que emerge de fora para dentro do Estado, ou seja, este tipo de fiscalização é realizado por particulares e instituições da sociedade civil, sendo denominado de controle social. Logo, esse controle representa uma forma concreta pela qual a população pode exigir explicações daqueles que têm a responsabilidade de zelar pelos interesses coletivos e pelo bem comum.¹⁶ No entanto, é importante destacar que o controle social só pode ser exercido de maneira

13 AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *Administração pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

14 CABRAL, Dafne Reichel. *Os Tribunais de Contas e o direito à boa administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 104-105.

15 BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

16 BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

eficaz quando há transparência na Administração Pública. Assim, a falta de divulgação de dados governamentais ou a disseminação de informações falsas ou manipuladas, formam um obstáculo para efetividade desse controle.¹⁷ Portanto, verifica-se que a transparência, portanto, é um requisito indispensável para que o controle social possa desempenhar seu papel na promoção da responsabilidade pública e na garantia de uma administração verdadeiramente comprometida com o interesse público

3 As características da governança multinível e suas perspectivas no Brasil

É importante registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu o modelo Estado Federal, implementando um sistema de federalismo cooperativo entre os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Esse modelo visa assegurar a autonomia política, organizacional, administrativa e financeira de cada ente federativo, além de definir competências privativas, comuns e concorrentes. Para compreender plenamente um país que adota esse sistema, é necessário analisar a coordenação federativa, que se encontra diretamente relacionada a aspectos de governança e à capacidade dos diferentes níveis de governo de trabalharem em cooperação e colaboração.

O conceito de governança está intrinsecamente associado à adoção de formas de governo mais abertas e participativas, com foco na promoção de relações de cooperação entre o Estado e os atores econômicos e cívicos, isso inclui o gerenciamento das relações de poder entre esses atores, determinando como, quando e de que forma a partilha de responsabilidades, a negociação entre as partes e a tomada de decisões serão concretizadas.¹⁸ Assim, observa-se que a governança não se resume ao controle dos atores dentro do setor público, nem se limita a estabelecer condições para que os negócios operem com mínima interferência. Portanto, a governança envolve a criação de capacidade para que o governo implemente políticas públicas de maneira eficaz ao público e utilize seus Poderes para melhorar as condições de vida dos cidadãos.¹⁹ Trata-se de um processo abrangente

17 CABRAL, Dafne Reichel. *Os Tribunais de Contas e o direito à boa administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 107.

18 COMISSÃO EUROPEIA (CE). *Governança Europeia: um livro branco*. Bruxelas, COM, 2001, p. 11.

19 PIERRE, Jon; PETERS, B. *Governance and comparative politics*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2016, p. 44.

que busca integrar diferentes segmentos da sociedade na formulação e execução de políticas que atendam às necessidades coletivas.

A coordenação federativa no modelo de organização territorial adotado pelo Brasil é uma questão central desde a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que estabeleceu formas regionais de organização territorial sem criar mecanismos de governança adequados. Assim, a teoria da *Multi-Level Governance* – governança multinível – converge com esses pressupostos e pode ser adotada como uma ferramenta para propor questões voltadas à implementação da coordenação e cooperação entre as esferas de governo.

As pesquisas iniciais e a conceituação da governança multinível surgiram a partir de estudos realizados por Gary Marks, especialmente no intitulado de *Structural policy in the European Community* (Política Estrutural na Comunidade Europeia). Esses estudos ganharam destaque no cenário internacional, concentrando-se principalmente em análise sobre federalismo e subsidiariedade. A pesquisa concentrou-se no estudo de um sistema caracterizado por negociações contínuas entre governos, compostos por diversos níveis de governo, com foco na política interna, especialmente na abordagem das redes de políticas. Isso permitiu delinear como, dentro da governança multinível, os governos supranacionais, nacionais, regionais e locais se envolvem em redes políticas que transcendem as fronteiras territoriais, desafiando a capacidade de controle do estado central.^{20 21 22}

A abordagem da governança multinível incorpora, de forma endógena, aspectos relacionados à cooperação intergovernamental, diferenciando-se dos aspectos competitivos e conflituosos²³. Dessa forma, a governança multinível pode promover diferentes formas de intersetorialidade e cooperação entre as diferentes esferas federativas, sendo essencial para que as Cortes de Contas realizem uma avaliação e um controle holístico das ações governamentais por meio de políticas públicas. Além disso, as conexões entre a União, estados-membros e municípios

20 HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n. 3., 2002.

21 HRYNIEWIECKA, Karolina Boroska. Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 45. p. 177-207, 2011, p. 182.

22 PIATTONI, Simona. Multi-level governance in the EU: does it work? *Globalization And Politics: A Conference In Honor Of Suzanne Berger*, MIT. Cambridge: Massachusetts, 2009.

23 HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, may. 2003.

são essenciais para a eficiência e eficácia das políticas públicas e para a promoção da boa administração pública.

3 O controle dos Tribunais de Contas sobre as políticas públicas e a governança multinível para detectar riscos e estabelecer boas práticas de gestão

Quanto à atividade de controle exercida pelos Tribunais de Contas, essa se refere à modalidade de controle externo da Administração Pública, conforme previsto no artigo 70 e seguintes, da Constituição Federal de 1988. Esses dispositivos estipulam que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Pública, diretas ou indiretas, deve obedecer aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. Esse controle é exercido pelo Congresso Nacional, por meio do controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada um dos poderes. O artigo 71 prevê que o controle externo da Administração Pública será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, e suas atribuições estão listadas nos incisos I ao XI.

Neste sentido, é fundamental que os Tribunais de Contas adotem uma nova estratégia que possa contribuir para formação de governos cada vez mais abertos, íntegros e responsivos, eis que isso garantirá maior efetividade e coerência nas políticas públicas. Desse modo, tal abordagem está alinhada com a conjuntura atual de países democráticos que exigem do Poder Público ações contra a fraude, independentemente da instituição de onde ela se origina, sem se deter a nuances.²⁴ Nogueira e Gaetani²⁵ destacam que, no Brasil, as iniciativas do Tribunal de Contas da União (TCU), ao sugerirem o fortalecimento do centro do governo e a melhoria da qualidade da governança na condução dos negócios estatais, abriram caminho para uma nova percepção sobre as necessidades de modernização da Administração Pública federal. Ademais, os autores ressaltam que o diálogo do governo com o TCU é uma realidade permanente, inescapável e desejável no âmbito da Administração federal, especialmente no que tange ao centro do governo.

24 TANURE, Fabricio. *Tribunais de contas e o bom governo: a experiência internacional e a realidade brasileira na prevenção à corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 57.

25 NOGUEIRA, Ronaldo Alves; GAETANI, Francisco. A questão do controle no debate de governança pública. *Boletim de Análise Político Institucional*, n. 19, dez. 2018, p. 91-100.

Nesta perspectiva, atuações fundamentadas nesses princípios permitem que esses órgãos sejam vistos como agentes facilitadores e indutores de políticas públicas. Essa conclusão pode ser corroborada pelo conceito de políticas públicas elaborado por Bucci²⁶, que, ao definir como políticas públicas como um conjunto de ações articuladas, reconhece a existência das fases de formulação, execução e controle dessas políticas. Além disso, políticas públicas podem ser definidas como um programa ou quadro de ação governamental, visto que consistem em um conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo objetivo é dar impulso, ou seja, movimentar a máquina do governo no sentido de alcançar algum objetivo de ordem pública ou, sob perspectiva dos juristas, concretizar um direito.

O controle das políticas públicas revela novas dimensões da atuação administrativa, que não se limitam apenas à conformidade legal dos atos dos agentes estatais, ou seja, esse controle abarca também a eficácia, a efetividade, a eficiência e os impactos gerais, buscando verificar se os resultados alcançados estão em conformidade com as finalidades legais estabelecidas. Nesse contexto, a atuação dos Tribunais de Contas nesse controle mostra-se plenamente justificável, uma vez que tanto os conceitos de política pública quanto as formas de avaliação são abertas, o que implica em diversas maneiras de controlá-las.²⁷ Portanto, esse entendimento ressalta o papel dos Tribunais de Contas como atores que, ao induzirem a articulação das fases das políticas públicas, promovem uma Administração mais eficaz e transparente.

No Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas é recomendado o uso de técnicas para definição de diagnósticos no campo das políticas públicas. Isso inclui a análise de *stakeholder*, que objetiva identificar os principais grupos de interesse relacionados ao objeto da auditoria, avaliando também a existência de conflitos de interesse e como eles podem afetar os riscos e a viabilidade das políticas públicas.²⁸

Nesse sentido, evidencia-se que as auditorias operacionais emergem como instrumentos mais adequados para o controle e avaliação de políticas

26 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Rio de Janeiro, 2006, p. 21-42.

27 VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito - Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (Dissertação de Mestrado), Porto Alegre, 2018.

28 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

públicas, visto que o artigo 71, inciso IV, da Constituição, confere competência para a realização dessa modalidade de auditoria. As auditorias operacionais têm o potencial para induzir e impulsionar melhorias nas ações dos governos em todos os níveis, contribuindo diretamente para a promoção da boa administração pública. No caso das políticas públicas, em diversos níveis de governo, o sistema dessas políticas viabiliza que os Tribunais de Contas abordem questões e procedimentos de análise relacionados à governança multinível. Observa-se ainda que a estrutura e as condições em que opera o sistema de governança multinível, o desenho, as entregas e os resultados das políticas públicas.²⁹

Destaca-se que a análise da governança multinível pode ser realizada em diferentes momentos durante uma inspeção. Primeiramente, na fase de seleção, ocorre o processo de escolha das áreas temáticas e objetos a serem avaliados, propondo e compreendendo os aspectos de governança multinível da política analisada. Em seguida, na fase de planejamento, procede-se à determinação do escopo da fiscalização, definindo os problemas, questões, critérios e métodos de investigação, contemplando os aspectos mais críticos da governança multinível de objetos selecionados. Por fim, na fase de execução, realiza-se um processo de coleta e análise de dados, com o objetivo de evidenciar fragilidades e aprimorar as oportunidades de governança multinível dos objetos fiscalizados.³⁰

Por conseguinte, além de planejar as ações relacionadas ao desenvolvimento de iniciativas, é necessário identificar os agentes responsáveis pela implementação dessas ações, definir a abordagem dos métodos disciplinares em seus regimentos e avaliar os possíveis impactos, sejam eles preventivos, concomitantes ou posteriores. Desta forma, observa-se que as diversas maneiras de atuação dos Tribunais de Contas destacam sua identidade institucional, expressando suas funções constitucionais de modo que, no contexto da governança multinível, as possibilidades são ampliadas. Logo, isso permite a obtenção de resultados mais efetivos, contribuindo para o fortalecimento de uma boa administração pública. A atuação estratégica dos Tribunais de Contas, ao assegurar a conformidade e a eficiência das políticas públicas, é essencial para aprimorar a governança e fomentar a confiança da sociedade nas instituições governamentais.

29 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

30 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

4 Notas conclusivas

O presente estudo analisou o papel dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas, especialmente no contexto da governança multinível, buscando entender como essa atuação contribui para uma Administração Pública mais eficiente e transparente. Inicialmente, a pesquisa abordou os aspectos conceituais do controle da Administração, destacando a importância de mecanismos de fiscalização que assegurem a prestação de contas e a boa governança. A análise registrou que o controle interno, externo e social são instrumentos essenciais para limitar o poder e prevenir abusos, fortalecendo assim a confiança da sociedade nas instituições governamentais.

Na sequência, a investigação voltou-se para a governança multinível e suas perspectivas no Brasil, evidenciando como esse modelo de governança se relaciona com o federalismo cooperativo previsto pela Constituição de 1988. A governança multinível, ao promover uma interação mais integrada entre as diversas esferas de governo, foi identificada como uma ferramenta essencial para a implementação de políticas públicas eficazes. A pesquisa ressaltou a relevância da coordenação federativa para superar desafios inerentes ao sistema federalista brasileiro, onde a colaboração entre União, estados e municípios é imperativa para uma gestão pública eficiente.

Por fim, o estudo examinou o controle exercido pelos Tribunais de Contas sobre as políticas públicas, enfatizando o papel estratégico dessas instituições na detecção de riscos e na promoção de boas práticas de gestão. Assim, por meio de auditorias operacionais e inspeções especiais, os Tribunais de Contas têm se consolidado como agentes indutores de políticas públicas mais transparentes e coerentes, alinhando-se à demanda contemporânea por governos mais abertos e íntegros. Esse aspecto reforça a ideia de que a atuação dos Tribunais de Contas transcende a mera fiscalização de legalidade, abrangendo a análise de eficiência, eficácia e impacto das políticas públicas implementadas.

Portanto, à luz dos objetivos específicos delineados, conclui-se que os Tribunais de Contas desempenham um papel fundamental na promoção de uma Administração de qualidade, especialmente no âmbito da governança multinível. Ao garantir a conformidade e a eficiência das políticas públicas, esses órgãos não apenas fortalecem o princípio da boa administração, mas também fomentam a confiança pública nas instituições estatais. Assim, a pesquisa reitera a necessidade de uma estratégia de controle que se adapte às complexidades das realidades locais e ao dinamismo das

políticas públicas, promovendo uma gestão pública que verdadeiramente atenda aos interesses coletivos e aos princípios republicanos.

Dessa maneira, pela via da descentralização dos sistemas de controle de políticas públicas, conclui-se que é possível adaptar-se às realidades locais, à agenda e ao ciclo das políticas públicas como um todo, desde a fase do planejamento até a sua execução. Portanto, o sistema da governança multinível oferece condições para a obtenção de melhores resultados, promovendo uma maior eficiência das políticas públicas em análise. Portanto, observa-se que as diversas formas de atuação dos Tribunais de Contas refletem sua identidade institucional, expressando suas funções constitucionais de maneira que, no âmbito da governança multinível, as possibilidades são ampliadas, permitindo a obtenção de resultados aprimorados e fortalecendo a boa administração pública.

Referências

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *Administração pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Rio de Janeiro, 2006.

CABRAL, Dafne Reichel. *Os Tribunais de Contas e o direito à boa administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

COMISSÃO EUROPEIA (CE). *Governança Europeia: um livro branco*. Bruxelas, COM, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCÍA, José Pascual. *Régimen jurídico del gasto público: Presupuesto, ejecución y control*, 4. ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n. 3., 2002.

- HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, may. 2003.
- HRYNIEWIECKA, Karolina Boroska. Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 45. p. 177-207, 2011.
- MENDIETA, Manuel Villoria. El buen gobierno. In: TRANCOSO, Antonio. (dir). *Comentarios a la Ley 19/2013 de 19 diciembre de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. Thomson-Reuters, 2017.
- NOGUEIRA, Ronaldo Alves; GAETANI, Francisco. A questão do controle no debate de governança pública. *Boletim de Análise Político Institucional*, n. 19, dez. 2018.
- PIATTONI, Simona. Multi-level governance in the EU: does it work? *Globalization And Politics: A Conference In Honor Of Suzanne Berger*, MIT. Cambridge: Massachusetts, 2009.
- PIERRE, Jon; PETERS, B. *Governance and comparative politics*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.
- SILVA, André Garcia Xerez. *Tribunais de contas e inelegibilidade: limites da jurisdição eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- TANURE, Fabricio. *Tribunais de contas e o bom governo: a experiência internacional e a realidade brasileira na prevenção à corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.
- VEGA, Santiago Fuentes. El control y la evaluación del gasto público. In: VEGA, Santiago Fuentes (coord.). *El gasto público: ejecución y control*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1999.
- VIANA, Ismar. *Fundamentos do processo de controle externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por tribunais de*

contas e govtechs. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito - Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (Dissertação de Mestrado), Porto Alegre, 2018.

A ARBITRAGEM ENQUANTO INSTRUMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA HETEROCOMPOSITIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES ENTRE CÔNJUGES OU COMPANHEIROS¹

Fabiana Marion Spengler²

Carolina Kolling Konzen³

1 Introdução

A utilização da arbitragem em diferentes áreas do Direito vem ganhando força nos últimos anos, sobretudo em virtude das atualizações legislativas ocorridas na Lei de Arbitragem no ano de 2015, por meio da Lei n.º 13.129/2015. Logo, a arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos em constante desenvolvimento e aperfeiçoamento no ordenamento jurídico brasileiro, além de reconhecidamente contribuir para o alcance de uma política pública de acesso à justiça, na medida em que se trata de um procedimento célere, desburocratizado, informal, sigiloso, cooperativo e flexível.

Em vista disso, a pesquisa objeto de análise da dissertação possui como tema central a (in)aplicabilidade da arbitragem enquanto instrumento da política pública heterocompositiva de resolução de conflitos advindos das relações familiares entre cônjuges ou companheiros.

1 O presente artigo é um extrato, com título idêntico, da dissertação em desenvolvimento no Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas e na Linha de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), sob a orientação da Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler.

2 Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato e stricto sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq. E-mail: fabiana@unisc.br.

3 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC), com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade II, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq. E-mail: carolinak1@mx2.unisc.br.

Assim sendo, será realizado um estudo sobre o que vem a ser a arbitragem, sob a perspectiva da Lei n.º 9.307/1996, com as inovações promovidas pela Lei n.º 13.129/2015, bem como dos direitos patrimoniais disponíveis transacionáveis pela via arbitral, mas direcionados às relações familiares entre cônjuges ou companheiros. Para isso, há que se estudar a arbitragem enquanto instrumento da política pública heterocompositiva de acesso à justiça e de resolução de conflitos, bem como expor a transformação do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro, além de, ao final, averiguar a aplicabilidade (ou a inaplicabilidade) da arbitragem nos conflitos oriundos das relações familiares entre cônjuges ou companheiros.

Para tanto, considerando a disponibilidade do procedimento arbitral, o problema a ser enfrentado na presente pesquisa consiste no seguinte questionamento: a arbitragem, enquanto política pública heterocompositiva de resolução de conflitos, pode ser aplicada diante de controvérsias disponíveis e indisponíveis advindas das relações familiares?

A temática desta pesquisa é relevante na medida em que a arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos em constante desenvolvimento e aperfeiçoamento no ordenamento jurídico brasileiro, além de reconhecidamente contribuir para o alcance de uma política pública de acesso à justiça. Isso porque a via arbitral se apresenta como alternativa aos problemas advindos da morosidade e da deficiência dos serviços jurisdicionais, eis que se trata de um procedimento célere, desburocratizado, informal, sigiloso, cooperativo e flexível. Neste contexto, nota-se que, por mais que o Direito de Família seja carregado de direitos indisponíveis, a arbitragem pode ser utilizada no âmbito das relações familiares, porém a sua aplicação está limitada aos direitos disponíveis. De outro lado, em que pese adstrita aos direitos disponíveis, a utilização do procedimento arbitral no âmbito dos conflitos familiares minimiza o sofrimento que as partes teriam com intermináveis disputas judiciais, produzindo decisões técnicas e resultados socialmente justos.

2 A arbitragem enquanto instrumento da política pública heterocompositiva de resolução de conflitos

As políticas públicas são respostas sugeridas pelo poder público a partir dos inúmeros problemas políticos. Logo, quando se está diante de um problema político que atinge a coletividade, cabe ao Estado promover

iniciativas que atendam as demandas da sociedade.⁴ Assim sendo, incumbe ao Poder Público elencar o que se tem por mais relevante ou urgente na sociedade, e, a partir disso, impor as medidas definidas a seus destinatários, como forma de propiciar o bem-viver. Portanto, por meio de uma iniciativa e de uma determinação do Estado, a política pública será capaz de iniciar e de lograr bons resultados.⁵

Deste modo, não há como se pensar em políticas públicas desvinculadas da concepção de acesso à justiça. Assim, estudar acesso à justiça também envolve o estudo das tradicionais limitações impostas ao ingresso na justiça, as quais, conseqüentemente, privam as pessoas de obter a tutela jurisdicional. De outro lado, as políticas públicas criadas para efetivar o acesso à prestação jurisdicional servem justamente para eliminar e para vencer as tradicionais limitações que obstruem o acionamento do Poder Judiciário.⁶ Daí a importância de estudar os métodos autocompositivos e heterocompositivos de solução de conflitos enquanto mecanismos essenciais de acesso à justiça.

Sob esta perspectiva de políticas públicas de acesso à justiça, é necessário compreender o que são os modelos autocompositivos e heterocompositivos de solução de controvérsias. Na heterocomposição, verificada na arbitragem e na jurisdição propriamente dita, sempre haverá vencedores e vencidos, isto é, ganhadores e perdedores, porquanto é imposta uma decisão de cumprimento obrigatório e que vincula as partes envolvidas no conflito. Por outro lado, na autocomposição, observada na mediação e na conciliação, buscam-se soluções vencedoras para ambas as partes, de modo que ambas – consensualmente e sem a imposição de uma decisão por um terceiro – chegam a uma solução para o problema.⁷

O foco da presente pesquisa, por sua vez, é a arbitragem, entendida como um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos. Neste

4 SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 06 jul. 2024.

5 STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/3083>. Acesso em: 17 jul. 2024.

6 SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Belém, v. 5, n. 2, p. 01-16, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/5772>. Acesso em: 27 jun. 2024.

7 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. *E-book*.

sentido, o procedimento arbitral “trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.⁸ Portanto, a partir da arbitragem, uma ou mais pessoas, reconhecidas como árbitros, recebem os seus poderes mediante uma convenção privada e decidem observando-a, porém sem que haja a intervenção do Estado-Juiz. Além disso, os árbitros irão impor uma decisão final, a qual possui a mesma eficácia de uma sentença judicial, esclarecendo-se, por outro lado, que a via arbitral é colocada à disposição para qualquer pessoa, mas que tenha como objeto a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais dos quais possam dispor os litigantes.⁹

Com efeito, a arbitragem se trata de um instrumento para tratar litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sem a intervenção e o envolvimento do Poder Judiciário. Sob esta perspectiva de ser um procedimento fora do âmbito estatal, a arbitragem diminui a demora na resolução dos conflitos, o custo exacerbado de honorários advocatícios, além de proporcionar que aquele litígio não cresça diante da burocratização ao ajuizar uma ação perante o órgão jurisdicional.¹⁰

Outrossim, a arbitragem está regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual, em linhas gerais, apresenta disposições gerais sobre a via arbitral, bem como disciplina sobre a convenção de arbitragem, a escolha dos árbitros, o procedimento e a sentença arbitrais. O dispositivo legal que inaugura a Lei de Arbitragem refere que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹¹ À luz do que dispõe o artigo 1º, caput, da Lei nº 9.307/1996, verificam-se dois requisitos essenciais: arbitralidade objetiva e subjetiva.

8 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei 9.307/96. 3.ed. Atlas: São Paulo, 2009, p. 31.

9 *Ibid.*

10 KONZEN, Carolina Kolling; AGUIAR, Paula Meinhardt. Os novos paradigmas da arbitragem enquanto política pública de tratamento de conflitos a partir da lei nº 13.129/2015. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 19.; MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 15., 2023, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos**[...]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2023. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/23672>. Acesso em: 13 jul. 2024.

11 BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

Quanto ao aspecto da arbitrabilidade subjetiva, há que se pensar na capacidade das partes para se valer do instituto arbitral, ou seja, quem pode ser parte. Todavia, o tema gera controvérsias na doutrina. Isso porque, alguns doutrinadores entendem que somente poderá se submeter à arbitragem quem possui capacidade civil plena, nos termos do Direito Civil, razão pela qual as pessoas incapazes não poderiam firmar a convenção arbitral. De outro lado, há quem interprete de maneira ampla o artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, no sentido de que os incapazes também poderiam se submeter à arbitragem, desde que regularmente assistidos ou representados.¹²

Por outro lado, para estudar a (in)aplicabilidade da arbitragem nos conflitos oriundos da relação familiares entre cônjuges ou companheiros, é essencial entender o que vem a ser a arbitrabilidade objetiva. Sob este aspecto, para ser possível valer-se da via arbitral, o conflito em discussão deverá ser relativo a direito patrimonial disponível. Logo, de acordo com a doutrina majoritária, estão excluídos da arbitragem os direitos não patrimoniais e os direitos indisponíveis.¹³

Assim sendo, os direitos de cunho patrimonial, envolvendo contratos ou atos ilícitos, isto é, relações jurídicas de direito obrigacional, podem valer-se da arbitragem como mecanismo de solução do conflito. Em contrapartida, os direitos não patrimoniais ou indisponíveis, ligados aos direitos de personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, não podem utilizar a arbitragem como meio adequado.¹⁴

No que se refere à arbitrabilidade objetiva, isto é, que o objeto do litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível, Cahali (2022) esclarece que:

Direitos não patrimoniais, pois, de plano são excluídos do juízo arbitral. E assim, os direitos da personalidade (direito à vida, a honra, a imagem, ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas), ficam excluídos da arbitragem. Mas eventuais impactos patrimoniais destes direitos, como também do

12 NALIM, Paulo; PUGLIESE, William Soares. A trajetória da constitucionalização da arbitragem no Brasil à luz da Constituição da República de 1988. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistareconto.com.br/index.php/reconto/article/view/11>. Acesso em: 19 jul. 2024.

13 *Ibid.*

14 SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

direito penal, conforme o caso, são arbitráveis (por exemplo, apuração do dano ex delicto, e partilha de bens na separação ou no divórcio [...]).¹⁵

Por conseguinte, além de patrimoniais, exige-se que os direitos também sejam disponíveis. Neste aspecto, a disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder os direitos, de forma gratuita ou onerosa, sem qualquer restrição. Logo, para que tais direitos sejam submetidos à arbitragem, as partes deverão ter o poder de autorregulamentação, podendo livremente dispor sobre eles. Trata-se, portanto, de direitos individuais, passíveis de negociação, podendo ser livremente exercidos pelas partes.¹⁶

Dito isso, enquanto método heterocompositivo de resolução de conflitos em constante desenvolvimento e aperfeiçoamento no ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem é vista como uma alternativa aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, especialmente devido à morosidade e à ineficiência das prestações jurisdicionais. Após as considerações iniciais, será realizada uma análise das transformações ocorridas no Direito de Família, com ênfase nos direitos disponíveis e indisponíveis nas relações familiares. O objetivo é, ao final, verificar se a arbitragem é, de fato, aplicada aos conflitos familiares entre cônjuges ou companheiros.

3 A transformação do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família deixou de ser uma instituição apenas encarregada de assegurar a prole legítima e a transmissão do patrimônio, dando espaço a núcleos familiares carregados de afetos, de sentimentos e de solidariedade. De fato, não há que se olvidar que as famílias foram reestruturadas, prezando-se pela igualdade entre os cônjuges, pela não discriminação quanto aos filhos, pelas novas maneiras de constituir e de ser família e pela valorização do afeto nas relações familiares.¹⁷

15 CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** mediação, conciliação e tribunal multiportas. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.

16 *Ibid.*

17 SPENGLER, Fabiana Marion. Novos meios de “ser família” no Brasil e a mediação familiar. **(Re) Pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 1, n. 1, p. 159-184, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://silo.tips/download/os-novos-meios-de-ser-familia-no-brasil-e-a-mediaao-familiar-1>. Acesso em: 28 jun. 2024.

Dessa forma, com o advento da atual Carta Política, iniciou-se a desconstituição da lógica de uma família patriarcal, centralizada na figura paterna e patrimonial, passando a regulamentar, proteger e reconhecer novos modelos de entidades familiares. Sendo assim, pode-se pensar em uma família matrimonial, informal, monoparental, anaparental, reconstituída, paralela, poliafetiva, natural, extensa ou ampliada, substituta, eudemonista e homoafetiva.¹⁸

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a família era qualificada como legítima, havendo significativas diferenças entre homens e mulheres, aliada a uma categorização de filhos. Além disso, o vínculo matrimonial, uma vez constituído, era indissolúvel, banindo-se o concubinato. De outro lado, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, passaram a ser reconhecidas outras formas de constituição familiar, prezando-se pela igualdade absoluta entre homens e mulheres, associada à paridade de tratamento e de direitos entre filhos de qualquer origem. Do mesmo modo, uma vez constituído, o casamento pode sim ser dissolvido, se for da vontade das partes. Inclusive, houve o reconhecimento das uniões estáveis. De fato, hoje temos uma nova concepção de Direito de Família.¹⁹

É amplamente reconhecido que as relações familiares estão em contínua transformação, um fenômeno que se intensificou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Este marco legal não apenas passou a proteger, mas também a reconhecer e a regulamentar diversas configurações familiares. Diante dessa significativa evolução na compreensão do Direito de Família, especialmente com o surgimento de novos arranjos familiares, o Poder Judiciário precisou adaptar-se a essas mudanças. Nesse contexto, outras formas de solução de conflitos, complementares à jurisdição estatal, têm ganhado destaque, oferecendo respostas mais adequadas e sensíveis às complexas dinâmicas familiares contemporâneas.

Neste contexto, quando há um conflito, os litigantes esperam e buscam por um terceiro capaz de solucioná-lo. Este terceiro, na maioria das vezes, é o próprio Poder Judiciário, a fim de que ele decida quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor do litígio.²⁰ Todavia, muitas vezes, as decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais são engessadas,

18 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

19 TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

20 SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*

morosas, burocráticas e ineficientes, daí a necessidade de se pensar em mecanismos adequados de solução de controvérsias.

De fato, não há dúvidas de que métodos adequados de tratamento de conflitos devem ser pensados, tais como a mediação, a conciliação e arbitragem, justamente porque esses mecanismos possuem uma nova ideia de jurisdição, mais democrática.²¹ Neste contexto, sobretudo no âmbito dos litígios familiares, devem ser pensadas nestas complementaridades à jurisdição estatal, diante das singularidades dos arranjos familiares. Ora, as peculiaridades dos conflitos familistas exigem que os operadores do Direito sejam preparados para tal, a partir de uma formação diferenciada.

Principalmente, quando estar-se-á diante do rompimento do vínculo conjugal, as pessoas se sentem desamparadas e buscam um culpado, o que, conseqüentemente, torna o litígio familiar ainda mais complexo e delicado. Assim, quando os litigantes procuram o Poder Judiciário, na maioria das vezes estão fragilizados, magoados e permeados de incertezas e de medos. Isso porque, as separações afetivas acarretam perdas emocionais e lutos diante do fim do sonho de viver uma vida a dois.²²

Com efeito, questiona-se quais seriam as melhores técnicas para resolver problemas de natureza familiar, tendo em vista que, conforme já mencionado, as causas de família requerem certa sensibilidade jurídica e conhecimentos específicos, contando com outras alternativas, fora do âmbito do Poder Judiciário, a fim de que aquele conflito seja solucionado de maneira mais eficaz e efetiva. Logo, é essencial que se permita que um terceiro imparcial participe da construção da solução daquela controvérsia. Por essa razão, o Direito de Família não pode ser analisado de modo isolado, porquanto os conflitos familistas demandam uma atuação conjunta de diversos profissionais, não se limitando àqueles da área jurídica.²³

Logo, há uma forte tendência contemporânea em desjudicializar os conflitos familistas, os quais podem ser resolvidos por terceiros estranhos ao Poder Judiciário. Por outro lado, nem todos os conflitos familiares podem ser solucionados por mecanismos adequados de solução de controvérsias.

21 SPENGLER, Fabiana Marion. **Fraternidade, mediação e jurisdição:** (des)encontros. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. *E-book*.

22 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

23 DUTRA, Maristela Aparecida. **Arbitragem para solução de conflitos no direito de família.** 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21161>. Acesso em: 18 jul. 2024.

Neste contexto, é necessário pensar nas relações familiares a partir de conflitos relativos a direitos disponíveis e indisponíveis.

No âmbito do Direito de Família, os direitos indisponíveis são aqueles relativos à filiação, à guarda e à visitação dos filhos; à obrigação de prestar alimentos à prole; ao poder familiar; ao divórcio, ao reconhecimento e dissolução da união estável e à anulação do casamento. Tratam-se de direitos indisponíveis porque não podem ser livremente negociados ou renunciados, sempre voltando-se ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente e da família. De outro lado, no contexto das relações familiares, também existem situações em que estão presentes os direitos disponíveis, os quais podem ser transacionados pelas partes. São exemplos de direitos disponíveis as questões referentes à partilha de bens do casal, à definição do montante de alimentos entre cônjuges ou companheiros e outras disposições patrimoniais.

Dito isso, dada a complexidade das relações e dos conflitos familiares, aliado à crescente tendência de desjudicialização do Direito de Família, é essencial explorar outras formas de resolução desses conflitos, desvinculadas do Poder Judiciário. Portanto, na sequência será examinada a aplicabilidade do procedimento arbitral nas controvérsias originadas das relações familiares entre cônjuges ou companheiros, considerando os direitos disponíveis e indisponíveis.

4 A (in)aplicabilidade da arbitragem nos conflitos oriundos das relações familiares entre cônjuges ou companheiros

Neste cenário, há que se entender se, de fato, a arbitragem poderá ser utilizada no âmbito de conflitos emergidos das relações familiares entre cônjuges e companheiros. Desse modo, diante da interdisciplinaridade das questões de família, a arbitragem pode sim ser verificada como um meio adequado para dirimir litígios familiares, eis que conta com a atuação de um terceiro. É recomendável, inclusive, que o árbitro tenha conhecimento técnico e específico sobre a matéria que ensejou o conflito. Contudo, quando o assunto é relações familiares entre cônjuges e companheiros, o procedimento arbitral está limitado àquelas controvérsias que envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

Dessarte, os conflitos familiares, normalmente, geram efeitos tanto na esfera pessoal quanto na esfera patrimonial, dada a complexidade e a multidimensionalidade de tais litígios. Assim sendo, verificando-se uma

controvérsia oriunda das relações familistas e, sobretudo, que envolva questões patrimoniais, é possível valer-se da arbitragem, desde que aquele direito possa ser renunciando e/ou cedido pelo seu titular. Toma-se como exemplo o montante de alimentos entre os cônjuges, o qual, sem dúvidas, é transacionável, sendo possível submetê-lo a apreciação da jurisdição arbitral.²⁴

Em contrapartida, também é importante esclarecer que o direito em si pode ser indisponível, porém o seu efeito poderá ser disponível. Veja-se como exemplo os alimentos. O direito de alimentos propriamente dito é indisponível, tendo em vista ser irrenunciável. O montante e a forma como os alimentos serão prestados, por sua vez, admitem transação, razão pela qual é possível utilizar a via arbitral para discutir os efeitos disponíveis gerados pela obrigação alimentar. Mais uma vez comprovando-se que a arbitragem é sim possível no Direito de Família.²⁵

Logo, a obrigação alimentar não pode ser objeto de transação, isto é, de um contrato pelo qual as partes renunciam o direito a alimentos, por exemplo. Com efeito, a natureza alimentar é *sui generis*, baseada na própria dignidade da pessoa humana. E é justamente isso que o Código Civil de 2002 apresenta, em seus artigos 840 a 850, no sentido de que apenas os direitos patrimoniais de natureza privada admitem a transação.²⁶ Assim sendo, a obrigação alimentar não pode ser objeto de arbitragem, dada a não possibilidade de transação e/ou de renúncia. Por outro lado, o quantum a ser fixado de alimentos, desde que pactuado entre indivíduos capazes, pode submeter-se à jurisdição arbitral.

Outra situação familiar em que é possível verificar a viabilidade do instituto arbitral é a partilha de bens decorrentes do divórcio ou da dissolução da união estável. Assim sendo, havendo conflitos quanto à partilha de bens, os cônjuges ou companheiros poderão valer-se da arbitragem, por tratar-se de um direito patrimonial disponível. Optando-se pelo procedimento arbitral, ele se torna obrigatório às partes, impossibilitando-as de levar a solução daquela controvérsia ao Poder Judiciário.²⁷

24 GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no Direito de Família: uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 1, n. 14, p. 251-267, jun. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2720>. Acesso em: 13 jul. 2024.

25 NALIM, Paulo; PUGLIESE, William Soares. *Op. cit.*

26 TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*

27 CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*

Há que analisar, inclusive, que os artigos 851 e 852, ambos do Código Civil de 2002, relacionam-se ao instituto da arbitragem ao disciplinarem que é admitido o compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver conflitos entre pessoas capazes de contratar, vedando, por outro lado, o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras questões que não se relacionem a direito patrimonial.²⁸ Pode-se afirmar, portanto, que estes dispositivos legais complementam o artigo 1º da Lei de Arbitragem, no sentido de que poderão valer-se da jurisdição arbitral as pessoas capazes de contratar, desde que para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.²⁹

No que se refere especificamente às ações de família, o artigo 694 do Código de Processo Civil estipula que “[...] todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.³⁰ Embora tal dispositivo legal não trate a respeito da arbitragem, a lei processualista estabeleceu que a utilização de meios adequados para solução dos conflitos, sejam eles familiares ou não, manifesta-se amplamente desejável e recomendável, devendo tornar-se um hábito para os operadores do Direito.³¹

Dessa forma, respeitada a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, qualquer controvérsia poderá ser objeto de resolução via jurisdição arbitral. No âmbito do Direito de Família não é diferente, tendo em vista que a convenção de arbitragem poderá ser celebrada previamente, a partir da inclusão da cláusula compromissória em pacto antenupcial ou contrato de convivência no âmbito da união estável, ou, até mesmo, por meio de compromisso arbitral em ação judicial litigiosa, em pedido de homologação judicial de acordo ou em escritura pública de divórcio. Por outro lado, diante da limitação objetiva da arbitragem, a possibilidade de convencionar a jurisdição arbitral não engloba questões relativas à vida dos filhos – guarda e convivência –, nem mesmo a decretação do divórcio

28 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 jul. 2024.

29 BRASIL, 1996. *Op. cit.*

30 BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

31 DUTRA, Maristela Aparecida. *Op. cit.*

propriamente dito e eventual alteração de nome dos cônjuges – questões de estado.³²

Dessa forma, no âmbito das relações familiares, a jurisdição arbitral terá espaço quando da partilha de bens do casal, em eventual divórcio ou dissolução de união estável, e da fixação do quantum de alimentos entre cônjuges ou companheiros. Ademais, em que pese ainda pouco utilizada no âmbito do Direito de Família, a arbitragem é vista com uma alternativa efetiva à resolução dos conflitos familiares, pois é um procedimento célere, informal, flexível, desburocratizado, sigiloso, que possui julgadores com conhecimentos técnicos e específicos, bem como capazes de produzir resultados socialmente justos e desejáveis.

Inclusive, dada a complexidade e a fragilidade dos litígios familiares, o Poder Judiciário, na maioria das vezes, não é a maneira mais efetiva de solucioná-los, eis que um processo judicial poderá durar longos anos, razão pela qual raramente resgata os prejuízos emocionais desencadeados pelos conflitos familiares. Daí a importância de se valer da arbitragem.

5 Conclusão

Inicialmente, foi abordado o conceito de arbitragem, destacando suas principais características e a regulamentação vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se que a arbitragem é um mecanismo que proporciona a concretização da política pública de acesso à justiça, na medida em que oferece uma alternativa aos inúmeros problemas enfrentados pelos órgãos jurisdicionais, ligados à morosidade, à ineficiência, ao acúmulo processual e à burocracia.

Partindo-se ao foco principal da pesquisa, qual seja, a arbitragem familiar, na sequência constatou-se que, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a família deixou de ter uma função meramente patriarcal e patrimonial, passando a desenvolver-se diversas formas de constituição familiar, carregadas de afeto, de amor, de sentimentos e de solidariedade. Isto é, as famílias se reestruturaram, sendo regulamentadas, reconhecidas e respeitadas inúmeras formas de “ser” família.

32 COELHO, Fernanda Rosa.; ELEUTHÉRIO, Dáley Azevedo de Castro. Limites objetivos da arbitragem no direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 17, n. 2, p. 22-34, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/308>. Acesso em: 19 jul. 2024.

De outro lado, existem diversos conflitos que emergem das relações familiares, os quais requerem sensibilidade jurídica, eis que os envolvidos estão muito mais fragilizados e permeados de incertezas, de medos e de angústias. Por essa razão, nem sempre o Poder Judiciário dará a melhor solução para tais litígios, sendo necessário pensar em outros meios para resolver problemas de natureza familiar, complementares à jurisdição estatal. Daí a importância da mediação, da conciliação e da arbitragem, ligadas à atual tendência de desjudicialização dos conflitos familistas. Contudo, não são todos os litígios familiares que podem ser solucionados por mecanismos adequados.

Assim sendo, constatou-se que a possibilidade de utilização da jurisdição arbitral está condicionada aqueles conflitos disponíveis e transacionáveis – partilha dos bens do casal e fixação do montante de alimentos entre cônjuges ou companheiros –, de modo que a arbitragem não é utilizada para os litígios familiares indisponíveis e não patrimoniais, como é o caso da filiação, da guarda, dos alimentos aos filhos, do poder familiar, do divórcio, do reconhecimento e dissolução de união estável e da anulação de casamento.

Apesar da arbitragem ainda ser pouco utilizada no âmbito do Direito de Família, ela é vista como uma alternativa efetiva aos conflitos familiares, na medida em que se trata de um procedimento célere, informal, flexível, desburocratizado, sigiloso, que possui julgadores com conhecimentos técnicos e específicos, bem como capazes de produzir resultados socialmente justos e desejáveis. Dada a complexidade e a fragilidade dos litígios familiares, o Poder Judiciário, muitas vezes, não é a maneira mais efetiva de resolvê-los, porquanto um processo judicial poderá perdurar por anos, o que, conseqüentemente, raramente resgatará os prejuízos emocionais desencadeados pelos conflitos familiares. Daí a importância de se valer de mecanismos complementares à jurisdição estatal, como é o caso da arbitragem.

Referências

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código

Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação e tribunal multiportas. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à lei 9.307/96. 3.ed. Atlas: São Paulo, 2009.

COELHO, Fernanda Rosa.; ELEUTHÉRIO, Dálety Azevedo de Castro. Limites objetivos da arbitragem no direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 17, n. 2, p. 22-34, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/308>. Acesso em: 19 jul. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

DUTRA, Maristela Aparecida. **Arbitragem para solução de conflitos no direito de família**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21161>. Acesso em: 18 jul. 2024.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no Direito de Família: uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 1, n. 14, p. 251-267, jun. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2720>. Acesso em: 13 jul. 2024.

KONZEN, Carolina Kolling; AGUIAR, Paula Meinhardt. Os novos paradigmas da arbitragem enquanto política pública de tratamento de conflitos a partir da lei nº 13.129/2015. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 19.; MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 15., 2023, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos**[...]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2023. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/>

index.php/sidssp/article/view/23672. Acesso em: 13 jul. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

NALIM, Paulo; PUGLIESE, William Soares. A trajetória da constitucionalização da arbitragem no Brasil à luz da Constituição da República de 1988. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistareconto.com.br/index.php/reconto/article/view/11>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 06 jul. 2024.

SPENGLER, Fabiana Marion. Novos meios de “ser família” no Brasil e a mediação familiar. **(Re) Pensando Direito**, Santo Ângelo, v. 1, n. 1, p. 159-184, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://silo.tips/download/os-novos-meios-de-ser-familia-no-brasil-e-a-mediaao-familiar-1>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Belém, v. 5, n. 2, p. 01-16, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/5772>. Acesso em: 27 jun. 2024.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. *E-book*.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. *E-book*.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. *E-book*.

STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade

de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/3083>. Acesso em: 17 jul. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

Caroline Müller Bitencourt¹
Luisa Helena Nicknig Martins²

1 Introdução

A Inteligência Artificial (IA) está cada vez mais se inserindo em diversas esferas, é uma tecnologia que pode trazer diversos ganhos e, assim, a Administração Pública Brasileira começa a incorporar máquinas com Inteligência Artificial em seus setores, buscando ascensão e efetiva melhora na sua prestação de serviços.

Dentre as utilizações de IA dentro da Administração Pública Brasileira, estão as políticas públicas, temas indispensáveis para a sociedade e que a afetam em sua totalidade. Elas são realizadas através de ações do Estado, que visam solucionar obstáculos de uma parcela ou do conjunto de uma nação, assim ponderando o interesse público e concretizando diversos direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

Dentro do ciclo das políticas públicas, a avaliação desempenha um papel fundamental, atuando como um mecanismo de monitoramento e aprimoramento das ações governamentais. A avaliação permite analisar a eficácia, eficiência, efetividade e impacto das políticas implementadas, fornecendo dados e informações essenciais para tomadas de decisão informadas. Além disso, a avaliação ajuda a identificar lacunas, falhas e pontos fortes das políticas públicas, possibilitando ajustes e correções necessárias ao longo do tempo. Dessa forma, a incorporação sistemática da avaliação no ciclo das políticas públicas contribui para a melhoria

-
- 1 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Estágio Pós Doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em direito público. Professora adjunta do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Controle Social e administrativo de políticas públicas. E-mail: carolinemb@unisc.br.
 - 2 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista na modalidade PUIC Voluntário, orientada pela professora Caroline Müller Bitencourt. E-mail: luisahnmartins@gmail.com.

contínua dos programas governamentais, garantindo maior transparência, accountability e qualidade na prestação de serviços à sociedade.

Esse artigo pretende identificar a utilização de IA na avaliação de políticas públicas realizadas pelos Tribunais de Contas, além de compreender como essa nova tecnologia poderia fazer contribuições e quais são os aspectos a serem observados para sua efetiva implementação.

O estudo dividiu-se em três partes: Em um primeiro momento, entender as políticas públicas e o seu ciclo, e, ainda, analisar os instrumentos normativos do TCU, buscando compreender o que a Corte de Contas entende como avaliação de políticas públicas.

Em um segundo momento, analisou-se as diferenças e semelhanças das auditorias dos Tribunais quanto à efetiva avaliação de políticas públicas. Em terceira análise, realizou-se uma pesquisa perante os Tribunais de Contas brasileiros em busca da identificação dos usos de IA nas políticas públicas, mais especificamente na avaliação de políticas públicas, propondo reflexões acerca de seu uso.

2 Os instrumentos normativos do tribunal de contas da União acerca da avaliação de políticas públicas

As políticas públicas podem ser definidas como fenômenos multifacetados, que envolvem variadas tomadas de decisão e diversos agentes públicos, indivíduos e organizações. São instigadas por um contexto político-administrativo. (ALVES, 2004)

A autora Maria Paula Dallari Bucci (2006) define política pública como um arranjo complexo e ordenado de atos, um programa de ação governamental que resulta de processos juridicamente regulados, objetivando associar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, em vista de efetivar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados: “Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, 2006, p. 39)

Ainda, os autores RECK e BITENCOURT (2017) estabelecem política pública como um sistema de interação, capaz de se autorreferenciar e com isto adquirir estabilidade no tempo. Tal conceito de política pública entrelaça discursos políticos e jurídicos, possui elementos variáveis,

buscando objetivos mutáveis em conjunto com a necessidade social, mas que devem preservar a coerência com o resultado almejado.

De maneira complementar, o Tribunal de Contas da União (TCU) define políticas públicas como não só aquelas que estão em atos normativos, como os planos governamentais, mas também aquelas ações advindas de atores político/governamentais que não são regulamentadas por atos normativos, mas que orientem ações ou inações que intervêm em problemas públicos. (BRASIL, 2020a)

Desse modo, as políticas públicas devem ser implementadas e fiscalizadas com suporte nas prioridades constitucionais vinculantes para que apresentem benefícios líquidos:

“[...] não pode haver indiferença no tocante à qualidade jurídica “lato sensu” da motivação e dos propósitos das políticas aplicadas, especialmente se estas se revelarem, por ações ou omissões, causadoras de danos certos, especiais e anômalos.” (FREITAS, 2015, p. 203/204)

Para compreender o conceito de política pública, é indispensável conhecer o ciclo de políticas públicas: “[...] a boa governança em políticas públicas dependerá justamente da caracterização do ambiente de ação que envolve o ciclo de políticas públicas e do modo pelo qual, e em benefício de quem, esse ciclo é operacionalizado” (BRASIL, 2014, p. 32). Assim, o Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas do TCU (2014) define o ciclo de políticas públicas como um conjunto de três macro etapas: formulação, implementação e avaliação.³ Entretanto, diversas políticas públicas não seguem esse ciclo racional e esquematizado.

A avaliação de políticas públicas é uma função de extrema relevância e que pode, se não desempenhada acertadamente, impactar em resultados equivocados e na perda de confiança nos avaliadores, portanto, questiona-se quem deve avaliar, notando que é imprescindível o conhecimento técnico e a neutralidade: “A tendência nos EUA tem sido a de delegar a avaliação a organismos independentes do governo, tais como *think tanks*, universidades e, principalmente, o GAO (*US General Accounting Office*)⁴,”

3 Necessário destacar que o ciclo de políticas não é homogêneo, há divergências acerca do número e definição de suas fases. COELHO, LOLLI, BITENCOURT (2022) apontam o ciclo com cinco fases: percepção e definição de problemas; formação da agenda decisória; formulação de programas e projetos; implementação das políticas; monitoramento e avaliação das ações executadas. Ainda, SECCHI (2014) apresenta um ciclo de políticas públicas com sete fases: Identificação do problema; Formação de agenda; Formulação de alternativas; Tomada de decisão; Implementação; Avaliação; Extinção.

4 Escritório de contabilidade do governo (tradução nossa). GAO é a Entidade de Fiscalização Superior norte-americana.

ligado ao Congresso norte-americano.”(SOUZA, 2002, p. 26) No Brasil, a Corte de Contas tem papel importante nas políticas públicas, muito embora não haja um indicativo expresso de atuação do Tribunal no ciclo de políticas públicas na Constituição Federal, é evidente o seu papel nas políticas públicas, sendo a etapa da avaliação a sua contribuição mais explícita. (CABRAL, FONTES, 2023)

A avaliação de políticas públicas pode apresentar-se em diferentes momentos e tipos: Avaliação Ex Ante, Avaliação In Itinere e Avaliação Ex Post. A avaliação Ex Ante aprecia as demandas públicas, identificando os problemas sociais e o público potencial. (BRASIL, 2020a). Abarca o julgamento do desenho do projeto sob o ponto de vista da consistência lógica das soluções propostas, da suficiência das práticas e, também, em uma estimativa da eficiência e do impacto dessa política pública. (RUA, 2014)

A avaliação In Itinere ou de implementação, participa do aprimoramento da política pública, da otimização de custos e operações e da gestão de riscos. (BRASIL, 2020a) Tal tipo de avaliação realiza-se durante a fase de execução da política pública, com o intuito de proceder ajustes imediatos. (FERNANDES, 2020)

Já a Avaliação Ex Post afere os efeitos da política pública, trazendo transparência para esse processo, orienta a tomada de decisões, seja para continuar, otimizar ou extinguir aquela política pública, além disso, verifica os conceitos de sustentabilidade, de relevância, de impactos e de resultados. (BRASIL, 2020a) Pode ocorrer durante a execução de um programa, onde analisa-se se o programa deve continuar e se nesse caso deve suceder modificações, ou ao seu final, quando a tomada de decisão será embasada nos frutos alcançados. (RAMOS, SCHABBACH, 2012)

Na avaliação de controle externo, realizada pelo TCU, avalia-se o funcionamento das políticas públicas. Sua finalidade é asseverar os propósitos de economicidade, eficiência e efetividade da gestão pública, bem como a legalidade e a regularidade. (ALVES, 2004)

Portanto, a avaliação é uma ferramenta que atua na tomada de decisão, tendo dois objetivos principais: a prestação de contas e o aperfeiçoamento da ação estatal. Sob a perspectiva do fiscalizador, a função do controle externo da Administração Pública seria garantir a fidedignidade das avaliações realizadas pelos gestores e garantir que essas avaliações fundamentam e respaldam a tomada de decisão na esfera pública. (LIMA, 2005)

Ademais, há uma percepção de que os resultados das políticas públicas não são proporcionais, em questão da qualidade, quantidade e cobertura, o que demonstra que as políticas públicas não estão acolhendo os padrões subjetivos de efetividade que a sociedade espera da atuação estatal. Por isso, o TCU espera que em seis anos haja um aperfeiçoamento dos processos de formulação, implementação e avaliação de política pública, o que promoveria um aprimoramento na maturidade dessas políticas públicas. (BRASIL, 2023)

Desse modo, as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) protegem os direitos sociais ao zelar pela legalidade financeira e conduzir auditorias e avaliação à programas públicos, assim cooperando para apreciar os serviços públicos. (COSTA, 2015) A atribuição do Tribunal de Contas da União de promover avaliações às políticas públicas é um tema ainda pouco discutido e que muitas vezes se confunde com as auditorias realizadas pelo Tribunal. A definição e diferenciação desses conceitos será tratada no próximo capítulo.

3 Auditoria e avaliação de política pública pelos tribunais de contas brasileiros

As contribuições da Corte de Contas brasileira, seja em auditoria, seja em avaliação de políticas públicas, zelam pelos interesses sociais, promovendo uma adequada aplicação das verbas públicas e possibilitando uma superioridade na prestação de serviços públicos:

“Elas permitem identificar falhas na execução de programas e políticas públicas e dirigir recomendações às entidades envolvidas tendo em vista que, com os mesmos recursos financeiros públicos, se atinjam níveis superiores de qualidade dos serviços, designadamente em áreas como a saúde, a educação e a segurança social, entre outras.” (COSTA, 2015, p. 299)

Para entender as distinções de ambas temáticas, é necessário aprofundar-se em seus conceitos, sendo essencial apontar que algumas EFS realizam avaliação de políticas públicas sob o rótulo de auditoria operacional, já outras as rotulam como uma atividade específica. (SILVA, FREITAS, 2005) Conforme o TCU, a auditoria pode ser considerada um instrumento de fiscalização para verificar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão, analisando-se os aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, aferindo o desempenho dos órgãos e dos seus respectivos programas e projetos. (BRASIL, 2017)

Já a auditoria operacional, ou de desempenho, objeto desse estudo, seria o exame dos sistemas, programas, atividades e organizações do governo quanto à economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. (BRASIL, 2017) Objetiva melhorar o desempenho e a efetividade do controle, através da mobilização de atores sociais no acompanhamento e na avaliação dos objetivos, da implementação e dos resultados das políticas públicas. (BRASIL, 2020b)

Os resultados das auditorias operacionais são relatórios, que podem ter variações, mas que analisam o impacto da política ou do programa, indicando alterações para aperfeiçoar a gestão. (BRASIL, 2020b) Essas recomendações têm força quase que obrigatória, uma vez que os agentes públicos atuantes em tal política necessitam expor justificativas detalhadas, sob pena de responsabilidade ao tomarem decisões que não contribuem para o interesse público. Já as determinações das auditorias são de observância obrigatória pelos órgãos auditados, o que advém de exigência legal. (LIMA, DINIZ, 2018)

Por outro lado, a avaliação, como já visto, pondera a performance das políticas públicas e avalia sua utilidade. Sua intenção implícita é a de mudar a política pública, se isso for preciso, tal conexão entre avaliação e uma possível mudança pode ser considerada como um aprendizado dos atores políticos acerca dos problemas da política pública e as soluções para eles. (ALVES, 2004) Outrossim, essa atividade incorpora elementos de valor e julgamento, diferentemente do acompanhamento das ações governamentais. (SOUZA, 2002)

Desse modo, a avaliação pode ser embasada em resultados da auditoria operacional, mas tem a finalidade de estimar a relevância e a utilidade da política pública. A relevância seria a compatibilidade das intenções da política com as dificuldades sociais, econômicas e ambientes que tal política anseia enfrentar. A utilidade seria a métrica para averiguar se a política trouxe resultados para a sociedade, sejam eles diretos ou indiretos, confrontando esses resultados com as carências que a política propôs enfrentar. (BRASIL, 2020a) Outra distinção a ser notada é que a avaliação de política pública afere, além das particularidades da auditoria operacional, as intervenções de efetividade dos programas de governo. (LIMA, 2005)

Na esfera da administração pública, tanto as auditorias realizadas pelos Tribunais de Contas quanto a avaliação de políticas públicas desempenham papéis cruciais, embora distintos. A auditoria do Tribunal

de Contas tem como principal objetivo verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos, garantindo a conformidade com as normas e regulamentos vigentes. Esse processo visa assegurar a correta utilização dos recursos públicos, identificando possíveis irregularidades, desperdícios ou fraudes. Conduzida por profissionais especializados em auditoria contábil e financeira, a auditoria resulta em relatórios e pareceres que podem recomendar ações corretivas, sanções ou melhorias nos processos administrativos.

Por outro lado, a avaliação de políticas públicas concentra-se na análise dos resultados e impactos das políticas implementadas pelo governo. Esse processo vai além da conformidade legal e financeira, buscando compreender como as políticas estão sendo implementadas na prática e qual é o seu efeito na sociedade. Ao considerar aspectos como eficácia, eficiência, equidade e impacto social, a avaliação utiliza métodos qualitativos e quantitativos para fornecer uma análise abrangente do desempenho das políticas públicas. Além disso, a avaliação envolve a participação de diferentes *stakeholders*, como especialistas, gestores públicos e a população afetada pela política, garantindo uma perspectiva diversificada.

Assim, enquanto a auditoria do Tribunal de Contas se concentra na conformidade legal e financeira dos atos administrativos, a avaliação de políticas públicas vai além, buscando compreender o impacto e a eficácia das políticas na sociedade. Ambos os processos são essenciais para garantir a transparência, a *accountability* e o aprimoramento contínuo da gestão pública, contribuindo para uma administração mais eficiente e voltada para o interesse público.

Conforme as Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público 9020, ambos os procedimentos de avaliação e auditoria são complementares e fundamentais para a análise de políticas públicas: A definição dos efeitos da política promove uma avaliação de sua eficiência e efetividade, tópicos estes que são abordados pela auditoria operacional. Esses elementos serão utilizados em conjunto com outros para uma apreciação mais profunda da utilidade. “Eventualmente uma auditoria operacional pode abordar a questão de utilidade da política pública ao final de sua investigação. Mas esse objetivo não é uma prática comum e nem faz parte das finalidades principais da auditoria operacional. [...]” (p. 9) Ademais, a característica fundamental da avaliação de política pública é a análise da relevância dos objetivos e a elaboração de recomendações para aprimorar ou rever a política.

Ao falar em recomendações, é importante destacar que as recomendações e relatórios frutos das avaliações são realizados em tempo curto, cerca de oito meses, por isso, a sua abrangência é reduzida, em geral examinam ações de um programa ou temas mais específicos. Um dos aspectos que se sobressai a respeito das avaliações conduzidas pela Corte de Contas é a preocupação em mensurar os benefícios que efetivamente foram produzidos e o monitoramento da implementação de suas recomendações.

O Relatório de Fiscalizações em Políticas e Programas de Governo (REPP) do TCU é um instrumento que assevera identificar problemas críticos de natureza sistêmica, que necessitam ser observados pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo. O REPP de 2023⁵ foi composto por onze relatórios de fiscalização, divididos por eixo, sendo dez auditorias operacionais e um acompanhamento da avaliação integrada de dados. (BRASIL, 2023) De igual modo, o Relatório Anual de Atividades do Tribunal do mesmo ano evidenciou 102 auditorias, sendo 52 dessas auditorias operacionais. O Relatório também demonstra os benefícios financeiros das ações de controle externo, onde foi apresentado o benefício efetivo das ações de controle externo relacionadas à eficiência, eficácia e efetividade da administração e das políticas públicas, que passou dos três bilhões de reais. (BRASIL, 2024)

Dessa forma, é possível perceber grandes ganhos com as ações do TCU nas políticas públicas, entretanto, pode-se notar o enfoque nas auditorias operacionais e uma carência em quantidade de avaliações anuais, comparando com a grande quantidade de programas de governo. Essa escassez de avaliação de programas e políticas públicas resulta da dificuldade de avaliar uma política pública de maneira objetiva, sistemática e empírica, em vista da complexidade de definir metas, avaliar os efeitos e exibir informações confiáveis para apreciar o sucesso do governo em tratar com demandas sociais. (ALVES, 2004)

Além disso, tal carência pode ser ocasionada por questões históricas, políticas, institucionais e culturais. O congresso brasileiro poderia utilizar-se da avaliação para observar a qualidade dos serviços prestados: “Nesse caso, ao TCU caberia não só analisar o grau de implantação de sistemas de qualidade na administração pública, mas também avaliar a própria prestação dos serviços oferecidos pelos programas.” (SILVA, FREITAS, 2005, p.36)

5 Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/relatorio-de-politicas/>.

Ademais, as auditorias operacionais ainda não alcançaram completamente a sua finalidade de prestar informações acerca do desempenho de programas organizações governamentais para a sociedade e o Parlamento, já que a maioria dessas auditorias não correspondem de fato a avaliação acerca dos resultados e impactos das políticas públicas. (ALBUQUERQUE, 2006) Portanto, também podem ser realizados avanços quanto a sua implementação efetiva dentro dos Tribunais de Contas.

Para a realização de auditorias e avaliações de políticas públicas, são observados incontáveis grupos de informações em todos os procedimentos dos Tribunais de Contas brasileiros, e, em comparação com a escassez de números de agentes e de avaliações realizadas por esses, resulta a necessidade de avanços para uma melhor efetividade. Dentro desse contexto, novidades tecnológicas, como a Inteligência Artificial estão sendo empregadas pela Administração Pública para que possa se garantir um melhor aproveitamento e exatidão dos atos de controle de políticas públicas.

4 A inteligência artificial aplicada à avaliação de política pública dentro dos Tribunais de Contas: contribuições e evoluções

A Inteligência Artificial já vem sendo utilizada em diversos ramos públicos, as organizações públicas estão cada vez mais expandindo seu manuseio de sistemas de IA, situação que não é distinta nas Cortes de Contas brasileiras. As auditorias internas também são afetadas pela IA, ou seja, são (possíveis) alvos dela: “Esta aplicação da Inteligência Artificial tem grandes implicações ao nível de auditoria interna que necessitam de fazer face aos novos riscos emergentes de forma a conseguirem desempenhar as suas funções” (COUCEIRO, 2021, p.30)

Desse modo, nota-se a enorme quantidade de dados vitais da função fiscalizadora e de controle dos Tribunais de Contas e é nessa questão em que tal tecnologia se sobressai, em vista da dificuldade de continuar a usar os mesmos métodos tradicionais de auditoria em tempos de tanta troca, acesso e disponibilidade de dados.

Importante destacar o caráter pouco relevante de um dado simplesmente armazenado numa base de dados, uma vez que, para serem valorados, fazem se imperiosos o processamento, a operacionalização e a organização para que tal dado seja transformado em informação

relevante, que poderia amparar a tomada de decisão das políticas públicas. Atualmente, esses procedimentos com tamanho volume de dados podem ser processados pelo uso de algoritmos de IA. (CAMPOS, FIGUEIREDO, 2022)

Conforme Vanice Valle (2024), no campo das políticas públicas, a Inteligência Artificial tem capacidade para contribuir em diversas etapas do ciclo: na etapa de conhecimento do problema; na implementação e na avaliação. Porém a autora destaca que não basta apenas buscar a inserção dessa tecnologia, e sim aperfeiçoar os procedimentos através de sua aplicação: “O Direito preconiza obrigações de resultado – mas eles não se têm por automaticamente assegurados pela simples aplicação de IA às políticas públicas” (p. 3)

Assim, a Inteligência Artificial pode operar no sistema de acumulação de conhecimento e aprendizado nas políticas públicas. Ainda, pode atuar na verificação da gestão em relação aos objetivos da política pública, finalidade primária da avaliação, trazendo um registro histórico, o que oportuniza a delimitação de sua evolução, pensando sempre na ascensão e na fiscalização de políticas públicas. (ALVES, 2004)

Nessa conjuntura, é relevante compreender as nuances de todas as aplicabilidades da IA dentro das auditorias e avaliações de política pública: *Big data*, uma das técnicas de Inteligência Artificial, utilizada para cruzamento, estruturação e armazenamento de grande volume de dados, vai proporcionar ao agente uma maior facilidade em analisar grandes quantidades de dados, facilitando a detecção e a previsão de fraudes. (COUCEIRO, 2021)

Já as tecnologias de *machine learning* contribuem para a identificação de padrões em abundância de dados e podem auxiliar na gestão de risco e na detecção e correção de fraudes em fases iniciais. (COUCEIRO, 2021)

A tecnologia denominada *data mining*, por conta de sua rapidez, pode ser aplicada para extrair e avaliar um grupo de dados de tipos diferentes, em breves intervalos de tempos. (COUCEIRO, 2021) No campo de auditoria e avaliação, é relevante em vista de sua funcionalidade de classificação de informação extraída de dados, além de sua agilidade no reconhecimento de padrões e atividades fraudulentas ao analisar uma totalidade de dados.

Através do *deep learning*, o agente pode extrair informações específicas de um grande conjunto de dados. Tal função é operada por causa da capacidade das máquinas com *deep learning* de processamento

e análise linguística de texto, contando com uma maior produtividade e agilidade em relação a outras tecnologias. (COUCEIRO, 2021)

Todas essas tecnologias são capazes de trazer boas contribuições para o campo das políticas públicas. Entretanto, as máquinas de IA em utilização pelos Tribunais de Contas brasileiros são muito focadas nas auditorias, no controle de contas e nas licitações. Dessa forma, o Tribunal de Contas da União divulgou as suas máquinas de IA em uso no momento:

“Desde sua implementação, as ferramentas aumentaram a produtividade dos profissionais do TCU executando trabalhos de análise em diversas áreas como licitações, análise textual, monitoramento de aquisições, análise de orçamentos, disputas em licitações eletrônicas, análise de riscos, entre outras.” (BRASIL, 2024, <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/uso-de-inteligencia-artificial-aprimora-processos-internos-no-tcu.htm>)

Dentre os robôs divulgados, pode-se perceber um grande foco nas licitações e nas contratações públicas, além de funções mais operacionais, que possivelmente interfiram de forma indireta nas políticas públicas, mas pode-se questionar a respeito do emprego efetivo dessas tecnologias no campo da avaliação de políticas públicas.

Ao analisar os portais dos Tribunais de Contas brasileiros e realizar pesquisas a respeito dos temas “Inteligência artificial”, “robô” e “políticas públicas” resultou em apenas três situações que visam a utilização de tal tecnologia nesse âmbito:

Conforme divulgado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) (2016), o Tribunal desenvolveu um aplicativo para telefone e tablets, onde os usuários dos sistemas públicos de saúde e ensino, por exemplo, podem enviar reclamações, com fotos e vídeos das situações do serviço público prestado. Tais reclamações são georreferenciadas e enviadas para o sistema de IA do TCE-SP, que realiza análise e cruzamento, e podem ser fundamentações para subsidiar ações de fiscalização e avaliação. Essa pode ser uma espécie de aplicabilidade da IA com base no georreferenciamento e no cruzamento de dados, assim possibilitando a participação do cidadão para a coleta de dados dos resultados e da utilidade de políticas públicas, servindo de base para a avaliação da Corte de Contas.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE-SC) reúne o Programa de Fiscalização TCE Educação:

“De caráter permanente, o Programa tem, entre seus objetivos, fiscalizar a área de educação de forma articulada entre as diretorias técnicas; criar um fluxo para o tratamento dos dados obtidos via tecnologia

da informação para subsidiar a fiscalização; utilizar a tecnologia e a inteligência artificial (IA), com análises rotineiras, possibilitando ações sistemáticas, precisas e de relevância na política pública; e evoluir na metodologia do ICMS Educação, com base em programa de visitas às escolas.” (SANTA CATARINA, 2023)

O Projeto prevê fomentar a fiscalização do resultado da política pública educacional, através do uso de IA e do acompanhamento dos Planos Nacional, Estadual e Municipais de Educação. Portanto, tal iniciativa é interessante para o avanço da IA nas avaliações de políticas públicas, trazendo uma comparação entre as demandas sociais e os serviços públicos.

De acordo com o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO) (2014), a IA é utilizada para otimizar o seu Plano Anual de Fiscalizações, onde são organizadas as ações realizadas pelo Tribunal e são identificadas as auditorias e as fiscalizações que vão ser mais benéficas para o setor público. Assim, o servidor cria um planejamento de fiscalizações, através da IA, promovendo a efetividade de Políticas Públicas e um ambiente de integridade, através da prestação de um serviço público de controle externo qualificado.

Constata-se que ainda há carência de informações acerca dessas experiências de IA nos sítios dos Tribunais de Contas brasileiros, o que demonstra que até então existe uma demanda para que as relações onde essa tecnologia é incorporada sejam mais transparentes e busca de permitir a *accountability*.

Outra iniciativa de Inteligência Artificial, mas que não é brasileira, são os Mapas da Pobreza, criado pela Universidade de Stanford e o Qatar Computing Research Institute (QCRI), com o apoio do Banco Mundial. Seu objetivo é mapear a pobreza, utilizando-se de informações dos celulares dos cidadãos como atividade em redes sociais e transações financeiras e além disso, analisa imagens de satélite para diagnosticar a infraestrutura urbana, como estradas, rodovias, automóveis e construções. (TOACHE, 2023)

Tais informações são processadas por algoritmos de IA e *machine learning*, trazendo indicadores socioeconômicos georreferenciados e aproveitadas para contribuir nas fases de formulação, monitoramento e avaliação de políticas públicas destinadas às partes mais pobres da sociedade. Essa tecnologia é utilizada para a tomada de decisões em países em desenvolvimento, como Nigéria, Uganda e Filipinas. (TOACHE, 2023)

Com base nesses exemplos, percebe-se que a Inteligência Artificial ainda é brevemente utilizada na área de avaliação de políticas públicas, apesar de seus bons proveitos. Isso decorre da complexidade que é avaliar de maneira completa, já que seriam necessários grandes esforços para a produção e manutenção constante de dados para embasar tal atividade e, na ausência desses dados e recursos, a avaliação acaba por se tornar uma verificação de indicadores, o que não demonstra questões qualitativas dos resultados produzidos. (SECCHI, 2014)

Destaca-se, ainda, que a avaliação deve ser observada dentro de um quadro do processo decisório, e não apenas uma constatação acerca do atingimento dos objetivos da política pública, é imperioso perceber a avaliação como uma pesquisa social, que contém elementos qualitativos para além dos quantitativos. (TAVARES, BITENCOURT, 2022) A partir disso, nota-se que as experiências de Inteligência Artificial obtidas ainda não observam toda a complexidade do processo de avaliação, tais experiências demonstram mais características de auditoria e fiscalização e não abarcam uma avaliação completa e qualitativa.

Situação essa que deve ser modificada, uma vez que a Administração Pública deve investir para buscar eficiência. De acordo com Couceiro (2021), para haver um melhor entendimento dos processos, é indispensável aproveitar os dados recolhidos através das tecnologias, o que se traduziria em ganhos de eficiência para os auditores:

“[...] a utilização de tecnologias disruptivas pela Administração Pública constitui um importante mecanismo para a consecução da eficiência que lhe é inerente, considerando a possibilidade de coibir sonegações fiscais, irregularidades em licitações e contratos administrativos, atos de corrupção, além de possibilitar a transparência dos atos, o controle social e o acesso democrático aos serviços públicos” (DESORDI, DELLA BONA, 2020, p. 16)

O autor Eugenio Arguelles Toache (2023) define que a aplicação de IA ao ciclo de políticas públicas permite processar e analisar muitos dados de forma imediata ou até em tempo real, essa agilidade pode ser útil para a Avaliação In Itinere, favorecendo o controle de riscos e a otimização de custos. Ademais, a automatização de processos dentro das políticas públicas contribui para a diminuição dos erros humanos e dos custos, exemplificação deste último seria a economia com censos, já que o Mapa da Pobreza, por exemplo, já poderia definir resultados e oportunidades de melhoria em futuras políticas públicas.

De maneira oposta, outro fruto da automatização de processos, como descreve o autor, seria a falta de transparência, os juízos de valor, a falta de privacidade, discriminação e exclusão, uma vez que os sistemas de IA alimentam-se de dados dos cidadãos e de informações da internet, trazendo a discriminação algorítmica e a potencial exclusão daquelas que não tem acesso àquele meio de comunicação. (TOACHE, 2023) Essa discriminação que vem de informações inseridas nas bases de dados são os vieses, portanto, na utilização de IA para uma base empírica deve ser realizada uma filtragem crítica, com o intuito de combater tais discriminações. (VALLE, 2024)

Além disso, os sistemas de IA devem permitir a auditabilidade, contribuindo para a sua confiabilidade, já que, no caso das políticas públicas, a sua aplicação afeta diversos direitos fundamentais, desse modo, os algoritmos devem ser avaliados através de auditores internos e externos, buscando a responsabilização desses sistemas. (COUCEIRO, 2021)

Diante de todo esse cenário, diversos países estão discutindo a ética e a regulação da dessa tecnologia, aplicando-a como diferencial no ciclo de políticas públicas, essa nova realidade demonstra a ressignificação das políticas públicas, impulsionadas pela IA (CAMPOS, FIGUEIREDO, 2022) A ética e a regulação são fatores ainda necessários para sua correta aplicação, especialmente na avaliação de políticas públicas.

A aplicação de IA na avaliação de políticas públicas ainda apresenta poucos casos brasileiros, mas que devem ser propósitos dentro da Administração Pública brasileira, em vista de atingir bons resultados, destinados a efetivar direitos de maneira eficiente à sociedade brasileira.

5 Conclusão

Primeiramente, o artigo analisou as políticas públicas na visão do Tribunal de Contas da União, trazendo enfoque à etapa de avaliação, essa que tem como objetivos o aperfeiçoamento da ação estatal e uma correta prestação de contas além de auxiliar na tomada de decisão do governo

Em uma segunda perspectiva, notou-se as atribuições dos Tribunais de Contas na avaliação de Políticas Públicas, trazendo um paralelo quanto às auditorias realizadas pelo Tribunal. Notou-se diferenças: A auditoria operacional objetiva aprimorar o desempenho e a eficácia do controle, objetiva melhorar o desempenho e a efetividade do controle. Já a avaliação de política pública elabora recomendações para aprimoramento de tal

política e tem o objetivo implícito de alterar a política pública, se necessário. Notou-se a dificuldade de avaliar política pública de forma objetiva, sistemática e empírica, dada a complexidade de avaliar os seus efeitos e apontar constatações confiáveis para que se avalie a forma do governo em tratar das demandas sociais.

Ademais, demonstrou-se as possibilidades da IA para a avaliação de políticas públicas nos Tribunais de Contas brasileiros, foi realizada pesquisa nos portais dos Tribunais de Contas brasileiros, e, demonstradas as aplicações atuais de IA em relação à avaliação de Políticas Públicas, trazendo suas funções e fazendo reflexões das perspectivas da IA aplicada à política pública.

Em síntese, pode-se perceber a importância do papel da Corte de Contas na avaliação de políticas públicas e, demonstrar a aplicação de IA nessa atividade, trazendo importantes benefícios, que são ainda maior valia quando trazem impactos para a efetividade do tratamento nas demandas sociais, entretanto, a IA ainda deve mais discutida e regulada, em busca do uso ajustado dela.

Referências

ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório de. **A auditoria operacional e seus desafios: um estudo a partir da experiência do Tribunal de Contas da União**. 2006. 153 p. Dissertação (Mestrado em Administração)- Núcleo de Pós- Graduação em Administração, Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/8765>. Acesso em: 01 abr. 2024.

ALVES, André Hiroshi Hayashi, **O papel do TCU na análise e avaliação da gestão pública: um estudo com base em abordagens de políticas públicas**. 2004. 119 p. Monografia (Especialista em Controle Externo- Área de Análise e Avaliação da Gestão Pública)- Curso de Pós-Graduação em Controle Externo, Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União. Brasília, 2004. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-papel-do-tcu-na-analise-e-avaliacao-da-gestao-publica-um-estudo-com-base-em-abordagens-de-politicas-publicas.htm>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Glossário de termos do controle externo. **Boletim do Tribunal de Contas da União administrativo especial** - Ano. 36, n. 11 (2017)- . Brasília: TCU, 2017. Disponível

em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/glossario-de-terminos-do-controle-externo.htm>. Acesso em: 28 mar.2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. - 4.ed. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020b. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf. Acesso em: 29 mar. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Referencial de Controle de Políticas Públicas**. Brasília , 2020a. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/22/A4/9A/235EC710D79E7EB7F18818A8/1_Referencial_controle_politicas_publicas.pdf Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação de Governança em Políticas Públicas**. Brasília, 2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades 2023**. Brasília, 2024. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Relatório de Fiscalizações em Políticas e Programas de Governo**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/relatorio-de-politicas/>. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Uso de inteligência artificial aprimora processos internos no Tribunal de Contas da União**. 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/uso-de-inteligencia-artificial-aprimora-processos-internos-no-tcu.htm>. Acesso em: 09 abr. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39

CABRAL, Flávio Garcia; FONTES, André Ricardo Cruz. A atuação cautelar do tribunal de contas da união (TCU) interfere nas políticas públicas. **Revista de Direito da Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 129-143, 2023. Disponível em: <http://redap.com.br/index.php/redap/article/view/446/307> Acesso em: 25 mar. 2024.

CAMPOS, Sandro Luís Brandão; FIGUEIREDO, Josiel Maimone. de. Aplicação de Inteligência Artificial no Ciclo de Políticas Públicas. **Cadernos De Prospecção**, Salvador, v. 15, n. 1, p. 196-214. jan./ mar.

2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/42957/25827>. Acesso em: 05 abr. 2024.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; LOLLI, Eduardo Henrique; BITENCOURT, Caroline Muller. Políticas públicas e constitucionalismo contemporâneo crítico: sistematizações para subsidiar análises em Direito e políticas públicas. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 43, n. 90, p. 1-54, 2022. DOI: 10.5007/2177-7055.2022.e86761. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/86761>. Acesso em: 23 maio. 2024.

COSTA, Paulo Nogueira da. O papel dos tribunais de contas na proteção dos direitos sociais. **Jurismat, Portimão**, n. 7, p. 293-303, nov. 2015. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/7913> Acesso em: 26 mar. 2024.

COUCEIRO, Bruno Alexandre dos Santos. **Inteligência Artificial em Auditoria Interna: proposta de modelo de auditoria interna a projetos de inteligência artificial**. 2021. 94 p. Dissertação (Mestrado em Auditoria Empresarial e Pública) - Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/38942>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DESORDI, Danubia; DELLA BONA, Carla. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. **Revista de Direito**, v. 12, n. 2, p. 1-22, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8113569> Acesso em: 07 abr. 2024.

FERNANDES, Sergio Brasil. **Avaliação in itinere de política pública: o plano municipal de educação de São Borja em movimento**. 2020. 209 p. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Pampa, São Borja, 2020.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 35, n.1., p. 196- 217, jan./jun. 2015 Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>. Acesso: 25 mar. 2024.

LIMA, Dagomar Henrique. **Avaliação de Programas e Responsabilização dos Agentes Públicos pelo Resultado da Ação Governamental: O Papel do Tribunal de Contas da União** *In*: Tribunal de Contas da União. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 2005. p. 45-74. (Prêmio Serzedello Corrêa 2003: Monografias Vencedoras: Avaliação de Programas Públicos no Brasil: O Papel do Tribunal de

Contas da União)

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos tribunais de contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional *In*: SACHSIDA, Adolfo (org.). **Políticas públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos**. Brasília: Ipea, 2018. p. 399- 416. Disponível em: <https://edilbertoponteslima.com.br/wp-content/uploads/2022/05/AVALIACAO-DE-POLITICAS-PUBLICAS-PELOS-TRIBUNAIS.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2024.

NBASP 9020 – Avaliação de Políticas Públicas. **Instituto Rui Barbosa**. Disponível em: <https://nbasp.irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2022/11/NBASP-9020-Avaliacao-de-Politiclas-Publicas.pdf/>. Acesso em: 01 abr. 2024.

RAMOS, Marília Patta; SCHABBACH, Letícia Maria. O estado da arte da avaliação de políticas públicas: conceituação e exemplos de avaliação no Brasil. **Revista de administração pública**. Vol. 46, n. 5, p. 1272-1294, set./out. 2012. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/129120>. Acesso em: 24 maio 2024.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT. Caroline Müller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.364.

RONDONIA, Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **TCE-RO inova com uso de inteligência artificial para planejar fiscalizações**. 2024. Disponível em: <https://tcero.tc.br/2024/01/29/tce-ro-inova-com-uso-de-inteligencia-artificial-para-planejar-fiscalizacoes/>. Acesso em: 11 abr. 2024.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. 3. ed. rev. atua. Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2014.

SANTA CATARINA, Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Programa TCE Educação inicia trabalhos planejando ações para o próximo ano**. 2023. Disponível em: <https://www.tcesc.tc.br/programa-tce-educacao-inicia-trabalhos-planejando-aco-es-para-o-proximo-ano>. Acesso em: 05 abr. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Aplicativo**

do Tribunal de Contas de São Paulo transforma cidadão em fiscal.

2016. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-aplicativo-tribunal-contas-sao-paulo-transforma-cidadao-fiscal>. Acesso em: 05 abr. 2024.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2º Ed. São Paulo: Cengage Learning. 2014. 168 p.

SILVA, Artur Adolfo Cotias; FREITAS, Carlos Alberto Sampaio de. **Avaliação de programas públicos no Brasil: o papel do Tribunal de Contas da União**. In: **Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2005. p.14-44. (Prêmio Serzedello Corrêa 2003: monografias vencedoras: avaliação de programas públicos no Brasil: o papel do Tribunal de Contas da União)

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller. Avaliação de políticas públicas e interoperabilidade na perspectiva da governança pública digital. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 687-723, set./dez. 2022. doi: 10.7213/revdireconsoc.v13i3.30240 Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/30240/26189> Acesso em: 04 jun. 2024.

TOACHE, Eugenio Arguelles.. Ventajas y desventajas del uso de la Inteligencia Artificial en el ciclo de las políticas públicas: análisis de casos internacionales. **Acta Universitaria**, [S. l.], v. 33, p. 1–26, 2023. Disponível em: <https://actauniversitaria.ugto.mx/index.php/acta/article/view/3891>. Acesso em: 11 abr. 2024.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: conceitos, tipologias e subáreas**. Trabalho elaborado para a Fundação Luís Eduardo Magalhães. São Paulo, 2002.

VALLE, Vanice. Políticas públicas e inteligência artificial: uma relação delicada. In: **CONJUR- Consultor Jurídico**. São Paulo, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-22/politicas-publicas-e-inteligencia-artificial-uma-relacao-delicada/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES, ÉTICA DO CUIDADO E MICROTRABALHO FEMININO NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Deise Brião Ferraz¹

Marli Marlene Moraes da Costa²

1 Introdução

O microtrabalho é aqui compreendido como aquela atividade realizada e intermediada sob demanda, através de plataformas em que há a contratação e remuneração por microtarefa, mediante candidatura, sem vínculo trabalhista e direitos sociais de qualquer natureza entre intermediários, trabalhadores e contratantes.

Justamente buscando a apropriação desta nova forma de organização do trabalho, o relatório produzido pelo *Digital Platform Labor* (DiPLab) em conjunto com o Laboratório de Trabalho, Saúde e Processos de Subjetivação (LaTraPS) da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) sobre o Microtrabalho no Brasil, constatou a ampla participação feminina, o que, quando associado às entrevistas que o acompanham, levou à hipótese que origina este artigo: de que o trabalho em plataformas de microtarefas que alimentam a Inteligência Artificial no Brasil é predominantemente realizado por mulheres em razão da Ética do Cuidado em que elas são socializadas na sociedade patriarcal. Atuando como uma fonte de renda que lhes permite permanecer na esfera do lar desempenhando as funções de cuidado.

Para demonstrar esta realidade, tem-se como objetivos específicos apresentar alguns conceitos cruciais acerca da Inteligência Artificial e

1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa PROSCU/CAPES. Mestra em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, com bolsa CAPES/DS. Integrante do grupo de pesquisa do CNPq “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao PPGD/UNISC. E-mail: deisebferraz@gmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. E-mail: marlim@unisc.br

do acesso das mulheres ao mercado de trabalho da ciência, tecnologia e inovação; contextualizar o microtrabalho no Brasil e, ao final, discutir aspectos fundamentais da Ética do Cuidado e da necessidade de refundar essa teoria da ação moral pautada em uma orientação feminista que esteja no compasso dos compromissos internacionais de eliminação de qualquer forma de discriminação contra a mulher. Trata-se de pesquisa exploratória, com método de pesquisa bibliográfico e documental.

1 Inteligência artificial e o restrito acesso de mercado para as mulheres

Embora não haja unanimidade sobre um conceito capaz de definir concretamente a Inteligência Artificial, o que se pode especificar de forma ampla é o que García define como “[...] una combinación de algoritmos planteados para crear máquinas con las mismas capacidades que el ser humano”.³ Para tornar isso possível, a IA opera descrevendo a inteligência humana em elementos mais simples para torná-la computável e legível por meio de algoritmos e linguagens de programação.

Por óbvio que máquinas, sozinhas, não tem autoconsciência, não são capazes de decidir seus próximos passos e caminhos por si só, estando atreladas aos comandos da linguagem que lhes desenhou. As ciências computacionais operam, hoje, com a Inteligência Artificial Fraca que não é capaz de raciocinar por si só, necessitando da participação de especialistas humanos. Este esclarecimento tem uma decorrência lógica e oportuna para o deslinde deste trabalho: se há equipes responsáveis pelo desenvolvimento da linguagem, pela alimentação de dados e pela supervisão dos resultados na IA, por óbvio que a humanidade destas pessoas se faz presente nos resultados produzidos. É a partir desta interação humano/máquina que se pode perceber a reprodução de vieses cognitivos que estruturalmente compõe a sociedade e revelam suas assimetrias. Estamos diante daquilo que vem sendo nomeado como discriminação algorítmica.

Tal qual ocorre fora do ambiente virtual, a discriminação algorítmica opera através de marcadores sensíveis como raça, classe, gênero, etnia, reproduzindo os degraus existentes na vida em sociedade. Dentre estes, a discriminação algorítmica de gênero - a que mais interessa a este trabalho, se dá através da reprodução de crenças e vieses cognitivos que determinam

3 GARCÍA, Sergio Marín. Ética e inteligência artificial, **Cuadernos de la Cátedra CaixaBank de Responsabilidad Social Corporativa**, n. 42, p. 6, set. 2019. Disponível em: <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0522.pdf> Acesso em 17 out. 2023. Acesso em: 3 set. 2023.

os lugares e papéis que homens e mulheres ocupam e devem ocupar, com base em definições socioculturais e estereótipos de gênero.

Um dos motivos de grande relevância para a existência dessa discriminação ocorre pela falta de diversidade de atores, ou seja, pela baixa presença feminina em profissões ligadas a IA. O Relatório do Fórum Econômico Mundial *The Global Gender Gap Report* de 2023 chama atenção para isso. Seu principal objetivo era identificar o índice global de disparidade de gênero e sua evolução, avaliando a paridade de gênero em 146 países. Em relação ao mercado de trabalho de Ciência, Tecnologia e Matemática (STEM), as mulheres permanecem significativamente sub-representadas, sendo apenas 29,2% de todos os trabalhadores. Elas representam atualmente 29,4% dos trabalhadores iniciantes; já em cargos de alta liderança, de alto nível, em funções como Vice Presidência e *C-suite* (alto escalão executivo, como *CEO*), a representação cai para 17,8% e 12,4%, respectivamente.

Quando se trata especificamente de IA, a disponibilidade geral de talentos aumentou seis vezes entre 2016 e 2022, o que é considerado como uma velocidade mais lenta do que se necessita. A porcentagem de mulheres que trabalham em IA hoje é de aproximadamente 30%, cerca de 4 por cento acima de 2016. Essa baixa representatividade além de por si só revelar a restrição estrutural do mercado de trabalho de inovação, ciência e tecnologia para as mulheres, também é capaz de dar indícios do porquê de a discriminação algorítmica operar na categoria gênero com tanto impacto.

O relatório da UNESCO, de 2023, nomeado “Os efeitos da inteligência artificial na vida das mulheres”, apresenta dados reveladores: mulheres representam apenas 29% dos cargos de pesquisa e desenvolvimento científico em todo o mundo e já são 25% menos propensas do que os homens a saber como alavancar a tecnologia digital para usos básicos.

Em que pese o diagnóstico não seja favorável e evidencie a grande distância existente entre homens e mulheres no mercado STEM, Martín⁴ aposta que a IA pode ser utilizada como ferramenta para promover a igualdade de gênero e que um dos caminhos é justamente através da educação que fomenta a iniciação e o letramento tecnológico para mulheres e meninas através do incentivo para que se interessem pelas áreas científicas e tecnológicas.

4 MARTÍN, Nuria Belloso. La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos? In: MARTÍN, Joaquín Garrido. JIMÉNEZ, Ramón Valdivia (Coord.) *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*. Murcia: Ediciones Laborum, 2022, p. 64.

2 A realidade do microtrabalho feminino

Segundo a definição de Braz, Tubaro e Casilli⁵:

O microtrabalho é uma forma de trabalho online feita em plataformas digitais, que envolve a realização de microtarefas de baixa complexidade, repetitivas, feitas sob demanda, reduzidas a um serviço e pagas por tarefa. Para cada microtarefa realizada, o trabalhador recebe alguns centavos de reais ou dólares. Trata-se de um trabalho informal, disperso globalmente, sem proteções sociais e trabalhistas, porém que cumpre papel central no desenvolvimento tecnológico de nossa sociedade, sobretudo no que diz respeito à cadeia de produção de Inteligência Artificial.

A análise desta realidade não é capaz de trazer mais otimismo. O relatório produzido pelo DiPLab em conjunto com LaTraPS, da Universidade do Estado de Minas Gerais, sobre o microtrabalho no Brasil, traz esclarecimento importantes sobre o cenário no Brasil. O que salta aos olhos é a precariedade deste trabalho e o quanto ele é inversamente proporcional ao incremento que representa na cadeia de produção da IA.

Há, segundo os autores, mais de 50 plataformas de microtrabalho no Brasil, com diferentes finalidades. Para que se possa visualizar com mais clareza, estas tarefas incluem respostas à questionários, pesquisas de mercado, teste de aplicativos e serviços de catalogação de imagens, áudios e vídeos a partir das categorias disponíveis, inclusive alertando sobre a existência de conteúdos de insinuação sexual ou imprópria. Há, ainda, as atividades conhecidas popularmente como “fazendas de cliques” que consistem na criação de contas falsas para curtir, seguir e interagir com perfis em redes sociais.

As tarefas são as mais diversas, mas o que têm em comum são sua baixa complexidade, o fato de que podem ser realizadas de qualquer lugar e em qualquer horário, desde que haja acesso à Internet e um computador. Logo, se tornaram naturalmente atraentes para as mulheres dentro do contexto patriarcal em que estão inseridas, a partir da lógica do cuidado, do trabalho invisível realizado diuturnamente com as atividades domésticas ou de cuidado das crianças, enfermos e idosos no interior do lar. O relatório apresenta dados que conversam com a realidade noticiada já que 3 em cada

5 Viana Braz, Matheus; Tubaro, Paola; Casilli, Antonio A. **Microtrabalho no Brasil: quem são os trabalhadores por trás da inteligência artificial? Relatório de Pesquisa DiPLab & LATRAPs**, jun. 2023, p. 4). Disponível em: <https://diplab.eu/?p=2833>. Acesso em: 01 nov. 2023.

5 trabalhadores são mulheres e elas trabalham proporcionalmente mais que os homens, ganhando um pouco mais já que entram com maior frequência nas plataformas e realizam tarefas em horários com melhor remuneração. E mais: 73,7% dos trabalhadores desempregados são mulheres⁶.

Enquanto a maior proporção dos homens realiza os trabalhos após o horário comercial (das 18h às 22h), 54,8% das mulheres realiza os trabalhos entre 14h e 18h. Este dado sugere que estas trabalhadoras estão em casa no horário comercial com mais frequência e, portanto, costumam operar nestes horários. Aqui mais uma vez se confirma que as mulheres estão sujeitas a diferentes turnos de trabalho consecutivos e, inclusive, a turnos de trabalho (plataforma) dentro do trabalho (doméstico não remunerado e cuidado).

Assim vai tomando forma a realidade da cadeia produtiva da IA que, ao contrário do que se pensa, não depende apenas de times super especializados e que dominam a linguagem da programação. A grande quantidade de dados processados nos *inputs* e *outputs* demanda uma quantidade enorme de trabalhadores capazes de extrair e gerar dados, alimentando o algoritmo de forma barata, precária e sem vinculação trabalhista. É o ponto cego de uma figura de trabalho ainda não compreendida na legislação trabalhista, tal qual aconteceu e acontece com as plataformas de *delivery* e aplicativos de transporte e sua total desproteção com os prestadores de serviço.

Como já referido, não há qualquer tipo de vinculação trabalhista e direitos sociais na realização destas tarefas, tampouco há qualquer tipo de amparo psicológico ou mesmo alguém para quem seja possível reportar o intenso mal-estar gerado por tarefas como estas. O que tudo isso parece elucidar é que a precarização do trabalho compõe o tecido destas relações, com o total esvaziamento de qualquer senso de coletividade, pertencimento, valorização, podendo ocasionar riscos consideráveis para a saúde psíquica das trabalhadoras, especialmente quando somado à rotina extenuante dos trabalhos domésticos.

Pode-se dizer, então, que o microtrabalho agrava com mais intensidade as mulheres em razão da sobreposição de jornadas, da falta de apoio psicológico e de direitos em geral. E tudo isso ocorre ao mesmo tempo em que esta intensa desvalorização vai na via contrária da importância

6 Viana Braz, Matheus; Tubaro, Paola; Casilli, Antonio A. **Microtrabalho no Brasil: quem são os trabalhadores por trás da inteligência artificial? Relatório de Pesquisa DiPLab & LATRAPs**, jun. 2023, p. 5. Disponível em: <https://diplab.eu/?p=2833>. Acesso em: 01 nov. 2023.

do que este trabalho representa em termos de geração e catalogação de dados – que deveria torná-lo mais bem remunerado e protegido. Mas é justamente sob a roupagem de oportunidade que ele recebe que se esconde qualquer objeção por parte das trabalhadoras, já que é vendido como a oportunidade de ganhar dinheiro em casa.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), no relatório intitulado “As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital”, de 2018, reuniu dados que demonstram uma realidade global do mercado de microtrabalho, mas que guarda algumas relações interessantes com o relatório brasileiro anteriormente discutido. Por exemplo, dentre os motivos apresentados pelos respondentes sobre a escolha do trabalho em plataformas, havia aquelas que podiam trabalhar apenas em casa, elas – mulheres, obviamente -, representaram 15% em comparação com 5% por cento dos homens.

Mudam os lugares da coleta de dados, mas as realidades permanecem inalteradas. A ética do cuidado triunfou globalmente imputando às mulheres a ideia socializadora de que deveriam ser multitarefas, ainda que isso implicasse em seu autossacrifício solitário. Através da culpa e de uma construção social gendrada que naturalizou o cuidado como característica inerente ao feminino e classificou como trabalho somente aquele remunerado que acontece fora da casa é que se moldou este cenário.

3 Para quem serve a ética do cuidado?

Se o pretenso feminino universal destinou as mulheres ao interior do lar, enquanto ao masculino se destinou a rua, performou uma nova divisão sexual do trabalho produtivo e reprodutivo que instaurou as profissões de cuidado e o próprio cuidado como características inerentes ao feminino. O efeito ultrapassa a vida privada, contrastando a própria relação das mulheres com sua liberdade, com o capital, com o acesso e luta por direitos e em sua própria posição nos espaços de poder⁷.

Nesse sentido, Gilligan⁸ constatou em suas pesquisas que os dilemas morais das mulheres incluem responsabilidade para com outras pessoas e

7 FERRAZ, Deise Brião; COSTA, Marli Marlene Moraes da. O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 20, n.1, p. 114-127, 2023a.

8 GILLIGAN, Carol. **Uma voz diferente: Psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

sua própria família, de forma que se impõe uma ética da responsabilidade como centro das preocupações morais das mulheres. Logo, não se trata de uma sensibilidade especial do feminino ou uma atividade que só quem nasce sob o julgo do sexo feminino saberia executar, mas se trata de uma criação artificial, repetida, inculcada e reproduzida. A ética do cuidado permite ainda questionar a cultura que opõe os gêneros, isto é, que induz meninos a esconder seus sentimentos como se isso fosse parte do processo “natural” de formação da masculinidade. Através da concepção ética baseada no cuidado defende-se que certas características podem ser desenvolvidas por todos os seres humanos, entre elas, a habilidade de cuidar. Seres humanos não precisam se dissociar de si mesmos para corresponder a estereótipos de masculinidade ou feminilidade.

A sociedade ainda é orientada pela lógica e os interesses do mercado. Logo, as mulheres que não trabalham na rua, são invisíveis e improdutivas, o que subverte a lógica da vida já que são essas donas de casa que realizam as tarefas indispensáveis à sobrevivência de todos, inclusive do corpo de trabalhadores da sociedade. Quando essas mulheres trabalham fora, são impactadas por uma dupla ou tripla jornada em que se somam o trabalho assalariado e o trabalho invisível de cuidado que assumem nas suas casas.

E como ficam os direitos fundamentais, especialmente o de igualdade e não discriminação contido no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988? Além de todas as Convenções ratificadas pelo Brasil? Como, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW)⁹ – ratificada em 1984¹⁰ pelo Brasil – e que prevê o estabelecimento de todas as iniciativas necessárias, em diferentes frentes de embate, para a eliminação da discriminação contra a mulher.

A CEDAW não versa sobre discriminações explícitas e evidentes, somente, mas aprofunda essa compreensão através de um dos objetivos que persegue, conforme depreende-se de seu Art. 5º, “a”, quando menciona que é preciso modificar os padrões socioculturais a fim de alcançar uma desconstrução na ideia posta sobre inferioridade ou superioridade dos sexos e sobre as funções estereotipadas de homens e mulheres – que se

9 BRASIL. DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460 de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

10 Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979, entrando em vigor em 03.09.1981. Ratificada pelo Brasil, com reservas, em 01.02.1984, entrou em vigor em 02.03.1984.

aproxima da ideia proposta neste artigo sobre uma pretensa universalização do feminino.

Em termos de compromissos assumidos pelo Brasil, há ainda a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – a Convenção de Belém do Pará¹¹ -, ratificada em 1995¹². O referido documento segue as mesmas diretrizes da CEDAW, trilhando um caminho que abrange todas as formas de discriminação e persegue sua erradicação, mas que também registra como direito da mulher “[...] ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.”, conforme o artigo sexto destaca.

Conforme depreende-se, a previsão constitucional de direitos fundamentais para as mulheres ou mesmo a constitucionalização de direitos humanos não é capaz de alcançar os diversos enquadres e arranjos que o capitalismo é capaz de propor para agravar os degraus de gênero existentes na sociedade. Com o passar do tempo e com as novas formulações tecnológicas, capazes de precarizar ainda mais o trabalho feminino, o que permanece inalterado é o cuidado silencioso que acontece no interior do lar como uma tarefa que acompanha predominantemente as mulheres ao longo de sua vida quase como se fosse um atributo constitutivo de sua existência. Logo, a Ética do Cuidado, para que dê concretude e substância aos direitos exaustivamente previstos nas convenções das quais o Brasil é signatário, deve ser fundamentalmente feminista. Urge a fundamentalidade das teorias feministas na formulação de um novo devir do cuidado que o considere como um compromisso ético de todos os seres humanos e não apenas das mulheres. Na Inteligência Artificial e na vida.

4 Conclusão

A mão de obra feminina que sempre interessou tanto ao capitalismo sob diferentes enquadres, seja no trabalho reprodutivo, no cuidado não remunerado ou no trabalho sub-remunerado, continua interessando em seus novos desdobramentos tecnológicos. Se a realidade revela que não há lugar para as mulheres no protagonismo do desenvolvimento da IA, este

11 BRASIL. DECRETO Nº 1.973, DE 1º DE AGOSTO DE 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm Acesso em 20 mar. 2023.

12 Adotada em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

mesmo capitalismo as recrutou sob a roupagem da oportunidade de serem suas próprias chefes, fazerem seus horários, e terem ganhos ilimitados. Na verdade, o que ocorre é o entrecruzamento de múltiplas jornadas de trabalho que se dividem entre frentes de cuidado e a realização mecânica de microtarefas para alimentar a IA, em uma atividade laborativa precarizada.

Investir na educação de meninas e mulheres para que tenham acesso ao mercado de trabalho de ciência, tecnologia e inovação pode ser um meio promissor de promover a multiplicidade de atores nesse espaço, além de conferir condições de liderança para as mulheres, retirando-as do ostracismo a que sempre foram relegadas. A regularização do microtrabalho no Brasil – país que tem as mulheres como maioria das trabalhadoras – também é um caminho para a garantia de direitos sociais e garantias em relação à saúde psíquica destas pessoas. Mas, sobretudo o mais importante caminho – e também mais árduo - aponta para a fundamentalidade das teorias feministas na formulação de um novo devir do cuidado que o considere como um compromisso ético de todos os seres humanos e não apenas das mulheres. É urgente refundar a teoria da ação moral pautada em uma orientação feminista que esteja no compasso dos direitos fundamentais das mulheres e dos compromissos internacionais de eliminação de qualquer forma de discriminação contra elas ratificados pelo Brasil.

Referências

BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma; SILBERMAN, M Six. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital**. Genebra: Bureau Internacional do Trabalho, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

ETICAS CONSULTING. **Inteligencia Artificial y mujeres, una historia de discriminación**. Disponível em: <https://www.eticasconsulting.com/inteligencia-artificial-y-mujeres-una-historia-de-discriminacion/>. Acesso em: 7 out. 2023.

FERRAZ, Deise Brião; COSTA, Marli Marlene Moraes da. O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 20, n.1, p. 114-127, 2023a.

GARCÍA, Sergio Marín. Ética e inteligência artificial, **Cuadernos de la Cátedra CaixaBank de Responsabilidad Social Corporativa**, n. 42, set. 2019. Disponível em: <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0522.pdf> Acesso em 17 out. 2023. Acesso em: 3 set. 2023.

GILLIGAN, Carol. **Uma voz diferente: Psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

IALAB. **Sesgos algorítmicos de Género**, 2022. Disponível em: www.ialab.com.ar. Acesso em: 12 out. 2023.

MARTÍN, Nuria Beloso. La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos? In: MARTÍN, Joaquín Garrido. JIMÉNEZ, Ramón Valdivia (Coord.) **Inteligencia artificial y filosofía del derecho**. Murcia: Ediciones Laborum, 2022, p. 45-78.

PARGA, Milagros Otero. ¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 57, 2023, p. 39-61.

UNESCO. **Os efeitos da inteligência artificial na vida profissional das mulheres**. Paris: UNESCO/OECD; Wahington, D.C.: Banco Internamericano de Desenvolvimento; Brasília: UNESCO, 2023.

Viana Braz, Matheus; Tubaro, Paola; Casilli, Antonio A. **Microtrabalho no Brasil: quem são os trabalhadores por trás da inteligência artificial? Relatório de Pesquisa DiPLab & LATRAPs**, jun. 2023. Disponível em: <https://diplab.eu/?p=2833>. Acesso em: 01 nov. 2023.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2023**. Insight report. 2023. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2023.pdf. Acesso em 3 out. 2023.

O CONSENTIMENTO DO TRABALHADOR PARA O TRATAMENTO DE SEUS DADOS PESSOAIS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Diogo de Almeida Ferrari²

Suzete da Silva Reis³

1 Introdução

A legislação protetiva de dados pessoais, inserida no ordenamento jurídico pátrio de forma preponderante através da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) repercutiu nos mais diversos âmbitos de atividades econômicas, não tendo sido diferente no ambiente laboral. Ao passo que objetivou conferir maior proteção ao titular quanto ao tratamento de seus dados pessoais, a legislação acabou

- 1 Mestrando no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Graduado em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado a Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, coordenado pela Prof. Dr. Suzete da Silva Reis; Endereço eletrônico: diogodealmeidaferrari@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0860646003961982>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0204-4854>.
- 2 Mestrando no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Graduado em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado a Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, coordenado pela Prof. Dr. Suzete da Silva Reis; Endereço eletrônico: diogodealmeidaferrari@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0860646003961982>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0204-4854>.
- 3 Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização Latu Sensu em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade. Endereço eletrônico: sreis@unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0526411653933592>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8820-6385>.

por ser omissa em diversos pontos. Quando se fala em dados pessoais no ambiente de trabalho, é necessário lembrar que o empregado é a parte hipossuficiente e vulnerável na relação de trabalho frente ao empregador, tendo em vista que esse último, através de seu poder diretivo, mantém o primeiro em verdadeira subordinação jurídica e material.

Assim, em que pese existir a possibilidade de o titular consentir (ou não) com o tratamento de seus dados pessoais, essa, no ambiente de trabalho, nem sempre é livre e consciente.

Diante das considerações acima, questiona-se: qual a efetividade do consentimento enquanto base legal para tratamento de dados pessoais no ambiente de trabalho? Como objetivo geral, pretende-se analisar a aplicabilidade da base legal do consentimento quando do tratamento de dados pessoais do trabalhador, em razão da vulnerabilidade frente ao seu tomador de serviços.

Como método de pesquisa, utilizou-se o dedutivo. Para tanto, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, tendo-se como base principal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o banco de teses e dissertações da CAPES, livros, revistas, artigos e periódicos qualificados para o tema do presente estudo.

O presente trabalho contribuirá com a produção científica sobre a problemática da dos dados pessoais no ambiente laboral, o que perpassa os mais diversos âmbitos do direito, dentre eles o da proteção de dados, trabalhista e constitucional.

2 Dados pessoais e o ambiente de trabalho: a figura do consentimento enquanto uma base legal para o tratamento

De forma inicial, é necessário primeiramente entender o que são dados pessoais. Conforme a letra da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dados pessoais são a “informação relacionada a pessoa identificada ou identificável”⁴.

Em outras palavras, pode-se afirmar que dados pessoais nada mais são do que qualquer informação que possa levar a identificação do seu titular e, em razão disso, há de se despender uma atenção especial a esses.

4 BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

Não à toa, o legislador inseriu, por meio da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, no rol do artigo 5º da Constituição Federal, a proteção dos dados pessoais, independente do meio em que se encontram ser físico ou digital, como direito e garantia fundamental inerentes à pessoa humana⁵.

Partindo dessa breve conceituação sobre dados pessoais, adentra-se de forma direta na base legal do consentimento.

De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados, o consentimento é a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”⁶.

Todavia, há de se destacar que o termo “livre” trazido pela legislação protetiva parte do pressuposto de que há uma igualdade material entre as partes, o que não se encontra presente quando falamos em relação de trabalho, em razão da subordinação a qual o empregado encontra-se submetido⁷.

Nesta linha, tanto a legislação brasileira quanto a europeia mormente tratam o consentimento do titular como um dos alicerces no tocante à proteção de dados, partindo do pressuposto de que esse é um dos requisitos para o tratamento dos dados pessoais do titular, quando o tratamento não puder ser enquadrado em outra base legal⁸.

À luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da privacidade, o consentimento seria a base legal que maior garante segurança ao titular quanto aos seus dados pessoais, tendo em vista que esses estão ligados diretamente a sua intimidade⁹.

5 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

6 BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

7 RODRIGUES, Laura Secfém. LGPD: consentimento nas relações trabalhistas. **Conjur**, [s. l.], 28 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-28/rodrigues-lgpd-consentimento-relacoes-trabalhistas>. Acesso em: 08 abr. 2024.

8 BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a lei geral de proteção de dados (LGPD). Dorneles, Leandro do Amaral D. de; Barzotto, Luciane Cardoso (org.). **Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020. p. 243-259. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/234784/001136904.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 abr. 2024.

9 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

Conforme Sanden¹⁰, o consentimento é a base legal que se encontra diretamente ligada ao princípio da autodeterminação informativa, haja vista que para autorizar o tratamento de seus dados pessoais através do consentimento é necessário que o titular tenha consciência plena para consentir.

Na mesma linha, para Castro¹¹, ao realizar-se o tratamento de dados pessoais sem a autorização ou consentimento do titular, haveria a violação do direito à vida privada e a intimidade, os quais são assegurados pela Carta Magna. Todavia, tal entendimento não é o majoritário, razão pela qual houve a criação de demais bases legais.

Destaca-se que, em que pese haver diversas bases legais para o tratamento dos dados pessoais, se analisadas a fundo, a que garante maior privacidade ao titular é, sem sombra de dúvidas, o consentimento.

Não obstante, quando se fala em ambiente laboral, é necessário trazer à tona a questão da vulnerabilidade a qual o trabalhador se encontra submetido, bem como a sua posição de hipossuficiente frente ao empregador, o que repercute em todos os aspectos da relação de trabalho, não sendo diferente no que concerne ao consentimento.

Como sabe-se, através do poder diretivo que é conferido ao empregador, este coloca o trabalhador em uma posição de vulnerabilidade, hipossuficiência.

De acordo com Cassar¹², desde o início do pacto laboral o trabalhador encontra-se em um cenário desigual perante o tomador de serviços, o que demonstra desde já um dos motivos da hipossuficiência.

Conforme lecionam Leal e Maia¹³, há três principais formas de hipossuficiência: econômica, de teor técnico e negocial. A primeira reside

10 SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro**: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/en.php>. Acesso em: 08 abr. 2024.

11 CASTRO, Bárbara Brito de. Direito Digital na era da internet das coisas: o direito à privacidade e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista Fórum de Direito na Economia Digital**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 79-98, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-digital-na-era-da-internet-das-coisas-o-direito-a-privacidade-e-o-sancionamento-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

12 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

13 LEAL, Leonardo José Peixoto; MAIA, Chintia Moneses. A função social da empresa como forma de proteção ao empregado. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 54, p.193-212, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340865587_A_FUNCAO_SOCIAL_DA_EMPRESA_COMO_FORMA_DE_PROTECAO_AO_EMPREGADO. Acesso em: 08 abr. 2024

basicamente no fato de que o trabalhador presta seus serviços e, como forma de contraprestação, é remunerado por este.

A segunda forma de hipossuficiência, por sua vez, se trata de teor técnico, que se pode resumir na falta de conhecimento acerca dos termos do contrato pelo trabalhador.

Por fim, a terceira e última forma de hipossuficiência é a negocial, que mantém relação direta com a anterior. Em resumo, pode-se afirmar que diz respeito à capacidade do prestador de serviços em negociar os termos do seu contrato de trabalho e não simplesmente firmar um verdadeiro contrato de adesão.

Conforme previsto na legislação, o consentimento deverá ser dado sem nenhum vício, devendo ser livre e inequívoco. Assim, teoricamente, o trabalhador enquanto titular de seus dados pessoais pode não consentir ou mesmo revogar o consentimento dado anteriormente a qualquer momento, sem necessidade de qualquer motivação ou justificativa. Todavia, no mundo real, não é o que, em regra, ocorre.

Veja-se que ainda em 1990 a problemática envolvendo o consentimento no âmbito laboral foi alvo de discussão pela Organização Mundial do Trabalho (OIT), sendo uma preocupação da Organização que o trabalhador, enquanto titular de dados pessoais, fosse a figura ativa no processo do consentimento¹⁴.

Embora a legislação de proteção de dados não trazer previsão específica e direta para o tratamento de dados no âmbito laboral esta deve ser integralmente aplicada no cenário.

De acordo com Ruaro¹⁵, nos termos da General Data Protection Regulation (GDPR), o consentimento somente será válido quanto fornecido por meio de uma declaração, ação positiva. Em caso de o titular se manter silente, deve ser entendido como recusa do consentimento, e nunca como aceite.

14 BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a lei geral de proteção de dados (LGPD). Dorneles, Leandro do Amaral D. de; Barzotto, Luciane Cardoso (org.). **Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020. p. 243-259. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/234784/001136904.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 abr. 2024.

15 RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno do RGD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 219-249, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/760>. Acesso em: 25 mar. 2023.

Sanden¹⁶ afirma que, para a validade do consentimento, é necessário “aferrir se resultou de uma livre manifestação, e isso só ocorrerá se a recusa em consentir não trazer consequências negativas importantes”.

Ainda, Sanden afirma que o consentimento deve ser específico, sendo certo que “os dados objeto do tratamento e os fins aos quais se destinam esses dados devem estar claramente identificados”¹⁷.

Neste mesmo cenário, convém ressaltar que, para direito civil brasileiro, aplicável a todas as relações quando há lacunas ou omissões nas legislações específicas, a aceitação ocorre quando a pessoa manifesta, de forma inequívoca e sem vícios a sua vontade, para que a manifestação seja válida e eficaz¹⁸.

Não diferente é para Nascimento¹⁹, ao passo que afirma que “o consentimento deverá demonstrar um vínculo de duas ou mais vontades sobre determinado objeto através de uma relação jurídica, para que esse acordo seja válido ele deve ser pleno, sem qualquer vício ou limitações, e, especialmente livre.”

Veja-se, portanto, que o consentimento tem papel primordial quando do tratamento de dados pessoais, haja vista que é a partir dele que o titular toma conhecimento de forma direta de que seus dados pessoais estão sendo tratados pelo agente de tratamento.

Desta forma, no âmbito laboral, para atender o legítimo interesse do empregador ao executar o contrato de emprego firmado com o

16 SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro**: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/en.php>. Acesso em: 25 mar. 2023.

17 SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro**: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/en.php>. Acesso em: 25 mar. 2023.

18 NASCIMENTO, Yara Andressa Custódio do. **Bases legais para o tratamento de dados pessoais**: uma comparação entre o consentimento e o legítimo interesse. 2021. 36 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3484>. Acesso em: 30 mar. 2023.

19 NASCIMENTO, Yara Andressa Custódio do. **Bases legais para o tratamento de dados pessoais**: uma comparação entre o consentimento e o legítimo interesse. 2021. 36 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3484>. Acesso em: 30 mar. 2023.

empregador, acessar os dados pessoais deste se revela como uma exceção ao consentimento, ao enquadrar-se como cumprimento de obrigação legal²⁰.

Assim, verifica-se que a base legal do consentimento deve ser utilizada com extrema cautela no âmbito laboral, a fim de se evitar eventual alegação de vício ou mesmo violação dos direitos individuais à proteção de dados do titular.

Ainda, em razão da posição de vulnerabilidade que o trabalhador se encontra, é notório que este pode sofrer represálias ao se recusar consentir ou mesmo revogar o consentimento para o tratamento de seus dados pessoais.

Ademais, mesmo que se considere válido e necessário a coleta e tratamento de dados pessoais pelo empregador/tomador de serviços, este deve observar os estritos limites do contrato de trabalho.

Não se justifica a coleta pura e simplesmente por coletar, sendo necessário observar os princípios da legislação protetiva, em especial os princípios da necessidade, finalidade e adequação.

Veja-se, portanto, que a utilização da base legal do consentimento no âmbito laboral é plenamente válida, desde que atendidos e respeitados os princípios e requisitos da legislação protetiva.

3 Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo analisar a base legal do consentimento no tratamento de dados pessoais no ambiente de trabalho.

Para compreender de forma clara o assunto, buscou-se, discorrer sobre os dados pessoais, para ser possível analisar a base legal do consentimento no tratamento de dados pessoais no ambiente laboral.

A partir disso, em resposta ao problema de pesquisa proposto, conclui-se que não há dúvidas de que o trabalhador é a parte mais fraca da relação de trabalho, o que coloca em xeque a efetividade do consentimento no âmbito laboral.

O fato de que o trabalhador se encontra subordinado ao seu empregador já demonstra que há uma maior dificuldade de o primeiro recusar a consentir ou mesmo revogar o consentimento anteriormente

20 ALCASSA, Flávia. 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**, Brasília v. 24, n. 02, p. 145-151, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/419>. Acesso em: 04 out. 2022.

dados. Neste sentido, a base legal do consentimento no âmbito laboral deve ser utilizada com extrema cautela.

Ressalta-se que, no Brasil, atualmente, os dados pessoais são considerados como direito e garantia fundamental do titular, sendo por certo uma obrigação do Estado e da sociedade dar efetividade a tal, dispensando os cuidados necessários a manutenção desses.

Frente a isso, justifica-se a necessidade da coleta do consentimento do titular em algumas situações pois, na ausência de previsão legal expressa ou em caso de dúvida quanto ao seu enquadramento em uma das bases legais, deve-se dar prioridade e preferência à vontade do titular, o qual deve expressar essa de forma inequívoca através do consentimento.

De toda forma, há de ser verificado no caso concreto se tal consentimento foi dado manifestamente de forma livre e inequívoca. Ao realizar o tratamento de dados pessoais com base em um consentimento viciado, estar-se-ia violando os preceitos fundamentais positivados na Carta Magna.

Por fim, necessário destacar que, a divulgação, tratamento ou mesmo a ocorrência de um incidente de segurança com dados pessoais aos quais o titular não consentiu seu tratamento e não foram enquadrados em outra base legal podem levar a situações drásticas ou até mesmo desconhecidas.

Referências

ALCASSA, Flávia. 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**, Brasília v. 24, n. 02, p. 145-151, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/419>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a lei geral de proteção de dados (LGPD). Dorneles, Leandro do Amaral D. de; Barzotto, Luciane Cardoso (org.). **Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020. p. 243-259. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/234784/001136904.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa**

do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CASTRO, Bárbara Brito de. Direito Digital na era da internet das coisas: o direito à privacidade e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista Fórum de Direito na Economia Digital**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 79-98, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-digital-na-era-da-internet-das-coisas-o-direito-a-privacidade-e-o-sancionamento-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

LEAL, Leonardo José Peixoto; MAIA, Chintia Moneses. A função social da empresa como forma de proteção ao empregado. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 54, p.193-212, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340865587_A_FUNCAO_SOCIAL_DA_EMPRESA_COMO_FORMA_DE_PROTECAO_AO_EMPREGADO. Acesso em: 08 abr. 2024

NASCIMENTO, Yara Andressa Custódio do. **Bases legais para o tratamento de dados pessoais:** uma comparação entre o consentimento e o legítimo interesse. 2021. 36 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3484>. Acesso em: 30 mar. 2023.

RODRIGUES, Laura Secfém. LGPD: consentimento nas relações trabalhistas. **Conjur**, [s. l.], 28 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-28/rodrigues-lgpd-consentimento-relacoes-trabalhistas>. Acesso em: 08 abr. 2024.

RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno do RGPD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 219-249, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/760>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro**: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/en.php>. Acesso em: 08 abr. 2024.x

SENTENÇAS ESTRUTURANTES COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO À DESIGUALDADE ESTRUTURAL RACIAL¹

Fernando Roberto Schnorr Alves²

O Poder Judiciário possui importante função assegurando a tutela dos direitos fundamentais, por vezes julgando questões atinentes às políticas públicas e desempenhando um papel contramajoritário para a proteção dos referidos direitos de minorias representativas no debate público. A presente pesquisa visa demonstrar se é possível o uso das sentenças estruturantes como instrumento de transformação social e de controle jurisdicional de políticas públicas desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, elegeu-se dois casos que se destacam por apresentarem medidas com natureza estruturante: (I) Arguição

-
- 1 Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001*, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
 - 2 Advogado. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Pesquisador convidado no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional com financiamento Capes por meio do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior/PDSE. Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduado em Direito Público na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE. Graduado em Direito pela UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4714-7697>. E-mail: fernandorsalves@hotmail.com.

de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 635 Rio de Janeiro³ (doravante ADPF 635) e (II) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 742 Distrito Federal⁴ (doravante ADPF 742).

Conforme Olsen e Kozicki (2021, p. 96), a centralidade judicial do constitucionalismo transformador requer uma atuação voltada para o diálogo, na medida em que decisões estruturais demandam múltiplos atores na sociedade, políticas públicas e produção legislativa, bem como um modelo dialógico que favoreça a cooperação entre esses atores. Para Klare (1998, p. 150) o constitucionalismo transformador significa um projeto de longo prazo de promulgação, interpretação e aplicação constitucional comprometido em transformar as instituições políticas e sociais de um país e as relações de poder em uma direção democrática, participativa e igualitária. O conceito desenvolvido por Karl Klare parte da premissa do papel construtivo do direito, com seus múltiplos atores e instituições, que pode desempenhar transformações sociais. O constitucionalismo transformador realça o potencial transformador do Direito, considerando o papel da jurisdição constitucional comprometido com os ideais constitucionais, enfrentando as causas estruturais geradoras de desigualdade e violência. É nesse cenário que as sentenças estruturantes se apresentam como instrumento para materializar esse processo transformador.

Observa-se que os juízes possuem importante papel no diálogo constitucional, em razão da sua peculiar posição institucional, pois têm a possibilidade de integrar os pontos de vista das minorias muitas vezes não ouvidas no processo de tomada de decisões e de sopesar devidamente os interesses daqueles que são excluídos da arena política. Gargarella (2019, p. 155-156) propõe, por esse motivo, um diálogo democrático para as exigências contemporâneas, com um “constitucionalismo dialógico no contexto de constituições defeituosas”. As sentenças estruturantes são, nesse contexto, um instrumento útil neste esforço para combater os problemas estruturais, na medida em que buscam ativar os órgãos do Estado que têm se omitido de suas obrigações constitucionais, promovendo transformações sociais. Embora sejam recorrentes as críticas às decisões

3 Acórdãos: “Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 635 Rio de Janeiro”, doravante ADPF 635 MC-TPI-REF (Brasil, 2020b); “Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 635 Rio de Janeiro”, doravante ADPF 635 MC (Brasil, 2020a); e “Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 635 Rio de Janeiro”, doravante ADPF 635 MC-ED (Brasil, 2022).

4 Acórdão: “Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 742 Distrito Federal”, doravante ADPF 742 MC (Brasil, 2021b).

judiciais que possuem a pretensão de reforma social, essas críticas certamente negligenciam a natureza multidimensional da autoridade do juiz, bem como o seu dever, pois não cabe ao julgador apenas declarar os direitos para a solução de conflitos, mas também fazer deste direito uma realidade prática (FISS, 2022, p. 46-47), ainda mais em se tratando de direitos fundamentais.

O primeiro caso mencionado (ADPF 635) trata da concessão de medida cautelar que determinou a vedação das ações policiais nas favelas durante a pandemia causada pelo Covid-19, determinando à Administração Pública um plano para a redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro (Brasil, 2020a). A ação foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), contando com a participação de *amici curiae*⁵. Já o segundo caso trata da medida cautelar convertida em julgamento do mérito da ação que indicou ações para a proteção das comunidades quilombolas em face da Covid-19 (Brasil, 2021b). Essa ação foi proposta pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Rede Sustentabilidade e Partido dos Trabalhadores (PT), também com a participação de *amici curiae*⁶, evidenciando o interesse da sociedade civil nos dois debates públicos travados.

Ambas as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental representam decisões proferidas pelo STF que contaram com medidas voltadas para combater a desigualdade estrutural racial, bem como apresentam medidas com possível caráter estrutural. Nota-se que a questão racial foi objeto de deliberação na ADPF 635 MC-TPI-Ref, ao passo que o Ministro Gilmar Mendes destacou (Brasil, 2020b, p. 37):

O racismo estrutural da sociedade se revela potencializado nas mortes ocasionadas pelas forças policiais. Isso porque “o racismo se constitui

5 Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO), Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Justiça Global, Associação Direitos Humanos em Rede, Associação Redes de Desenvolvimento da Maré, Movimento Negro Unificado, Instituto de Estudos da Religião (ISER), Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), Município de Angra dos Reis, Coletivo Papo Reto, Movimento Mães de Manguinhos, Rede de Comunidades e Movimentos Contra a Violência, Fala Akari e Iniciativa Direito à Memória e Justiça Racial.

6 Associação Direitos Humanos em Rede, Instituto Socioambiental, Defensoria Pública da União, Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO), Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), Federação Nacional das Associações Quilombolas e Terra de Direitos.

não apenas como uma causa de exclusão ou de empobrecimento das pessoas negras; pelo contrário, o racismo caracteriza-se sobretudo como um fenômeno que promove a desumanização das pessoas negras e que produz vantagens e benefícios sociais para os integrantes do grupo racial hegemônico”. Desse modo, “não é possível pensar as formas de controle e administração dos conflitos na sociedade afastando a análise do papel cognitivo do racismo enquanto elemento articulador das maneiras de pensar os problemas sociais e de formular as respostas para essas questões políticas” (FREITAS, Felipe da Silva. Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2020. p. 171)

Ademais, tal cenário expõe claramente as mazelas do sistema de justiça criminal em sua ponta de aplicação prática, que muitas vezes foge completamente ao controle do Judiciário ou das instituições. Na vida real das pessoas, a polícia tem um enorme poder decisório para prender, investigar e até matar. Não se quer aqui negar ou proibir isso, que em certa medida é necessário para a vida em sociedade. Contudo, deve-se estabelecer limites, e o Estado precisa atuar ativamente para isso.

Já na ADPF 742 MC a questão racial está no cerne da questão, pois o objeto da ação é justamente a inexistência de um plano de contingência ao novo coronavírus que atenda às particularidades das comunidades quilombolas, diante de uma situação de vulnerabilidade territorial, socioeconômica e de acesso a serviços públicos de saúde e saneamento dessa minoria. Conforme apontam os requerentes, a omissão estatal se configura pela falta de monitoramento, divulgação pública e regular dos casos de infecção e óbitos nas comunidades; ausência de um plano governamental voltado para os quilombos, inobservância do direito ao isolamento social comunitário dessa coletividade como medida de autoproteção, falta de apoio à proteção sanitário-territorial com a ausência de fornecimento de equipamentos de proteção individual, ausência no plano Federal de instância destinada à consulta e participação da entidade representativa nacional quilombola, inércia na adoção de medidas a fim de assegurar equidade no acesso às políticas públicas (como o auxílio-emergencial) e inexistência de ações que viabilizem de forma regular a segurança alimentar e nutricional aos quilombos (Brasil, 2021b).

Ao submeter ao plenário da Corte medida cautelar, o STF converteu o julgamento da medida em julgamento do mérito da ação. O deslinde da análise restou procedente⁷. *A priori*, observa-se que as

7 A decisão proferida determinou as seguintes medidas: “(i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das

medidas elencadas nos itens I e II apresentam características semelhantes às sentenças estruturantes, instaurando um diálogo institucional com o Poder Executivo. Em que pese não determine como deva ser feito as ações estatais para assegurar os direitos da população quilombola, requer do Executivo a elaboração de um plano de ação para atender às exigências constitucionais no que tange à existência de uma política pública eficaz de combate à Covid-19, para assegurar direitos fundamentais como direito à vida, à saúde e à igualdade. Ao proferir a decisão, observa-se que sua execução demandará uma fase de acompanhamento pelo STF, a quem competirá averiguar se o plano atende aos parâmetros mínimos de proteção que se requer a partir da leitura do texto constitucional, o que deverá ser instrumentalizado processualmente com o cumprimento da sentença de forma a garantir um monitoramento das medidas adotadas⁸.

Os dispositivos supracitados podem caracterizar medidas de tutela estruturais conforme os ensinamentos de Garavito (2011, p. 1.671), diante de ordens de execução complexas, onde a Corte instrui os entes públicos, na figura do Poder Executivo, para que empreendam ações coordenadas para assegurar a proteção da população quilombola que possui seus direitos violados diante da omissão estatal. Igualmente, não se limita ao olhar restrito para os requerentes do caso concreto (até porque se trata de uma ação de controle abstrato), pois determina de forma ampla a suspensão em todo território nacional dos processos judiciais que tratam de ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias

Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; (iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade; (iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação <http://monitoramento.seppir.gov.br/> e <https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasil-quilombola>, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população. E, ainda, deferiu o pedido para suspender os 'processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombola' até o término da pandemia" (Brasil, 2021b).

8 Nesse sentido, observa-se que foi designada a juíza instrutora Thais Sampaio da Silva Machado, que atua junto ao gabinete do relator, para atuar como observadora na fase pós-decisional (Brasil, 2021a, p. 4).

de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações que envolvam populações quilombolas.

Mesmo se tratando de uma ação de controle concentrado, o Ministro Edson Fachin (Brasil, 2021b, p. 45-46) justifica expressamente a adoção de medidas estruturantes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio da aplicação do artigo 10 da Lei n.º 9.882/99, pois no caso em questão “[...] o direito material demanda a salvaguarda de comunidades quilombolas do risco sanitário exacerbado pela execução de medidas constritivas em seus territórios e a preservação de sua condição de acesso igualitário à justiça [...], ao devido processo legal [...] e ao contraditório e à ampla defesa [...]” (Brasil, 2021b, p. 46). A decisão corrobora para a noção de uma função de coordenação pelo órgão julgador no âmbito da jurisdição constitucional para transformar a realidade do *status quo*.

Segundo sintetizou Gutiérrez (2016, p. 09-10), “[...] las sentencias estructurales son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos, ordenando a las autoridades el diseño y la implementacion de políticas públicas”. Os tribunais que delas se utilizam o fazem em tutela de grupos socialmente marginalizados, que não encontram representação política adequada e enfrentam graves problemas sociais que são ignorados pela agenda política, o que evidencia uma causa geradora de violação de direitos pela ocorrência de um bloqueio institucional. Importante destacar a seguinte passagem doutrinária, também trazida pelo Min. Edson Fachin em seu voto, sobre a necessidade de estruturar o processo a partir do direito material, de modo a permitir uma efetiva prestação da tutela prometida por esse:

O direito somente é uma posição juridicamente tutelada quando dispõe de ‘formas de tutela’ adequadas às suas necessidades de proteção. Porém, tais formas de tutela não são atribuídas pelo direito processual ou pelo direito de ação, mas sim pelo próprio direito material. Pense-se, por exemplo, nas tutelas ressarcitória e inibitória. Como é evidente, ainda que o CPC não existisse, haveria direito às tutelas inibitória e ressarcitória. O processo deve se estruturar de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo material. Portanto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação. Mas essa relação de adequação não pergunta apenas sobre as formas de tutela, mas também a respeito das técnicas processuais a elas adequadas (Marioni, 2015, p. 502/503).

Uma vez observados os dispositivos da ADPF 742 que possuem características estruturantes (contando com expresse reconhecimento no

voto do Ministro Edson Fachin nesse sentido), volta-se para a análise da ADPF 635. Destaca-se, no curso desse processo, três acórdãos em que foram apreciadas medidas cautelares: ADPF 635 MC-TPI-REF (Brasil, 2020b); ADPF 635 MC (Brasil, 2020a) e ADPF 635 MC-ED (Brasil, 2022).

Observa-se que a primeira decisão – ADPF 635 MC-TPI-Ref (Brasil, 2020b) –, por maioria dos votos referendada, determinou na a interrupção de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia, sob pena de responsabilização civil e criminal, exigindo das autoridades públicas que tais operações só ocorressem em hipóteses absolutamente excepcionais, mediante justificação por escrito da autoridade competente, bem como imediata comunicação ao Ministério Público do Estado para realizar o controle externo da atividade policial. Também restou determinado que se adotasse, nesses casos extraordinários que exigem a realização de operações policiais nas favelas, cuidados excepcionais para a devida identificação por escrito da autoridade competente, com o intuito de não expor em risco ainda maior a população dessas localidades, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Dias após o julgamento da Medida Cautelar Incidental, sobreveio o Acórdão da deliberação no Plenário Virtual decisão ADPF 635 MC (Brasil, 2020a), determinando, além do já disposto acima, como medidas cautelares: restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas para os casos que restar comprovada estrita necessidade (por meio de relatório circunstanciado); determinação para o Estado do Rio de Janeiro orientar seus agentes de segurança e profissionais de saúde a preservar os vestígios de crimes cometidos em operações policiais; determinação para os órgãos de polícia técnico-científica do Estado documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida; determinação para as operações policiais em perímetros que contem com escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas diretrizes de absoluta excepcionalidade (especialmente no período de entrada e saída dos estabelecimentos), proibição de protocolos próprios e sigilosos nas áreas de saúde e educação para que haja tempo hábil de reação dos diretores e chefes dessas unidades; reconhecer a atribuição do Ministério Público como órgão competente sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, observando o Protocolo de Minnesota; e a suspensão da eficácia do art. 1º do Decreto 46.775, de 23/09/2019 (Brasil, 2020a).

As intervenções do Poder Judiciário na ADPF 635, até então, haviam sido no sentido de intervir na política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro determinando restrições à atuação das operações policiais, para vedar excessos de uma ação desproporcional e violenta no referido Estado e cumprir com disposições normativas no âmbito das operações policiais. Contudo, com o julgamento dos Embargos de Declaração (ADPF 635 MC-ED) a Corte foi além, pois não apenas manteve restrições à atuação policial em desconformidade com a Constituição, como também passou a indicar medidas de natureza estrutural para, também por meio de um diálogo com o Executivo, construir um plano de ação de acordo com os preceitos constitucionais, justamente para sanar violações sistemáticas e generalizadas contra a população vulnerável nas favelas⁹.

9 O Plenário do STF determinou as seguintes medidas cautelares: “[...] 1 – [...] deferir o pedido de medida cautelar constante do item ‘a’ da petição inicial, a fim de determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação; 2 – [...] determinar que até que o plano mais abrangente seja elaborado, atendido o domínio normativo da administração e consideradas as peculiaridades locais, bem como assegurado às forças de segurança examinarem diante das situações concretas a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, com todos os desdobramentos daí derivados, em especial, em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais, a serem avaliadas, quando do emprego concreto, pelas próprias forças, cabendo aos órgãos de controle e ao Judiciário, avaliar as justificativas apresentadas quando necessário. [...] 3 – [...] criar um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos localizado no Conselho Nacional de Justiça; 4 – [...] reconhecer, nos termos dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, que só se justifica o uso da força letal por agentes de Estado quando, ressalvada a ineficácia da elevação gradativa do nível da força empregada para neutralizar a situação de risco ou de violência, (i) exauridos demais meios, inclusive os de armas não-letais, e for (ii) necessário para proteger a vida ou prevenir um dano sério, (iii) decorrente de uma ameaça concreta e iminente [...] 5 – [...] reconhecer, sem feitos modificativos, a imperiosa necessidade de, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, haver prioridade absoluta nas investigações de incidentes que tenham como vítimas quer crianças, quer adolescentes; 6 – [...] indeferir, o pedido constante do item ‘h’ da petição inicial, mantendo o sigilo dos protocolos de atuação policial no Estado do Rio de Janeiro; 7 – Deferir, em parte, o pedido constante do item ‘d’ da petição inicial para determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade: (i) a diligência, no caso específico de cumprimento de mandado judicial, deve ser realizada somente durante o dia, vedando-se, assim, o ingresso forçado a domicílios à noite; (ii) a diligência, quando feita sem mandado judicial, pode ter por base denúncia anônima; (iii) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (iv) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destinam [...]. 8 – [...] deferir o pedido constante do item ‘e’ da petição inicial, para reconhecer a obrigatoriedade

Novamente é possível observar medidas que apresentam características semelhantes às sentenças estruturantes, em especial os itens 1 e 2, promovendo o desbloqueio institucional da Administração Pública, ao passo que requer que essa participe ativamente da construção de um plano de ação que transforme o *status quo* para padrões que atendam aos direitos fundamentais. Essas determinações buscam não apenas uma limitação para os excessos cometidos pelas operações policiais, mas uma verdadeira transformação da realidade social para remediar violações generalizadas e sistemáticas.

O relator (Brasil, 2022, p. 41-42), em seu voto, expressamente defende a adoção de medida excepcional de intervenção do Poder Judiciário, com natureza estrutural, diante ausência de uma política pública para a redução da letalidade policial. Nesse sentido, justifica a intervenção do Poder Judiciário pela ausência de protocolos claros de engajamento e de uso da força, medidas de caráter legislativo e executivo, cuja ausência alimenta uma “cadeia de ocultação de prova e de alteração do local do crime, aumentando a permissividade dos policiais. Bem como, as medidas se justificam pela ausência de protocolos para a preservação de áreas do crime e pela dificuldade de implementação do controle externo realizado pelo Ministério Público, pois o órgão esbarra na ausência de normas e nas limitações dos órgãos de policiamento técnico-científico e de atuação de primeira resposta. O ministro deixa claro que essas omissões custam vidas, sendo imprescindível uma atuação do Supremo Tribunal Federal para enfrentar esse “estado de coisas que nada tem de constitucional” (Brasil, 2022, p. 42).

Como resultado dessas decisões judiciais, observa-se a preocupação com dispositivos sentenciais que busquem medidas de não repetição, que ataquem as causas do problema, que combatam a desigualdade e violações que se incorporaram à lógica de funcionamento da sociedade. O propósito da decisão não é apenas acabar com o incidente que perturba o *status quo*, mas mudar o estado de coisas atual e criar um novo *status quo* (FISS, 2022, p. 41). Busca enfrentar o problema por meio de uma atuação voltada às políticas públicas, criar condições para que, institucionalmente, possa

de disponibilização de ambulâncias em operações policiais previamente planejadas em que haja a possibilidade de confrontos armados, sem prejuízo da atuação dos agentes públicos e das operações; 9 – [...] deferir o pedido constante do item ‘j’ da petição inicial, para determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos [...]” (Brasil, 2022, p. 528/530).

haver uma evolução com reformas sociais, a fim de que essas violações deixem de acontecer. Sob a ótica do constitucionalismo transformador, já há diversas teorias que reconhecem a legitimidade das cortes constitucionais ao abordar sobre os déficits do processo democrático, reconhecendo sua função contramajoritária. Evidente que o Judiciário não pode substituir as instituições políticas na formulação das políticas públicas, no entanto deve-se considerar seu envolvimento como um canal disponível para grupos vulneráveis, que enfrentam bloqueios das instituições políticas, para que tenham seus direitos garantidos (BOGDANDY, MAC-GREGOR, ANTONIAZZI, PIOVESAN, SOLEY, 2017, p. 12). Portanto, é importante auferir a efetividade dessas intervenções na proteção dos direitos fundamentais.

Exposto os exemplos da ADPF 635 e da ADPF 742, evidencia-se o uso de medidas com natureza estrutural pelo STF, sendo esse tipo de instrumento um meio para gerar o desbloqueio institucional dos demais órgãos do Estado, desencadeando uma transformação social através do controle jurisdicional de políticas públicas. Como evidenciado, as medidas a serem adotadas por meio da tutela judicial configuram verdadeiro “motor de inovações transformadoras” (Bogdandy, 2015, p. 35), onde o Poder Judiciário desempenha o seu compromisso com a democracia constitucional, coordenando as demais autoridades na promoção de alterações estruturais no enfrentamento das violações generalizadas dos direitos fundamentais, instruindo vários órgãos governamentais a tomar ações de forma coordenada.

Referências

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

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 742/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de março de 2021. Brasília, 2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Brasília, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Brasília, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 742/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2021. Brasília, 2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin, 5 de outubro de 2020. Brasília, 2020b.

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

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

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

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

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

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O constitucionalismo

transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2021, p. 82-118.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

O IMPACTO DOS CRIMES CONTRA A ECONOMIA NO MERCADO INTERNO

Isabel Moreira Gonçalves Correia de Paiva¹

O artigo 2º do Tratado da União Europeia elenca os valores que estão na base da criação da União Europeia: respeito pela dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de Direito e respeito pelos direitos do Homem. Por sua vez, o nº 1, do artigo 3º do Tratado da União Europeia traça os objetivos da União: promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos. O nº 3, do artigo 3º do referido Tratado, estabelece a criação de um mercado interno no território da União. Entende-se, assim, que o Tratado da União Europeia, nos seus primeiros artigos, estabelece os objetivos da União e identifica os instrumentos utilizados para alcançar tais objetivos, sendo certo que um desses instrumentos foi a criação de um mercado interno².

Entende-se por mercado interno o mercado único da União Europeia, cujo objetivo é criar uma área sem fronteiras e obstáculos em que a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais é assegurada em conformidade com o estipulado nos Tratados. O mercado interno é, por isso, um espaço de liberdade que proporciona o acesso a bens, serviços e empregos.

Assumem-se como fases principais do processo de integração económica: a zona de comércio livre, a união aduaneira, o mercado comum e a união económica. De todas estas fases e como acima se referiu, o mercado comum ou mercado interno juntamente com a união económica são instrumentos utilizados para alcançar os objetivos constantes do nº 1, do artigo 3º do Tratado da União Europeia. A União tem vindo a valer-se da teoria da integração económica para atingir os objetivos da integração europeia³. Tal deveu-se ao facto de, num contexto pós-guerra, onde os países demonstraram incapacidade de dar as respostas necessárias a nível político e económico, a integração económica ter facilitado o desenvolvimento de projetos transnacionais que contribuíram para a economia frágil dos

1 Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho.

2 FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, J. Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016.

3 FROUFE; GOMES. Mercado Interno e Concorrência, 2016.

países da União⁴. Apesar de as razões que estiveram na base da criação da União serem razões políticas, a verdade é que foi a integração económica que impulsionou e contribuiu para uma integração europeia. O mercado interno é, deste modo, visto como a base instrumental da integração europeia.

Por outro lado, o mercado interno está, necessariamente, interligado com a *concorrência* e as regras estabelecidas para a mesma no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O direito europeu da concorrência, que atualmente enfrenta um novo conjunto de desafios que englobam uma abordagem mais economicista na análise de práticas alegadamente anti concorrenciais⁵, inclui as normas de defesa da concorrência; as regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação de legislações; as políticas e ações externas da União; bem como os regulamentos, as decisões da Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é uma das disposições mais proeminentes do Tratado em matéria de concorrência, tendo em conta o facto de que é aplicado com bastante frequência e tende a resultar em decisões de alto perfil que muitas vezes envolvem a aplicação de coimas significativas⁶. Este artigo divide-se em três partes: o nº 1 estabelece a proibição de um conjunto de facto jurídicos; o nº 2 estabelece que são nulos os acordos ou decisões proibidas nos termos do nº 1; e o nº 3 é a “exceção” à aplicação do nº 1, tendo para tal que se fazer um “juízo de balanço económico”. Segundo a Comissão Europeia, no “juízo de balanço económico” deve aferir-se o que traz mais benefícios para o consumidor. Assim, em consonância com o artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, para que se considere que determinada prática violou as regras comuns relativas à concorrência é necessário que esta seja suscetível de se integrar nos requisitos do nº 1 e seja afastada a aplicação do nº 3 do mesmo artigo.

A criminalização e punição das atividades delituosas contra a economia social tem sido objeto de legislação penal secundária em Portugal. Os comportamentos delituosos contra a economia são definidos por lei e

4 PORTO, Manuel Carlos Lopes. **Teoria da integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

5 PORTO, Teoria da integração, 2009.

6 BUSSCHER, Rick; HERZ, Martin; VEDDER, Hans, A commentary on article 101º TFEU. In: BLANKE, H-J.; MANGIAMELI, S. **The Treaty on the Functioning of the European Union. A Commentary**. New York/London: Springer, 2021.

objeto de sanções adequadas à sua gravidade. O Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro despenalizou certos tipos de infrações, englobando-as nos ilícitos de mera ordenação social. Isto é: relegaram-se para o capítulo das contraordenações aqueles comportamentos que não põem em causa interesses essenciais ou fundamentais da coletividade e que, por isso, carecem de verdadeira dignidade penal.

São considerados crimes contra a economia de acordo com o Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro: a) fraude sobre mercadorias; b) contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares; c) contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais; d) açambarcamento; e) açambarcamento de adquirente; f) desobediência a requisição de bens pelo Governo; g) destruição de bens e matérias-primas ou aplicação dos mesmos a fins diferentes; h) destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional; i) exportação ilícita de bens; j) violação de normas sobre declarações relativas a inquéritos, manifestos, regimes de preços ou movimentos das empresas; k) especulação; l) fraude na obtenção de subsídio ou subvenção; m) desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado; n) fraude na obtenção de crédito e o) ofensa à reputação económica.

Pretende-se saber se estes ilícitos criminais violam as regras comuns relativas à concorrência, consagradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e que impacto têm no mercado interno.

Se estamos perante a prática de um crime, sabemos, à partida, que a conduta do arguido é suscetível de ter causado prejuízos a determinada pessoa ou conjunto de pessoas. Pelo contrário, o facto de estarmos perante um crime contra a economia, não implica, desde logo, que tal prática afetou o comércio entre os Estados-Membros e impediu, restringiu ou falseou a concorrência no mercado interno e se assim é, não existe violação das regras comuns relativas à concorrência. Pela análise dos textos dos crimes já referidos, parece que tais condutas, em princípio não se integram em nenhuma das alíneas do nº 1, do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No entanto, não é possível afirmar com um grau de certeza elevado que a prática destes crimes não colocou em posição de vantagem determinado infrator em relação a outro ou não prejudicou o consumidor. Assim, é difícil perceber se as condutas adotadas, além de consubstanciarem a prática de um crime, violam, também o nº 1, do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, além disso, se àqueles

comportamentos podem aplicar-se as exceções do nº 3 do mesmo artigo. Esta é uma análise que tem de ser feita caso a caso, não podendo, desde logo, afirmar-se que determinado comportamento classificado como crime contra a economia, só por essa razão viola as regras comuns relativas à concorrência. Independentemente de as condutas criminosas violarem ou não as regras comuns relativas à concorrência, entendemos que tais comportamentos têm um impacto negativo no mercado interno porque a prática dos mesmos põe em causa as liberdades económicas e, de forma direta ou indireta, prejudicam o consumidor.

A Lei nº 19/2012, de 8 de maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência) estabelece o regime jurídico da concorrência e é aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privados, público e cooperativo. Os artigos 9º a 12º da Lei elencam as práticas restritivas da concorrência: a) acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas; b) justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas; c) abuso de posição dominante; e d) abuso de dependência económica. Por outro lado, os artigos 67º a 73º descrevem as infrações e sanções aplicadas. O texto do artigo 67º, cuja epígrafe é “Qualificação” remete para o Direito da União Europeia e determina a aplicação de coimas ou outras sanções às contraordenações previstas na Lei em análise.

Assim, as infrações que violem o regime jurídico da concorrência podem ser punidas com coimas (artigo 69º da Lei nº 19/2012), com sanções acessórias (artigo 71º da Lei nº 19/2012) ou com sanções pecuniárias compulsórias (artigo 72º da Lei 19/2012), sem prejuízo da responsabilidade criminal e das medidas administrativas a que houver lugar. Sucede que, nem sempre estas sanções são suficientes para impedir que o infrator repita a sua conduta ilícita. Note-se que, as sanções acessórias – artigo 71º – são manifestamente insuficientes, pois, não impedem o infrator de continuar no mercado e adotar outras condutas que violem as regras da concorrência.

Na verdade, para que a aplicação das sanções acessórias fosse eficaz, seria necessário impedir o infrator de, por exemplo, comercializar determinado produto ou ficar impedido de comercializar um concreto produto, numa concreta zona, durante um período a fixar. Parece-nos que só desta forma se conseguiria prevenir a prática destas infrações. Regra geral, quem comete estes ilícitos são empresas, com um poder económico muito grande e, por essa razão, a aplicação de uma coima, por muito alta que seja, não põe em causa a atividade comercial da empresa e, assim sendo, nada garante que o comportamento ilícito não se voltará a repetir. Aliás, o

que poderá acontecer é a empresa repercutir no consumidor os prejuízos que sofreu com o pagamento da coima.

A prática de infrações descritas na Lei nº 19/2012, de 8 de maio, como o próprio nome indica, viola o regime jurídico da concorrência e, de igual modo, viola as regras comuns relativas à concorrência consagradas nos artigos 101º a 106º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Ao existir violação das regras relativas à concorrência, não há dúvidas que aquela conduta prejudicou e teve um impacto no mercado interno. Todas as condutas que violem as regras da concorrência têm, naturalmente, consequências para o mercado interno. Consequências essas que se consubstanciam na vantagem de determinada empresa em relação a outra ou vantagem para um grupo de empresas e desvantagem para o consumidor (por exemplo, a conciliação de preços).

Correu termos no Tribunal da Concorrência, em Portugal o processo PRC/2017/12, em que foi investigada a prática de “Acordo Horizontal” e “Acordo Vertical”, havendo a eventual violação dos artigos 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e 9º da Lei nº 19/2012. As entidades infratoras foram condenadas e foram aplicadas coimas de valor elevado, contudo, dúvidas existem quanto à eficácia das mesmas, pois, as sociedades envolvidas no processo são todas de grande dimensão e com um poder económico muito grande. A conduta ilícita teve consequências negativas no mercado uma vez que falseou e/ restringiu a concorrência no mercado nacional.

Analisado o regime das práticas restritivas da concorrência, importa agora perceber se existe alguma vantagem em criminalizar alguma dessas práticas e se esse novo regime iria contribuir para um melhor funcionamento do mercado interno.

São consideradas práticas anti concorrenciais os comportamentos empresariais que colocam em causa o normal funcionamento do mercado competitivo. Isto é: toda a atuação, como as elencadas na Lei nº 19/2012, de 8 de maio, que ponham em causa as regras da concorrência, impedem o normal funcionamento do mercado e, por isso, têm um impacto sobre o mesmo.

Assim sendo, coloca-se a questão de saber se existe alguma vantagem em criminalizar estes comportamentos com o objetivo de diminuir a prática dos mesmos e compensar os lesados. Como refere J. L. Cruz Vilaça, a eficácia do direito europeu depende, também, da possibilidade de os consumidores lesados por comportamentos anti concorrenciais

verem compensados os prejuízos sofridos⁷. A criminalização das práticas anti concorrenciais é uma tendência atual, mas não recente⁸. Importa, no entanto, saber se irá trazer alguma vantagem real para o mercado interno.

Regra geral, os comportamentos anti concorrenciais são adotados por empresas que têm já um lugar de destaque no mercado e, por isso, um poder económico elevado. Como vimos anteriormente, os comportamentos anti concorrenciais podem ser punidos com coimas, sanções acessórias e sanções pecuniárias compulsórias. Os ilícitos criminais contra a economia, por sua vez, são punidos com pena de prisão e/ou pena de multa. Se se entendesse que os comportamentos anti concorrenciais que são punidos como infrações deveriam passar a ser punidos como crime, teria que ocorrer uma reformulação da lei penal onde os gerentes/administradores da empresa que adotou a conduta pudessem ser, igualmente, responsabilizados criminalmente pela prática do ato ilícito, pois, só assim, existiria uma real desvantagem para quem põe em prática condutas que violam as regras comuns relativas à concorrência.

Caso assim não fosse, não existiria qualquer efeito útil na criminalização das práticas anti concorrências, uma vez que, as sanções para as empresas enquanto arguidas e enquanto infratoras num processo contraordenacional são, em tese, as mesmas (coima/multa). Haveria, sim, diferença a nível de um eventual pedido de indemnização civil, que no processo penal pode ser requerido pelos lesados e no processo contraordenacional tal não é possível. Este pedido de indemnização iria, na prática, aumentar o valor que as empresas teriam de pagar pela sua conduta ilícita. Acresce que, os processos em Tribunal, em regra, demoram vários anos a ter uma resolução e, por isso, se todas as práticas anti concorrenciais fossem criminalizadas iria contribuir para um acréscimo de processos em Tribunal, o que atrasaria, ainda mais, a prolação de decisões.

Parece-nos que seria importante que estas práticas anti concorrenciais, continuando a ser punidas como infrações ao regime jurídico da concorrência, tivessem sanção acessórias mais pesadas e eficazes como, por exemplo, a proibição de exercício da atividade durante um determinado período.

7 VILAÇA, J.L. Cruz. Política de concorrência: o caminho da modernização. In: A.A.V.V. **50 anos do Tratado de Roma**. Lisboa: Ancora, 2007.

8 HARDING, C. Forging the European Cartel Offence: The supranational regulation of business conspiracy. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, v. 12, n. 4, 2004, p. 275-300.

Pelo exposto, sendo as sanções idênticas no processo penal e no processo contraordenacional, a existir alguma vantagem na criminalização de outros comportamentos anti concorrenciais além dos que já são considerados crime na Lei Portuguesa, esta não é evidente. A Autoridade da Concorrência e o Tribunal da Concorrência devem, por isso, ter uma intervenção mais ativa, aplicando sanções exemplares, tendo em conta a prevenção geral e especial, que previnam a reincidência dos comportamentos ilícitos.

Será, assim, indispensável uma atualização das regras comuns para a concorrência, tornando cada vez mais difícil o caminho dos infratores. Entende-se que a alteração necessária poderá não ser ao nível da criminalização de determinados comportamentos anti concorrências, mas sim quanto às sanções aplicadas aos mesmos enquanto contraordenações. Essas sim devem ter um carácter de prevenção geral e especial, o que não tem sucedido.

Referências

FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, J. Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (coords.). **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2016.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. **Teoria da integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BUSSCHER, Rick; HERZ, Martin; VEDDER, Hans, A commentary on article 101º TFEU. In: BLANKE, H-J.; MANGIAMELI, S. **The Treaty on the Functioning of the European Union. A Commentary**. New York/London: Springer, 2021.

VILAÇA, J.L. Cruz. Política de concorrência: o caminho da modernização. In: A.A.V.V. **50 anos do Tratado de Roma**. Lisboa: Ancora, 2007.

HARDING, C. Forging the European Cartel Offence: The supranational regulation of business conspiracy. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, v. 12, n. 4, 2004.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES IDOSAS

André Viana Custódio¹

Isadora Hörbe Neves da Fontoura²

1 Introdução

O fenômeno da violência é uma realidade constante no cotidiano de muitas mulheres. Durante muito tempo, homens foram postos em uma posição de superioridade e dominância em relação às mulheres, fazendo com que, conseqüentemente, elas somente ficassem responsáveis pelas atividades relacionadas ao lar e aos cuidados dos filhos. Em virtude da posição de inferioridade que as mulheres possuíam em relação aos homens, não tendo a sua própria voz, a violência doméstica era constante. Apesar das tantas evoluções ocorridas nas relações sociais ao longo das últimas décadas, essa realidade ainda existe para muitas pessoas. Para a mulher idosa, o cenário fica ainda mais complicado.

Ser uma mulher idosa é um desafio. O estigma de que a mulher é um ser frágil e inferior ao homem ainda persiste na sociedade; a pessoa idosa, por sua vez, também pode sofrer preconceitos de todas as formas em virtude de sua faixa etária. Assim, no contexto em que se encontra, a mulher idosa torna-se mais suscetível à violência doméstica.

A presente pesquisa estuda a violência doméstica contra as mulheres idosas, tendo como objetivo geral analisar a violência doméstica contra as

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilla (US/Espanha); Coordenador e Professor permanente do Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto institucional de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ; Consultor em políticas públicas. Email: andrecustodio@unisc.br.

2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. Email: isadorahorbe@hotmail.com

mulheres idosas. Os objetivos específicos são: contextualizar a violência doméstica contra as mulheres; e estudar a mulher idosa vítima de violência doméstica. Pretendeu-se responder ao seguinte questionamento: Quais as implicações da dupla opressão – de gênero e de idade – na caracterização da violência doméstica contra a mulher idosa no Brasil? Partiu-se da hipótese de que as mulheres enfrentam inúmeros obstáculos ao longo da vida, devido ao seu gênero, e esse cenário torna-se ainda mais desafiador quando são idosas, em virtude da persistente discriminação sobre sua faixa etária. A respeito do método de abordagem, foi utilizado o método dedutivo; no tocante ao método de procedimento, utilizou-se o bibliográfico; e as técnicas de pesquisa, por sua vez, resumiram-se à pesquisa bibliográfica.

Como principais resultados da pesquisa, verificou-se que as implicações da dupla opressão são resultantes da soma dos desafios enfrentados no processo de envelhecimento com a visão da mulher como o sexo frágil e inferior. Essa soma, portanto, contribui para a perpetuação e recorrência da violência doméstica contra mulheres idosas.

2 O fenômeno da violência doméstica contra as mulheres

Historicamente, a violência tem sido um fenômeno presente no cotidiano de muitas mulheres. Durante muito tempo, mulheres foram submetidas a posições de inferioridade em relação aos homens, limitadas a atividades relacionadas ao lar e aos cuidados dos filhos, enquanto homens eram responsáveis pelo sustento da família e, também, por todas as decisões da casa. Nesse sentido, conforme Costa e Tomazzetti (2023)³, a violência contra a mulher no Brasil é vista como o produto de heranças culturais de natureza patriarcal, ancoradas pela família, Estado e igreja.

Devido à longa construção histórica enraizada na sociedade, há uma expectativa de que as mulheres performem um comportamento doce, materno e, também, submisso. Os conceitos sobre a inferioridade do sexo feminino contribuíram para a manutenção desses padrões de comportamento, considerados biologicamente naturais das mulheres, embora se tratem de configurações sociais. São esses pensamentos, portanto, que favorecem os cenários para as violências constantes que as mulheres

3 COSTA, Marli Marlene Moraes da; TOMAZZETTI, Letícia da Fontoura. A possibilidade de aplicação da lei nº 11.340/06 em crimes digitais de gênero: reflexões e ponderações. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel; FERRAZ, Deise Brião (org). **Gênero, direitos humanos e políticas públicas**. Cruz Alta: Ilustração, 2023. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2023/Gnero_direitos_humanos_e_PP.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.

sofrem, mesmo dentro de suas casas, sendo agredidas por seus maridos e até mesmo seus filhos - aqueles a quem elas, conforme esse pensamento, devem amar, colocando a maternidade como seu destino inevitável (Paiva; Ferreira; Gutierrez, 2023)⁴.

Sendo assim, é em decorrência de um comportamento guiado pelo sentimento materno e amoroso que as mulheres sofrem as mais profundas violências e permanecem nessas realidades. Desde seus nascimentos, as mulheres são socializadas para amar aqueles sob seus cuidados, mesmo não sendo recíproco, colocando-os acima do amor que deve ter para consigo, e, conseqüentemente, se submeter às dinâmicas de poder, mesmo que sejam violentas, nocivas e, em muitos casos, fatais (Paiva; Ferreira; Gutierrez, 2023)⁵.

Dessa forma, as mulheres, simplesmente por serem mulheres, já sofrem numerosos preconceitos, os quais originam-se das funções que são esperadas delas em sociedade. Com a constância da violência em seu cotidiano, principalmente no interior de seus lares e em suas relações pessoais, foi necessária a criação da Lei n. 11.340, em 2006, intitulada Lei Maria da Penha. A referida lei tem como objetivo proteger as mulheres que sofreram violência doméstica.

Em seu artigo 2º, a Lei Maria da Penha discorre que todas as mulheres, independentemente de sua classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, usufruem dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo garantidas todas as oportunidades para ter uma vida sem violência, preservando a sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (Brasil, 2006)⁶. Nessa seara, todas as mulheres vítimas de violências físicas,

4 PAIVA, Elza Beatriz Barros de; FERREIRA, Breno de Oliveira; GUTIERREZ, Denise Machado Duran. Violência contra idosas: interseccionalidade e dispositivos. **Psicologia Argumento**, v. 41, n. 114, p. 3546-3561, 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/374252372_Violencia_familiar_contra_mulheres_idosas_uma_analise_sob_o_prisma_da_interseccionalidade_e_da_teorias_dos_dispositivos_uma_analise_sob_o_prisma_da_interseccionalidade_e_da_teorias_dos_dispositivos. Acesso em: 14 abr. 2024.

5 Idem.

6 BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana 22 para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

psicológicas, sexuais, patrimoniais e morais por seus companheiros, filhos e parentes, de todas as idades, serão protegidas pela referida lei.

De acordo com o seu artigo 5º, considera-se violência doméstica toda ação ou omissão baseada no gênero que ocasione morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial da mulher. Ainda, a violência deve ocorrer em âmbito doméstico e no âmbito da família (Brasil, 2006)⁷. Embora a referida lei represente um grande avanço, ela foi construída a partir de uma visão privada e familista da violência contra a mulher. Como visto, a lei somente protegerá a mulher se for vítima de violência em âmbito doméstico e familiar (Abreu; Santos, 2021)⁸. Caso sofra violência no ambiente de trabalho, por exemplo, não será amparada pela Lei 11.340 de 2006.

Conforme o artigo 6º da Lei 11.340, a violência doméstica contra as mulheres é considerada uma das formas de violação dos direitos humanos (Brasil, 2006)⁹. Assim, a Lei Maria da Penha protege as vítimas, combatendo o estigma social que considera as mulheres como seres frágeis e inferiores aos homens, muitas vezes sujeitas a violências domésticas em virtude de todo o contexto histórico que as retrata como submissas. Apesar de ser um cenário possível para mulheres de todas as idades, ele se agrava entre mulheres idosas, haja vista que este é um grupo que se encontra em um cenário delicado em razão da sua faixa etária.

3 A mulher idosa vítima de violência doméstica

Envelhecer é considerado um desafio. Ainda que as pessoas idosas possam compartilhar aprendizados que se somam às experiências de vida,

7 Idem.

8 ABREU, Ana Claudia Silva; SANTOS, Natália de Souza. Desafios da incorporação transversal da perspectiva de gênero e étnico-racial para a garantia do acesso à justiça às mulheres em situação de violência. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel; FONTOURA, Isadora Hörbe Neves da (org). **Gênero, direitos sociais e políticas públicas: discussões emergentes na sociedade contemporânea**. Cruz Alta: Ilustração, 2022. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2022/genero_direitos-sociais-e-politicas-publicas.pdf. Acesso em: 27 jun. 2024.

9 BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana 22 para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

envelhecer não é tão fácil como parece (Braide et al., 2022)¹⁰. De acordo com Fochesatto (2018)¹¹, a velhice é considerada uma fase propensa a perdas em muitos aspectos, como as modificações corporais, a perda gradativa de determinadas habilidades, a perda do trabalho pela aposentadoria, a perda do status social, a perda de familiares, entre muitas outras. Assim, nesse contexto marcado por perdas, sem as devidas adaptações há espaço para o surgimento de sintomas como angústia, apatia, distúrbios do sono e depressão.

Na mesma linha de pensamento, Gottert e Argerich (2013)¹² discorrem que, durante o processo de envelhecimento, as pessoas idosas começam a sentir rupturas em suas vidas, necessitando resgatar valores e reconstruir toda a sua identidade pessoal e social. Nesse sentido, com a aproximação da velhice, mudanças acontecem no ritmo corporal, na energia física e psíquica e, também, na saúde em geral. Consequentemente, podem surgir problemas como a depressão, declínio do interesse sexual, ansiedade e medo. Desenvolve-se entre as pessoas idosas, então, um cenário suscetível a possíveis violências, sejam elas físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais ou morais, que poderá agravar os problemas comuns do processo de envelhecimento.

Além disso, as pessoas idosas vivem em uma sociedade que constantemente desconsidera o seu potencial. Muitas sentem-se desvalorizadas pelos mais jovens, sem um lugar no mundo; como se estivessem esperando a sua morte ou, ainda, destinadas a viver em lares de repouso ou trancadas em casa (Nóbrega, 2020)¹³. Essa visão da sociedade, portanto, pode desenvolver sensações de exclusão e isolamento social.

10 BRAIDE, Andrea Stopiglia Guedes *et al.* Um “novo” olhar para a mulher idosa no século XXI: envelhecimento e sexualidade na melhor idade. *In*: CHAI, Cássius Guimarães; RAMOS, Emerson Erivan de Araújo; CALDAS, José Manuel Peixoto (org). **Novos direitos e novas cidadanias no envelhecer do século XXI: a realidade do idoso no Brasil**. João Pessoa: Editora UFPB, 2022. Disponível em: <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/view/845/990/9963-1>. Acesso em: 14 abr. 2024.

11 FOCHESTATTO, Waleska Pessato Farenzena. Reflexões sobre o envelhecer: a clínica com idosos e a escuta psicanalítica em um serviço de pesquisa. **Estudos de Psicanálise**, Belo Horizonte, n. 50, p. 155–160, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ep/n50/n50a17.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

12 GOTTERT, Débora Teixeira; ARGERICH, Eloísa Nair de Andrade. A defesa da dignidade e bem-estar do idoso diante das inovações da Constituição Federal e Estatuto do Idoso. *In*: LONDERO, Josirene Candido; BIRNFELD, Carlos André Hüning. **Direitos sociais fundamentais: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade**. Rio Grande: Editora da FURG, 2013. Disponível em: https://direito.furg.br/images/stories/LIVROS/DIREITOS_SOCIAIS_FUNDAMENTAIS/08Gottert2013_DSf.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.

13 NÓBREGA, Pedro Ricardo da Cunha. Discutindo envelhecimento humano a partir

A visão preconceituosa sobre o envelhecimento muitas vezes decorre da insuficiente informação a respeito do processo, gerando significados e imagens negativas, comprometendo a vivência e a interação entre as pessoas. Esses significados compõem estereótipos que podem ou não levar à exclusão ou valorização dos idosos na comunidade (Bonfim *et al.*, 2019, p. 7)¹⁴.

Para proteger os direitos das pessoas idosas e garantir que elas tenham uma vida com dignidade, foi criado, em 2003, o Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003)¹⁵. Todavia, a violação de direitos humanos das pessoas idosas possui um índice alto. De acordo com o painel de dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, que tem como finalidade garantir a todas as pessoas a oportunidade de registrar suas reclamações e denúncias de violações de direitos humanos por meio de canais de comunicações, no 1º semestre de 2024 ocorreram 1.124.297 violações contra pessoas de todas as idades. Entre elas, as mulheres idosas de 70 a 74 anos lideraram o ranking, totalizando 5.712 denúncias, enquanto os homens idosos da mesma idade tiveram 2.558 denúncias (Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2024)¹⁶.

Dessa forma, ser uma mulher idosa é um desafio, mesmo em pleno século XXI. O estigma de que a mulher é um ser frágil e inferior ao homem ainda persiste na sociedade; a pessoa idosa, por sua vez, também pode sofrer preconceitos de todas as formas em virtude de sua faixa etária. Logo, a violência física contra a mulher idosa pode ocorrer de uma forma mais incisiva, uma vez que, à medida que a idade avança, a força muscular torna-se menor, amplificando a construção histórica de fragilidade e inferioridade

do cotidiano e da geografia. In: SAMPAIO, Edilson Coelho (org). **Envelhecimento humano: desafios contemporâneos**. São Paulo: Científica Digital, 2020. Disponível em: <https://www.editoracientifica.com.br/livros/livro-envelhecimento-humano-desafios-contemporaneos-volume-1>. Acesso em: 14 abr. 2024.

- 14 BONFIM, Amanda Pereira Silva *et al.* Feminilidade, corpo e envelhecimento humano: percepções da autoimagem de mulheres idosas na velhice. Revista Uningá, Maringá, v. 56, p. 1-12, jul./set. 2019. Disponível em: <https://revista.uninga.br/uninga/article/view/805>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- 15 BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.
- 16 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. 1º Semestre de 2024 - Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados/primeiro-semester-de-2024>. Acesso em: 13 abr. 2024.

sobre as mulheres, especialmente quando elas se tornam fisicamente mais debilitadas (Chai *et al.*, 2022)¹⁷.

A violência contra a mulher idosa, inclusive, pode ocorrer na esfera financeira, quando, mesmo sendo titular de determinado benefício previdenciário, como aposentadorias e pensões, enfrentam dificuldades físicas e intelectuais para realizar os trâmites bancários de movimentação em sua conta, necessitando de auxílio de um terceiro. Isso pode resultar na perda de sua independência financeira (Chai *et al.*, 2022)¹⁸. Ambas as situações de violência podem ser cometidas pelos maridos, filhos ou parentes próximos da vítima idosa, configurando o cenário como violência doméstica prevista na Lei Maria da Penha.

Assim, no contexto em que se encontra, a mulher idosa torna-se mais suscetível à violência doméstica prevista na mencionada lei. A ocorrência ou o aumento da violência contra a mulher idosa, portanto, é uma questão que envolve tanto fatores de gênero quanto de idade, sendo iniciada por estigmas sociais sobre a inferioridade do sexo feminino e agravada pelas dificuldades naturais presentes na esfera do envelhecimento.

4 Conclusão

O presente artigo buscou debater a respeito da violência doméstica contra as mulheres idosas.

Na primeira parte do estudo, fez-se uma contextualização a respeito do fenômeno da violência doméstica contra as mulheres. Durante muito tempo, mulheres foram submetidas a posições de inferioridade em relação aos homens, limitadas a atividades relacionadas ao lar e aos cuidados dos filhos, enquanto homens eram responsáveis pelo sustento da família e, também, por todas as decisões da casa. Dessa maneira, como não possuíam voz, não tinham sua dignidade e seus direitos respeitados. Então, a probabilidade de agressão de homens contra mulheres aumentava. Existe, ainda, uma expectativa de que mulheres performem um comportamento doce, materno e, também, submisso, sendo que esses conceitos de inferioridade contribuem para a manutenção de determinados padrões de

17 CHAI, Cássius Guimarães *et al.* Patriarcado e mulher: análise da violência na ordem patriarcal de gênero à mulher idosa. In: CHAI, Cássius Guimarães; RAMOS, Emerson Erivan de Araújo; CALDAS, José Manuel Peixoto (org). **Novos direitos e novas cidadanias no envelhecer do século XXI: a realidade do idoso no Brasil**. João Pessoa: Editora UFPB, 2022. Disponível em: <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/view/845/990/9963-1>. Acesso em: 13 abr. 2024.

18 Idem.

comportamento, considerados biologicamente naturais às mulheres. Foi necessária a criação da Lei 11.340 de 2006, intitulada Lei Maria da Penha, para proteger as mulheres vítimas de violência no ambiente doméstico e familiar.

Partindo disso, no segundo momento foi analisada a mulher idosa vítima de violência doméstica. O envelhecimento é considerado um processo desafiador, haja vista que a velhice é considerada uma fase propensa a perdas em muitos aspectos, como as modificações corporais, a perda gradativa de determinadas habilidades, podendo ocorrer o surgimento de sintomas como angústia e depressão. Desenvolve-se entre as pessoas idosas, então, um cenário delicado para a ocorrência de possíveis violências, sejam elas físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais ou morais. O estigma de que a mulher é um ser frágil e inferior ao homem ainda persiste na sociedade; a pessoa idosa, por sua vez, também pode sofrer preconceitos de todas as formas em virtude de sua faixa etária.

Observa-se, portanto, que a dupla opressão – de gênero e de idade – é um fator agravante e alarmante para a ocorrência e o aumento da violência doméstica contra as mulheres idosas. O processo de envelhecimento gera desafios e mudanças que podem ocasionar problemas como a depressão, ansiedade e medo e a visão da mulher como o sexo frágil e inferior, torna um cenário ainda mais complicado para elas. Essa soma, então, contribui para a perpetuação e recorrência da violência contra mulheres idosas.

Referências

ABREU, Ana Claudia Silva; SANTOS, Natália de Souza. Desafios da incorporação transversal da perspectiva de gênero e étnico-racial para a garantia do acesso à justiça às mulheres em situação de violência. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel; FONTOURA, Isadora Hörbe Neves da (org). **Gênero, direitos sociais e políticas públicas: discussões emergentes na sociedade contemporânea**. Cruz Alta: Ilustração, 2022. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2022/genero_direitos-sociais-e-politicas-publicas.pdf. Acesso em: 27 jun. 2024.

BONFIM, Amanda Pereira Silva *et al.* Feminilidade, corpo e envelhecimento humano: percepções da autoimagem de mulheres idosas na velhice. **Revista Uninga**, Maringá, v. 56, p. 1-12, jul./set. 2019. Disponível em: <https://revista.uninga.br/uninga/article/view/805>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRAIDE, Andrea Stopiglia Guedes *et al.* Um “novo” olhar para a mulher idosa no século XXI: envelhecimento e sexualidade na melhor idade. *In*: CHAI, Cássius Guimarães; RAMOS, Emerson Erivan de Araújo; CALDAS, José Manuel Peixoto (org). **Novos direitos e novas cidadanias no envelhecer do século XXI**: a realidade do idoso no Brasil. João Pessoa: Editora UFPB, 2022. Disponível em: <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/view/845/990/9963-1>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana 22 para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

CHAI, Cássius Guimarães *et al.* Patriarcado e mulher: análise da violência na ordem patriarcal de gênero à mulher idosa. *In*: CHAI, Cássius Guimarães; RAMOS, Emerson Erivan de Araújo; CALDAS, José Manuel Peixoto (org). **Novos direitos e novas cidadanias no envelhecer do século XXI**: a realidade do idoso no Brasil. João Pessoa: Editora UFPB, 2022. Disponível em: <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/view/845/990/9963-1>. Acesso em: 13 abr. 2024.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; TOMAZZETTI, Letícia da Fontoura. A possibilidade de aplicação da lei nº 11.340/06 em crimes digitais de gênero: reflexões e ponderações. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel; FERRAZ, Deise Brião (org). **Gênero, direitos humanos e políticas públicas**. Cruz Alta: Ilustração, 2023. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2023/Gnero_direitos_humanos_e_PP.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.

FOCHESATTO, Waleska Pessato Farenzena. Reflexões sobre o envelhecer: a clínica com idosos e a escuta psicanalítica em um serviço de pesquisa. **Estudos de Psicanálise**, Belo Horizonte, n. 50, p. 155–160, 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ep/n50/n50a17.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

GOTTERT, Débora Teixeira; ARGERICH, Eloísa Nair de Andrade. A defesa da dignidade e bem-estar do idoso diante das inovações da Constituição Federal e Estatuto do Idoso. *In*: LONDERO, Josirene Candido; BIRNFELD, Carlos André Hüning. **Direitos sociais fundamentais**: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade. Rio Grande: Editora da FURG, 2013. Disponível em: https://direito.furg.br/images/stories/LIVROS/DIREITOS_SOCIAIS_FUNDAMENTAIS/08Gottert2013_DSF.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. 1º Semestre de 2024 - Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados/primeiro-semester-de-2024>. Acesso em: 13 abr. 2024.

NÓBREGA, Pedro Ricardo da Cunha. Discutindo envelhecimento humano a partir do cotidiano e da geografia. *In*: SAMPAIO, Edilson Coelho (org). **Envelhecimento humano**: desafios contemporâneos. São Paulo: Científica Digital, 2020. Disponível em: <https://www.editoracientifica.com.br/livros/livro-envelhecimento-humano-desafios-contemporaneos-volume-1>. Acesso em: 14 abr. 2024.

PAIVA, Elza Beatriz Barros de; FERREIRA, Breno de Oliveira; GUTIERREZ, Denise Machado Duran. Violência contra idosas: interseccionalidade e dispositivos. **Psicologia Argumento**, v. 41, n. 114, p. 3546-3561, 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/374252372_Violencia_familiar_contra_mulheres_idosas_uma_analise_sob_o_prisma_da_interseccionalidade_e_da_teorias_dos_dispositivos_uma_analise_sob_o_prisma_da_interseccionalidade_e_da_teorias_dos_dispositivos. Acesso em: 14 abr. 2024.

A NECESSIDADE DE COMBATE AO ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS NA ERA DIGITAL

Jamily Maiara Menegatti Oliveira¹

1 Introdução

As crianças são titulares de todos os direitos humanos e fundamentais, sem prejuízo dos direitos especiais que lhe são inerentes em razão de serem pessoas em desenvolvimento. Porém, esta é uma realidade recente, fruto de uma evolução legislativa.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas estabelece que as crianças têm direito a cuidados e assistência especiais. Já a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 – considerada um marco histórico no sistema de proteção universal –, trouxe avanços como o princípio da não discriminação, do melhor interesse da criança e assegurou o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento.

Segundo o Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança², a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é o documento que inaugura os direitos das crianças no âmbito da União Europeia (UE), dispondo sobre a gratuidade do ensino obrigatório (artigo 14º), bem como sobre a proibição de discriminação em razão da idade (artigo 21º), além disso, assegura em seu artigo 24º que as crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar e estabelece a vedação do trabalho infantil (artigo 32º).

No mesmo sentido, o artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE) elenca como um dos objetivos da União a proteção dos direitos da criança. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por sua vez, permite que a UE adote medidas para combater a exploração sexual e o tráfico de seres humanos, em especial das crianças (artigo 79º e 83º).

Assim, podemos afirmar que a legislação tem evoluído para estabelecer um sistema de proteção aos infantes. Para Lima, Poli e São José:

1 Advogada. Mestranda em Direito da União Europeia pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Endereço eletrônico: jamily_menegatti@hotmail.com.

2 COUNCIL OF EUROPE, European Union Agency for Fundamental Rights, **Handbook on European law relating to the rights of the child**, Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2022, p. 22, disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2811/610564>, acesso em 22 dez. 2023.

Paulatinamente a criança e o adolescente passam a ser considerados pela sociedade e pelo legislador como indivíduos carecedores e detentores de direitos e garantias fundamentais. Deixam de ser tratados como um “fardo” ou um “objeto” e passam, gradativamente, a serem vistos pela sociedade com olhar mais humano e indistinto³.

Porém, em que pese o aumento significativo de leis objetivando a tutela das crianças, ainda há um longo caminho para que seus direitos sejam assegurados e que elas sejam, de fato, enxergadas como sujeitos de direitos e tratadas com a devida absoluta prioridade.

As crianças, por serem pessoas em desenvolvimento, são vulneráveis, podendo sofrer vários tipos de violência, em especial a exploração sexual. Além disso, a situação piora com os efeitos da globalização e das crises econômicas e sociais. Para Fernandes e Tomás:

A crise econômica e social, que afeta todos os países, aprofundou a situação de vulnerabilidade das crianças, nomeadamente pelos efeitos da globalização, o aumento das desigualdades sociais, a emergência de novos riscos (e.g. internet) e a manutenção dos “velhos riscos”, como o abuso sexual⁴.

De facto, a exploração sexual das crianças sempre existiu, sendo que as infrações são perpetradas às escondidas, na maioria dos casos por pessoas do círculo social das vítimas. Todavia, no atual contexto do século XXI, à medida em que a internet é expandida, há uma explosão do mercado de materiais de abuso sexual infantil e os criminosos também conseguem novas formas de invadir a privacidade da vítima e de efetivarem os abusos praticamente de forma invisível.

Segundo as informações disponibilizadas pelo Conselho da Europa no Canal dos Direitos Humanos⁵, foi identificado que uma em cada cinco crianças é vítima de violência sexual na Europa, sendo que entre 70% e 85% das crianças conhecem o seu agressor, ou seja, trata-se de pessoas que são de confiança da vítima. O mesmo estudo concluiu que cerca de um terço das crianças que foram vítimas de abuso sexual nunca contam a ninguém,

3 LIMA, R. M. de; POLI, L. M.; SÃO JOSÉ, F. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, nº 7, v. 2, 2017, p. 323, disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/237>, acesso em 02 jan. 2024.

4 FERNANDES, N.; TOMÁS, C. A. Direitos abusados: reflexões sociológicas sobre abuso sexual de crianças. In: SANI, A., NUNES, L., **Crime Justiça e Sociedade: desafios emergentes e propostas multidisciplinares**. Porto: Edições Criap, 2014, p. 80-81.

5 CONSELHO DA EUROPA, Canal de Direitos Humanos. **Campanha Start To Talk**. Estrasburgo, França. 2020, disponível em: <https://human-rights-channel.coe.int/stop-child-sexual-abuse-in-sport-pt.html>, acesso em 12 de dez. 2023.

pois em algumas situações são incapazes de reconhecer o abuso sexual (*e.g.* crianças de tenra idade, com deficiência, vítimas de abusos perpetrados de forma dissimulada ou lúdica), ou apresentam sentimentos de vergonha, culpa ou medo de que não acreditem nelas ou sofram consequências e represálias. Muitas vezes os casos ficam ocultos até mesmo porque as vítimas não sabem a quem contar. Além disso, os abusadores geralmente se aproveitam de situações de poder⁶ e hierarquia e há certa tendência em atribuir à vítima a culpa pelo abuso.

Consoante o relatório do Secretariado-Geral do Conselho da União Europeia⁷, no ano de 2022 foram identificados 684 casos de exploração sexual de crianças. Em que pese os dados serem assustadores, a verdade é que estes números podem ser simplesmente a ponta do iceberg, pois as estatísticas demonstram apenas os casos relatados.

Assim, o presente trabalho tem como objeto identificar as formas de violação sexual infantil online bem como as propostas e Diretivas da União no âmbito do combate à violência sexual contra crianças, identificando os desafios de se estabelecer uma internet segura aos infantes e a necessidade de combate à criminalidade frente às inovações tecnológicas, com um olhar humanizado para as vítimas.

2 Formas de abuso sexual praticadas contra crianças na era digital

A Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, define em seu artigo 2º, alínea a), que criança é a pessoa com menos de 18 anos de idade. Porém, a maioridade sexual, ou seja, a idade abaixo do qual é proibida a prática de atos sexuais com crianças, deve ser estabelecida pelos Estados-Membros, segundo a legislação nacional⁸.

6 No desporto, por exemplo, há fatores que favorecem o abuso sexual, *e.g.*, tolerância à violência física e às lesões, liderança autoritária e relações de poder desequilibradas, contato físico indispensável, estrutura de recompensas, entre outros.

7 GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (GSC). **Impact 2022 Results Factsheets**. 2023, disponível em: https://www.consilium.europa.eu/media/65450/2023_225_impact-factsheets-2022_web-final.pdf, acesso em 20 dez. 2023.

8 De acordo com a pesquisa de 2017, conduzida pela Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais, todos os Estados-Membros estabelecem uma idade mínima para o consentimento sexual, sendo que Áustria, Bulgária, República Checa, Alemanha, Dinamarca, Estónia, Grécia, França, Croácia, Hungria, Itália, Polónia, Portugal, Roménia, Suécia, Eslovénia e Eslováquia estabelecem a idade mínima entre 14 e 15 anos de idade. Já

O termo abuso sexual é utilizado para denominar de forma ampla os atos de natureza sexual em que não há consentimento da vítima. Trata-se da participação de uma criança em atividades de natureza sexual, visando a satisfação de um adulto ou de uma criança mais velha. O abuso sexual pode ocorrer mediante a prática de aliciamento sexual, importunação sexual, pornografia infantil, prostituição infantil, entre outros.

O aliciamento sexual é realizado através de práticas que objetivam estabelecer uma conexão emocional com a criança. Pode ser realizado pessoalmente ou por interposta pessoa e pode ou não visar ganho financeiro. Com a crescente democratização do acesso à internet, as crianças estão cada vez mais vulneráveis a serem alvos de aliciadores. Segundo o Considerando n.º 19 da Diretiva 2011/93/UE, o aliciamento de crianças para fins sexuais constitui uma ameaça com características específicas no contexto da Internet, à medida em que confere aos utilizadores um anonimato, em que ocultam sua verdadeira identidade e suas características pessoais, como a idade. Nos termos do artigo 6º da Diretiva em comento, o aliciamento ocorre com o intuito de cometer crimes relativos ao abuso e exploração sexual, bem como relativos à produção de pornografia infantil, e, havendo atos materiais, deve ser punido com uma pena de prisão não inferior a um ano.

Outra forma de abuso sexual de crianças é a confecção ou armazenamento de materiais que contenham pornografia infantil⁹, consistente em fotografias ou vídeos que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou também a representação dos órgãos de uma criança para fins sexuais¹⁰. Segundo um estudo conduzido pela *Internet Watch Foundation*, a Inteligência Artificial (IA) está sendo utilizada cada vez mais para criar

Bélgica, Chipre, Espanha, Finlândia, Irlanda, Lituânia, Luxemburgo, Letónia e Países Baixos fixaram a idade mínima para consentimento sexual entre os 16 e 17 anos. Enquanto Malta estabelece que o consentimento só é válido para maiores de 18 anos de idade. Para mais ver: COUNCIL OF EUROPE, European Union Agency for Fundamental Rights. **Minimum age requirements related to rights of the child in the EU**. 2017, disponível em: https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/minag?dataSource=MINAG_en_62754&media=png&width=740&topic=group01&question=MINAG_MSR02&plot=MAP&subset=NONE&subsetValue=NONE&answer=MINAG_MSR02&year=2017, acesso em 04 jan. 2024.

9 Importante salientar que o Considerando n.º 17 da Diretiva 2011/93/UE permite que os Estados-Membros prevejam causa de exclusão da ilicitude em relação a comportamentos associados a pornografia infantil quando utilizados para fins médicos, científicos ou similares, ou quando a posse do material ocorre para autoridades para condução de processos penais ou para prevenir, detectar e investigar crimes.

10 Artigo 2º, C, da Diretiva 2011/93/UE.

imagens de abuso sexual infantil online. Neste sentido, o abusador digita o que deseja ver e o software gera uma imagem que pode ser tão convincente e até indistinguível de imagens reais¹¹.

Para a *Child Rescue Coalition*¹², com a amplificação da Internet e das tecnologias digitais, a circulação de material de abuso sexual infantil, por vezes referida como “pornografia infantil”, aumentou em todo o mundo. Segundo esta mesma instituição, o arquivo de abuso infantil mais compartilhado foi veiculado em mais de 2,5 milhões de endereços IP exclusivos, sendo que cada predador sexual tem, em média, entre 50 e 150 vítimas ao longo de suas vidas.

Além disso, muitas vezes as vítimas são alvos de organizações criminosas, que se estruturam em caráter transnacional para a prática dos ilícitos. Neste sentido são as lições de Rodrigues:

O uso do cyberspaço para cometer o crime de pornografia infantil é preocupação que transcende o âmbito das nações, sendo, hodiernamente, uma preocupação internacional, pois, uma vez na rede mundial de computadores, qualquer pessoa pode acessar a qualquer informação (aí incluídos arquivos como fotos, vídeos, dentre outros) em qualquer parte do mundo, desde que possua um simples computador ou assemelhado, com acesso à Internet. E a preocupação é ainda maior quando o aludido crime passa a ser semelhante às organizações criminosas, que “objetifica”, usa como objeto as crianças para obter lucros¹³.

As crianças também podem ser exploradas sexualmente pela prática da prostituição infantil, consistente na utilização de crianças em atos sexuais quando for dado ou prometido dinheiro e/ou outra forma de remuneração ou recompensa a troco da participação das crianças em atos sexuais, independentemente de este pagamento, promessa ou recompensa ser feito às crianças ou a terceiras pessoas¹⁴.

11 Para mais ver: INTERNET WATCH FOUNDATION (IWF). **How AI is being abused to create child sexual abuse imagery**. 2023, disponível em: <https://www.iwf.org.uk/about-us/why-we-exist/our-research/how-ai-is-being-abused-to-create-child-sexual-abuse-imagery/>, acesso em 15 maio 2024.

12 CHILD RESCUE COALITION. **The expansion of the internet lies parallel to the explosion of the child sexual abuse material market**, disponível em: <https://childrescuecoalition.org/the-issue/>, acesso em 20 de dez. 2023.

13 RODRIGUEZ, L. da S. **Crianças transformadas em mercadorias: organizações criminosas da pornografia infantil no ciberespaço**. (Monografia) Porto Alegre: UFRGS, 2015, p. 7, disponível em <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/143646/000996443.pdf?sequence=1>, acesso em 05 jan. 2024.

14 Artigo 2º, D, da Diretiva 2011/93/UE.

Além disso, muitas vezes as crianças são vítimas de tráfico humano para exploração sexual.

No *Relatório sobre a regulamentação da prostituição na UE: as suas implicações transfronteiriças e o seu impacto na igualdade de género e nos direitos das mulheres de 2023*¹⁵, constatou-se que as mulheres e as crianças em situação de pobreza atingidas pela discriminação estrutural e intersetorial são as mais vulneráveis à exploração sexual através da prostituição e da escravatura, bem como ao aliciamento e às armadilhas montadas por redes criminosas, sendo que as crianças ainda são sujeitas a exploração cumulativa sob a forma de abuso sexual, assédio sexual e violação.

Diante disso, podemos notar que há várias formas de abuso sexual infantil, sendo que a era digital propiciou ainda mais o abuso sexual de crianças e, conseqüentemente, a violação dos direitos humanos das vítimas.

Com efeito, a internet é o meio mais eficaz para que o agente consiga persuadir a vítima vulnerável a se expor sexualmente, podendo ocultar sua identidade através de perfis falsos, ganhando a confiança dela. No mais, as organizações criminosas conseguem perpetrar as condutas de forma transfronteiriça, utilizando sistemas de criptografia de dados e agindo de forma estruturada com perfeita divisão de tarefas, dificultando ainda mais a investigação e respectiva punição.

Além disso, segundo a EUROPOL¹⁶, são utilizadas redes *peer-to-peer* (P2) e acesso anonimizado como redes *Darknet* (por exemplo Tor), sendo que estes ambientes são utilizados para distribuição de material de abuso infantil com caráter não comercial. Em caráter comercial, geralmente o abuso sexual ocorre através de transmissão ao vivo, através de *streamings*, bem como solicitação online e extorsão sexual. Portanto, o abuso sexual infantil na era digital trata-se de um fenómeno que evolui proporcionalmente à evolução das tecnologias digitais.

15 UNIÃO EUROPEIA, Parlamento Europeu. **Relatório sobre a regulamentação da prostituição na UE: as suas implicações transfronteiriças e o seu impacto na igualdade de género e nos direitos das mulheres**. Comissão dos Direitos das Mulheres e da Igualdade dos Géneros. (2022/2139(INI)), 2023, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0240_PT.html, acesso em 20 de dez. 2023.

16 EUROPEAN UNION AGENCY FOR LAW ENFORCEMENT COOPERATION (EUROPOL). **Exploiting isolation: offenders and victims of online child Sexual Abuse during the covid-19 pandemic**. 2020, disponível em: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/europol_covid_report-cse_jun2020v.3_0.pdf, acesso em 04 de jan. 2024.

3 Influência da COVID-19 na escala do abuso sexual infantil

A pandemia de COVID-19, afetou todo o mundo, e, especificamente também os países europeus. Em março de 2020 todos os Estados-Membros da UE apresentaram casos de COVID-19 e o número de pessoas infetadas começou a aumentar.

Para limitar a propagação do vírus altamente contagioso que assolava o mundo, foram necessárias algumas medidas, tais como o isolamento social em residências, a prática do *home office* e a paralisação de atividades escolares presenciais. Este fenómeno desencadeou um maior acesso às redes, pois tratava-se do meio mais acessível e viável para as atividades profissionais, educativas e sociais. Assim, os predadores sexuais aproveitavam a vulnerabilidade das vítimas para perpetrar abusos em um contexto em que já estavam fragilizadas e socialmente isoladas.

Segundo a EUROPOL, no estudo *Explorando o isolamento: infratores e vítimas de abuso sexual infantil online durante a pandemia de COVID-19*¹⁷, a área da cibercriminalidade foi uma das mais afetadas pela COVID-19, incluindo abuso sexual infantil online, concluindo que houve aumento significativo nas atividades relacionadas ao abuso e exploração sexual de crianças tanto na superfície, quanto na *Dark Web*, além disso, como as restrições impediam os agressores de viajarem e se relacionarem pessoalmente durante a pandemia, mudaram seu foco para a prática de atividades de compartilhamento de material de abuso sexual infantil (CSAM¹⁸).

A EUROPOL também concluiu que os níveis consistentes de atividades dos infratores na *Dark Web* durante o confinamento refletem o modelo de negócio organizado em curso, havendo, portanto, uma evolução de ameaça para as crianças.

No estudo realizado, foi observado que o número de encaminhamentos do Centro Nacional de Crianças Desaparecidas e Exploradas, que é um indicador de quantidade de CSAM distribuídos na superfície *web*, aumentou no início de março de 2020, época em que os Estados-Membros adotaram os seus confinamentos. Além disso,

17 EUROPOL, **Exploiting isolation**, *op. cit.*

18 CSAM (“child sexual abuse material”), para mais informações ver: JASPER, S. Como identificamos, removemos e denunciemos material de abuso sexual infantil. **Blog do Google Brasil**. 09 dez, 2022, disponível em: <https://blog.google/intl/pt-br/novidades/tecnologia/como-identificamos-removemos-e-denunciamos-material-de-abuso-sexual-infantil/>, acesso em 04 jan. 2024.

os Estados-Membros também comunicaram um aumento no número de tentativas bloqueadas de acesso a páginas eletrônicas com material de abuso sexual infantil, acompanhado por um aumento de crimes de CSAM denunciados, como aliciamento online e *sextorção*. A EUROPOL também concluiu que os crimes praticados durante o confinamento possivelmente impactarão e estimularão a procura por este material futuramente.

Diante disso, para fazer face à evolução das ameaças, a União Europeia adotou um plano de ação para o combate ao abuso sexual de crianças, no âmbito da estratégia da União Europeia para a Segurança entre 2020 e 2025, estabelecendo que a luta contra o abuso sexual de crianças trata-se de uma prioridade. Foram definidas oito iniciativas para aplicar e desenvolver um quadro jurídico adequado a fim de encontrar uma resposta eficaz à luta contra o abuso sexual.

Em primeiro lugar, a UE destacou que deve ser assegurada a aplicação cabal da legislação atual, ou seja, da Diretiva 2011/93/UE. Neste sentido, em 2022, a Comissão enviou cartas de notificação à Irlanda (INFR(2019)2235), e cartas de notificação adicionais à Itália (INFR(2018)2335), Portugal (INFR(2018)2334) e a Espanha (INFR(2018)2197)¹⁹. Para a Comissão, tais Estados-Membros transpuseram incorretamente determinadas disposições da Diretiva relativas à definição de determinados crimes, à prevenção e à assistência às vítimas²⁰.

No mais, a legislação da UE deve permitir uma resposta eficaz, assegurando instrumentos legislativos de proteção, neste sentido, em 11 de maio de 2022, a Comissão apresentou uma proposta de regulamento do Parlamento e do Conselho que estabelece regras para a prevenção e combate ao abuso sexual de crianças²¹, visando criar uma internet segura para as crianças, impondo aos prestadores de serviços de internet obrigações relativas à detecção, denúncia, remoção e bloqueio de conteúdos de abuso

19 UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Pacote de procedimentos de infração de janeiro: principais decisões**. Bruxelas, 24 jan. 2019, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/PT/MEMO_19_462, acesso em 04 jan. 2024.

20 Importante destacar que nos termos do artigo 83º do TFUE existe uma lista exaustiva de domínios da criminalidade em que o Parlamento Europeu e o Conselho podem estabelecer regras mínimas relativas à definição de infrações penais e das sanções em domínio da criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou da incidência dessas infrações, nela compreendendo a exploração sexual de crianças. Portanto, cada Estado-Membro deve transpor adequadamente as Diretivas.

21 UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras para prevenir e combater o abuso sexual de crianças**. Bruxelas, 11.5.2022, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:13e33abf-d209-11ec-a95f-01aa75ed71a1.0017.02/DOC_1&format=PDF, acesso em 04 jan. 2024.

sexual e de aliciamento de crianças e o estabelecimento de uma nova Agência descentralizada – o Centro Europeu para a Prevenção e Combate ao Abuso Sexual de Crianças.

A COVID-19 evidenciou a necessidade de melhorar os sistemas das autoridades policiais a fim de que protejam eficazmente os cidadãos. Com efeito, os Estados-Membros apresentam estruturas diferentes, devendo dispor de unidades especializadas devidamente equipadas.

Também deve haver esforços colaborativos europeus e internacionais para identificar os criminosos e dismantelar organizações criminosas, juntamente com o Centro Europeu da Cibercriminalidade (EC3) da EUROPOL ou através da base de dados da Interpol, uma vez que os casos que envolvem cibercrimes geralmente demandam cooperação judiciária internacional e os Estados-Membros devem investir em encaminhamento sistemático de informações para a EUROPOL, pois trata-se do polo central de informação em matéria penal da UE. Para Freitas:

Como se trata de um crime facilitado grandemente pelas tecnologias de informação e comunicação, em que os agentes podem estar em locais absolutamente opostos das suas vítimas, em países diferentes, é importante que exista uma certa harmonização das legislações penais de todos os países de modo a permitir uma cooperação entre todos com o objetivo de descobrir o criminoso²².

Assim, é necessária uma máxima cooperação de todos os Estados-Membros, visando o combate ao abuso sexual, sem deixar de lado os interesses das vítimas.

4 Da necessidade de proteção e apoio às vítimas de abuso sexual infantil.

Muitas vezes a vítima acaba tendo uma invisibilidade no processo penal e no caso específico do abuso sexual de crianças revela uma realidade ainda mais cruel: a banalização da violência.

Inúmeras crianças temem relatar a violência e serem ridicularizadas, contraditadas e até mesmo acusadas de mentirosas. Em outros casos, além da violência sofrida pelo agressor, a vítima sofre uma vitimização

22 FREITAS, C. I. dos S. **O Crime de Pornografia Infantil**. Análise Crítica de Incriminações. Janeiro de 2022, Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2022, p. 12, disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/99811/1/Disserta%3%a7%3%a3o%20-%20Carlota%20Freitas%20%28n2015252285%29.pdf>, acesso em 02 jan. 2024.

secundária, pela família, pela sociedade e pelas instituições que deveriam protegê-la. Porém, a culpa nunca é da criança.

A proteção da vítima no âmbito da União Europeia é relativamente recente. Em 15 de março de 2001, o Conselho adotou a Decisão-Quadro 2001/11/JAI, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. O Programa de Estocolmo instou a Comissão e os Estados-Membros a analisarem formas de melhorarem a legislação e medidas de apoio e proteção às vítimas. Por sua vez, o artigo 82º, nº 2 do TFUE estabelece a cooperação policial e judiciária nas matérias penais transfronteiriças, sendo que o Parlamento Europeu e o Conselho podem estabelecer regras mínimas para proteção dos direitos das vítimas da criminalidade. O Roteiro de Budapeste (Resolução de 10 de junho de 2011) para o reforço dos direitos da proteção das vítimas em processo penal, reafirmou os direitos, apoio e proteção das vítimas da criminalidade.

Por sua vez, a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas de criminalidade deve ser conjugada com outros instrumentos legais, tais como a Diretiva 2011/93/UE, relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote).

É importante destacar que tal arcabouço jurídico não visa alterar a estrutura do processo penal e seus atores principais, nem prejudica os direitos dos suspeitos, acusados ou autores dos crimes, mas objetiva reconhecer que a criminalidade viola os direitos humanos das vítimas, sendo que elas devem ser tratadas com respeito, sem discriminações de raça, cor, origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião, convicções políticas, deficiências, idade, género, identidade de género, orientação sexual, etc.

Nos termos do artigo 2º, 1, da Diretiva 2012/29/UE vítima é uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, nomeadamente um dano físico, moral ou emocional ou um prejuízo material, causado por um crime, bem como os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime.

Na aplicação da Diretiva, as crianças vítimas devem ser consideradas e tratadas como titulares plenos dos direitos previstos e devem poder exercer tais direitos de uma forma que tenha em conta a sua capacidade de formar suas próprias opiniões. No mais, o superior interesse da criança

deve constituir a principal preocupação²³ e deve ser avaliado de forma personalizada, prevalecendo uma abordagem sensível à criança, levando em conta a idade, maturidade, pontos de vista, necessidades e preocupações. Para Livingstone *et al.*:

No que diz respeito aos direitos humanos das crianças, a determinação do “superior interesse” pode desempenhar um papel crucial na identificação dos direitos que devem ter precedência em situações em que estão em causa direitos potencialmente incompatíveis. [...]. Quando está em causa a proteção das crianças contra a exploração, essa determinação invariavelmente se inclinará a garantir o direito humano à proteção²⁴.

Cabe ressaltar que por proteção integral deve-se compreender o conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança, guardando relação com o princípio do melhor interesse, que traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, os aplicadores do direito – advogados, defensores públicos, promotores de justiça e juízes – devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível à criança²⁵ (BARROS, 2020).

No mais, cabe destacar que as crianças vítimas não devem ser privadas do direito de serem ouvidas no processo penal pelo fato de serem crianças, ou em razão da sua idade²⁶; e tanto a criança quanto o titular de sua responsabilidade devem ser informados das medidas que forem centradas na vítima.

Nos termos do artigo 24º da Diretiva 2012/29/UE, os Estados-Membros devem assegurar que nos casos de a vítima ser uma criança, nas investigações penais todas as suas inquirições possam ser gravadas por meios audiovisuais, e que essas gravações possam servir como meio de prova em processo penal. Porém, as regras relativas às gravações e à sua utilização são determinadas pela legislação nacional²⁷. Neste sentido, poderia ter havido um maior âmbito de proteção da vítima, principalmente nos casos de crimes sexuais, pois caso houvesse um procedimento de depoimento sem danos ou escuta especializada, evitaria uma reinquirição e vitimização

23 Considerando 14 e Artigo 1º, 2, da Diretiva 2012/29/UE

24 LIVINGSTONE, S; CANTWELL, N.; ÖZKUL, D; SHEKHAWAT, G.; KIDRON, B. **The best interests of the child in the digital environment**. Digital Futures for Children Centre, LSE and 5Rights Foundation. March 2024, p. 16, disponível em: <https://5rightsfoundation.com/uploads/dfc-report-best-interests-of-the-child.pdf>, acesso em 02 jun. 2024.

25 BARROS, G. F. de M. **Direito da criança e do adolescente**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

26 Considerando 42 da Diretiva 2012/29/UE.

27 No mesmo sentido é o artigo 20, 4 da Diretiva 2011/93/UE.

secundária²⁸. A própria Diretiva reconhece que as crianças vítimas tendem a sofrer uma elevada taxa de vitimização secundária e repetida, de intimidação e de retaliação, devendo receber uma proteção especial²⁹.

Por outro lado, o artigo 20º, nº 3 da Diretiva 2011/93/UE estabelece que a audição da criança se realize sem demoras, logo após a denúncia dos fatos às autoridades, bem como seja realizada em instalações concebidas ou adaptadas para efeito, por profissionais qualificados que possam realizar todas as audições da criança, e que o número de inquirições seja o mais reduzido possível, apenas em caso de estrita necessidade.

Portanto, em que pese as Diretivas serem importantes instrumentos de proteção das crianças vítimas, há necessidade de uma melhoria e aprofundamento, para que haja uma verdadeira rede de apoio, sem vitimizações secundárias e com medidas específicas de proteção, como por exemplo o Modelo *Barnahus*³⁰ de origem islandesa – adotado na Islândia, Noruega e Suécia –, que consiste em um centro para crianças vítimas de abuso, que concentra atividades de autoridades policiais, justiça criminal, serviços de proteção à criança, profissionais médicos e de saúde mental, que prestam uma assistência integral e articulada à criança vítima de violência. Neste caso, ao invés de remeter a vítima ao Tribunal, a criança é entrevistada por equipe multidisciplinar especializada, as entrevistas são gravadas em suporte audiovisual, havendo salas amigas das crianças para exames médicos e aconselhamentos. O número de entrevistas é limitado ao mínimo exigido. Atualmente, o Conselho da Europa promove o modelo e encoraja o desenvolvimento do projeto em outros países europeus³¹.

28 No Brasil, a Lei n. 13.431/2017 resguarda os direitos de crianças e de adolescentes que foram vítimas ou testemunhas de violência. Para BARROS, **Direito da criança e do adolescente**, *op. cit.*, a lei em questão é um natural desdobramento do princípio da proteção integral. A metodologia proposta na lei visa evitar a violência institucional, assim, a escuta ou depoimento especial devem ser realizados de forma modulada para proteger e amparar as vítimas, neste sentido, a lei estabelece a coleta antecipada de provas em caso de violência sexual (art. 11, §1º), como regra geral, não se admite novo depoimento especial, salvo em casos imprescindíveis e com concordância da vítima ou testemunha ou de seu representante legal.

29 Artigo 22º, 4, da Diretiva 2012/29/UE.

30 Barnahus é uma palavra escandinava para “Casa das Crianças”, informação disponível na página oficial <https://www.barnahus.eu/en/>.

31 Para mais informações sobre o projeto *Barnahus*, consultar: EEA GRANTS PORTUGAL. **Iniciativa 4Children junta Portugal e Islândia no estudo do modelo Barnahus**, 27-08-2021, disponível em: <https://www.eeagrants.gov.pt/pt/programas/fundo-de-relacoes-bilaterais/noticias/iniciativa-4children-junta-portugal-e-islandia-no-estudo-do-modelo-barnahus/>, acesso em 04 jan. 2024 e COUNCIL OF EUROPE. **Supporting the implementation of Barnahus in Slovenia - Phase II**. s/d., disponível em: <https://www.coe.int/en/web/children/barnahus-project-in-slovenia>, acesso em 04 jan. 2024.

5 Conclusão

Na atual concepção, a criança deixou de ser enxergada como mero objeto de proteção e assumiu sua posição no mundo jurídico como sujeito de direitos. Entretanto, a evolução legislativa não foi o suficiente para imunizar as crianças dos crimes contra si praticados.

Atualmente, uma em cada cinco crianças é vítima de violência sexual na Europa. Geralmente os abusos são praticados em relações de confiança ou hierarquia. Porém, constatamos que este dado pode ser simplesmente a “ponta do iceberg”, pois as vítimas nem sempre se sentem à vontade para expor uma agressão.

Os abusos sexuais podem ocorrer por meio da prática de pedofilia; produção, compartilhamento e armazenagem de materiais contendo pornografia infantil; tráfico de seres humanos para fins sexuais; aliciamento sexual; importunação sexual, entre outros.

A internet somada a crise desencadeada pela COVID-19 evidenciou um aumento do número de casos de abuso sexual *online*, pois as pessoas foram submetidas ao isolamento em suas residências, sendo a internet o meio eficaz para as relações trabalhistas, de ensino e até mesmo sociais. Os predadores sexuais se aproveitaram da vulnerabilidade das vítimas e, conseqüentemente, houve um alarmante crescimento dos casos de abuso sexual praticado contra as crianças na era digital. Além disso, há estruturadas organizações criminosas transnacionais dedicadas à prática de tais crimes, que envolvem tanto Estados-Membros, quanto Estados terceiros.

Diante do aumento da criminalidade e da forma cada vez mais sofisticada e invisível de que os abusadores se valem para perpetrar os crimes, é necessário que sejam adotadas medidas de cooperação internacional visando uma repressão eficaz e uniforme dos crimes sexuais praticados contra as crianças. Além disso, a luta contra o abuso sexual de crianças deve ser tratada com absoluta prioridade, sendo criada uma internet segura para as crianças.

Por fim, concluímos que não bastam apenas diretivas e disposições legais, é necessário que haja um sistema de proteção com aplicabilidade efetiva, que vise o acolhimento multidisciplinar da vítima, que integre a sua proteção, cuidado e restabelecimento, evitando-se a vitimização secundária. A proteção integral, o respeito e a dignidade (inclusive sexual), bem como o acesso a uma internet segura, não se trata apenas de direitos

das crianças, mas deveres da família, da sociedade, das organizações, dos Estados e da União Europeia.

Referências

BARROS, G. F. de M. **Direito da criança e do adolescente**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CHILD RESCUE COALITION. **The expansion of the internet lies parallel to the explosion of the child sexual abuse material market**, disponível em: <https://childrescuecoalition.org/the-issue/>, acesso em 20 de dez. 2023.

CONSELHO DA EUROPA, Canal de Direitos Humanos. **Campanha Start To Talk**. Estrasburgo, França. 2020, disponível em: <https://human-rights-channel.coe.int/stop-child-sexual-abuse-in-sport-pt.html>, acesso em 12 de dez. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. **European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European law relating to the rights of the child**. Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2022, disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2811/610564>, acesso em 22 dez. 2023.

COUNCIL OF EUROPE, European Union Agency for Fundamental Rights. **Minimum age requirements related to rights of the child in the EU**. 2017, disponível em: https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/minag?dataSource=MINAG_ue=NONE&answer=MINAG_MSR02&year=2017, acesso em 04 jan. 2024.

COUNCIL OF EUROPE. **Supporting the implementation of Barnahus in Slovenia - Phase II**. s/d., disponível em: <https://www.coe.int/en/web/children/barnahus-project-in-slovenia>, acesso em 04 jan. 2024.

EEA GRANTS PORTUGAL. **Iniciativa 4Children junta Portugal e Islândia no estudo do modelo Barnahus**. 27-08-2021, disponível em: <https://www.eeagrants.gov.pt/pt/programas/fundo-de-relacoes-bilaterais/noticias/iniciativa-4children-junta-portugal-e-islandia-no-estudo-do-modelo-barnahus/>, acesso em 04 jan. 2024.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR LAW ENFORCEMENT COOPERATION (EUROPOL). **Exploiting isolation: offenders and**

victims of online child Sexual Abuse during the covid-19 pandemic. 2020, disponível em: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/europol_covid_report-cse_jun2020v.3_0.pdf, acesso em 04 de jan. 2024.

FERNANDES, N.; TOMÁS, C. A. Direitos abusados: reflexões sociológicas sobre abuso sexual de crianças. In: SANI, A., NUNES, L., **Crime Justiça e Sociedade: desafios emergentes e propostas multidisciplinares.** Porto: Edições Criap, 2014.

FREITAS, C. I. dos S. **O Crime de Pornografia Infantil.** Análise Crítica de Incriminações. Janeiro de 2022, Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2022, disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/99811/1/Disserta%0c3%0a7%0c3%0a3o%20-%20Carlota%20Freitas%20%28n2015252285%29.pdf>, acesso em 02 jun. 2024.

GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (GSC). **Empact 2022 Results Factsheets.** 2023, disponível em: https://www.consilium.europa.eu/media/65450/2023_225_empact-factsheets-2022_web-final.pdf, acesso em 20 dez. 2023.

INTERNET WATCH FOUNDATION (IWF). **How AI is being abused to create child sexual abuse imagery.** 2023, disponível em: <https://www.iwf.org.uk/about-us/why-we-exist/our-research/how-ai-is-being-abused-to-create-child-sexual-abuse-imagery/>, acesso em 15 maio 2024.

JASPER, S. Como identificamos, removemos e denunciemos material de abuso sexual infantil. **Blog do Google Brasil.** 09 dez. 2022, disponível em: <https://blog.google/intl/pt-br/novidades/tecnologia/como-identificamos-removemos-e-denunciamos-material-de-abuso-sexual-infantil/>, acesso em 04 jan. 2024.

LIMA, R. M. de; POLI, L. M.; SÃO JOSÉ, F. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, nº 7, v. 2, p. 313-329, 2017, disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/237>, acesso em 02 jan. 2024.

LIVINGSTONE, S; CANTWELL, N.; ÖZKUL, D; SHEKHAWAT, G.; KIDRON, B. **The best interests of the child in the digital environment.** Digital Futures for Children centre, LSE and 5Rights Foundation. March 2024, disponível em: <https://5rightsfoundation.com/>

uploads/dfc-report-best-interests-of-the-child.pdf, Acesso em 02 jun. 2024.

RODRIGUEZ, L. da S. **Crianças transformadas em mercadorias: organizações criminosas da pornografia infantil no ciberespaço.** (Monografia) Porto Alegre: UFRGS, 2015, disponível em <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/143646/000996443.pdf?sequence=1>, acesso em 05 jan. 2024.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Pacote de procedimentos de infração de janeiro: principais decisões.** Bruxelas, 24 jan. 2019, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/PT/MEMO_19_462, acesso em 04 jan. 2024.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras para prevenir e combater o abuso sexual de crianças.** Bruxelas, 11.5.2022, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:13e33abf-d209-11ec-a95f-01aa75ed71a1.0017.02/DOC_1&format=PDF, acesso em 04 jan. 2024.

UNIÃO EUROPEIA, Parlamento Europeu. **Relatório sobre a regulamentação da prostituição na UE:** as suas implicações transfronteiriças e o seu impacto na igualdade de género e nos direitos das mulheres. Comissão dos Direitos das Mulheres e da Igualdade dos Géneros. (2022/2139(INI)), 2023, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0240_PT.html, acesso em 20 de dez. 2023.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PREVENÇÃO DE VIOLÊNCIAS CONTRA PESSOAS IDOSAS EM INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA

André Viana Custódio¹

Larissa Lauda Burmann²

1 Introdução

O Brasil, seguindo uma convergência mundial, tem passado por uma transição demográfica, tendo como um de seus resultados o aumento das expectativas de vida e, conseqüentemente, o envelhecimento populacional. Isso importa em desafios políticos, sociais e jurídicos relacionados aos cuidados com as pessoas idosas, dispostos no sistema de garantias legais.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a responsabilidade de cuidar da pessoa idosa cabe à família, à sociedade e ao Estado, o que é ratificado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que estabeleceu o Estatuto da Pessoa Idosa. Contudo, embora trate-se de responsabilidade solidária, as famílias têm sido os principais agentes no cuidado com seus idosos, muitas vezes gerando uma sobrecarga estrutural, o que reflete a inefetividade do poder estatal em relação ao cumprimento das garantias legais, caracterizando uma forma de violência institucional.

Diante desse cenário, a institucionalização é considerada uma estratégia para garantir os direitos mínimos relacionados ao cuidado das pessoas idosas. Esta pesquisa, através do método de abordagem hipotético-

- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Coordenador do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ.
- 2 Doutora em Gerontologia pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. Email: laraburmann@hotmail.com

dedutivo, a partir de alguns achados científicos somados ao sistema de garantias legais brasileiras, analisa alguns dos desafios enfrentados pelas pessoas idosas que vivem em contextos institucionais, acerca da inefetividade das políticas de cuidados relacionadas, em especial, no combate às variadas espécies de violência. A hipótese é a necessidade de uma efetiva proteção jurídica a essa população.

Para tanto, através do método de procedimento monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, analisa-se o cenário demográfico e epidemiológico brasileiro no contexto das instituições, sob uma perspectiva garantista e científica.

2 Envelhecimento da população brasileira: desafios e políticas de cuidados para a pessoa idosa institucionalizada

O Brasil tem seguido a tendência mundial do crescente envelhecimento populacional. Entretanto, destaca-se em relação aos países europeus que levaram maior tempo para atingir os números brasileiros, como é o caso da França e a Suécia que demoraram respectivamente 115 e 85 anos³. No ano de 2022, o total de pessoas com 65 anos ou mais no país chegou a 10,9% da população, apresentando uma alta de 57,4% em relação ao ano de 2010, quando esse contingente era 7,4% da população, conforme dado apresentado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁴. Esses números podem ser atribuídos às condições socioeconômicas, a queda das taxas de fecundidade e o aumento da expectativa de vida, que é influenciado por diversos aspectos, como os avanços científicos relacionados a saúde⁵.

Pelo fato envelhecimento populacional ser resultado da transição demográfica, observam-se três estágios. O primeiro, refere-se à equalização social entre os níveis elevados de mortalidade e a fecundidade. A mortalidade das pessoas mais novas tende a diminuir, aumentando tanto o tamanho da população como a parcela de crianças na população. No segundo estágio,

3 MREJEN, Matias; NUNES, Leticia; GIACOMIN, Karla. (2023) **Envelhecimento populacional e saúde dos idosos: O Brasil está preparado?** São Paulo: Instituto de Estudos para Políticas de Saúde. Disponível em: https://ieps.org.br/wp-content/uploads/2023/01/Estudo_Institucional_IEPS_10.pdf Acesso em: 2 abr. 2024

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 2 abr. 2024.

5 MREJEN; NUNES; GIACOMI, *op.cit.*

há um declínio da fecundidade, o que promove uma inversão entre a queda do crescimento populacional e o aumento da parcela da população em idade ativa. No caso, a mortalidade e a fecundidade só vão estabilizar, em níveis baixos, no terceiro estágio, com a estagnação do crescimento da população. Consequentemente, há o crescimento da população idosa⁶.

Apesar do fenômeno do envelhecimento representar uma conquista social do século XX, promove desafios sociais, políticos e jurídicos, considerando que muitas das necessidades das pessoas idosas estão relacionadas aos direitos fundamentais básicos como a saúde⁷. Dessa forma, a demanda por serviços relacionados aos cuidados com essa população, com ou sem vínculo familiar, como no caso das instituições de longa permanência, que têm como finalidade a prestação de atendimento integral institucional, estão diretamente relacionadas ao aumento da expectativa de vida populacional⁸.

Sob uma perspectiva legislativa, a Constituição Federal de 1988 foi singela ao abordar especificamente a pessoa idosa, estando restrita aos artigos 229 e 230. O artigo 229 dispõe sobre o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Já o artigo 230, inovou ao exigir a efetiva proteção à pessoa idosa por parte do Estado, da sociedade e da família, tratando do desses de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Seu parágrafo primeiro afirma que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares; já o parágrafo segundo garante aos maiores de 65 anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Ratificando os dispositivos constitucionais, o Estatuto da Pessoa Idosa, em seu artigo 3º, dispõe sobre obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Embora seja uma responsabilidade solidária, inciso V desse mesmo artigo, afirma

6 *Ibid.*

7 CAMARANO, Ana Amélia. Estatuto do Idoso: avanços com contradições. Brasília; Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea, 2013. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1279/1/TD_1840.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

8 GUIMARÃES, Mirna Rodrigues Costa *et al.* Avaliação das instituições de longa permanência para idosos no Brasil: um panorama das desigualdades regionais. **Ciência & Saúde Coletiva [online]**. v. 28, n. 7, p. 2035-2050, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232023287.15792022>. Acesso em: 2 abr. 2024

a priorização do atendimento da pessoa idosa por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, não cabendo a regra para aqueles que não a possuam condições de manutenção da própria sobrevivência.

Na realidade, muitas vezes, o caráter simbólico da lei pode ser observado na formulação de normas sem que sejam realizadas ações para que estas sejam efetivadas. Esse processo que tem sido perpetuado pelo Estado, de ratificar uma legislação em outra, mantendo família como principal responsável pelo cuidado com as pessoas idosas, não cumprindo a parte que lhe cabe referente as medidas dispostas nessas mesmas políticas, pode ser identificado como violência institucional, fruto do descaso do poder público em relação às garantias legais que, muitas vezes, são formuladas para atender às pressões de determinados grupos⁹.

Conseqüentemente, programas estatais que incentivam o cuidado familiar e domiciliar, acabam sendo reflexo do avanço das reformas neoliberais, que sinalizam a redução das demandas do Estado como forma de diminuir os gastos sociais, repassando ou mesmo dividindo com a sociedade civil¹⁰.

No Brasil tem sido observada uma tendência de defesa de um modelo que busca manter a pessoa idosa em seu lar, aumentando, via de regra, a demanda de cuidado nesses espaços, sobrecarregando às famílias. Na realidade, trata-se de uma concepção privatista da velhice, idealizada a partir de uma representação de “família ideal”, com a incumbência de prover as pessoas idosas de cuidados complexos, favorecendo a edificação de uma estrutura perversa, conduzindo as famílias de baixas rendas arcarem com responsabilidades sem o devido apoio estatal¹¹.

Informações disponibilizadas na Nota Informativa nº 5 de 2023 do Ministério do Desenvolvimento Social e da Secretaria Nacional de

9 POLTRONIERI, Bruno Costa; SOUZA, Edinilsa Ramos de; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Violência no cuidado em instituições de longa permanência para idosos no Rio de Janeiro: percepções de gestores e profissionais. **Saúde e Sociedade**, v. 28, n. 2, p. 215–226, abr. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/4zx4JDdkybgYnZYjVBsthSd/#>, Acesso em: 21 jul. 2024.

10 SILVA, Ana Carolina Fernandes ; SANTOS, Maria Florência dos; RIOS, Thamiris Inoue. O processo de institucionalização: o que muda na vida da pessoa idosa?. **Revista Família, Ciclos de Vida e Saúde no Contexto Social**, [S. l.], v. 5, p. 346–353, 2017. DOI: 10.18554/refacs.v5i0.2268. Disponível em: <https://seer.uftm.edu.br/revistaeletronica/index.php/refacs/article/view/2268> Acesso em: 21 jul. 2024.

11 POLTRONIERI, Bruno Costa; SOUZA, Edinilsa Ramos de; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Violência no cuidado em instituições de longa permanência para idosos no Rio de Janeiro: percepções de gestores e profissionais. **Saúde e Sociedade**, v. 28, n. 2, p. 215–226, abr. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/4zx4JDdkybgYnZYjVBsthSd/#>, Acesso em: 21 jul. 2024.

Cidadania e Família¹² sinalizam que atualmente existe um descompasso entre a demanda e a oferta de cuidados para a população idosa, que tenderá a crescer fortemente caso não sejam adotadas as medidas necessárias para garantir adequadamente a provisão de cuidados, inclusive no combate à violência.

Essa necessidade é fundamentada pode ser fundamentada pelos dados fornecidos pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania¹³, ao registrar nos primeiros três meses de 2023, 202,3 mil denúncias de violações de direitos humanos contra pessoas idosas, sendo 97% maior se comparado com o mesmo período de 2022, quando foram anotadas 102,8 mil violações.

De acordo com pesquisa realizada por Monteiro e Lopes¹⁴, pessoas idosas têm sido vítimas de atos de violência e violação de seus direitos devido a contextos de sua vulnerabilidade. Entre os achados, os pesquisadores destacam quatro fatores que auxiliam na promoção da violência: i) a idade avançada como maior fator de risco, estando relacionada à perda de autonomia, independência e à necessidade de ser cuidado por terceiros; ii) disfunção familiar com grande possibilidade de abuso; iii) ausência de direitos sociais, ante a inefetividade das atuais; iv) os sintomas de incapacidade e depressão, que conduzem a consequências psicológicas, induzindo à violência. Assim, a fragilidade adquirida ao longo da vida torna àquelas ainda mais suscetíveis à prática da violência, constituindo um problema de saúde pública, o que inclui o aumento no aumento da taxa de institucionalização.

A insuficiência familiar, a violência e a inexistência de políticas públicas que incentivem e apoiem os cuidados domiciliares são alguns dos motivos que conduzem à institucionalização da pessoa idosa¹⁵, havendo

12 MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL; SECRETARIA NACIONAL DE CIDADANIA E FAMÍLIA. **Nota informativa nº 5/2023**. Disponível em: https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/mds-lanca-diagnostico-sobre-enuelhecimento-e-direito-ao-cuidado/Nota_Informativa_N_5.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.

13 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. **Brasil registra mais de 202 mil violações de direitos contra pessoas idosas no 1º trimestre de 2023**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/maio/brasil-registra-mais-de-202-mil-violacoes-de-direitos-contra-pessoas-idosas-no-1o-trimestre-de-2023>. Acesso em: 10 abr. 2024.

14 MONTEIRO, Kertlen de Oliveira; LOPES, Graciana de Sousa. Aspectos relacionados à violência contra o idoso. **Revista Contemporânea**, v. 3, n. 11, 2023, p. 24324-24346. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/2424/1684>. Acesso em: 15 jul. 2024.

15 DE ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho *et al.* Restraint on elderly people in long-term care homes

possibilidade de essa ser uma solução que assegura às pessoas idosas uma moradia com condições básicas de saúde, alimentação, dentre outras. Em pesquisa realizada por Lacerda *et al*¹⁶, foi demonstrado o crescimento dessas instituições na última década em nível nacional. Mapeando o número e a distribuição geoespacial daquelas, identificaram um total de 7.029 instituições, com uma concentração maior nas regiões Sudeste e Sul, especialmente em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Por outro lado, os estados da região Norte apresentaram apenas 1,12% das instituições.

Dessa forma, as instituições de longa permanência podem ser consideradas como uma garantia legal destinada àquelas pessoas que não possuem uma rede de apoio para o cuidado que merecem receber, sendo necessárias a formulação e execução de políticas sociais - de assistência ou fortalecimento das famílias – bem como a garantia de que as instituições proporcionem serviços que supram as necessidades básicas da pessoa idosa em processo de institucionalização, em condições dignas. Para isso, são indispensáveis movimentos que reivindiquem do Estado a efetivação das políticas públicas¹⁷.

Diante do cenário demográfico e epidemiológico brasileiro, é emergente o reconhecimento público e privado das necessidades especiais de atenção à saúde e assistência social que o envelhecimento populacional impõe em termos de demandas de cuidados continuados.

Embora importantes políticas públicas sejam direcionadas à população idosa, como a Lei n. 8.842, de 04 de janeiro de 1994, que instituiu a Política Nacional e o Estatuto da Pessoa Idosa, poucas se voltam para questões referentes à institucionalização das pessoas, mais especificamente, à violência nesse contexto.

as a violation of human rights. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº, v. 89, p. 173, 2023. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/4409950/Luiz+C1%C3%A1udio_Cristiane+Branquinh_Patricia+de+F%C3%A1tima_Romulo+Delvalle.pdf Acesso em: 10 abr. 2024.

16 LACERDA, Tatiana Teixeira Barral de et al. Panorama geoespacial das Instituições de Longa Permanência para Idosos no Brasil: um retrato das desigualdades territoriais. **Geriatr., Gerontol. Aging (Online)**, v. 15, p. 1-8, 2021. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-1349328>. Acesso em: 15 jul. 2024.

17 SILVA, Ana Carolina Fernandes ; SANTOS, Maria Florência dos; RIOS, Thamiris Inoue. O processo de institucionalização: o que muda na vida da pessoa idosa?. **Revista Família, Ciclos de Vida e Saúde no Contexto Social**, [S. L.], v. 5, p. 346–353, 2017. DOI: 10.18554/refacs.v5i0.2268. Disponível em: <https://seer.uftm.edu.br/revistaeletronica/index.php/refacs/article/view/2268> Acesso em: 21 jul. 2024.

O mencionado estatuto, no seu capítulo VIII e artigo 35º, dispõe sobre a obrigação de todas as entidades de longa permanência ou casalar firmarem contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa. Além disso, estabelece que as entidades filantrópicas ou casalar possuem a faculdade de cobrar qualquer benefício previdenciário ou de assistência social recebido pelo idoso ou idosa. Sequencialmente, o artigo 36º dispõe sobre o acolhimento de pessoas idosas em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar. E, artigo 37º, que trata do direito à habitação digna, no seio da família natural ou substituta, ou, ainda, em instituição pública ou privada¹⁸.

Simultaneamente ao sistema de garantias legais, a realidade é que muitas instituições tem divergido do propósito legal, especialmente no que se refere à saúde e à participação social da pessoa idosa, demonstrando que a proteção institucionalizada tem sido restringida, por exemplo, à alimentação e higiene. Sendo um tanto paradoxais, podem servir tanto de ambientes garantidores dos direitos fundamentais dos residentes quanto de depósitos de pessoas vítimas das mais variadas violências, podendo ser verificado na negligência e abandono antes da institucionalização, assim como também no interior das instituições de longa permanência; nos preconceitos contra pessoas idosas; no contexto macropolítico, em razão da ausência ou não efetivação das ações previstas nas políticas públicas ou na falta de legislações¹⁹.

Poltronieri, Souza e Ribeiro²⁰, ao buscarem analisar as percepções de gestores e profissionais que atuam em instituições de longa permanência sobre a institucionalização, incluindo as dificuldades que envolvem os complexos processos de cuidados e de como melhorá-los, constataram que uma das maiores violências ocorridas dentro dessas instituições trata-se da ruptura de direitos, identificada, em especial, em pessoas idosas em situações de violência doméstica ou em contextos de vulnerabilidade.

18 SILVA, Ana Carolina Fernandes ; SANTOS, Maria Florência dos; RIOS, Thamiris Inoue. O processo de institucionalização: o que muda na vida da pessoa idosa?. **Revista Família, Ciclos de Vida e Saúde no Contexto Social**, [S. l.], v. 5, p. 346–353, 2017. DOI: 10.18554/refacs.v5i0.2268. Disponível em: <https://seer.ufm.edu.br/revistaeletronica/index.php/refacs/article/view/2268> Acesso em: 21 jul. 2024.

19 POLTRONIERI, Bruno Costa; SOUZA, Edinilsa Ramos de; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Violência no cuidado em instituições de longa permanência para idosos no Rio de Janeiro: percepções de gestores e profissionais. **Saúde e Sociedade**, v. 28, n. 2, p. 215–226, abr. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/4zx4JDdkybgYnZYjVBsthSd/#> , Acesso em: 21 jul. 2024.

20 *Ibid.*

Além disso, é preciso reconhecer que as instituições de longa permanência estão sob permanente pressão, seja pelo aspecto financeiro quanto pelo aumento da população idosa, o que reflete diretamente na execução do sistema de saúde e assistência social, podendo comprometer a efetividade e a implementação de políticas destinadas às pessoas idosas²¹.

Nesse contexto, tem sido necessárias políticas integrais de cuidados que ofereçam serviços, programas e benefícios para os envolvidos, ou seja, quem é cuidado e quem cuida. Entre as ofertas públicas de cuidado destaca-se as políticas de saúde efetivadas por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), e as da Assistência Social, promovidas pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Paralelamente, há também ações especializadas promovidas nos centros-dia e os serviços de acolhimento como é o caso dos abrigos institucionais e as instituições de longa permanência.

Lacerda *et al*²² destacam a imperatividade de novas pesquisas para que seja viabilizada uma melhor compreensão das características instituições de longa permanência no Brasil, investigando o perfil das pessoas idosas e dos funcionários que atuam nessas instituições, bem como as espécies de financiamento, o que poderá contribuir para a implementação contígua de políticas de cuidados de longa duração.

Diante das normativas que consideram a diversidade das necessidades das pessoas idosas institucionalizadas, se fazem necessárias novas investigações científicas que detalhem determinadas particularidades dessas instituições, o que justifica a necessidade de desenvolver padrões de qualidade e regulamentações específicas para as instituições de longa permanência, auxiliando na promoção de ambiente seguros e inclusivo para os residentes.

3 Conclusão

A sobrecarga da responsabilidade familiar pelos cuidados com pessoas idosas é um dos resultados da redução das demandas do Estado, que tem repassado ou mesmo dividido essa responsabilidade com a sociedade civil, promovendo a formação de uma estrutura perversa e marginalizada. Isso acarreta diversos prejuízos, sob as mais variadas formas, às famílias,

21 LACERDA, Tatiana Teixeira Barral de et al. Panorama geoespacial das Instituições de Longa Permanência para Idosos no Brasil: um retrato das desigualdades territoriais. **Geriatr., Gerontol. Aging (Online)**, v. 15, p. 1-8, 2021. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-1349328>. Acesso em: 15 jul. 2024.

22 *Ibid.*

especialmente as de baixa renda, que geralmente possuem acesso reduzido a serviços de saúde, vivem em situações precárias e são incapazes de suprir as necessidades básicas das pessoas idosas, colocando-as em contextos de insegurança e aumentando o risco de violência, como o abandono.

Dessa forma, a insuficiência familiar e a inoperância estatal podem ser algumas das motivações que resultam na institucionalização da pessoa idosa, que atualmente é considerada paradoxal, posto que muitas instituições são identificadas como depósitos de pessoas e não cumprem com o propósito legal de garantir serviços que supram as necessidades básicas das pessoas que ali se encontram, com ou sem vínculo familiar.

Diante dos resultados das pesquisas científicas que têm sinalizado o aumento da violência, em suas múltiplas formas, contra a população idosa, torna-se imprescindível a proatividade do Estado no sentido de reverter a transferência da responsabilização para a família e a própria pessoa idosa pelo seu bem-estar, para que as garantias legais sejam implementadas e realmente efetivas.

Simultaneamente, é preciso que o Estado reconheça a contínua pressão enfrentada por muitas instituições de longa permanência, frente às escassas condições financeiras que comprometem a manutenção daquelas, carência de profissionais aptos para trabalhar com a população idosa, dentre outros obstáculos que refletem na execução do sistema de saúde e assistência social.

Portanto, sob essa perspectiva de institucionalização, é necessário que as políticas sociais considerem não apenas as necessidades relacionadas ao cuidado das pessoas idosas, mas todos os agentes que integram a complexidade desse processo. Não se trata de estabelecer privilégios, mas de distinguir a necessidade de políticas diferenciadas no ciclo da vida humana.

Os resultados obtidos a partir deste estudo poderão fundamentar ações corretivas e estratégias de aprimoramento dos serviços, programas e benefícios oferecidos pelas instituições de longa permanência.

Referências

CAMARANO, Ana Amélia. Estatuto do idoso: avanços com contradições. Brasília; Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea, 2013. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1279/1/TD_1840.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos>. Acesso em: 2 abr. 2024.

GUIMARÃES, Mirna Rodrigues Costa *et al.* Avaliação das instituições de longa permanência para idosos no Brasil: um panorama das desigualdades regionais. **Ciência & Saúde Coletiva [online]**. v. 28, n. 7, p. 2035-2050, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232023287.15792022> Acesso em: 2 abr. 2024.

LACERDA, Tatiana Teixeira Barral de et al. Panorama geoespacial das instituições de longa permanência para idosos no brasil: um retrato das desigualdades territoriais. **Geriatr., Gerontol. Aging (Online)**, v. 15, p. 1-8, 2021. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-1349328>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL; SECRETARIA NACIONAL DE CIDADANIA E FAMÍLIA. **Nota informativa nº 5/2023.** Disponível em: https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/mds-lanca-diagnostico-sobre-envelhecimento-e-direito-ao-cuidado/Nota_Informativa_N_5.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. **Brasil registra mais de 202 mil violações de direitos contra pessoas idosas no 1º trimestre de 2023.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/maio/brasil-registra-mais-de-202-mil-violacoes-de-direitos-contra-pessoas-idosas-no-1o-trimestre-de-2023>. Acesso em: 10 abr. 2024.

MONTEIRO, Ketlen de Oliveira; LOPES, Graciana de Sousa. Aspectos relacionados à violência contra o idoso. **Revista Contemporânea**, v. 3, n. 11, 2023, p. 24324-24346. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/2424/1684>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MREJEN, Matias; NUNES, Leticia; GIACOMIN, Karla. (2023) **Envelhecimento populacional e saúde dos idosos: O Brasil está preparado? São Paulo: Instituto de Estudos para Políticas de Saúde.** Disponível em: https://ieps.org.br/wp-content/uploads/2023/01/Estudo_Institucional_IEPS_10.pdf Acesso em: 2 abr. 2024

POLTRONIERI, Bruno Costa; SOUZA, Edinilsa Ramos de; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Violência no cuidado em instituições de longa permanência para idosos no Rio de Janeiro: percepções de gestores e profissionais. **Saúde e Sociedade**, v. 28, n. 2, p. 215–226, abr. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/4zx4JDdkybgYnZYjVBsthSd/#> , Acesso em: 21 jul. 2024.

SILVA, Ana Carolina Fernandes ; SANTOS, Maria Florência dos; RIOS, Thamiris Inoue. O processo de institucionalização: o que muda na vida da pessoa idosa?. **Revista Família, Ciclos de Vida e Saúde no Contexto Social**, [S. l.], v. 5, p. 346–353, 2017. DOI: 10.18554/refacs.v5i0.2268. Disponível em: <https://seer.uftm.edu.br/revistaeletronica/index.php/refacs/article/view/2268> Acesso em: 21 jul. 2024.

CAPACITISMO NAS EMPRESAS A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE¹

Lisandra Inês Metz²

Jorge Renato dos Reis³

1 Introdução

A inclusão das pessoas com deficiência⁴ nas empresas no Brasil é um desafio que passa a exigência legal do artigo nº 93 da Lei nº 8.213/91 de “preencher” uma porcentagem mínima de funcionários com deficiência ou beneficiários reabilitados do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para empresas que possuem acima de 100 empregados.

O direito das pessoas com deficiência de acesso ao trabalho em igualdade de condições com pessoas sem deficiência – garantia instituída no artigo 7º na Constituição Federal – é muitas vezes obstaculizado por

-
- 1 O presente artigo é um extrato da dissertação (em desenvolvimento) com o mesmo título que está sendo desenvolvida no âmbito do mestrado na Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - PPGD/UNISC, sob a orientação do Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis.
 - 2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – PPGD/UNISC, área de concentração em Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES II. Especialista em educação especial e inclusiva pela faculdade Dom Alberto. Integrante do grupo de estudos “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: lisandra_metz@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3108215443687509>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2581-6159>.
 - 3 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Especialista em Direito Privado (UNISC). Bacharel em Direito (FISC). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD/UNISC. Professor. Advogado. E-mail: jreis@unisc.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0220228579189656>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>.
 - 4 O conceito de pessoas com deficiência para fins desse trabalho não se restringe ao dispositivo do Art. 2º da LBI, uma vez que pessoas com deficiência para fins legais, assim como pessoas com alguma enfermidade temporária também se utilizam de garantias legislativas existentes na LBI ao longo da vida. Afinal, a OMS entende que a deficiência é inerente ao ser humano e que em algum momento da vida todas as pessoas vão se encontrar com alguma incapacidade temporária ou permanente (OMS, 2020);

diversas barreiras de acessibilidade, principalmente por atitudes e situações capacitistas⁵, as quais não permitem que as pessoas com deficiência tenham a sensação de pertencimento no ambiente de trabalho.

Observa-se que mesmo com a existência de dispositivos legislativos visando a inclusão das pessoas com deficiência no que tange o direito ao trabalho como o Decreto 6949/09 (Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência) e Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão - LBI), apenas 1,07% do total de 46,6 milhões de trabalhadores formais brasileiros são pessoas com algum tipo de deficiência, de acordo com dados extraídos do Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2019, do Ministério do Trabalho e Emprego, enquanto as últimas informações censitárias disponibilizadas pelo IBGE apontam que 7,1 milhões de Pessoas com Deficiência (PcD) em idade produtiva em 2010 no Brasil – correspondente a 5,5% da população brasileira na faixa etária entre 14 e 60 anos.

Nesse sentido, primeiramente essa pesquisa se faz relevante para que haja uma maior compreensão do que é o capacitismo através de uma perspectiva jurídica interdisciplinar, bem como de seus desdobramentos e impacto quanto ao acesso e permanência de pessoas com deficiência nas empresas.

A partir disso, se busca em um segundo momento evidenciar a importância do princípio constitucional da solidariedade para as garantias legislativas das pessoas com deficiência de direito ao trabalho. Dessa forma, nas hipóteses resolutivas (em um terceiro momento) ocorre a aplicação da perspectiva do princípio constitucional da solidariedade visando uma efetiva solução desse problema, ou seja, combater o capacitismo nas empresas.

2 O surgimento do capacitismo e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015) como corolário da proteção das pessoas com deficiência

O capacitismo é um fenômeno muito enraizado e de difícil identificação, tornando assim complexo de conceituar. Sendo assim, esse item tem como objetivo compreender aspectos relacionados ao preconceito

5 Em linhas gerais o capacitismo se trata do preconceito e da discriminação em relação as pessoas em decorrência de algum tipo de deficiência, nos termos do art. 88º da Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015).

e discriminação em relação as pessoas com deficiência em decorrência de algum tipo de deficiência, seja essa característica visível ou não, com a finalidade de analisar as previsões legais vigentes no Brasil que visam assegurar esses direitos em condições de igualdade.

Ao constatar em um primeiro plano que o preconceito e a discriminação se tratam de barreiras oriundas de comportamentos que resultam na falta de acesso aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência em diversas áreas, tais como psicologia, educação, saúde, entre outro, se faz necessário uma abordagem interdisciplinar.

O cerne do conceito de capacitismo se encontra na definição – ou na dificuldade de definição – de quem é considerado uma pessoa com deficiência. Nario-Redmond⁶ (2020, p.4) compreende que quando o assunto é deficiência há uma presunção de que isso fará parte da vida de todas as pessoas em algum momento e por isso a pergunta deveria ser “quando isso acontecerá e não se acontecerá”.

Alguns conceitos basilares são necessários para compreender as diversas formas de manifestação do capacitismo. Dentre eles, o conceito de deficiência. na alínea “e” do preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York da ONU (CDPD) de 2006 convencionou o conceito de deficiência da seguinte forma:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.⁷

Enquanto o conceito acima determina que a deficiência é um resultado de barreiras decorrente de atitudes e do ambiente, não necessariamente atribuindo a uma pessoa, Goodley associa a deficiência a uma posição de identidade, como uma característica positiva da pessoa:

A deficiência pode ser entendida como uma forma de identidade, muitas vezes em uma posição social negativa, marcada e estigmatizada. No entanto, à medida que damos corpo à narrativa e procuramos seus personagens e enredos podemos encontrar a deficiência como algo

6 NARIO-REDMOND, Michelle R. **Ableism: The Causes and Consequences of Disability Prejudice**. Nova Jersey: Wiley, 2020.

7 BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: DF, Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 27 jul. 2024.

mais positivo. A deficiência nos questiona o que valorizamos na vida. A deficiência é uma potencialidade: um momento, um acontecimento, um chamado e um encontro.⁸

É inevitável que alguma conotação (positiva ou negativa) seja atribuída a uma pessoa ao realizar a associação da palavra deficiência. E é justamente nesse processo de vinculação das palavras que reside o capacitismo. Muito embora a deficiência seja apenas uma das inúmeras características que compõem a essência de uma pessoa, comumente a capacidade de alguma pessoa é questionada no momento que é identificado algum tipo de deficiência.

Essa a dicotomia entre *disability* e *ability* ou *dis/ability*⁹ como parâmetros teóricos através da comparação, ou seja, de um lado a deficiência e do outro lado a capacidade como objetos de análise é fundamental para esse estudo, de acordo com Campbell¹⁰. No entanto, Campbell¹¹ alerta que é necessário ter muita cautela ao realizá-la, uma vez que deficiência e capacidade são consideradas “alvos em movimento”, ou seja, dependem da observância de condições que são emergentes, tais como o local, o significado atribuído a elas e o período histórico em que ocorrem.

Nesse sentido, observa-se que o primeiro registro emblemático em relação ao capacitismo¹² – que pode ser considerado um marco para pesquisas nessa temática, pois foi o principal responsável por “popularizar” as investigações acerca do capacitismo nas mais diversas áreas de conhecimento – é o conceito de Campbell, o qual é o mais aceito internacionalmente e se encontra em uma nota de rodapé da seguinte forma¹³:

A network of beliefs, processes and practices that produces a particular kind of self and body (the corporeal standard) that is projected as the perfect, species typical and therefore essential and fully human. Disability then is cast as a diminished state of being human.¹⁴

8 GOODLEY, Dan. **Dis/ability Studies: theorising disablism and ableism**. Nova York: Routledge, 2014.

9 Dis/ability é um termo utilizado na obra de Goodley (2014) que tem como objetivo expandir a tanto a categoria deficiência quanto a de capacidade como uma maneira de formular uma resposta à política global do capitalismo neoliberal.

10 CAMPBELL, Fiona Kumari. Precision ableism: a studies in ableism approach to developing histories of disability and abledment. **Rethinking History**. v. 23, n. 2, 2019, p. 138-156.

11 *Ibid.*

12 O contexto histórico mais aprofundando e seguindo uma linha cronológica de marcos relevantes sobre o capacitismo será realizado apenas na dissertação, pois exige um aprofundamento com mais detalhes.

13 O conceito foi mantido na língua original da publicação da obra para evitar qualquer eventual perda da essência capturada pela autora.

14 CAMPBELL, Fiona Kumari. Inciting Legal Fictions: ‘Disability’s’ date with Ontology and the

O preconceito e a discriminação em relação as pessoas com deficiência estão atrelados a ideia rejeição de corpos que não são “perfeitos” existe desde muito antes de Campbell surgir com esse conceito e caracterizar como “capacitismo”. De acordo com Goodley¹⁵, ele faz parte dos valores presentes no “âmago de nossas almas ontológicas”, assim como do nosso cotidiano, seja de forma consciente ou não. Dessa forma, o capacitismo se caracteriza por atitudes intencionais ou não, subliminares e internalizadas, que estão embutidas na sociedade.

Essa discriminação está prevista na LBI em seu art. 4º, dispondo que é direito de toda pessoa com deficiência ter igualdade de oportunidades e não sofrer nenhuma forma de discriminação, o que se entende, de acordo com o §1º do mesmo artigo, como:

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.¹⁶

De maneira complementar ao que está disposto no art. 4º, o art. 5º frisa que há a necessidade de proteção da pessoa com deficiência de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”. No entanto, independentemente da maneira ou desdobramento que houver capacitismo, não é de conhecimento geral que atitudes discriminatórias e preconceituosas em relação a pessoas em decorrência de uma deficiência é crime. A LBI, em seu artigo 88 atribui pena em regime de reclusão de 1 a 3 anos e multa para aquele que “praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência” e existe a possibilidade de majoração da pena para os casos previstos nos § 1º e § 2º do mesmo artigo.

Nesse sentido, observa-se que a existência desses dispositivos da LBI que tem como finalidade permitir mais autonomia as pessoas com algum tipo de deficiência não necessariamente são uma garantia de que tal proteção e efetivadas na prática. Tanto o caráter informativo das maneiras com que a discriminação ocorre (arts. 4º e 5º) quanto a “punição” por ter de

Ableist Body of Law. **Griffith Law Review**. Queensland, v. 10, n. 1, 2001, p. 42-62. Disponível em: <https://research-repository.griffith.edu.au/handle/10072/3714>, p. 44.

15 GOODLEY, Dan. *Op. cit.* p. 32.

16 BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 27 jul. 2024.

alguma forma não respeitado a pessoa com algum tipo de deficiência (art. 88), estão alinhados com o Decreto 6949/09 (Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência) e Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão - LBI) no que tange a busca por eliminação ou diminuição de barreiras atitudinais.

Quanto ao direito de igualdade de condições e tratamento das pessoas com deficiência no trabalho, sendo os motivos da falta de inclusão – apontadas pelos dados da RAIS – desconhecidos, as garantias legislativas das pessoas com deficiência de não discriminação encontram respaldo no princípio constitucional da solidariedade principalmente em situações que não há como prever de forma taxativa nos dispositivos legislativos a falta de acesso ao trabalho, trazendo uma espécie de equilíbrio nas relações.

Diversas são as situações em que os direitos das pessoas com deficiência são percebidos pelas empresas e pela sociedade em geral como privilégios ou até mesmo como uma espécie de favor. Goodley¹⁷ entende que a compreensão dos direitos das pessoas com deficiência como efetivamente direitos e não caridade é essencial para fortalecer o discurso do movimento das pessoas com deficiência – principalmente no que tange o direito ao trabalho.

Nesse sentido, a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência está diretamente atrelada com a eliminação de barreiras, o que precisa ser construindo em conjunto com as pessoas com deficiência e não para as pessoas com deficiência. Por eliminação de barreiras entende-se que não só o acesso deve ser garantido como também as adaptações necessárias para que haja uma efetivação plena, exigindo assim uma consciência e responsabilidade coletiva, o que é característica predominante do princípio a ser estudado no próximo item.

3 O princípio constitucional da solidariedade como paradigma irradiante para proteção do direito ao trabalho das pessoas com deficiência

As condições de trabalho em igualdade de condições são fundamentais para um ambiente inclusivo e que permita autonomia as pessoas com deficiência. Por isso, esse item traz justamente premissa de que para promover um ambiente inclusivo é essencial que haja uma responsabilização solidária, consubstanciando em alguns momentos

17 GOODLEY, Dan. *Op cit.*

na abdicação de um direito individual em prol do coletivo, servindo o princípio constitucional da solidariedade como paradigma irradiante para que haja a efetivação desse direito.

No Brasil¹⁸, a previsão legal do princípio constitucional da solidariedade somente ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 3, inciso I, mas de acordo com Cardoso¹⁹ a solidariedade como um valor jurídico-social já possui resquícios desde a antiguidade clássica.

A essência da solidariedade está atrelada em uma ideia de pertencimento para Nabais²⁰, podendo ser interpretada de maneira objetiva como uma interdependência prática e responsabilidade mútua entre as pessoas, quanto de maneira subjetiva como um sentimento e consciência moral de estar ligado aos outros na comunidade.

Dessa forma, o equilíbrio que se busca nas tanto nas relações jurídicas quanto extrajudiciais na vivência em sociedade a partir da positivação desse princípio está justamente na existência de uma linha tênue entre respeitar os direitos individuais e priorizar o bem comum, o que fica evidente o seguinte trecho de Warat:

A solidariedade é uma forma fundamental de reclamo. Ela nos coloca diante do conteúdo mais nobre de nosso compromisso com os socialmente excluídos e existencialmente desaparecidos. A solidariedade representa um estar junto dos oprimidos, participando comprometidamente em suas lutas transgressoras[...] Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática.²¹

A prática da solidariedade, nesse sentido, perpassa a ideia do direito como um instrumento ético, pois também abrange a luta de minorias que muitas vezes são “invisíveis” para sociedade, ou seja, uma prática que vai além de quem vivência as desigualdades como minoria e/ou pessoas e que alcança todos que de alguma forma fazem parte do convívio.

18 Devido a necessidade de deixar evidente a relação do princípio constitucional da solidariedade com o direito ao trabalho inclusivo, o contexto histórico sobre o princípio somente estará disponível na íntegra da dissertação.

19 CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Itxtlan, 2014.

20 NABAIS, José Casalta. **Por Uma Liberdade com Responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

21 WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 338.

Dessa forma, os direitos das pessoas com deficiência encontram respaldo no princípio constitucional da solidariedade principalmente em situações que não há como prever de forma taxativa na legislação a falta de acesso ao trabalho, trazendo uma perspectiva mais humanizada para as relações.

A consciência coletiva gerada através da análise do direito ao trabalho da pessoa com deficiência pela perspectiva do princípio permite compreender que muito embora personalidades e vivências tão distintas coexistam em um ambiente de trabalho, se deve não só aceitar como também respeitar as individualidades de cada um.

Sendo assim, Reis e Quintana²² percebem o princípio como uma espécie de ferramenta para efetivação dos direitos fundamentais, compreendendo que “não basta ser respeitado, sendo necessária a sua observância por todos”, ou seja, é necessário que seja “posto em prática”, que vá além do sentimento de empatia que comumente é atrelado a solidariedade. Pellegrini (2013)²³ argumenta que essa abrangência ocorre pelo fato dessa nova concepção reverberar eficácia também sobre as relações de cunho privado, o que configura a horizontalidade do princípio.

O princípio da solidariedade, portanto, serve como um guia para tentar promover um equilíbrio, visando a eliminação do capacitismo e igualdade nas condições de trabalho. Cardoso²⁴ entende que um equilíbrio de “direitos individuais, coletivos e difusos em um novo sistema de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais” acontece quando cada indivíduo internaliza a responsabilidade social que possui ao mesmo tempo que considera a dignidade do outro.

Ao analisar os dispositivos específicos da LBI que visam garantir a inclusão das pessoas com deficiência no trabalho, verifica-se que o princípio da solidariedade nas relações de trabalho se manifesta tanto de maneira vertical, quanto horizontal. Reis e Quintana²⁵ permitem a compreensão de que a primeira faz referência a relação Estado-cidadão (lei de cotas) e

22 REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Júlia Gonçalves. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 10, n. 1, p. 223–242, 2018, p. 230.

23 PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. **Da (in)aplicabilidade do princípio da solidariedade nas relações privadas no constitucionalismo contemporâneo**: o desvelar da ética, o sementeador da socialidade e o propagador da confiança nas relações contratuais. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2013.

24 CARDOSO, Alenilton da Silva. *Op. Cit.* p. 4.

25 REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Júlia Gonçalves. *Op. Cit.*

a segunda cidadão-cidadão, ou seja, vínculo entre particulares (empresa-funcionário e funcionário-funcionário).

Tanto a horizontalidade, quanto a verticalidade do princípio são essenciais para efetivação dos direitos das pessoas com deficiência não só de acesso ao trabalho, mas em condições de igualdade com pessoas com deficiência, assim como de permanência. Por um lado, o Estado é responsável pelas políticas públicas que visam a igualdade e a não discriminação das pessoas com deficiência para que possam e por outro, a sociedade e a família, também necessitam priorizar a efetivação desses direitos, de acordo com art. 8º da LBI.

Sendo assim, a partir desse ponto, a análise recai em um primeiro plano sobre o direito de acesso ao trabalho em condições de igualdade, o qual envolve a intersecção entre o público e o privado ao vedar a discriminação da pessoa em decorrência de sua deficiência, o que está disposto no § 3º do artigo 34 da LBI “é vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão...” (Brasil, 2015).

O papel que as políticas públicas possuem tem uma finalidade primordial na promoção de “condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho”, o que está disposto artigo 35 da LBI. Desta mesma forma, o poder público está incumbido de implementar programas e serviços tanto para o acesso, quanto para a permanência de pessoas com deficiência no ambiente de trabalho, conforme indica a redação do art. 36 da LBI.

Já o art. 38 prevê uma responsabilização de cunho tanto público, quanto privado no que tange a observância das garantias existentes na LBI quanto em outras normas vigentes que versam sobre acessibilidade. Percebe-se, através dessa breve na análise dos artigos mais pertinentes ao recorte desse item que não há menção direta de responsabilização de colegas de trabalho e nem mesmo de um setor específico da empresa para que as garantias de não discriminação e condições adequadas de trabalho para pessoas com deficiência sejam asseguradas em um plano real.

4 O cenário das pessoas com deficiência e sua relação de trabalho nas empresas no Brasil

As situações em que ocorrem capacitismo no ambiente de trabalho fazem parte de um cenário maior que considera tanto a cultura da empresa,

quanto valores individuais de seus colaboradores, bem como a construção do ambiente em si, seja físico ou virtual. Dessa forma, esse item visa identificar fatores que inviabilizam a inclusão de pessoa com deficiência no Brasil para posteriormente verificar a possibilidade do princípio constitucional da solidariedade como guia para combater o capacitismo nas empresas no Brasil, a partir da interpretação das garantias previstas na Lei Brasileira de Inclusão.

A política afirmativa criada em 1991 (cotas para pessoas com deficiência em empresas), oriunda da Lei 8.213/91, após 32 anos de sua incorporação possui uma eficácia vertical, pois segundo Sarlet²⁶ se refere “a solução dos problemas relacionados à Constituição e ao Direito Privado em geral”. Ao analisar os dados se percebeu que o cumprimento legal das cotas ainda é um desafio para empresas no Brasil, levando em consideração o número volumoso de pessoas com deficiência em idade de produtiva não inclusas no mercado de trabalho.

Algumas hipóteses foram delineadas na busca por soluções que possibilitem o combate do capacitismo nas empresas. Dentre elas, primeiramente destaca-se as políticas de “D&EI” (Diversidade, Equidade e Inclusão). As empresas cada vez mais estão introduzindo a diversidade e a inclusão como parte de sua cultura interna. A equidade é um elemento mais recente incorporado ao termo, o qual foi definido por Wolbring e Lillywhite da seguinte forma:

the term EDI itself signifies three ability expectations (equity, diversity, and inclusion) that are seen by people that are involved in the EDI discourse as positive abilities to experience. However, if not done right, the same potentially positive ability expectations could become disabling and not enabling for disabled people and other EDI groups.^{27,28}

Dessa forma, a solução resolutiva para o problema desse estudo (capacitismo nas empresas no Brasil) considera o princípio constitucional da solidariedade como guia para combater o capacitismo, observando as

26 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

27 WOLBRING, Gregor; LILLYWHITE, Aspen. Equity/Equality, Diversity, and Inclusion (EDI) in Universities: The Case of Disabled People. **Societies** 2021, v. 11, n.49, p. 6

28 Tradução livre da autora: “o termo D&EI em si mesmo significa três expectativas de habilidades (equidade, diversidade e inclusão) que são consideradas por pessoas envolvidas no discurso de D&EI como habilidades positivas para vivenciar. No entanto, se não for feito corretamente, essas mesmas expectativas de habilidades potencialmente positivas podem se tornar incapacitantes e não capacitadoras para pessoas com deficiência e outros grupos associados ao D&EI”.

garantias previstas na LBI, assim como tendências que vem sendo utilizadas nas empresas no Brasil com a finalidade de promover um ambiente que permita a inclusão das pessoas com deficiência.

O ambiente de trabalho seguro e saudável, como prevê o oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável²⁹ da ONU (Organização das Nações Unidas), é essencial para preservação da saúde e qualidade de vida do trabalhador. Dentre as doze metas estabelecidas nesse objetivo, a que possui uma relação mais direta com o direito das pessoas com deficiência de acesso ao trabalho é a meta 8.5, a qual objetiva “até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor”.³⁰

A acessibilidade é um elemento vital para garantir um ambiente de trabalho não só seguro e saudável, mas também inclusivo, diverso e que permita equidade, visando igualdade de oportunidades. Nesse sentido, observa-se que a meta 8.5 utiliza dois indicadores. Quanto ao indicador 8.5.1, foi constatado que as pessoas com deficiência recebem R\$ 18,00 a menos do que pessoas sem deficiência, as quais recebem R\$ 56,70³¹, sendo que para chegar nesses valores foi considerado o rendimento mensal real habitual de empregados com 15 anos ou mais³².

Quanto ao indicador 8.5.2 foi considerado o percentual de pessoas desocupadas³³ na semana de referência em relação as pessoas que estavam na força do trabalho. Enquanto pessoas com deficiência representam 10,2%, pessoas sem deficiência representam 8,9%. Nesse sentido, diante da dificuldade de “preencher” cotas e conseqüentemente incluir pessoas com deficiência em ambientes corporativos, as empresas estão cada vez mais adotando práticas e departamentos de Diversidade, Equidade e Inclusão (“DE&I”).

29 O oitavo objetivo visa “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos”, de acordo com Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

30 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. ODS 8 – Trabalho Decente e Crescimento Econômico. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods8.html>. Acesso em: 10 jun. 2024

31 Dados extraídos da tabela 6892 do indicador 8.5.1;

32 Apenas pessoas que receberam em dinheiro, produto e mercadorias em todos os trabalhos.

33 De acordo com a definição utilizada pelo indicador, entende-se como desocupadas pessoas que estavam sem trabalho em ocupação e que não tomaram providência efetiva no período de 30 dias pelo fato de já ter conseguido ou por já ter previsão de começar em menos de 4 meses após o último dia da semana de referência

Os estudos dessa “tendência” têm sido mais explorados nas áreas de administração, psicologia e educação, carecendo assim de análises através da perspectiva do direito, tornando essa análise desafiadora, mas necessária para compreensão de elementos que contemplam o direito de acesso e permanência da pessoa com deficiência no trabalho.

A criação de políticas e departamentos de DE&I requer compromisso das lideranças dessa organização, devendo esses estabelecer metas e objetivos muito bem traçados para que promovam uma cultura que valorize a apoio a diversidade, através de políticas e práticas que perpassem a oferta de regimes de trabalho flexíveis, de acordo com Kiradoo.³⁴

Sendo assim, a criação de uma política interna nas empresas parece uma solução viável de auxílio no combate ao capacitismo, uma vez que seria um instrumento compatível para aplicação o princípio constitucional da solidariedade como um guia de seus dispositivos, devendo observar todas as garantias existentes na LBI, assim como normas técnicas e outras legislações esparsas que melhor se enquadram para cada empresa, respeitando e alinhando com os valores e condições de cada ambiente de trabalho.

Por fim, observa-se que a existência de uma política interna que reconheça a existência de capacitismo por si só não parece promover o efeito almejado. Por isso, se faz necessário utilizar o princípio constitucional da solidariedade como guia para equilibrar as garantias legais e as particularidades de cada empresa, assegurando assim as garantias previstas na LBI.

5 Conclusão

A inclusão de pessoas com deficiência no ambiente de trabalho é um tema que está sendo cada vez mais discutido e priorizado nas empresas. No entanto, mesmo havendo previsões legais estabelecidas pela Lei nº 8.213/91 e pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI) que garantam o direito das pessoas com deficiência de acesso e permanência nas empresas, verificou-se nesse trabalho que as empresas encontram dificuldades para proporcionar uma efetiva inclusão das pessoas com deficiência.

34 KIRADOO, Giriraj. Diversity, Equity, and Inclusion in the Workplace: Strategies for Achieving and Sustaining a Diverse Workforce. **Advance Research in Social Science and Management**. [S. L.], p. 139-151, 2022.

O capacitismo, identificado como uma barreira cultural e atitudinal, foi identificado como um dos principais fatores que levam a exclusão das pessoas com deficiência do mercado de trabalho. A análise jurídica do capacitismo, bem como das previsões legais que buscam combatê-lo, revelam que as barreiras não são apenas físicas ou estruturais, mas também decorrentes de preconceitos e discriminações enraizadas na sociedade. Dessa forma, a eliminação dessas barreiras exige uma abordagem interdisciplinar que envolva educação, sensibilização e a implementação de políticas inclusivas nas empresas.

O princípio constitucional da solidariedade emerge como um paradigma essencial para enfrentar o capacitismo e promover a inclusão das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho. Este princípio orienta a responsabilidade coletiva e a interdependência entre os indivíduos, incentivando uma cultura de respeito às diferenças e de valorização da diversidade. Ao aplicar o princípio da solidariedade, as empresas podem desenvolver ambientes mais inclusivos e equitativos, onde as adaptações necessárias são vistas como uma responsabilidade coletiva e não como um favor ou privilégio.

Por fim, conclui-se preliminarmente que a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência no trabalho depende de um compromisso contínuo das empresas e da sociedade em geral. A implementação de políticas de Diversidade, Equidade e Inclusão (DE&I) e o respeito aos direitos previstos na LBI são passos fundamentais para criar um ambiente de trabalho mais justo e acessível. A inclusão deve ser construída com a participação ativa das pessoas com deficiência, garantindo que suas vozes sejam ouvidas e suas necessidades atendidas. Assim, o combate ao capacitismo se torna não apenas uma obrigação legal, mas também um imperativo moral para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Referências

BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 27 jul. 2024.

CAMPBELL, Fiona Kumari. Precision ableism: a studies in ableism approach to developing histories of disability and abledment. **Rethinking**

History. v. 23, n. 2, 2019, p. 138-156.

CAMPBELL, Fiona Kumari. Inciting Legal Fictions: ‘Disability’s’ date with Ontology and the Ableist Body of Law. **Griffith Law Review**. Queensland, v. 10, n. 1, 2001, p. 42-62. Disponível em: <https://research-repository.griffith.edu.au/handle/10072/3714>. Acesso em: 27 jul. 2024.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2014.

GOODLEY, Dan. **Dis/ability Studies: theorising disablism and ableism**. Nova York: Routledge, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. ODS 8 – Trabalho Decente e Crescimento Econômico. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods8.html>. Acesso em: 23 jul. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Cadernos ODS. ODS 8 – Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos**. SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord.). Brasília: 2019. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=35057#:~:text=A%20publicação%20Cadernos%20ODS%20foi,2015%2C%20na%20qual%20193%20Estados%2D. Acesso em 27 jul. 2024.

KIRADOO, Giriraj. Diversity, Equity, and Inclusion in the Workplace: Strategies for Achieving and Sustaining a Diverse Workforce. **Advance Research in Social Science and Management**. [S. l.], p. 139-151, 2022.

NABAIS, José Casalta. **Por Uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

NARIO-REDMOND, Michelle R. **Ableism: The Causes and Consequences of Disability Prejudice**. Nova Jersey: Wiley, 2020.

PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. **Da (in)aplicabilidade do princípio da solidariedade nas relações privadas no constitucionalismo contemporâneo: o desvelar da ética, o semeador da socialidade e o propagador da confiança nas relações contratuais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul,

Santa Cruz do Sul, 2013.

REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Júlia Gonçalves. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 10, n. 1, p. 223–242, 2018, p. 230.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

UNITED NATIONS. **Transforming the world: the 2030 agenda for sustainable development**. United nation: 2015, A/RES/70/1. Disponível em: sustainabledevelopment.un.org. Acesso em 27 jul. 2024.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 338.

WOLBRING, Gregor; LILLYWHITE, Aspen. Equity/Equality, Diversity, and Inclusion (EDI) in Universities: The Case of Disabled People. **Societies** 2021, v. 11, n. 49.

A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO DO CRÉDITO AO CONSUMO E A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Mariana Cunha Marques¹

1 Introdução

Na União Europeia, tratando-se de uma verdadeira união económica e monetária, há a coordenação das políticas económicas entre os Estados-Membros, tal como resulta do artigo 119º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – “*adoção de uma política económica...*”. Esta coordenação implica, assim como resulta da letra do tratado, a definição e prossecução de objetivos comuns, pautados pela livre concorrência e baseados no mercado interno.

Por força do disposto no artigo 121º TFUE, as políticas económicas dos Estados-Membros são de interesse comum, isto é, têm em vista a concretização dos objetivos da União, consagrados no artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE).

Assim sendo, é elaborado um projeto de orientações gerais, pelo Conselho (recomendado pela Comissão), que deverá ser tido em conta pelos Estados-Membros e, de forma a garanti-lo, há um acompanhamento da evolução económica de cada Estado-Membro. Permite-se, portanto, aferir se há harmonização entre as orientações gerais e as políticas económicas dos Estados-Membros. Por outro lado, os Estados-Membros têm, ainda, o dever de informar a Comissão sobre as medidas relevantes por eles tomadas, no domínio das suas políticas económicas².

Podemos, portanto, concluir que há uma influência pertinente dos órgãos, organismos e instituições da União nas políticas económicas dos Estados-Membros.

Atualmente, dado o elevado grau de consumismo que se faz sentir, a nível social, o endividamento e o sobre-endividamento são realidades

1 Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho.

2 LARANJEIRA, Carlos. **União Económica e Monetária e o Euro**. Coimbra: Almedina, 1999.

cada vez mais frequentes e muito prejudiciais para o consumidor, para as instituições de crédito e, em *ultima ratio*, para o Estado.

De forma a impedir que tais incumprimentos ocorram, a União tem vindo a legislar³ no sentido de proteger o consumidor, no momento pré-contratual, de modo a evitar a contração irresponsável de créditos. No entanto, não basta a estipulação de deveres das entidades financeiras para que estas, efetivamente, os cumpram.

Nessa medida, o objetivo deste trabalho é, num primeiro momento, analisar as regras aplicáveis e determinadas pela União Europeia relativamente à proteção dos consumidores no mercado de crédito. Posteriormente, haverá a tentativa de determinar se a atuação das instituições de crédito, a nível nacional, são compatíveis com as normas de Direito da União, no que concerne à concessão responsável de créditos ao consumo.

2 Mercado interno de crédito

Relação com o mercado interno

O objetivo do mercado interno encontra-se definido no Ato Único⁴, referindo que o mesmo engloba um espaço sem fronteiras, permitindo a efetividade da livre circulação (mercadorias, pessoas, capitais e serviços).

Ademais, verificava-se um crescente recurso a estas liberdades, isto é, uma crescente mobilidade dos cidadãos europeus. Assim sendo, seria necessária a criação e densificação de um mercado de crédito que também ultrapassasse as fronteiras físicas entre os Estados-Membros e, portanto, permitisse aos consumidores contrair créditos transfronteiriços.

3 O diploma legal mais recente, que trata a matéria de concessão de crédito ao consumo é a Diretiva 2023/2225, de 18 de outubro de 2023, OJ L, 2023/2225, 30.10.2023.

4 Artigo 13º do Ato Único Europeu, de 17 de fevereiro de 1986, OJ L 169, 29.6.1987, p. 1-28, que entrou em vigor a 1 de julho de 1987.

2.2 *Legislação específica aplicável ao crédito ao consumo*

2.2.1 Diretiva 87/102/CEE

Ainda antes da concretização da União Económica e Monetária (UEM), cujo plano de concretização resultou da Comissão Delors (1988-1989), a 22 de dezembro de 1986 surgiu a Diretiva 87/102/CEE⁵ do Conselho, cujo objetivo era o da aproximação legislativa dos diversos Estados-Membros, no que concerne às regras de crédito ao consumo.

Este era um objetivo ousado, na medida em que, de forma a proteger os interesses económicos dos consumidores, era fulcral harmonizar as condições gerais de crédito e transmitir todas as informações relativas ao mesmo, ao mutuário.

No entanto, veio-se a verificar a persistência das diferenças, neste âmbito, entre as legislações dos Estados-Membros⁶. Tal discrepância poderia resultar numa discriminação de certos cidadãos, em detrimento de outros, porquanto levantava obstáculos ao mercado interno. Assim, era muito difícil o acesso a créditos transfronteiriços.

Ademais, devido ao aumento do volume de crédito concedido aos consumidores, o problema do endividamento tornou-se alarmante⁷. Deste modo, a Comissão veio propor uma alteração e, tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu⁸, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Diretiva 2008/48/CE, a 23 de abril de 2008.

5 Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, JO L 42 de 12.2.1987, p.48.

6 Tal informação decorre dos relatórios da Comissão de 1995 e de 1996, sobre a aplicação da Diretiva 87/102/CEE, disponíveis na página oficial do Parlamento Europeu, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-4-1997-0010_PT.html e consultados a 23-12-2023.

7 Esta ideia decorre do Parecer da Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e da Defesa do Consumidor, anexo ao Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Cidadão referente ao relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Dir. 87/102/CEE (COM(95)0117 – C4 – 0185/95, p. 25.

8 JO C 234 de 30.9.2003.

2.2.2 Diretiva 2008/48/CE

O objetivo primário desta diretiva era, portanto, harmonizar a cessão de créditos, nos diversos Estados-Membros, permitindo o efetivo mercado interno de crédito. Assim, os Estados-Membros estavam incumbidos de adaptar as suas legislações internas, com o objetivo de alcançar a harmonização e, por outro lado, tinham a obrigação (negativa) de se absterem de adotar novas disposições, para além do previsto na referida diretiva⁹.

Nesta diretiva, já se previa a necessidade de proteção dos consumidores, face aos abusos das instituições de crédito.

Importa salientar, também, que demonstrava ser fulcral a verificação da solvabilidade dos consumidores, por parte das instituições de crédito, de forma a impedir que sejam concedidos empréstimos irresponsavelmente, que culminarão no incumprimento.

No nosso ordenamento jurídico, esta diretiva foi transposta pelo Decreto-Lei nº 133/2009, de 02 de junho¹⁰.

2.2.3 Cenário atual: Diretiva (UE) 2023/2225

Os esforços tomados pelos diplomas mencionados anteriormente, apesar de válidos e importantes, verificaram-se como sendo insuficientes, dada a possibilidade que deixavam, aos Estados-Membros, de adotar disposições díspares, não se concretizando, portanto, o mercado interno de crédito.

Esta discrepância legislativa punha em causa o mercado interno, uma vez que as condições de acesso ao crédito não eram iguais, para todos os cidadãos da União¹¹.

Assim, houve necessidade de alteração deste panorama, surgindo a Diretiva 2023/2225, de 18 de outubro de 2023¹².

9 Assim como decorre do Considerando 9 da Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Directiva 87/102/CEE do Conselho, JO L 133 de 22.5.2008, p. 67.

10 Decreto-Lei nº 133/2009, de 02 de junho, sobre contratos de crédito a consumidores, conforme 6ª atualização realizada pela Lei nº 57/2020, de 28 de agosto.

11 Considerando 6 da Diretiva 2023/2225.

12 Esta Diretiva foi impulsionada pela Nova Agenda do Consumidor que surgiu no seguimento da Pandemia de COVID-19, que permitiu evidenciar as fragilidades de proteção dos interesses dos consumidores, para mais sobre ver: UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu e ao conselho, Nova Agenda do Consumidor Reforçar**

O grande objetivo da nova Diretiva do Crédito ao Consumidor (DCC) é aumentar a transparência e segurança do mercado de crédito da União, atendendo ao panorama social atual. Tal objetivo enfatiza o papel pertinente da cidadania europeia, no contexto atual da União, considerando-se o cidadão como o protagonista principal¹³.

Nessa medida, estabelece como prioridade a informação correta, clara e precisa ao consumidor, por parte das instituições de crédito, em relação às condições contratuais previstas nos contratos de crédito. Desse modo, o consumidor poderá tomar decisões informadas sobre a sua gestão orçamental, impedindo o desconhecimento que, em regra geral, culmina no incumprimento das obrigações contratadas.

Note-se, no entanto, que as regras contidas na presente diretiva têm de ser devidamente transpostas para a legislação interna dos Estados-Membros até ao dia 25 de novembro de 2025, permitido, assim, uma ampla margem temporal de adaptação, por parte dos mesmos. Caso não haja transposição, ou esta seja deficiente, poderá haver lugar a uma ação por incumprimento¹⁴.

Todavia, assim sendo, até à data referida, continuar-se-á a aplicar, como base, a diretiva que esta visa substituir, isto é, a Diretiva 2008/48/CE, no âmbito dos contratos de crédito aos consumidores.

O objeto da nova Diretiva¹⁵, plasmado no seu artigo 1º, prende-se com a harmonização das legislações dos Estados-Membros, relativamente aos contratos de crédito.

Esta diretiva também densificou o dever de informação para com o consumidor, bem como implementou a proibição de publicidade que tenha o intuito de aliciar o consumidor a contrair um empréstimo, apelando a uma melhoria da sua situação financeira. Tal proibição surge no sentido de impedir que sejam contraídos créditos pelos consumidores sem

a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável. Bruxelas, 13.11.2020, COM(2020) 696 final, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696>, acesso em 24 jan. 2024.

13 FROUFE, Serafim Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado interno e concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União.** Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.461.

14 A ação por incumprimento encontra-se prevista nos artigos 258º a 260º do TFUE.

15 Com a introdução da nova Diretiva do Crédito aos Consumidores, o âmbito de aplicação das medidas foi alargado passando a abranger, a título exemplificativo, os contratos de crédito de menor valor, cujo montante seja inferior a 200 euros. O consumidor fica, também, acautelado relativamente a contratos de crédito sem juros nem quaisquer outros encargos.

haver concreta necessidade para tal, protegendo, assim, a parte mais fraca desta relação contratual¹⁶.

Ademais, exige-se que toda a publicidade a produtos de crédito não seja enganosa e inclua um alerta dos riscos e custos que advém da celebração de um contrato de crédito¹⁷. Em suma, as informações obrigatórias que devem ser publicitadas representam, tanto quanto possível, todas as características do contrato de crédito que poderá vir a ser concedido pelo mutuante¹⁸.

3 Análise da solvabilidade

A análise da solvabilidade dos consumidores é fulcral de forma a cumprir com o princípio do crédito responsável¹⁹, senda esta, em regra, uma incumbência dos mutuantes do crédito²⁰. Este princípio pressupõe que as instituições de crédito analisam a capacidade dos consumidores e dá ênfase à transmissão de informações – verdadeiras e claras – entre as partes, defendendo a parte mais débil desta relação contratual²¹.

16 Os comportamentos desleais e enganosos por parte das empresas já se encontram regulados pela Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»). JO L 149 de 11.6.2005, p. 22–39, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029>, acesso em 28 dez. 2023.

17 Artigo 7.º e alínea a), n.º 7 do artigo 8.º da DCC II.

18 Note-se, também, que, apesar de na Diretiva anterior ter estipulado o dever de prestar informações pré-contratuais, este foi densificado pelo novo diploma, alterando a disposição da ficha de informação normalizada (FIN).

19 Este princípio foi consagrado, pela primeira vez, na Proposta de Diretiva da Comissão de 2002, conforme pode ser verificado em Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores. (2002/C 331 E/39). JOCE, C 331 E/200, 31.12.2002, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0443:FIN:PT:PDF>, acesso em 23 jan. 2024. De acordo com a Proposta o mutuante do crédito está obrigado a analisar a capacidade financeira do consumidor, nas bases de dados centralizadas, de forma a aferir se este é, ou não, capaz de contrair, responsabilmente, o crédito.

20 Sem prejuízo das disposições em matéria de risco de crédito, que se encontram previstas na Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito, OJ L 176, 27.6.2013, p. 338–436.

21 SALAZAR, Cláudia Cristina Moreira. **Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor**. (Dissertação de Mestrado) Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Centro Regional do Porto, 2012, p.17.

É fulcral que as instituições de crédito não celebrem contratos de concessão de crédito sem aferirem se este é seguro, responsável e suportável pelo consumidor. Por outro lado, é da responsabilidade dos Estados-Membros a supervisão dos mutuantes, de forma a impedir que tais concessões irresponsáveis aconteçam.

Este dever tem duas vertentes de proteção, ou seja, a vertente individual, na medida em que visa proteger o consumidor, prevenindo a contração de crédito irresponsável, que desencadeará em incumprimento das responsabilidades contratuais e, por outro lado, a vertente geral, na medida em que impede a ocorrência de prejuízos graves, para as entidades financeiras²².

Caso as instituições de crédito não procedam à efetiva análise da solvabilidade de cada consumidor, individual e casuisticamente, os Estados-Membros estão incumbidos de adotar as sanções que julguem como necessárias, para punir tal inércia²³.

Esta necessidade – fundamental para a proteção do consumidor – é aprofundada na nova Diretiva. Assim, é constatado que a análise da solvabilidade é feita no interesse do consumidor, de forma a evitar situações de sobre-endividamento, que se têm tornado cada vez mais frequentes²⁴.

Para proceder ao estudo da solvabilidade do consumidor devem ser tidos em conta fatores pessoais económicos e financeiros²⁵, de forma a analisar se, previsivelmente, conseguirá cumprir o contrato de crédito em causa²⁶. Após feito este raciocínio, apenas deverá ser concedido crédito ao consumidor que tenha, efetivamente, capacidade financeira para cumprir com o contratado.

22 ANTUNES, José Engrácia. Dos contratos de consumo em especial. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 78, nº I-II. 2018, p. 175, disponível em: https://portal.oa.pt/media/130213/jose-engracia-antunes_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf, acesso em 24 jan. 2024.

23 Esta ideia está presente em ambas as Diretivas, no Considerando 26 da Diretiva 2008/48/CE e no Considerando 53 da Diretiva 2023/2225.

24 Tal como resulta do artigo 18º da DCD II, integrado no Capítulo V: avaliação da solvabilidade e acesso à base de dados.

25 Respeitando o princípio da minimização dos dados, consagrado no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), conforme 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). JO L 119 de 4.5.2016, p. 1–88.

26 A nova Diretiva, atendendo à evolução social prevê, ainda, a possibilidade da análise ser feita através de inteligência artificial, no Considerando 56 e no nº 8 do artigo 18º.

Para que a análise da solvabilidade do consumidor abranja todos os fatores relevantes, o mutuante terá de averiguar, também, as bases de dados de crédito, para saber se o mesmo contraiu créditos com outras entidades, em que termos e se há incumprimento. Com base no senso comum, não seria benéfico celebrar um novo contrato de crédito com um consumidor que já tenha uma elevada parte do seu orçamento mensal destinada ao pagamento de obrigações do mesmo teor. No entanto, a avaliação da solvabilidade não se pode apenas basear no “historial” de crédito do consumidor²⁷.

Note-se que, por outro lado, o consumidor não está desprovido de deveres, uma vez que tem a obrigação de tomar decisões diligentes e fundadas. Ademais, está adstrito a prestar sempre informações verdadeiras, principalmente quando estas forem inexistentes, nas bases de dados aptas para o efeito.

Em suma, a nova Diretiva aprofunda a necessidade de informar corretamente os consumidores, bem como de analisar a sua solvabilidade, de forma que os empréstimos contraídos sejam feitos de forma racional e responsável, visando evitar o seu incumprimento.

4 Incumprimento por parte das instituições de crédito

As instituições de crédito correspondem ao mutuante do crédito e, para efeitos de aplicação desta diretiva, correspondem às pessoas singulares ou coletivas que, dentro das suas competências comerciais ou profissionais, concedem ou prometem conceder a um consumidor um crédito²⁸. Estas instituições²⁹ são, em regra, empresas que têm como finalidade a aplicação de fundos recebidos, através da celebração de contratos de concessão de crédito. Assim, recebem depósitos e concedem créditos, de forma autónoma. É, portanto, às instituições de crédito que incumbe a obrigação de analisar a solvabilidade dos consumidores, de forma a que estes ficam protegidos dos riscos de sobre-endividamento e de insolvência.

27 Assim como resulta do nº 11 do artigo 18º da Diretiva.

28 Artigo 3º, nº 2 da Diretiva 2023/2225.

29 No ordenamento jurídico português, as instituições de crédito têm o seu regime previsto no Decreto-Lei nº 298/92 de 31 de dezembro, que consagra o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. De acordo com o seu artigo 2º, define as instituições de crédito como sendo empresas “cuja atividade consiste, em receber do público, depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito.”.

De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) esta obrigação contribui para garantir que todos os consumidores da União estejam no mesmo patamar, no que concerne à defesa dos seus direitos, bem como permite a eficácia do mercado interno de crédito de consumo³⁰.

O TJUE já referiu, também, que existe o dever, por parte do órgão jurisdicional nacional de, quando diante de um processo que envolva o incumprimento da obrigação de análise da solvabilidade, por parte da instituição de crédito, extrair todas as consequências decorrentes dessa violação³¹. Considera-se que, se tal não fosse assim, a proteção da parte contratual mais fraca, ou seja, do consumidor, estaria comprometida, uma vez que o juiz nacional estaria dotado de todos os elementos de facto e de Direito para analisar, de forma oficiosa, o cumprimento da obrigação infringida ao mutuante.

Caso as instituições de crédito não procedam à análise de solvabilidade do consumidor, cabe aos Estados-Membros verificar esse incumprimento e sancioná-lo devidamente, de modo a salvaguardar o consumidor, sem prejuízo do dever que este tem de tomar decisões racionais e fundadas³².

As sanções implementadas pelos Estados-Membros têm de se revelar dissuasoras, na medida em que as instituições financeiras se sintam impelidas a cumprir com a sua obrigação. Se, na prática, a sanção estabelecida, a nível nacional, não fosse aplicada ou da sua aplicação decorressem efeitos irrelevantes, então esta não seria preventiva³³.

Recentemente, o TJUE³⁴ frisou que caso a instituição financeira não tenha cumprido com o seu dever de analisar a solvabilidade do consumidor e, mesmo tendo o contrato sido cumprido na íntegra e sem quaisquer prejuízos para o mutuário, a sanção continua a merecer aplicação.

30 Esta ideia consta no Acórdão *Radlinger e Radlingerová*, de 21 de abril de 2016, proc. C-377/14, EU:C:2016:283, no Considerando 61.

31 Esta ideia está plasmada no Acórdão *OPR-Finance*, de 5 de março de 2020, proc. C-679/18, ECLI:EU:C:2020:167, Considerando 24. Note-se que o Tribunal salienta a necessidade de respeitar o princípio do contraditório e o artigo 23º da (então) Diretiva 2008/48, que estipula as sanções para este incumprimento.

32 Tal como resulta do Considerando 53 da Diretiva 2023/2225.

33 Nesse sentido, Acórdão *Home Credit Slovakia*, de 9 de novembro de 2016, proc. C-42/15, EU:C:2016:842, Considerando 62.

34 Acórdão *Nárokuj s.r.o. contra EC Financial Services, a.s.*, de 11 de janeiro de 2024, proc. C-755/22, ECLI:EU:C:2024:10

Atente-se que, no ordenamento jurídico português, a sanção prevista para um incumprimento deste tipo encontra-se no artigo 30º do Decreto-Lei nº 133/2009, que indica, apenas, uma sanção contraordenacional. Ora, tendo o TJUE considerado³⁵ que uma sanção de nulidade do contrato de crédito, acompanhada da obrigação do consumidor de reembolsar ao mutuante unicamente o montante principal é adequada e dissuasora, então parece-nos, através de uma análise comparativa, que a sanção prevista no nosso ordenamento jurídico não o será.

Ademais, na prática, é frequente haver concessão de crédito, por parte das instituições financeiras, sem que procedam a esta análise da solvabilidade do consumidor. Esta situação é frequentemente constatada pelos agentes e mediadores que integram a Rede de apoio ao cliente bancário, sob chancela da Direção-Geral do Consumidor e do Banco de Portugal, que no exercício de suas funções – auxiliar e acompanhar consumidores bancários em incumprimento –, verificam que, na maior parte dos casos, a concessão de crédito foi realizada sem haver análise de qualquer variante que pudesse comprometer a capacidade financeira dos mutuários.

Esta violação do dever de análise da solvabilidade dos consumidores verifica-se, maioritariamente, na concessão de cartões de crédito. Assim, qualquer indivíduo pode obter um cartão de crédito, junto de estas entidades, sem necessidade de fornecer dados essenciais, como, por exemplo, o recibo de vencimento³⁶.

5 Outros mecanismos de supervisão

Importa, ainda, salientar que, para além da supervisão que cada Estado-Membro, através das suas entidades administrativas, deve fazer no que concerne à atuação conforme das instituições de crédito, há, ainda, entidades europeias que têm competência nessa matéria.

35 Acórdão *OPR-Finance*, **op. cit.**, Considerando 30.

36 A título exemplificativo, veja-se a situação de um consumidor que, já tendo um contrato de crédito ao consumo, no valor de 30.000€ e não dispondo de capacidade financeira para o cumprir, encontrando-se de baixa médica por doença oncológica, adquiriu um cartão de crédito e contraiu novo contrato de crédito ao consumo, no valor total de 12.000€, a instituições diferentes, sem lhe ser analisada a situação financeira, em nenhum dos casos. Sem prejuízo de ser da sua responsabilidade analisar se a contração de crédito é adequada aos seus rendimentos, as instituições de crédito tinham o dever de lhe negar a celebração dos respetivos contratos.

5.1 *Autoridade Bancária Europeia*

No âmbito do setor bancário e de forma a permitir a sua harmonização é de salientar a atividade da Autoridade Bancária Europeia (EBA)³⁷.

A Autoridade Bancária Europeia integra-se no Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF), que é simultaneamente composto pela Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA)³⁸.

Assim, com a atuação da autoridade pretende-se proteger o interesse público da União Europeia, bem como promover a estabilidade, eficiência e clareza do sistema financeiro. Dessa forma, auxilia ao aperfeiçoamento do mercado interno, uma vez que permite a harmonização entre os diversos Estados-Membros no setor financeiro, através da sua supervisão³⁹. Ademais, protege os consumidores e permite que estes vejam as suas relações com as instituições financeiras reguladas e asseguradas.

Note-se, no entanto, que a EBA age através de orientações e recomendações⁴⁰ que devem auxiliar no alcance da harmonização das regras bancárias europeias. Nesse sentido, a fiscalização casuística das instituições europeias cabe às autoridades nacionais de supervisão, competentes para esse efeito.

37 Esta entidade foi prevista e criada pelo Regulamento (UE) n° 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, JOUE L 331/12, 15.12.2010, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1093>, acesso em 30 dez. 2023, em sequência do notório défice de supervisão financeira, revelado por força da crise que se iniciou em 2007.

38 Estas autoridades vieram substituir o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária, criado pela Decisão 2009/78/CE da Comissão (JO L 25 de 29.1.2009, p. 23.), o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, criado pela Decisão 2009/79/CE da Comissão (JO L 25 de 29.1.2009, p. 28) e o Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários, criado pela Decisão 2009/77/CE da Comissão (JO L 25 de 29.1.2009, p. 18).

39 Tal como decorre do n° 5 do artigo 1° do Regulamento 1093/2010.

40 Artigo 16° do Regulamento 1093/2010.

5.2 Banco Central Europeu

O Banco Central Europeu (BCE) foi criado em 1998 e encontra-se sediado na Alemanha, regulado pelo direito primário da União Europeia e pelos seus estatutos específicos⁴¹.

Uma das mais importantes competências⁴² desta instituição prende-se com garantir que há, por parte das autoridades nacionais competentes uma correta supervisão das instituições e dos mercados financeiros. Para tal, em 2013, houve a implementação do Mecanismo Único de Supervisão⁴³.

A necessidade de criação do MUS fez-se sentir, principalmente, após a crise financeira de 2008, que relevou ser a supervisão nacional insuficiente para a estabilidade dos mercados financeiros. Assim, houve a decisão de se estabelecer um sistema único de supervisão bancária.

No âmbito do MUS, o BCE e os Estados-Membros apoiam-se mutuamente, com base no princípio da cooperação leal, sendo o primeiro o responsável pelo funcionamento do mecanismo⁴⁴. Assim, o BCE atua como uma autoridade supranacional de supervisão.

O principal objetivo da implementação do Mecanismo Único de Supervisão prende-se, tal como o nome indica, com o efetivo controlo do cumprimento dos requisitos impostos às instituições de crédito, nomeadamente o dever de informação e o dever de análise da solvabilidade dos consumidores. Em teoria, o papel do BCE corresponde à supervisão dos principais bancos dos Estados-Membros integrantes e, para tal, socorre-se das autoridades nacionais aptas para esse efeito. Para tal, pode adotar orientações e recomendações⁴⁵.

41 Protocolo nº 4 do TFUE, JO C 202 de 7.6.2016, p. 230-250.

42 O BCE também tem como competência a fixação das taxas de juro dos empréstimos que concede aos bancos integrantes na União Europeia, definindo a base de todo o mercado de crédito europeu, a gestão do euro e o controlo do mercado bancário europeu, tal como resulta dos artigos 127º e seguintes do TFUE.

43 Previsto no Regulamento (UE) nº 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, JO L 287 de 29.10.2013, p. 63-89, comumente designado por Regulamento MUS. Note-se que o BCE tem o dever de cooperar com a EBA, bem como outras autoridades de supervisão, como a ESMA, a EIOPA e o Comité Europeu do Risco Sistémico (CERS), bem como com as outras autoridades que integram o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF), de acordo com o nº 1 do artigo 3º do Regulamento MUS.

44 O quadro de cooperação entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais dos Estados-Membros integrantes do Mecanismo Único de Supervisão está regulado pelo Regulamento (UE) nº 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014. JO L 141 de 14.5.2014, p. 1-50.

45 Assim como resulta do nº 3 do artigo 4º e do nº 2 do artigo 6º, ambos do Regulamento (UE) nº 1024/2013.

6 Conclusão

Dado o panorama social atual, existe a necessidade efetiva de evitar a concessão irresponsável de crédito, uma vez que esta contribui, em larga medida, para a crise económica e financeira. Assim, para além de se estipularem soluções *ex post*, como é o caso da insolvência pessoal, há que repensar e fortalecer as soluções preventivas, de forma a evitar situações de endividamento e sobre-endividamento dos consumidores⁴⁶.

Ademais, tal não bastará, se não houver um controlo efetivo, por parte das entidades competentes para o efeito, da atuação das instituições de crédito. Assim e apesar da existência de órgãos com competência para aferir do cumprimento das instituições de crédito, na prática a violação da obrigação de análise da solvabilidade dos consumidores é frequente e, portanto, consideramos ser necessário um reforço da fiscalização, sob pena do aumento exponencial de situações de incumprimento dos contratos de crédito, por parte dos consumidores, por não terem capacidade financeira para os cumprirem.

Por outro lado, mesmo que este controlo exista, tem de lhe corresponder uma sanção que permita dissuadir as instituições, no sentido de cumprir o seu dever. No entanto, constatamos que, em Portugal, apenas vigora (para já) uma sanção de índole contraordenacional, em caso de incumprimento das obrigações incumbentes às instituições financeiras. Questionamo-nos, portanto, se esta sanção é suficientemente dissuasora, nos termos do entendimento do TJUE⁴⁷.

Referências

ANTUNES, José Engrácia. Dos contratos de consumo em especial.

Revista da Ordem dos Advogados, ano 78, nº I-II. 2018, p. 125-212, disponível em: https://portal.oa.pt/media/130213/jose-engracia-antunes_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf, acesso em 24 jan. 2024.

CARVALHO, Jorge Morais. **Manual do Direito do Consumo**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2020.

46 CARVALHO, Jorge Morais. **Manual do Direito do Consumo**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 439.

47 Note-se que não há registo da aplicação prática destas sanções contraordenacionais, às instituições de crédito.

FROUFE, Serafim Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado interno e concorrência. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

LARANJEIRA, Carlos. **União Económica e Monetária e o Euro**. Coimbra: Almedina, 1999.

SALAZAR, Cláudia Cristina Moreira. **Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor**. (Dissertação de Mestrado) Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Centro Regional do Porto, 2012.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu e ao conselho, Nova Agenda do Consumidor Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável**. Bruxelas, 13.11.2020, COM(2020) 696 final, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696>, acesso em 24 jan. 2024.

A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA O DIRECIONAMENTO DE PUBLICIDADE PELO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Priscila Salamon¹

Ismael Francisco de Souza²

André Viana Custódio³

1 Introdução

Com a crescente massificação dos meios de comunicação, um número crescente de crianças tem utilizado mais frequência a internet. Eles estão começando mais cedo, usando uma variedade de dispositivos e passando mais tempo *online*. A internet pode ser um canal importante para a sua educação, criatividade e autoexpressão.

Segundo o estudo realizado, em meados de 2023, pela TIC Kids Online Brasil⁴ 95% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos de todo o país acessam a internet. Com um pequeno crescimento em relação a 2022

- 1 Mestranda em Direito na linha de pesquisa Políticas Públicas Estado e Sociedade Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC com bolsa CAPES modalidade II (2024-2026). Pós-Graduada em Psicologia Sistêmica na Universidade de Caxias do Sul -UCS. Graduada em Serviço Social na Universidade de Caxias do Sul - UCS (2009). Assistente Social CRESS/RS nº 8047. Servidora pública municipal. E-mail: priscilasalamon@hotmail.com.
- 2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador adjunto e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e e membro do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito, ambos certificados pelo CNPq/UNESC. Email: ismael@unesc.net.
- 3 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto de institucional de pesquisa “Articulação intersectorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ; Consultor em políticas públicas. Email: andrecustodio@unisc.br.
- 4 A pesquisa TIC Kids Online Brasil tem como objetivo gerar evidências sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil. Realizada desde 2012, a pesquisa produz indicadores sobre oportunidades e riscos relacionados à participação on-line da população de 9 a 17 anos no país.

que correspondia a 92% nessa faixa etária. Apontou ainda que em 24% do total de casos, o primeiro acesso à internet aconteceu antes dos seis anos de idade.

Devido a crescente massificação dos meios de comunicação, concomitante a difusão dos produtos e mesmo serviços disponíveis no mercado de consumo, marcado pelo processo de globalização, a publicidade sofisticou-se sobremaneira, tendo ampliado seu campo de atuação e, conseqüentemente, seus resultados comerciais, nessa que é denominada a sociedade de consumo (Baudrillard, 1995), da informação e da hiperconexão. Tal realidade afeta diretamente crianças e adolescentes, quando do direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial, uma vez que diante dos avanços tecnológicos recentes permitem um contexto de ampla coleta e tratamento de dados, juntamente com sistemas de IA capazes de criar perfis baseados em comportamento, hábitos e desejos das pessoas, sendo possível o direcionamento de publicidade microsegmentada ou comportamental (Hoffmann-Riem, 2020).

Dessa forma, o estudo em questão centra-se na necessidade de estabelecer diretrizes quanto a utilização o direcionamento de publicidade pelo uso da IA enquanto instrumento de prevenção e combate às práticas violadoras de direitos de crianças e adolescentes. Isso ocorre sobretudo pelo fato de que atualmente os dispositivos legais brasileiros serem insuficientes, pois requerem legislação específica para a sua regulação.

Para tanto, analisa-se, um primeiro momento, a teoria da proteção integral de crianças e adolescentes à luz do direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial. No segundo tópico examina-se o ordenamento jurídico brasileiro delimitando as bases teóricas, fundacionais, históricas e normativas de proteção infanto-juvenis. E por fim, problematizar a criação de instrumentos para a regulamentação do uso da inteligência artificial para o público em tela. Para responder ao problema de pesquisa, utilizou o método de abordagem dedutivo, na medida em que partindo dos pressupostos da teoria da proteção integral de crianças e adolescentes para que se torne possível estabelecer diretrizes contra o direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial (Henriques, 2010). A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, consubstanciada na consulta à livros, revistas, artigos científicos, periódicos, notícias, teses, dissertações, legislação e demais documentos relacionados ao tema do presente estudo.

2 A teoria da proteção integral de crianças e adolescentes à luz do direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial (IA)

O direcionamento da publicidade pelo uso da inteligência artificial (IA) é uma estratégia de exploração comercial infantil no ambiente digital, também conhecida como publicidade microsegmentada, ou seja, baseada nos gostos e no perfil do usuário e coleta de dados pessoais, a qual pode prejudicar o desenvolvimento de crianças e adolescentes e violar seus direitos em diversas esferas, sendo que os direitos infanto-juvenis devem ser considerados com absoluta prioridade, inclusive acima de quaisquer interesses comerciais.

Para que isso aconteça, é necessário, como diretriz prática, a regulamentação pelo fim do direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial às crianças e adolescentes, enquanto instrumento de controle à violação de direitos, não somente na contribuição da prevenção e efetivação de direitos e a garantia da proteção integral desse público prioritário, mas sim, em coibir as práticas violadoras de direitos fundamentais com caráter principiológico da teoria da proteção integral no que tange ao princípios basilares dentre eles o da prioridade absoluta contido na norma constitucional (Lima, 2001).

A partir da Teoria da Proteção Integral, fundamentada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, da ONU, 1959, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova era para crianças e adolescentes no país. Através do artigo 227 afirma que:

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

O reconhecimento de crianças e adolescentes e a proteção integral, é fruto de um longo percurso histórico impulsionado por muita mobilização social envolvendo toda a população. Antes de 1988, crianças e adolescentes sequer eram considerados sujeitos de direitos, ou seja, eram tuteladas pela família ou pelo Estado e não detinham os próprios direitos, nem eram consideradas cidadãos. E a legislação brasileira, em geral, só se concentrava

nessa população no âmbito das vulnerabilidades sociais, com forte viés punitivo.

Em 1990, instituiu-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual regulamentou os direitos assegurados constitucionalmente, estabelecendo, também, a criação de conselhos de direitos da criança e do adolescente, responsáveis por criar diretrizes para políticas públicas para essa população, assegurando a participação popular por meio de organizações da sociedade civil.

O ECA reafirma que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e devem ser tratados com prioridade absoluta. Em seus artigos 3º e 4º, determina que, por estarem em condição peculiar de desenvolvimento devem ter seus direitos garantidos com absoluta prioridade em todas as áreas e que a proteção dessa população e o zelo pela efetivação de seus direitos é uma responsabilidade compartilhada. (Brasil, 1990)

A proteção integral assegura não só os direitos fundamentais conferidos à todas as pessoas, mas também àqueles que atentam às especificidades da infância e da adolescência, ou seja, tanto crianças quanto adolescentes, têm poder de voz, são cidadãs e têm o direito de serem respeitadas, assim como os adultos e por eles protegidas.

Com a aceleração das transformações societárias decorrente dos processos do mundo globalizado é cada vez maior e mais precoce o número de acessos de crianças e adolescentes nas redes sociais.

O ambiente digital é cada vez mais importante para quase todos os aspectos da vida das crianças, inclusive em tempos de crise, pois as funções sociais, como educação, serviços governamentais e comércio, dependem cada vez mais das tecnologias digitais. Oferece novas oportunidades para realizar os direitos das crianças, mas também apresenta riscos relacionados à sua violação ou abuso (CRC, 2021)⁵.

Destarte, devido à presença expressiva de crianças na Internet, empresas de anúncio vislumbram uma oportunidade ímpar para impactá-las, anunciando produtos e serviços a elas direcionados, de diversas formas, desde anúncios mais habituais até publicidade velada dentro de conteúdos, a exemplo dos vídeos de *YouTube*, *unboxing* e dos *advergames*.

Portanto, é necessária a discussão ética e moral em torno do direcionamento de quaisquer mensagens persuasivas de consumo ao público como de mensagens publicitárias que se valem de perfis

5 Committee on the Rights of the Child.

comportamentais de crianças e adolescentes por conta do seu peculiar estágio de desenvolvimento humano (Silva, 2021).

A publicidade infantil viola os direitos das crianças por se valer de sua vulnerabilidade perante a incapacidade de reconhecerem que estão diante de uma comunicação mercadológica, no intuito de inculcar valores consumistas, através do direcionamento com tecnologias persuasivas, com a capacidade de manipular vontades e ações de maneira profunda por conta do peculiar estágio de desenvolvimento biopsicossocial que vivenciam.

Ademais, referindo-se à persuasão, os ambientes digitais se valem de sistemas de inteligência artificial para que mais frequentemente mantenha crianças e adolescentes presos às telas, interferindo no direito à desconexão, ou seja, ao direito à cultura, ao lazer e à brincadeira fora do ambiente digital, fragilizando inclusive o exercício da parentalidade e ocasionando tensões familiares, entre outras repercussões negativas nas famílias.

Para assegurar a proteção integral pautada nos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, é essencial a formulação de propostas, bem como a implementação de mecanismos legais e de controle a coibir práticas de direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial (IA), bem como, a proteção de dados pessoais (Veronese; Rosseto, 2023).

Nesta perspectiva, será apresentado o ordenamento jurídico brasileiro preventivo e protetivo relacionado a publicidade direcionada a crianças e adolescentes.

3 O ordenamento jurídico brasileiro e a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes contra o direcionamento da publicidade pelo uso da inteligência artificial

A dimensão da proteção integral reconhece como seres humanos em peculiar estágio de desenvolvimento emocional, psicológico e social, fato que as tornam mais vulneráveis. Por essa razão, não têm condições de capacidades interpretativas quanto à intenção da publicidade, tampouco de reconhecer a confiabilidade e as suas necessidades como indivíduo. Essa condição de hipossuficiência de crianças e adolescentes vislumbra a necessidade de oferecer proteção especial a esses indivíduos diante das relações de consumo. Quando analisamos o público infanto-juvenil na condição de consumidores e destinatários da publicidade direcionada, sua vulnerabilidade e hipossuficiência ficam agravadas.

Partindo dessa premissa, o ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 227, consagra a proteção integral a todas as crianças e adolescentes como direito social, integrante dos direitos e garantias fundamentais. (Brasil, 1990).

Percebe-se que os direitos conferidos à crianças e adolescentes se assemelham aos direitos de todos os cidadãos, no entanto se dá em primazia pela condição de indivíduos que devem ser salvaguardados de absoluta prioridade e proteção devido seu peculiar estágio de desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reafirma quando reconhece os direitos fundamentais da criança e do adolescente e seu Art. 3º, que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Brasil, 1990).

Corroborando, o ECA ainda traz em seus Art. 4º e 5º, a responsabilidade solidária pelo bem-estar de crianças e adolescentes, devendo, inclusive mercadológica. Portanto os responsáveis devem zelar pela proteção, frente as empresas de anúncios que não devem promover mensagens publicitárias direcionadas aos mesmos com conteúdo inadequado para esse público, e o Estado deve fiscalizar a atuação do setor privado e também desenvolver políticas públicas capazes de garantir o adequado desenvolvimento infantil.

Nessa premissa, a regulamentação e implementação de políticas públicas como forma de prevenção e combate às práticas violadoras de direitos, considera a responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado (Souza, 2020).

A regulamentação quanto ao conteúdo e horário recomendado pelo público infanto-juvenil, sendo que as mesmas devem ter finalidade artísticas, educativas, culturais e informativas, emitidas por rádio e televisão, estão conferidas no artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de protegê-las em relação a conteúdos violentos e sexuais. Ainda, no artigo 79, que estabelece uma regra pontual, destinada somente a publicidade veiculada em revistas voltadas ao público infanto-juvenil:

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão

respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família (Brasil, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por si só não apresenta normas específicas que disciplinam a publicidade voltada ao público infante-juvenil, mas traz um importante regulamento principiológico para repressão ao meio publicitário, com objetivo de garantir os direitos das crianças e adolescentes, os quais devem ser observados e respeitados pelas redes de publicitárias brasileiras.

Paralelamente a Constituição Federal brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se o Código de Defesa do Consumidor (1990) o qual também denota sua fragilidade no que se refere ao público infante-juvenil, uma vez que no artigo 37 proíbe, em seu parágrafo 1º a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, e em seu parágrafo 2º, define como abusiva, dentre outras práticas, a publicidade que se goze da incapacidade de julgamento da criança que segue:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (Brasil, 1990).

Assim, nota-se que a publicidade dirigida às crianças é pontual, com uma norma um tanto genérica, não facilmente identificada ao público a que se destina, no caso a consumidores. Considerando a incapacidade da criança de identificar o objetivo comercial da mensagem publicitária, tendo em vista seu desenvolvimento mental ainda em formação, a norma referência como aquela que “se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança”, o que nos faz questionar o termo deficiência, e não observando a vulnerabilidade gerada pelo seu estágio de desenvolvimento intelectual e de condições de compreensão da realidade o que a impede de contrastar e julgar a publicidade.

Recentemente o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente promulgou a Resolução nº 245, de 5 de abril de 2024,

a qual dispõe sobre os direitos das crianças e adolescentes em ambiente digital. Atribui ao Poder Público, famílias, sociedade e às empresas a responsabilidade pela garantia e efetivação dos direitos de crianças e adolescentes em ambiente digital. O objetivo é combater a exclusão digital. A resolução garante a todos os menores de 18 anos o acesso a tecnologias da informação e comunicação (TICs), como redes, conteúdos, serviços e aplicativos digitais disponíveis no ambiente virtual (Internet); dispositivos e ambientes conectados; realidade virtual e aumentada; inteligência artificial (IA); robótica; sistemas automatizados, biometria, sistemas algorítmicos e análise de dados.

A norma determina que empresas provedoras dos serviços digitais adotem medidas para combater a exclusão digital, inferiorização e discriminação ilegal ou abusiva, direta ou indireta. Ainda, é garantida a proteção contra toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade, opressão e exploração, inclusive contra a exploração comercial.

A resolução 245 se difere do ECA e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), devido o foco estar na abordagem dos direitos das crianças e dos adolescentes no ambiente digital, bem como inclui as empresas provedoras de produtos e serviços digitais na responsabilidade compartilhada entre Estado, família e sociedade. A preocupação com a segurança da criança e adolescente no ambiente de conexão, impondo às empresas provedoras a responsabilidade de identificar, medir, avaliar e mitigar de maneira preventiva os riscos reais ou previsíveis da tecnologia disponibilizada, incluindo a atividade algorítmica existente nas redes sociais, jogos e aplicativos.

No entanto, a proteção só será possível com a rigorosa cautela com a privacidade do público, através da efetividade da proteção dos dados de crianças e adolescentes, com menção direta da LGPD pela norma, todavia não impõe sanções ao descumprimento, contraditoriamente determina que as empresas imponham penalidades administrativas aos usuários que descumprirem as determinações legais, ou seja, novamente a supremacia do capital sobre a proteção da dignidade da pessoa humana.

4 Considerações finais

O século XXI produziu novas formas de organização social e comunicação, disseminação das publicidades e propostas destinadas ao público infantil avançaram fortemente nos meios televisivos entre os anos

1980 a 2000, conteúdo com auge da internet, tem-se novas formas que permeiam a disseminação de publicidade a este público.

A terceira onda que circunda focaliza no público infantil com disseminação em massa é a inteligência artificial, que irradia nas suas correntes os desejos extremos e alimenta fortemente o imaginário de pequenos consumidores, que acaba interferindo no seu desenvolvimento integral.

Os desafios centralizam na regulamentação sobre a disseminação em massa de produtos e serviços que chegam diariamente nos smartphones de crianças e adolescentes e estimulam a compulsão pela compra. Para tanto, além da implementação e aprimoramento do ordenamento jurídico e das políticas públicas no Brasil, enquanto instrumentos de prevenção e combate ao direcionamento de publicidade pelo uso da inteligência artificial a crianças e adolescentes, essenciais para a garantia de direitos.

Ainda, conjuntamente, entre Estado, família e sociedade, o envolvimento das empresas provedoras de produtos e serviços digitais, na corresponsabilidade da implementação de ações que incluam a ampliação das habilidades digitais, que possibilitem aos indivíduos aproveitarem as oportunidades e se tornarem mais resilientes quanto aos riscos que vivenciam *online*. Podendo-se propor inclusive, o desenvolvimento e implementação de sistemas de IA que promovam e facilitem o acesso das crianças a espaços *offline*, estimulando-as a fazer intervalos em seu tempo *online* e equilibrando às experiências cotidianas em contato com seu espaço real de sua comunidade e da natureza, o que é essencial para o bem-estar e o desenvolvimento saudável.

Assim como a sociedade em geral, tem sua corresponsabilidade ética, moral e constitucional, por salvaguardar os direitos de todas as crianças e adolescentes, é imprescindível a discussão e construção de possibilidades para efetivação da proteção integral de crianças e adolescentes, tendo como pauta uma sociedade que zela pelo melhor interesse da criança, tendo-a de fato como prioridade absoluta em todos os aspectos.

Referências

BAUDRILLARD, Jean. (1995). **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/613769/mod_resource/content/1/BAUDRILLARD_1995_A_

sociedade_de_consumo.pdf. Acesso em: 08 jun. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16.07.1990 e retificado em 27.09.1990.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 1990.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, n. 29, p. 22-43, 30 jan. 2008.

HENRIQUES, I. V. M. (2010). Controle social e regulação da publicidade infantil: O caso da comunicação mercadológica* de alimentos voltada às crianças brasileiras. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde**, 4(4). Disponível em: <https://doi.org/10.3395/reciis.v4i4.649>. Acesso em: 16 abr. 2024.

HOFFMANN-RIEM, W. Big data e inteligência artificial: desafios para o Direito. **REI, Revista de Estudos Institucionais** [S. l.], v. 6, n. 2, p. 431–506, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i2.484. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/484>. Acesso em: 16 abr. 2024.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. 2001. 478 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

SILVA, Cristofer Paulo Moreira Rocha; SILVA, Michael César; CRUZ, Rayenne dos Santos Lima. Responsabilidade civil e novas tecnologias: desafios e impactos contemporâneos na publicidade infantil. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 100-123, 2021. DOI: Disponível em: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8426>. Acesso

em: 16 abr. 2024.

SOUZA, Ismael Francisco de. A responsabilidade compartilhada no Direito da Criança e Adolescente como dimensão da solidariedade: intersecção entre público e privado. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, [S. l.], v. 12, n. 24, p. 119–142, 2020. DOI: 10.14295/rbhcs.v12i24.11961. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/11961>. Acesso em: 16 abr. 2024.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSETO, Geralda Magella de Faria. O quadrilena da exclusão, inclusão, superexplorações e proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes na perspectiva da fraternidade. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 43, n. 92, p. 1–29, 2023. DOI: 10.5007/2177-7055.2022.e92875. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/92875>. Acesso em: 16 abr. 2024.

A AFETIVIDADE, A SOLIDARIEDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO TRIÁDE FUNDAMENTADORA DA CONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS¹

Roger William Bertolo²

Jorge Renato dos Reis³

1 Introdução

No Brasil, atualmente, existem inúmeros arranjos familiares que estão à margem do conceito tradicional e dos moldes legalmente previstos a essas entidades, formando-se e mantendo-se fundamentados na afetividade, na vivência solidária e no intuito de dignificar a vida das pessoas inseridas no âmbito dessas famílias. Dessa forma, por não serem legitimadas pelo ordenamento jurídico, essas famílias encontram também forte resistência ao seu reconhecimento judicial, restando muitas das vezes, sem qualquer respaldo protetivo.

Assim, há a necessidade de se analisar as características das relações familiares atuais, principalmente, aquelas que escapam os formatos legal e jurisprudencialmente já reconhecidos, no intuito maior de atender ao

1 O presente artigo é um extrato da dissertação com idêntico título que está sendo desenvolvida no âmbito do mestrado na Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - PPGD/UNISC, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Renato dos Reis.

2 Mestrando na Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC) com bolsa PROSUC/CAPES II. Especialista em Advocacia Cível (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões (UNISC). Especialista em Advocacia Trabalhista e Previdenciária (UNISC). Bacharel em Direito (URCAMP/RS). Pesquisador e membro do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD/UNISC. Advogado. E-mail: roger_bertolo@outlook.com.

3 Pós-Doutor em Direito com bolsa CAPES pela Università Degli Studi di Salerno (Itália), Doutor em Direito (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Especialista em Direito Privado (UNISC). Bacharel em Direito (FISC). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD/UNISC. Professor. Advogado. E-mail: jreis@unisc.com.br.

comando constitucional que afirma que a família é a base da sociedade brasileira e como tal, tem proteção especial do Estado. Entende-se, inicialmente, que a afetividade, a solidariedade e a dignidade humana são elementos estruturais que servem de esteio a uma análise contemporânea dessas relações familiares no Brasil, sobretudo, em contraponto ao tradicional modelo matrimonial, patriarcal, individualista e patrimonial.

Dessa forma, a pesquisa busca responder se essa tríade é capaz de balizar a configuração das famílias na atualidade e servir de esteio para legitimar os contemporâneos arranjos familiares, utilizando-se para tal do método hipotético-dedutivo a partir de um prognóstico positivo e outro negativo para a conclusão examinada. Inicia-se com a concepção histórica da família e como ela foi legalmente protegida no direito brasileiro a partir da colonização portuguesa no Brasil até a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Na sequência, a partir da promulgação da CF/88, analisa-se a dignidade da pessoa humana como determinadora da afetividade e da solidariedade como fundamentos ao conceito de família no constitucionalismo contemporâneo brasileiro. E por fim, identifica-se, a partir da legislação, doutrina e da jurisprudência pátrias, as famílias contemporâneas à luz da afetividade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa se delimita, em marcos temporais e espaciais, a partir dos reflexos do constitucionalismo contemporâneo no Brasil, no que tange à delimitação de conteúdo, centra-se nas relações familiares contemporâneas. Quanto ao marco teórico, propõe-se a sua delimitação a partir de quatro grandes tópicos: as relações familiares contemporâneas, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e, a afetividade, entendida enquanto princípio constitucional intrínseco a temática familista.

2 A concepção de família legalmente protegida no Direito Brasileiro

Quando se faz um rápido panorama sobre as relações familiares, percebe-se que elas constantemente passam por alterações, frutos das mudanças sociais experimentadas pela sociedade e pelos valores que dela emanam. Tais transformações geralmente servem de esteio para a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, mormente, quando observada

pela ótica do direito ante a necessidade de proteção a este importante núcleo formativo da sociedade.

As entidades familiares existem desde o início da espécie humana no planeta, sujeitando-se as alterações que os caminhos da história percorreram e modificando-se nas passagens temporais de cada época.⁴ Cabe ressaltar que o sistema familiar brasileiro é oriundo da influência portuguesa ocorrida em face da colonização aqui realizada, a qual, por sua vez, se funda no modelo de família greco-romana, pilar da civilização europeia-ocidental.⁵

A base da família greco-romana era fundada na religião por ela cultuada, a qual, inclusive deu origem aos festejos matrimoniais, as cerimônias fúnebres e algumas regras de perpetuação de poder sob a batuta do homem enquanto patriarca, sendo irrelevante o afeto ou outros sentimentos.⁶ Foi em face do casamento que surgiram os estreitamentos dos laços de parentesco e de consanguinidade, a sobreposição da propriedade privada em detrimento da coletiva, os interesses sobre o direito de herança, a monogamia e o fortalecimento do poder patriarcal.⁷

Com a rápida ascensão do catolicismo próximo a queda do Império Romano (século V da era comum), estabeleceu-se a sacralização de alguns dos rituais familiares, mormente o casamento, transformando muitas das práticas contrárias a ele em pecados, mesmo o sexo, que passou a ser visto como sacrilégio, tendo tais características durado incólumes até o final da Idade Média.⁸ Já com o alvorecer do século XVI houve a consolidação das monarquias absolutistas na Europa, fazendo crescer a necessidade do fortalecimento da autoridade do rei por meio da instituição de leis que regulassem a vida em sociedade, criando dessa maneira, uma crescente incursão da autoridade pública sobre a intimidade familiar.⁹

4 FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

5 ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

6 CARVALHO, Dimas Messias de. **Direitos das Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

7 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução: Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

8 COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** Trad: Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

9 HUNT, Lynn. **Revolução Francesa e a Vida Privada.** In: PERROT, Michelle (org.). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra.** Trad: Denise Bottmann *et al.* São Paulo: Cia das Letras, 2009. v. 4.

Assim, como a partir do início do século XVI o Brasil veio a ser colonizado por Portugal e, a mesclar os elementos do ordenamento e cultura lusos com aqueles dos povos originários e, mais tarde, dos africanos trazidos aos grilhões às terras brasileiras, há o surgimento da imposição das normas legais advindas do colonizador, iniciando-se o traço da evolução das famílias no ordenamento jurídico pátrio. Com a colonização, as normas que passaram a vigor no Brasil foram as mesmas existentes nas terras lusas, quer seja, as Ordenações do Reino, a iniciar pelas Afonsinas (descobrimento até 1512), as Manuelinas (1512 a 1603) e as Filipinas (1603 em diante), que permaneceu vigente até a promulgação do Código Civil de 1916, mesmo tendo o país se tornado independente de Portugal em 1822.¹⁰

A família legalmente reconhecida no período colonial e imperial do Brasil se perpetuou como formação ligada as diretrizes do direito romano-canônico, quer seja, matrimonial, heteroafetiva, consanguínea e patriarcal, pois ela somente era admitida quando oriunda do casamento religioso (sendo clandestinas as demais, chamadas de “ajuntamento ilegal”¹¹) e diferentes formas de filiação, que eram tidas como legítima, ilegítima, natural ou espúria, a depender da situação jurídica dos pais.¹² Já as relações familiares ilegítimas ocorriam em face da ampliação do círculo legal, agregando os escravos, os serviçais, os vínculos extraconjugais, entre outros sob a tutela do *pater familias* ou então, todas os demais liames conjugais formados por pessoas não casadas, em suma, escravos, alforriados, libertos, pobres e nativos.¹³

O Brasil somente passou a contar com legislação própria para regular os atos do direito privado e das relações familiares com o Código Civil de 1916 (CC/16). Para Tepedino, o CC/16 foi concebido dentro do panorama da doutrina individualista, visto que naquele ponto da história, o elemento fundamental da filosofia jurídica era o indivíduo e sua liberdade em poder contratar, adquirir patrimônio e transmiti-lo, afirmando que tal codificação foi elaborada para quatro personagens da sociedade da época; o marido, o proprietário, o contratante e o testador.¹⁴

10 ROSA, Conrado Paulino da. *Op. cit.*

11 PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**: Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 3.

12 FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

13 HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

14 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora

Na visão de Lôbo, no tocante as relações familiares, tal codificação afirmou com mais convicção as premissas de uma entidade despótica, fundada exclusivamente no poder patriarcal, na acumulação e transmissão de patrimônio, no preconceito e, na negligência com as mulheres e os filhos, bem como, na vã tentativa de manter o *status quo* da sociedade que o viu surgir.¹⁵ Ainda que o CC/16 tenha sido adequado ao momento histórico de sua publicação em face da realidade da sociedade brasileira da época – patriarcal, patrimonial, machista e individualista –, as relações sociais começaram a sofrer paulatinas transformações, alterando-se inclusive o paradigma do Estado Liberal de Direito no qual o CC/16 foi baseado para as novas disposições concebidas pelo Estado de Bem-Estar Social.¹⁶

Porém, da entrada em vigor do CC/16 até a promulgação da CF/88 alguns institutos do direito de família sofreram latentes mudanças. Destacam-se, nesse sentido, a possibilidade de reconhecimento da filiação natural (Decreto Lei n.º 3.200/1941), o reconhecimento dos filhos ilegítimos oriundos de relações fora do casamento e a possibilidade de requererem alimentos (Lei n.º 883/1949), o chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que deixou de considerar a esposa como incapaz relativa após o matrimônio e a Lei de Alimentos (Lei n.º 5.478/1968) que regulamentou esse tipo de ação. Também, aquela que talvez seja a mais importante de todas as alterações ocorridas no período, que foi a possibilidade do divórcio, pondo fim a indissolubilidade do casamento (Emenda Constitucional n.º 9/1977 - Lei 6.515/1977), além da Lei 6.697/1979, o “Código de Menores”, cujo intuito era resguardar, dar assistência e criar uma rede de vigilância às crianças e aos adolescentes em situação irregular.

Portanto, o modelo tradicional de família matrimonial foi progressivamente perdendo sua lógica normativa, visto que suas bases fundadas no patriarcalismo, patrimonialismo, na falta de liberdade à mulher, na indissolubilidade do casamento, na distinção entre as formas de filiação e no absoluto poder marital foram sendo gradativamente arrefecidas. Logo, durante tal lapso de tempo ocorreu uma paulatina atenuação das desigualdades que as características clássicas do direito de família brasileiro legitimava, abrindo-se um novo paradigma a ele com a CF/88.

Renovar, 2008.

15 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v.5.

16 ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo na prática jurídica**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

3 A dignidade da pessoa humana como determinadora da afetividade e da solidariedade como fundamentos ao conceito de família no constitucionalismo contemporâneo brasileiro

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo período a todo o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo consigo um renovado horizonte baseado em princípios e garantias fundamentais. Em sua verve, buscam esses princípios proteger e garantir a dignidade da pessoa humana, visto que ela passou a ser o centro de todo o sistema normativo no Brasil a partir da promulgação da CF/88. Não seria de se espantar, então, se a citada carta constitucional também promovesse uma enorme mudança paradigmática nas relações familiares, o que de fato fez.

Sob os vieses dos preceitos constitucionais, principalmente, pelo vértice da dignidade da pessoa humana, as alterações promovidas pela CF/88 impuseram uma radical reformulação interpretativa das estruturas de direito existentes, ressignificando inúmeros institutos da ordem jurídica brasileira, entre eles, as famílias.¹⁷ Além de todas as mudanças trazidas pela CF/88 no tocante ao seu eixo principiológico, o texto constitucional, ao dedicar um capítulo exclusivo às relações familiares,¹⁸ deu origem a uma série de princípios e normas próprias que passaram a servir de esteio ao direito familista e a um tratamento distinto ao de outrora a essas relações.¹⁹

Atendo-se aos princípios em si trazidos pela CF/88 e suas respectivas reverberações no âmbito das famílias, frisa-se, inicialmente, a premissa maior dada pela centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, que como tal deve reger todas as relações em sociedade visando a plena efetividade dos direitos fundamentais.²⁰ No mesmo sentido, aderem de maneira imediata alguns outros princípios trazidos já no início da Constituição Federal, pois eles visam efetivar com a maior ênfase possível a dignidade humana, destacando-se, como principais, a solidariedade, a igualdade, a liberdade, a justiça e a promoção do bem de todos, que igualmente repercutem nas diversas áreas do direito.²¹

17 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*

18 Vide CF/88, Capítulo VII, “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, artigos 226 a 230.

19 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

21 SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Porém, a CF/88 trouxe também no capítulo especialmente dedicado as relações familiares uma gama de princípios que são inerentes ao direito familista e, visam dar a tônica de como essas entidades devem ser compreendidas, fundadas e interpretadas, especialmente, sob a ótica de sua característica enquanto base da sociedade brasileira e da especial proteção que o Estado deve lhe garantir, conforme previsão do *caput* do Art. 226.²² Assim, princípios como a paridade conjugal, o livre planejamento familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente, a pluralidade de formas familiares, a autonomia, a menor intervenção estatal, a igualdade entre as filiações, a solidariedade familiar, a adequada convivência em família e a afetividade passaram a compor o mosaico de *standards* que essas relações receberam pós-CF/88.²³

Diante de tais características e apontando uma classificação distinta a usualmente empregada pela doutrina,²⁴ entende-se que, pelo viés constitucional, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a afetividade são princípios-base das famílias contemporâneas, pois servem de estrutura e suporte a essas relações, o que poderia ser chamado de “dever-ter”. Noutro contexto, os demais *standards* principiológicos como igualdade, liberdade e suas ramificações específicas (paridade conjugal, livre planejamento da família, pluralidade de formas familiares, igualdade entre as filiações, autonomia e menor intervenção estatal) ou, o melhor interesse da criança e do adolescente, por exemplo, são princípios-balizadores, pois dão contornos e delineamentos às relações familiares em si, observadas as peculiaridades e as diferenças de cada entidade em si considerada e, entendidos assim, como um “dever-ser” desses núcleos.

Abordando de maneira mais específica, de início os princípios-base, ou “dever-ter”, tem-se, a dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III, do Art. 1º da CF/88. Na lição de Sarlet, a dignidade trazida pelo constituinte advém da concepção jusnaturalista do pensamento filosófico, político e jurídico *kantiano*, que consagra a ideia de que o ser humano, em face unicamente de sua condição, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados, seja pelo Estado ou por seus pares.²⁵ Sendo então a dignidade o núcleo essencial de cada pessoa na busca de sua

22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*

23 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.

24 A citar dois dos principais juristas que trabalham com a temática das relações familiares, Paulo Lôbo (*Op. cit.*) divide os princípios constitucionais do direito familista em fundamentais e gerais, enquanto Maria Berenice Dias (*Op. cit.*) os separa em gerais e especiais.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*

livre autonomia, impõem-se um dever geral de respeito, salvaguarda e de inviolabilidade a ela, o qual prevalece de igual forma e medida a todos seres humanos, indiferente a sua situação, estado ou capacidade.²⁶

Por essas razões, a dignidade de cada ser humano somente estará assegurada onde existir respeito a vida, a integridade física e moral dos cidadãos, onde existam e sejam asseguradas condições mínimas para uma existência decente, onde haja limitação dos poderes estatais e dos próprios cidadãos, mantendo-se, porém, a liberdade, a autonomia e a igualdade como reverberações dos direitos e deveres fundamentais.²⁷ Nesse interim, a verificação do conteúdo da dignidade da pessoa humana será compreendido pela ponderação dela com os demais princípios da carta constitucional – os quais normalmente são revestidos enquanto direitos fundamentais – fazendo com que ambos – dignidade e direitos fundamentais – devam ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas presentes.²⁸

A seu turno, o princípio da solidariedade é encontrado no inciso I, do Art. 3º da CF/88. Compreendida pelo seu viés jurídico, a solidariedade está ligada à responsabilidade de uma pessoa com a outra ou, pelo espaço social formado pelas relações humanas existentes na teia das interconexões sociais, onde todos estão intimamente associados.²⁹ Por conseguinte, a solidariedade – a qual deve ser projetada para além da moral fraterna, que é desempenhada por conveniência daqueles que a praticam –, amolda-se pela ótica de edificação de um espaço social equânime e justo, que é direito e dever de todos, Estado e cidadãos.³⁰

Dessarte, conforme pontua Reis, a solidariedade possui o *status* de norma jurídica, visto que ela detém força impositiva para respaldar a necessidade de atuação – livre e autônoma – do Estado e dos cidadãos, conquanto que ela seja recíproca, zelando igualmente pela dignidade dos demais que compartilham o espaço social e, fazendo com que todos sejam credores e devedores para agirem voluntariamente no molde solidarista.³¹

26 KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução: Clélia Aparecida Martins *et al.* Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*

28 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

29 FARIAS, José Norberto de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

30 OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de Família e Princípio da Solidariedade: O princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares**. Curitiba: Juruá, 2014.

31 REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para

Também na visão de Reis, outra característica de grande importância do princípio da solidariedade é que ele propicia uma comunicação mais fluída nas intersecções entre o direito de matriz constitucional – notadamente tido como público – com aquele de cunho eminentemente particular, tido como privado.³²

Com isso, a regulação da vida privada passou a se subordinar ao texto constitucional, eis que, além da CF/88 possuir o *status* de lei superior, compete a releitura dos institutos civilistas pelo reflexo das normas da Carta Magna, primando, especialmente, pela dignidade da pessoa humana.³³ Surge assim, o ponto de inflexão entre as famílias e a solidariedade, visto que esse princípio constitucional, como frisado, altera substancialmente o direito civil dentro do espectro de constitucionalização do direito privado, o qual se opera a partir de duas lógicas entre os vínculos em sociedade e as entidades familiares, uma vertical e outra horizontal.

No âmbito vertical da solidariedade (relações Estado x cidadãos), o poder estatal, sendo um dos atores da sociedade, deve oportunizar meios - principalmente legais - de assegurar que todos os partícipes da família consigam atingir o seu bem-estar de maneira plena e digna, reconhecendo, protegendo e resguardando os núcleos familiares em suas mais variadas formas.³⁴ Doutra banda, no vértice horizontal (relações cidadão-cidadão), projeta-se a solidariedade na cooperação, reciprocidade, lealdade e apoio entre os membros familiares, seja na consecução dos objetivos individuais de cada um ou, dos interesses comuns a todos, mas também, com as outras pessoas, famílias e a própria sociedade, não como uma obrigação, e sim, como um benefício mútuo de desenvolvimento de cada integrante/ entidade.³⁵

Por fim, dentro do rol de princípios-base das relações familiares há a afetividade, elemento que, certamente, é um dos mais importantes e significativos no âmbito das acepções de família na contemporaneidade, ainda que ele não se encontre explicitamente previsto na CF/88. No ponto de vista de Heidegger, a afetividade seria a forma original do ser humano se encontrar e de se sentir no mundo, criando suas relações com as outras

análise. **Revista Atos & Fatos**, [S.l.], v. 1, 2009.

32 *Ibid.*

33 MORAES, Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

34 MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*

35 OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. *Op. cit.*

peças, o ambiente, o tempo e de sua qualidade de ser no universo, os quais se transportam como forma de manifestação por meio da vontade.³⁶

Para Welter, a afetividade é a marca sinalagmática dos relacionamentos interpessoais e onde as pessoas encontram condições de serem realmente humanas, o que ocorre, sobretudo, no seio da família.³⁷ Por mais que a afetividade possa parecer um elemento estranho ao direito, enquanto um dever presente na existência de fato de uma família, ela se transveste de princípio ou valor jurídico, sendo o elemento estruturante das relações familiares contemporâneas, indiferente de estar ou não descrita no texto constitucional.³⁸

Com a valorização da afetividade e sendo ela o esteio que cimenta as relações familiares modernas, essas entidades - que passaram grandes períodos históricos sob o jugo de aspectos distantes do ideário dignificante de seus integrantes - certamente retornam àquela que foi a sua gênese, uma coletividade afeiçoada nas aspirações comuns de simbiose de vida e arraigada nos liames afetivos.³⁹ E nesse sentido, a importância da afetividade ao direito das famílias está albergada na resignificação que ela também conferiu as entidades familiares, as quais foram se afastando de suas características históricas eminentemente patrimoniais, hierárquicas e religiosas, para uma viçosa finalidade de dar sentido a dignidade humana por meio do afeto.⁴⁰

Sobre os demais princípios constitucionais atinentes as famílias, aqui tratados como princípios-balizadores ou que impõem um “dever-ser”, tem-se que eles - ao contrário dos princípios-base, que dão estrutura - visam justamente conferir delineamentos de como essas relações devem ocorrer e ser pautadas. Tais princípios, em suma, ou são garantias decorrentes dos direitos fundamentais reconhecidos pela CF/88 em seu formato mais amplo ou então, de alguma forma relacionados a esses primeiros enquanto subdivisões específicas, sendo assim característicos das disposições familistas em si.

Nessa toada, as relações familiares devem ser balizadas pela igualdade de forma geral (CF, Art. 5º, *caput* e I) e suas subdivisões

36 HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 2.

37 WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

38 DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*

39 LÔBO, Paulo. *Op. cit.*

40 GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

específicas as famílias, como a pluralidade de formas familiares (CF, Art. 226, § 1 a 4º), a paridade conjugal (CF, Art. 226, § 5º), a equidade entre as filiações (CF, Art. 227, § 6º), bem como, pela liberdade (CF, Art. 5º, II) e suas ramificações familistas, como o livre planejamento familiar, a menor intervenção estatal e a autonomia (todos presentes na CF, Art. 226, § 7º). Além deles, devem ser observados a paternidade responsável (CF, Art. 226, § 7º primeira parte), o melhor interesse da criança e do adolescente e, da convivência familiar (ambos, CF, Art. 227), a solidariedade familiar em si (CF, Art. 229), o amparo às pessoas idosas (CF, Art. 230), assim como, a própria proteção especial que deve ser dada pelo Estado a essas entidades (CF, Art. 226, *caput*) e a proteção estatal às diversas formas de violência (Art. 226, § 8º).

Nota-se, portanto, que a família não é mais uma entidade singular tal qual outrora, mas sim, plural, igualitária e eudemonista, onde a conjugalidade é compartilhada, homens e mulheres devem conviver em igualdade de condições e a filiação, indiferente a sua origem, resguarda igual tratamento, desapegando-se assim de sua histórica raiz matrimonial, patriarcal, individualista, patrimonialista, hierarquizada e transpessoal. Porém, ainda que presente tal realidade desde a promulgação da CF/88, atualmente existem diversos núcleos familiares que ficam a margem da especial proteção que o Estado deveria lhes ofertar pois não são reconhecidos, seja legal ou judicialmente, mesmo que fundados na dignidade humana, na solidariedade e na afetividade. Assim, na sequência, será analisado como os reflexos dessa tríade restam reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina e, como ela pode contribuir na admissão e identificação dos arranjos familiares contemporâneos ainda desguarneçados.

4 As famílias contemporâneas à luz da afetividade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana e, os reflexos dessa tríade no reconhecimento dos arranjos familiares atuais

Ainda que a CF/88 tenha inaugurado um novo paradigma às famílias a partir do estabelecimento da dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico pátrio, a fundamentar as relações pessoais na solidariedade social e a valorizar o afeto nos vínculos familiares, e, com a consequente elevação dos modelos de família legalmente reconhecidos, as interações entre os cidadãos acabaram formando liames familistas distintos. E isso ocorre, pois costumeiramente as relações interpessoais em sociedade apontam para formas e condutas distintas daquelas normativamente

previstas, eis que mesmo quando somente a família matrimonial era protegida legalmente, subsistiam outras formas de relacionamentos, as quais, contudo, não eram reconhecidas diante do paradigma que permeava o sistema jurídico pátrio.

Mudanças ocorrem diuturnamente na sociedade e com elas, por exemplo, surgem inúmeros aspectos que põem em xeque ou causam reflexões em alguns dos padrões existentes. A partir dos debates sobre gêneros, mudanças na vida privada das pessoas, as formas de realização da sexualidade, as constantes transformações tecnológicas, a liquidez das relações pessoais e mesmo a controvérsia aos ditos valores morais clássicos fazem com que novos arquétipos surjam a partir, justamente, da contestação dos modelos estabelecidos, os quais não passam incólumes as unidades familiares, que se veem afetadas por essas transformações.⁴¹

Diante disso, algumas das relações familiares na atualidade encontram enormes desafios para serem reconhecidas ou, quando admitidas, passam por inúmeros percalços em sua plena efetivação. A forte influência das matrizes legais, morais e éticas na ordem jurídica desconsidera as opções particulares das pessoas na formação de suas famílias, visto que não estão em harmonia com o modelo tradicional estabelecido e ainda reinante, mesmo que os princípios constitucionais apontem para uma outra forma de leitura destas entidades.⁴²

Conforme já apontado, só existem três formatos familiares legalmente previstos: matrimonial heterossexual (CF, Art. 226, § 1º); convivencial heterossexual (CF, Art. 226, § 3º) e monoparental (CF, Art. 226, § 4º), com suas consequentes previsões e regulamentações dadas pelo Código Civil, a exceção da monoparental, que apenas possui previsão na CF/88. Nesse sentido, legislativamente, desde a CF/88, não houve qualquer avanço no ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao reconhecimento e acréscimo de outras espécies de entidades familiares.

No que tange o reconhecimento de outras concepções familiares advindas a partir da promulgação da CF/88, é a doutrina que majoritariamente as elenca, apontando, em suma, que essas relações são formadas pela afetividade, pela solidariedade e pela dignidade da pessoa humana e trazendo, pelo menos, mais de dezena de outras espécies de

41 CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Contratos Familiares: cada família pode criar seu próprio direito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2021.

42 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*

famílias.⁴³ Contudo, os maiores percalços encontrados nos entendimentos doutrinários são: o apontamento de outras características que preponderam ao reconhecimento de núcleos familiares na atualidade, a existência de alguns entraves em face dos ideais de monogamia e, do dever de lealdade e de fidelidade, a boa-fé e os reflexos das questões patrimoniais nessas relações. Além disso, há alguma dissonância no tocante a maneira na qual a solidariedade se afigura quando inserida no âmago das famílias e, também, inexistente consenso até mesmo na forma pelo qual a afetividade deve ser tratada, se princípio, se direito fundamental, se valor jurídico, entre outros.

Assim, a doutrina, ainda que com algumas ressalvas e pontos de discrepância, compreende a família moderna como sendo baseada nos três elementos em discussão – afetividade, solidariedade e dignidade –, indiferente às acepções propriamente dadas a eles e suas posições topológicas no ordenamento jurídico, buscando formas de legitimá-las.

Conforme argumenta Rosa, mesmo que o texto constitucional tenha elevado os modelos familiares possíveis, alterando totalmente o paradigma sob o qual as famílias brasileiras eram fundadas, a realidade de vidas das pessoas ainda apontava para formas e vivências distintas daquelas previstas na legislação.⁴⁴ Paulatinamente, isto fez com que o Poder Judiciário começasse a ser demandado a interpretar essas relações familiares ou situações delas oriundas, nas quais, primordialmente, os princípios previstos na CF/88 são utilizados, ou como forma de dar azo ao reconhecimento desses novos formatos ou mesmo, negar-lhes admissão.

As provocações possuem como ímpeto basilar buscar no âmbito judicial o resguardo e a legitimação de formas ou organizações familiares que fogem àquelas legalmente previstas, as quais justamente barram a plenitude de vida das pessoas neles inseridas. Logo temas como a união homoafetiva, a socioafetividade, a multiparentalidade, as relações poliafetivas, as uniões concomitantes, entre outros, bateram as portas da justiça buscando respostas para as suas agruras. E, ao apreciar essas situações, a jurisprudência produzida até o momento pelo Poder Judiciário, ora aponta para o reconhecimento de modelos familiares esteados nos elementos da tríade em debate, ora mesmo mencionando-os nas fundamentações, negam a

43 Conrado Paulino da Rosa (*Op. cit.*), por exemplo, cita, além das três legalmente previstas, as espécies unipessoal, parental, solidária, mosaico, homossexual, simultânea, poliafetiva, coparental, multiespécie, eudemonista e virtual. Já Rodrigo da Cunha Pereira (*Op. cit.*) identifica além das citadas, as famílias democrática, patriarcal, conjugal, anaparental, multiparental, substituta, extensa, ectogenética, socioafetiva, mútua, nuclear, binuclear, natural, informal, avuncular, recomposta, fissional e homoparental.

44 ROSA, Conrado Paulino da. (*Op. cit.*)

sua admissão por fatores ligados a questões legais, éticas, morais ou ainda arraigadas a conceitos religiosos.

Tais situações podem ser observadas, por exemplo, positivamente, no julgado que reconheceu a união homoafetiva, equiparando-a união estável heteroafetiva prevista no Art. 226, § 3º da CF/88,⁴⁵ no reconhecimento da multiparentalidade.⁴⁶ Já negativamente, na impossibilidade das serventias notariais registrarem escrituras públicas de uniões poliafetivas⁴⁷ ou nas recusas de reconhecimento de uniões paralelas.⁴⁸ Outro avanço positivo ocorreu após o julgamento da ADPF nº 132-RJ/ADI nº 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal, pois o próprio Conselho Nacional de Justiça – enquanto órgão administrativo – aprovou a Resolução n.º 175, onde permitiu, além do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas extrajudicialmente, diretamente nas serventias notariais e registrais, a possibilidade de conversão delas em casamento, bem como, o matrimônio homoafetivo direto.

Nota-se, portanto, que existem discrepâncias nos entendimentos doutrinários acerca do reconhecimento de novos formatos familiares, os quais, apesar de apontarem a necessidade da admissão de alguns desses modelos e trazerem uma gama ampla de princípios a eles atinentes, divergem na forma na qual ela deve ocorrer ou sob quais esteios. E, no outro fiel da balança, verifica-se a aparente apatia do Poder Legislativo em promover mudanças normativas capazes de darem maior respaldo e legitimação a essas famílias. Enquanto no âmbito judicial, há latente insegurança jurídica demonstrada pelo Poder Judiciário, em especial as Cortes Superiores (STF e STJ) ao tratar dos princípios como elementos que caracterizam as atuais relações familiares e dar azo ao reconhecimento - ou não - de outras espécies familistas.

5 Conclusão

Conforme visto, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico tratava as entidades familiares sob o vértice

45 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ/Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF.

46 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 898.060/SC.

47 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.000084.

48 Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE (STF), Recurso Especial nº 1.348.458/MG (Superior Tribunal de Justiça - STJ) e Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.363.270/MG (STJ).

do poder patriarcal, como um negócio jurídico instituído unicamente por meio do matrimônio, como maneira de resguardar e transmitir o patrimônio, servindo a interesses individuais nem sempre atentos a dignidade humana e estribada em uma hierarquia despótica que desvalorizava principalmente as mulheres, os filhos e as demais relações não oriundas do casamento. Tal situação decorria do longo histórico advindo do modelo greco-romano de família, o qual se sacralizou em contato com a religião e, com o advento das leis, ganhou respaldo normativo, o qual desembarcou em terras brasileiras em face da colonização portuguesa a partir do século XVI e seguiu, primeiramente com as Ordenações do Reino e após, com o Código Civil de 1916, enquanto legislações que davam respaldo legal as relações familiares.

Posteriormente, a Carta Cidadã de 1988 provocou uma enorme guinada nesse panorama, trazendo um viés democrático, plural, de valorização da dignidade do ser humano, de solidariedade social visando a construção de uma sociedade livre e justa e, protegendo os sentimentos e aspirações das pessoas, principalmente, daquelas que compõem os mais diversos núcleos familiares, que passaram a ser reconhecidos como base do Estado brasileiro. Porém, mesmo fundadas na dignidade da pessoa humana e nos demais princípios constitucionais - extrínsecos ou intrínsecos ao direito das famílias -, há grande dificuldade legislativa de oportunizar a normatização de certas entidades familiares, bem como, ainda que pleiteado o reconhecimento perante o Poder Judiciário, existe o preterimento na admissão de novos modelos, o que mormente ocorre em face de fatores interpretativos legais ligados a padrões éticos, morais e religiosos.

Mesmo que as doutrinas mais vanguardistas na matéria familista apresentem e reconheçam uma série de outros formatos e concepções familiares que retratam a vida em sociedade como ela de fato é, indo além dos modelos explicitamente previstos na CF/88, as constantes negativas legislativas e judiciárias – ainda que tendo alguns avanços –, não trazem de maneira efetiva a segurança e a proteção dadas pela Carta Magna a esses importantes núcleos formativos da sociedade. Justamente, em grande parte de suas decisões, elas vêm contrariando a prelázia dos princípios constitucionais que amoldam as relações familiares.

Diante disso, com viés tripartite, apontou-se o entendimento de que as modernas concepções de família são fundadas na afetividade, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade e que, enquanto princípios-base dessas relações, ou, um dever-ter, eles podem servir de *standard* a um

reconhecimento mais atento aos ditames constitucionais. Nessa toada, tem-se que o elemento que dá início e amolda as relações familiares é a afetividade e, como tal, ela deve ser plenamente respeitada como indicativo da liberdade e da autonomia pessoal.

Os vínculos formados pela afetividade buscam dignificar e significar uma vida em busca da felicidade e da plena satisfação dos desejos eudemonistas dos envolvidos, pautada na boa-fé e nos desejos pessoais. Enquanto o empenho na pretensão dignificante da convivência afetiva em família se opera por meio da solidariedade, seja ela no aspecto social – com a participação do Estado e da sociedade –, seja por meio do aspecto obrigacional – onde os integrantes devem compulsória e mutuamente ser responsáveis uns pelos outros –, realçando o aspecto equânime e, de respeito as individualidades e diferenças de cada membro.

Dessarte, tem-se então que a tríade é de fato atenta às nuances constitucionais em respeito as relações familiares e visa proteger esses importantes núcleos, pois, a ideia conceitual da CF/88 é de que a família, antes de qualquer coisa, é um local de efetivação da dignidade da pessoa humana, a qual ocorre por meio da solidariedade e da afetividade entre seus membros.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 Jul. 2024.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Contratos Familiares: cada família pode criar seu próprio direito de família. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2021. p. 19-30.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, José Norberto de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. v. 2.

HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNT, Lynn. Revolução Francesa e a Vida Privada. In: PERROT, Michelle (org.). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. Tradução Denise Bottmann, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 4. p. 21-51.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução: Clélia Aparecida Martins et al. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v.5.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de Família e Princípio da Solidariedade: O princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares**. Curitiba: Juruá,

2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**: Livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 3.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise. **Revista Atos & Fatos**, [S.l.], v. 1, p. 126-139, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo na prática jurídica**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A TRANSVERSALIDADE DE GÊNERO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS ÀS MULHERES TRABALHADORAS RURAIS NA PERSPECTIVA DA AGENDA 2030 DA ONU

Stéffani das Chagas Quintana¹
Marli Marlene Moraes da Costa²

1 Introdução

Trata-se de um recorte do projeto de dissertação, em andamento, que foi apresentado e aprovado pelo Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social. Dessa forma, o presente estudo possui como tema a transversalidade de gênero nas políticas públicas direcionadas para as mulheres trabalhadoras rurais na perspectiva da Agenda 2030 da ONU, visando responder ao seguinte questionamento: levando em consideração os desafios que se perpetuam no âmbito do trabalho, qual é a importância da transversalidade de gênero nas políticas públicas para as trabalhadoras rurais?

Enquanto hipótese em resposta ao problema acima, tem-se que a transversalidade de gênero nas políticas públicas envolvendo as trabalhadoras rurais é essencial, principalmente como meio de abranger toda a diversidade e as reais necessidades das mesmas. No entanto, deve-

-
- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPES na modalidade I. Pós-graduada em Direito da Mulher pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Dom Alberto. Bacharela em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, vinculado ao PPGD/UNISC. E-mail: steffaniquintana@hotmail.com.
 - 2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com Pós Doutorado em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RSUNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. MBA em Gestão de Aprendizagem e Modelos Híbridos de Educação. Especialista em Direito Processual Civil. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Estudos Jurídicos da Criança e do Adolescente – NEJUSCA/UFSC. Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. E-mail: marlim@unisc.br

se considerar que as políticas públicas direcionadas para a concretização dos direitos de cidadania deste grupo social, são políticas precarizadas que necessitam avançar para uma estrutura que contemple as diretrizes estabelecidas pela Agenda 2030 da ONU e intervenha na direção de ações estruturantes e não apenas de cunho assistencialista.

Ademais, com a realização da pesquisa objetiva-se, em âmbito geral, analisar a importância da transversalidade de gênero nas políticas públicas direcionadas às trabalhadoras rurais. Para tanto, objetiva-se especificamente, (i) realizar uma análise histórica a respeito das raízes culturais das relações de gênero e de poder na sociedade, assim como sobre características territoriais que conduzem até a precariedade do acesso de trabalhadoras rurais às políticas públicas de proteção aos direitos de cidadania e aos serviços públicos, a partir da perspectiva da Agenda 2030 da ONU em busca do Desenvolvimento Sustentável; e (ii) abordar sobre a importância da transversalidade de gênero nas políticas públicas direcionadas para as trabalhadoras rurais, através de ações voltadas à ampliação e fortalecimento das redes de apoio.

Justifica-se a realização da pesquisa pela sua atualidade, bem como pela sua relevância social, uma vez que se trata de uma temática pouco debatida, tanto academicamente, como socialmente, ainda carecendo de pesquisas que sejam direcionadas essencialmente para as mulheres trabalhadoras rurais brasileiras. Assim, tratando-se de um conteúdo importante para a construção de políticas públicas de gênero que visem a concretização efetiva dos direitos das mulheres rurais, direcionando-se um olhar atento a todas as suas especificidades e demandas.

Por fim, ressalta-se que para a realização da presente pesquisa, elencou-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que se parte de aspectos gerais da temática para, após, se direcionar ao ponto específico do estudo. Da mesma forma, visando-se a aplicação das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, sobretudo a partir de pesquisa realizada em livros, artigos científicos, relatórios, dissertações e teses, publicadas em bibliotecas universitárias, Portal de Periódicos da CAPES, e outros.

2 Breve análise das relações de gênero e poder: caminhos para a inclusão de trabalhadoras rurais nas políticas públicas à luz da Agenda 2030 da ONU

Na América Latina, a agricultura familiar tem se tornado cada vez mais importante para a garantia da segurança alimentar, ainda que enfrente diversas dificuldades em relação ao acesso aos recursos, serviços, infraestruturas e outros, assim como sendo uma das responsáveis pela produção dos alimentos no Brasil. Contudo, ainda assim, as taxas de pobreza no âmbito rural são altas, atingindo diretamente as mulheres, as quais exercem múltiplas jornadas de trabalho e enfrentam a divisão sexual do trabalho³, o que demonstra que “os avanços até então obtidos, mais especificamente no ordenamento jurídico, não tem sido acompanhados por avanços na prática do mundo do trabalho, como por exemplo, as discriminações, o assédio, menores salários, etc”⁴.

É importante ressaltar, que embora as trabalhadoras rurais exerçam um papel essencial para a agricultura e para o desenvolvimento sustentável, principalmente no que tange a segurança alimentar, são inúmeros os desafios ainda enfrentados pelas mesmas para a garantia dos seus direitos. O trabalho da mulher no meio rural é constantemente subestimado pela sociedade brasileira, tratando-se de um conjunto de atividades executadas de forma invisível, fazendo com que seja constantemente relacionada a uma ajudante, com baixa remuneração ou, inclusive, sem qualquer remuneração⁵. As desigualdades de gênero provocam uma distribuição de poder, recursos, tempo e riqueza entre homens e mulheres de forma desigual, injusta e insustentável frente ao desenvolvimento⁶.

3 YANNOULAS, Silvia Cristina. **Dossiê:** Políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002. Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/dossiepprgmt.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

4 COSTA, Marli Marlene Moraes da; SOARES, Etyane. Divisão sexual do trabalho e os desafios enfrentados pelas mulheres trabalhadoras no Brasil do século XXI. **Revista Videre**, v. 14, n. 30, p. 306, 2023. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/16306>. Acesso em: 23 mar. 2024.

5 HERRERA, Karolyna Marin. **Uma análise do trabalho da mulher rural através da perspectiva da multifuncionalidade agrícola.** In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2012. Disponível em: http://www.fg2013.wwwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373328660_ARQUIVO_ArtigoFazendogenerofinal.pdf. Acesso em: 09 set. 2023.

6 BÁRCENA, Alicia. Mulheres rurais e a agenda 2030 na América Latina e no Caribe: um olhar pelo mercado de trabalho. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA. **Luchadoras:** mujeres rurales en el mundo. Lutadoras: mulheres rurais no mundo. 2. ed. San José, C.R.: IICA, p. 21-26, 2019.

Frente a isso, visando a sustentabilidade e considerando o poder de transformação capaz de ser executado pelas referidas mulheres nesse âmbito, destaca-se a importância das lutas e dos movimentos realizados pelas trabalhadoras rurais, como a Marcha das Margaridas, uma vez que estes possibilitam a visibilidade das demandas das mesmas⁷. Nesse sentido, dentre aos recentes avanços, por exemplo, houve a instituição do Programa Quintais Produtivos para Mulheres Rurais, através do Decreto n. 11.642/2023, objetivando alcançar à autonomia econômica das trabalhadoras⁸.

Ademais, é necessário enfatizar o papel do cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, enquanto compromisso do Estado, para se atingir a igualdade, o desenvolvimento e o empoderamento das mulheres rurais. Assim, a Agenda, através dos seus objetivos e metas, exige enfrentar as desigualdades e discriminações, buscando atingir um desenvolvimento onde seja garantida a igualdade substancial de gênero, superando-se a divisão sexual do trabalho, incluindo o trabalho do cuidado, principalmente a partir da mudança dos padrões patriarcais, violentos e discriminatórios que ainda assolam a sociedade⁹.

3 Transversalidade de gênero nas políticas públicas direcionadas para as trabalhadoras rurais

A insuficiência de políticas públicas que sejam direcionadas especificamente para as mulheres rurais contribui diretamente para que as desigualdades de gênero sejam perpetuadas na sociedade, resultando em diversos obstáculos para a concretização e a proteção dos direitos de cidadania das mesmas. Ainda que tenham ocorridos diversos avanços nesse sentido, principalmente através de lutas e movimentos, ainda são muitos os problemas que influenciam no acesso das mulheres aos seus direitos.

7 MARCHA DAS MARGARIDAS. **Margaridas em Marcha 2023**. [2023]. Disponível em: <https://www.marchadasmargaridas.org.br/?pagina=homepage>. Acesso em: 08 abr. 2024.

8 BRASIL. **Decreto n. 11.642, de 16 de agosto de 2023**. Institui o Programa Quintais Produtivos para Mulheres Rurais. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11642.htm. Acesso em: 04 mar. 2024.

9 BÁRCENA, Alicia. Mulheres rurais e a agenda 2030 na América Latina e no Caribe: um olhar pelo mercado de trabalho. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA. **Luchadoras: mujeres rurales en el mundo**. Lutadoras: mulheres rurais no mundo. 2. ed. San José, C.R.: IICA, p. 21-26, 2019.

No âmbito rural, por exemplo, além das desigualdades, das múltiplas jornadas de trabalho, do trabalho invisível, também há precariedade em políticas públicas, falta de informações, violências de gênero e outros desafios. Nesse sentido, a transversalidade de gênero aplicada às políticas públicas possibilita promover o reconhecimento das desigualdades e das discriminações cotidianamente vivenciadas pelas mulheres, assim como da estruturação social em que estão inseridas.

As políticas públicas, desde os tempos mais remotos, não levaram em consideração as desigualdades de gênero que também são presentes no âmbito rural, não sendo realizadas estratégias e nem implementados mecanismos para a inclusão de mulheres na economia¹⁰. Esse cenário se dá, principalmente, em razão de que as políticas públicas, historicamente, foram criadas por homens para homens, além de serem direcionadas para um público elitizado¹¹.

Ao longo dos inúmeros movimentos que foram sendo realizados na sociedade, especialmente os movimentos feministas e de mulheres, a temática foi se tornando, cada vez mais, pauta de discussões políticas¹². Dessa forma, foi através das diversas reivindicações realizadas com objetivo de introduzir as temáticas de gênero nas ações do Estado, que se iniciou um olhar para essas demandas¹³.

Ao longo dos últimos anos, passou-se a notar cada vez mais a preocupação com instrumentos para análises de políticas públicas voltadas para a igualdade de gênero. Contudo, ainda assim, é possível analisar que

-
- 10 SANTOS, Âdria Oliveira dos. **Cultivando Política Pública, Colhendo Autonomia**: Análise da Participação das Mulheres Agricultoras da Região Metropolitana de Santarém- PA no Programa Aquisição De Alimentos – PAA. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, Pará, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufopa.edu.br/jspui/bitstream/123456789/105/1/Dissertacao_CultivandoPoliticaPublica.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.
 - 11 BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. **Revista do Ceam**, v. 2, n. 1, p. 35-46, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/8E/F7/3C/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20transversalidade%20de%20genero%20nas%20politicas%20publicas.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.
 - 12 BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. **Revista do Ceam**, v. 2, n. 1, p. 35-46, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/8E/F7/3C/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20transversalidade%20de%20genero%20nas%20politicas%20publicas.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.
 - 13 MARCONDES, M. M.; DINIZ, A. P. R.; FARAH, M. F. S. Transversalidade de gênero: uma análise sobre os significados mobilizados na estruturação da política para mulheres no Brasil. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 69, n. 2, p. 36-62, 2018. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2297>. Acesso em: 16 out. 2023.

as políticas públicas quando direcionadas para as mulheres, acabam não englobando sempre a perspectiva de gênero, principalmente em razão dos aspectos e linguagens androcêntricas¹⁴.

Ressalta-se que as políticas públicas de gênero realizam diálogos com as discriminações, desigualdades e opressões vivenciadas no âmbito rural¹⁵. Dessa forma, a implementação da transversalidade de gênero nas políticas públicas permite que as mesmas sejam reorientadas, visando atingir melhores garantias de condições de vida e cidadania para as mulheres, além do acesso pleno aos seus direitos¹⁶.

Por meio da transversalidade de gênero é possível a criação de uma matriz capaz de aplicar uma visão diferenciada de competências, sejam elas políticas, administrativas ou institucionais, assim como de uma responsabilização para agentes públicos em face de desigualdades ou discriminações de gênero¹⁷.

4 Conclusões

A transversalidade de gênero nas políticas públicas que são direcionadas especificamente para as mulheres rurais, a partir de uma perspectiva da Agenda 2030 da ONU, remete a uma análise essencial para que seja possível caminhar para o avanço da igualdade de gênero e, ao mesmo tempo, do desenvolvimento sustentável. Ao longo do breve artigo é possível analisar que a inclusão de um olhar específico para questões de

14 BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. **Revista do Ceam**, v. 2, n. 1, p. 35-46, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/8E/F7/3C/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20transversalidade%20de%20genero%20nas%20politicas%20publicas.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

15 SANTOS, Âdria Oliveira dos. **Cultivando Política Pública, Colhendo Autonomia: Análise da Participação das Mulheres Agricultoras da Região Metropolitana de Santarém- PA no Programa Aquisição De Alimentos – PAA**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, Pará, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufopa.edu.br/jspui/bitstream/123456789/105/1/Dissertacao_CultivandoPoliticaPublica.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

16 GONDIM, Isnailda. **Compreendendo a transversalidade das políticas públicas de gênero**. Notícias do Acre: Acre, 2019. Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/compreendendo-a-transversalidade-das-politicas-publicas-de-genero/>. Acesso em: 04 out. 2022.

17 BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. **Revista do Ceam**, v. 2, n. 1, p. 35-46, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/8E/F7/3C/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20transversalidade%20de%20genero%20nas%20politicas%20publicas.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

gênero nas políticas públicas é de extrema importância para promoção do desenvolvimento nas comunidades rurais.

Incluir a transversalidade de gênero possibilita que haja o reconhecimento de todas as desigualdades, discriminações e opressões que são vivenciadas pelas mulheres, sobretudo as mulheres rurais, visando combatê-las. Dessa forma, ressalta-se que tais desigualdades acabam se manifestando de diferentes formas e impactam diretamente no bem-estar, nos acessos a direitos básicos, recursos e oportunidades, na divisão sexual do trabalho e, até mesmo, atingindo a autonomia das mesmas.

Assim, a partir de políticas públicas que passem a adotar uma perspectiva de gênero, identifica-se a possibilidade de criação de mecanismos específicos para que a igualdade seja assegurada e, também, para fomentar a participação ativa de mulheres rurais na economia rural, o que corrobora diretamente para o desenvolvimento sustentável. Dito isso, a Agenda 2030 da ONU, com seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, dispõe um aparato de metas globais que orientam as políticas públicas, estratégias e mecanismos em direção da igualdade de gênero, necessitando-se de uma atuação conjunta dos governos, sociedade e instituições para que seja possível alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Referências

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. **Revista do Ceam**, v. 2, n. 1, p. 35-46, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/8E/F7/3C/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20transversalidade%20de%20genero%20nas%20politic%20publicas.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

BÁRCENA, Alicia. Mulheres rurais e a agenda 2030 na América Latina e no Caribe: um olhar pelo mercado de trabalho. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA. **Luchadoras: mujeres rurales en el mundo**. Lutadoras: mulheres rurais no mundo. 2. ed. San José, C.R.: IICA, p. 21-26, 2019.

BRASIL. **Decreto n. 11.642, de 16 de agosto de 2023**. Institui o Programa Quintais Produtivos para Mulheres Rurais. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11642.htm. Acesso em: 04 mar. 2024.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; SOARES, Etyane. Divisão sexual do trabalho e os desafios enfrentados pelas mulheres trabalhadoras no Brasil do século XXI. **Revista Videre**, v. 14, n. 30, p. 304–322, 2023. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/16306>. Acesso em: 23 mar. 2024.

MARCHA DAS MARGARIDAS. **Margaridas em Marcha 2023**. [2023]. Disponível em: <https://www.marchadasmargaridas.org.br/?pagina=homepage>. Acesso em: 08 abr. 2024.

MARCONDES, M. M.; DINIZ, A. P. R.; FARAH, M. F. S. Transversalidade de gênero: uma análise sobre os significados mobilizados na estruturação da política para mulheres no Brasil. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 69, n. 2, p. 36–62, 2018. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2297>. Acesso em: 16 out. 2023.

GONDIM, Isnailda. **Compreendendo a transversalidade das políticas públicas de gênero**. Notícias do Acre: Acre, 2019. Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/compreendendo-a-transversalidade-das-politicas-publicas-de-genero/>. Acesso em: 04 out. 2022.

HERRERA, Karolyna Marin. **Uma análise do trabalho da mulher rural através da perspectiva da multifuncionalidade agrícola**. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2012. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373328660_ARQUIVO_ArtigoFazendogenerofinal.pdf. Acesso em: 09 set. 2023.

SANTOS, Àdria Oliveira dos. **Cultivando Política Pública, Colhendo Autonomia: Análise da Participação das Mulheres Agricultoras da Região Metropolitana de Santarém- PA no Programa Aquisição De Alimentos – PAA**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, Pará, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufopa.edu.br/jspui/bitstream/123456789/105/1/Dissertacao_CultivandoPoliticaPublica.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

YANNOULAS, Silvia Cristina. **Dossiê: Políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho**. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002. Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/dossieprgmt.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

O FEDERALISMO COMO MOTOR PARA O EXÉRCITO EUROPEU

*Tiago Nogueira
Ana Carolina Fernandes¹*

1 Introdução

Inicialmente alicerçada nos princípios da cooperação e da intergovernamentalidade, a evolução da União Europeia (UE) foi notável, transformando-se rapidamente num modelo baseado na supranacionalidade e na integração, a qual, para além do mais, tem assumido, ao longo dos anos, uma crucial relevância no sistema internacional em diversos domínios. Todavia, relativamente às questões de defesa e de segurança, estas foram gradualmente restringidas por diversos fatores, como as tradicionais ameaças à segurança interna dos Estados, os elevados custos das operações militares, à maioria dos Estados-membro da UE pertencerem à Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO²) e às persistentes divergências no seio da UE. O desejo de uma potência com influência na segurança internacional foi-se, assim, desvanecendo. Apesar disso, para os europeus, a Europa continua a ser um processo de constante manutenção e edificação.

O atual cenário internacional, com a invasão da Rússia ao território ucraniano e com o reacender dos conflitos entre Israel e a Palestina, trouxe novamente as discussões sobre a defesa do continente europeu e a necessidade do aprofundamento das políticas nesta área. A predominância americana na Europa, aliada à ineficiência e ambiguidade construtiva da NATO, reforça cada vez mais a necessidade dos Estados europeus de se unirem e reafirmarem, coletivamente, a sua autonomia estratégica, conciliando à união política, social e económica, a militar. Ademais, anseia-se por uma integração mais robusta capaz de se desvincular da dependência dos Estados Unidos da América (EUA) e das relações transatlânticas, criando, deste modo, uma Europa mais soberana e independente nas suas decisões. Por outro lado, desde o início do projeto europeu que se tem discutido a

1 Mestrandos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho.

2 Optou-se pela utilização da sigla internacional NATO (North Atlantic Treaty Organization) por uma questão de mera funcionalidade.

possibilidade de se estabelecer um sistema político federal, respeitante da autonomia e da diversidade estadual, e que, alicerçado ao mesmo, estaria uma força armada comum e supranacional — o exército europeu — capaz de se estabelecer como uma resposta única, unida e reforçada para as crises regionais e ameaças globais.

Porém, ambos os temas têm sido amplamente debatidos ao longo de todo o processo de integração — sobretudo durante a invasão russa à Crimeia, em 2004, e na crise migratória de 2015 —, não havendo um consenso generalizado quanto à sua formalização, tendo, ainda, uma série de desafios associados ao exército europeu, nomeadamente quanto à possível perda de soberania estadual.

Assim, o presente artigo debruçar-se-á sobre a hipótese da teoria federalista enquanto força mobilizadora para a criação de um exército europeu. Primitivamente será exposta a doutrina federalista, apresentando-a numa perspetiva mais europeia, onde, de seguida, ser-se-á elaborado um breve enquadramento histórico do decorrer das últimas décadas na Europa no domínio da segurança e da defesa, acompanhado de um estudo sobre o impacto do Tratado de Lisboa e finalizando com uma análise crítica sobre a relação entre o federalismo e o exército europeu.

2 Federalismo³: contextualização e definição

O federalismo tem sido, de forma permanente, colocado em debate no seio europeu enquanto motor para a integração europeia, acarretando, portanto, uma larga discussão sobre o seu papel na construção da comunidade, refletida naquelas que são as reformas nos tratados europeus⁴. Silva menciona que “(...) o federalismo é (...) a atitude, o método, a doutrina, o projeto, aplicável ou passível de aplicação à unificação europeia,

3 Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria, recomenda-se: DIMITRIOS, K.; Wayne, N. (eds.). **Theories of Federalism: A Reader**. Londres: Palgrave Macmillan, 2005; BURGESS, M. **Comparative Federalism. Theory and Practice**. Abingdon: Routledge, 2006; FØLLESDAL, A. **Federalism**. In: GOODIN, R. E.; PETTIT, P.; POGGE, T. **A companion to contemporary political philosophy**. Hoboken, Nova Jersey: Blackwell Publishing, 2007; REUTER, P.; COMBACAU, J. **Institutions et Relations Internationales**. Paris: Presses Universitaires de France, 1980; ROUGEMONT, D. **Dictionnaire international du fédéralisme**. Bruxelles: Bruylant, 1994; PINDER, J. **European Community and nation state: a case for a neo-federalism?**. *International Affairs*, v. 62, n. 1, 1986, p. 41-54 e FERNANDES, J. P. T. **A Europa em Crise**. Porto: QuidNovi, 2012.

4 BURGESS, M. **Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000**. Abingdon: Routledge, 2000; FERNANDES, J. P. T. **Federalismo: solução para a crise na União Europeia? — Uma perspetiva portuguesa**. **Relações Internacionais**, n. 44, 2014, p. 75-91

que reúne em bom número de apoiantes e de cultores, há mais tempo e em múltiplos sectores da sociedade civil e do meio político (...)”⁵.

Embora ilustres autores tenham escrutinado sobre esta teoria, a consolidação de um sistema político federal é vincadamente dinâmico e inevitável ou é necessária provocá-lo⁶. Não obstante, foram Spinelli e Rossi, em 1944, com o *Manifesto de Ventotene*, que efetivamente melhor expuseram aquela que viria a ser a grande base literária para o movimento federalista europeu, apresentando uma visão progressista sobre a criação de um Estado federal da Europa, com competências altamente compartilhadas no âmbito da economia e da defesa, onde, neste último domínio, reforçam a necessidade do estabelecimento de uma força militar conjunta, com o propósito de prevenir conflitos e impulsionar uma paz segura e duradoura⁷.

Através da visão dos autores, surge a vontade reforçada de colocar em prática uma verdadeira e profunda integração em todos os âmbitos, criando uma *nova Europa* unificada, capaz de enfrentar o mundo no pós-Segunda Guerra Mundial⁸. A proposta de federalismo de Spinelli e Rossi (1944) sustenta, de forma inabalável, que a salvaguarda da paz e da prosperidade repousava na concretização da união política entre os Estados, mediante a transferência do poder político dos governos nacionais para a União, implicando não só a instituição de uma constituição europeia, mas também a edificação de órgãos europeus.

Adicionalmente, Jean Monnet, teórico que exerceu um papel crucial na defesa da federalização da Europa, como assevera Gillingham⁹, argumenta que, para a unificação do continente, o processo de integração deveria iniciar-se, primordialmente, pela integração económica, afirmando mesmo que “(...) o essencial é adotarmos (...) alguns princípios fixos que nos orientem (...) progressivamente para criar entre os europeus um interesse comum, servido por instituições democráticas (...) para as quais a soberania foi delegada”¹⁰ — ou seja, a utilização da integração económica

5 SILVA, A. M. **Sistema Político da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2013.

6 BURGESS, *Federalism and European Union*. 2000; SILVA, *Sistema Político*, 2013; NEUTEL, F. **A construção da União Europeia: da II Guerra Mundial à emergência de uma fronteira externa comum para o século XXI**. Lisboa, Edições Sílabo, 2019.

7 SPINELLI, A.; ROSSI, E. **Il Manifesto di Ventotene**. Torino: Celid, 1944; FERNANDES, *Federalismo*, 2014.

8 SPINELLI; ROSSI, *Il Manifesto*, 1944; NEUTEL, *A construção da União Europeia*, 2019.

9 GILLINGHAM, J. R. **European Integration, 1950—2003: Superstate or New Market Economy?**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

10 BURGESS, *Federalism and European Union*. 2000.

para o desenvolvimento de uma integração mais abrangente, através de um efeito de *spillover*¹¹.

Numa base conceptual, a teoria federalista postula a divisão de poderes entre um governo central e unidades subnacionais, criando um sistema político supranacional e unificado entre os Estados, ou seja, estabelece, desta forma, um modo de associação e de organização política que une diferentes unidades em torno de um só sistema que respeita a autonomia, a autogovernança, a partilha do domínio de atuação, a repartição vertical de competências e a garantia dos direitos dos cidadãos, quer pela autoridade estadual quer pela federal¹².

O federalismo assenta nos fundamentos dos princípios federais, na lógica da divisão de poderes entre Estados e instituições, promovendo a ideia de unificação mediante a transferência de autoridade, emergindo uma clara predileção pela colaboração, parceria e negociação entre todos os centros de poder¹³. Aqui poder-se-á referir a necessidade do respeito da divisão dos poderes segundo o princípio da subsidiariedade, de maneira que as decisões políticas sejam executadas de forma eficiente, mas também para se poder legitimar a intervenção política da UE.

Nesse contexto, no que concerne à comunidade europeia, os federalistas quebram com os pressupostos das visões realista e funcionalista, da qual detinham uma interpretação mais egoísta quanto ao papel dos Estados na política internacional¹⁴. Ainda assim, poder-se-á mencionar que a própria federação possui algumas dificuldades no seu desenho, devido a partilhar características semelhantes às das confederações, que se distinguem, no essencial, pelas questões de soberania, na qual a mesma é apenas exercida em conjunto em certas áreas¹⁵. De qualquer forma, nas federações a união, em que plano se refira, é constante e trabalhada

11 FERNANDES, Federalismo, 2014; OLSEN, J.; MCCORMICK, J. **The European Union: politics and policies**. Abingdon: Routledge, 2017.

12 VICENTE, P. C. Mais integração? O federalismo na construção europeia. **Debater a Europa**, n. 16, 2017, p. 9-26, https://doi.org/10.14195/1647-6336_16_1; SILVA. Sistema Político, 2013; FERNANDES, Federalismo, 2014; ELAZAR, D. J. **Constitutional design and power-sharing in the post-modern epoch**. Lanham, Maryland: University Press of America, 1991.

13 VICENTE, Mais integração, 2017; FERNANDES, Federalismo, 2014; OLSEN; MCCORMICK, The European Union, 2017.

14 RAMOS, C.; MAIOR, P. V. Perspetivas Teóricas sobre a Integração Europeia. **Relações Internacionais**, n. 16, 2007, p. 103-116, <https://ipri.unl.pt/index.php/pt/publicacoes/revista-r-i/arquivo-de-revista-r-i/69-relacoes-internacionais-n-16>; NEUTEL, A construção da União Europeia, 2019.

15 FERNANDES, Federalismo, 2014; CINI, M.; BORRAGÁN, N. P. S. **European Union Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

em todos os domínios com os seus membros, numa base marcadamente democrática¹⁶. Kymlicka, segundo Vicente, menciona também a importância da manifestação da diversidade das unidades subnacionais, da qual é usada como elemento legítimo na entidade federal, contrariamente à lógica das entidades estaduais¹⁷.

As distintas crises que se foram vivenciando no seio europeu, principalmente a crise económica de 2008, veio levantar a questão sobre a criação dos *Estados Unidos da Europa* — termo cunhado por Victor Hugo aquando da realização do Congresso da Paz de 1849 —, capazes de manter o projeto europeu e a sua relevância no cenário internacional¹⁸. Todavia a criação de qualquer comunidade federal não resulta de um processo espontâneo, pelo contrário, são precisos assopros de energia e de imaginação para uma boa coordenação do movimento federalista e dos seus objetivos fundamentais, de modo, assim, contradizer o imobilismo político e a apatia tradicionalmente característica¹⁹. Brugmans, como cita Silva, acrescenta que “(...) para os europeus só o federalismo europeu permanece a chave dos problemas e só nele se encontra a sua questão prévia, o lugar geométrico da toda ação fecunda”²⁰.

Os movimentos de cunho federalista emergentes na Europa têm como desiderato promover a democracia europeia, rompendo com os nacionalismos que são percecionados como a motivação subjacente às guerras no continente²¹. Estes movimentos fundamentam-se na teoria federalista pan-europeia que propõe a transformação da Europa numa federação caracterizada por um governo central e com governos regionais amalgamados num único sistema político, criando, assim, uma comunidade mais coesa²². Atualmente existem, ainda, alguns movimentos europeus que advogam esta mesma teoria, tal como o Volt Europa, a União dos Federalistas Europeus e o Partido Federalista Europeu, os quais, nos seus programas, compartilham diversas prioridades como a promoção da

16 SILVA. Sistema Político, 2013; HIX, S.; HØYLAND, B. **The political system of the European Union**. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.

17 VICENTE, Mais integração, 2017.

18 RIBEIRO, M. M. T. Victor Hugo - o profeta dos Estados Unidos da Europa. In: MARTINS, O. (coord.). **Portugal e o Outro: Imagens e Viagens**. Aveiro: Universidade de Aveiro, 2004; VERHOFSTADT, G. **Os Estados Unidos da Europa - Manifesto para uma nova Europa**. Lisboa: Gradiva, 2006; CINI; BORRAGÁN, European Union, 2009.

19 SILVA. Sistema Político, 2013; OLSEN; MCCORMICK, The European Union, 2017.

20 SILVA. Sistema Político, 2013.

21 VICENTE, Mais integração, 2017.

22 OLSEN; MCCORMICK, The European Union, 2017; VICENTE, Mais integração, 2017; NEUTEL, A construção da União Europeia, 2019.

cooperação militar europeia, i.e., o exército europeu. Ademais, Vicente (2017) afirma que a União Europeia constitui um modelo de federalismo *sui generis*²³, dado que o federalismo europeu é um modelo inacabado, tal como a própria UE: uma união federal, sem um Estado federal²⁴.

3 Segurança e defesa na Europa: enquadramento histórico

Foi no início do século XX, com o fim da Primeira Guerra Mundial e com a criação da Sociedade das Nações, que o conceito de segurança coletiva surgiu, noção que posteriormente será notoriamente significativa para a geopolítica internacional²⁵. Porém, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, em 1939, a paz duradoura que se pensara ter criado acabara, deixando, no seu termo, não só um rasto de destruição, como também o destino da Europa nas mãos de atores exteriores à mesma²⁶.

O mundo bipolariza-se, caindo sobre o território europeu uma cortina de ferro, onde, de um lado, os EUA, pela NATO, e, de outro, a Rússia, pelo Pacto de Varsóvia, asseguravam não só a segurança coletiva europeia, como também a internacional²⁷. Embora se tenha fundado a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, a mesma não impediu o despoletar de sucessivas guerras, bem como a enraizada bipolarização estabelecida nos anos seguintes à sua criação e que moldou a segurança (e, de igual modo, a política e a sociedade) até aos dias de hoje²⁸.

Em 1948, é assinado o Tratado de Bruxelas, que apesar de não ter criado nenhuma estrutura de defesa, proporcionou a assinatura do Tratado de Paris, em 1952, que estabeleceu a Comunidade Económica do Carvão e do Aço e lançou a Comunidade Europeia de Defesa (CED), a qual a última Robert Schumann, segundo Fernandes, apoiava que fosse a estrutura de

23 VICENTE, Mais integração, 2017.

24 ELEFTHERTIADIS, P. Federalism and Jurisdiction. In: BAERE, G. de; CLOOTS, E. (eds.). **Federalism and EU Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

25 MOREIRA, A. **Teoria das Relações Internacionais**. Coimbra: Almedina, 2005.

26 RÉMOND, R. **Introdução à história do nosso tempo: do antigo regime aos nossos dias**. Lisboa: Gradiva, 2011.

27 LARA, A. S. **Imperialismo, Descolonização, Subversão e Dependência**. Lisboa: ISCSP - Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2002; RÉMOND, Introdução à história, 2011; OLSÉN; MCCORMICK, **The European Union**, 2017.

28 LARA, **Imperialismo**, 2002; MOREIRA, **Teoria das Relações**, 2005; KAGAN, R. **O paraíso e o poder: a América e a Europa na Nova Ordem Mundial**. Gradiva, 2004.

comando comum de um *exército europeu integrado*²⁹, que substituiria as forças armadas nacionais por um corpo de âmbito europeu³⁰.

Em boa verdade, esta união política e militar teve a sua origem no Tratado de Dunquerque, de 1947, que rapidamente fora ratificado em Bruxelas no ano seguinte. O fracasso da CED levou, em 1954, à criação da União da Europa Ocidental (UEO), pelos Acordos de Paris, a qual tencionava criar uma cooperação no domínio da defesa, como também estabelecer e desenvolver uma verdadeira política de defesa na Europa Ocidental³¹.

Contudo, a sua incapacidade face à ameaça soviética levou-a, gradualmente, a transferir várias das suas competências e operações para a NATO, reforçando, deste modo, a contínua dominância americana sobre a Europa, bem como a falta de autonomia em questões de defesa no seio europeu³².

Curiosamente a UEO continuou, de certo modo, a desenvolver esse trabalho, mas no âmbito da Identidade Europeia de Segurança e Defesa, um pequeno grupo de cooperação de Estados europeus em questões de armamento que funcionava nas instalações da organização transatlântica³³. O Tratado de Roma, de 1957, que institui a Comunidade Económica Europeia, apresenta-se como um dos mais significantes avanços no aprofundamento das relações e do processo de integração europeu, porém em nenhum dos seus artigos faz menção a qualquer questão de segurança ou defesa, deixando, novamente, para a NATO esse papel³⁴.

O Ato Único Europeu, de 1985, exclui, igualmente, as questões de defesa (essa competência era destinada à UEO e à NATO), porém contempla matérias referentes à segurança, mais concretamente aos aspetos políticos e económicos da mesma, e formaliza a Cooperação Política

29 FERNANDES, A. J. Organização de Cooperação nos Domínios da Segurança e Defesa da Europa. In: CAMPOS, J. M. de (coord.). **Organizações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

30 RODRIGUES, A. R. **A NATO e a Política Europeia de Segurança e Defesa**. Em colisão ou em Convergência?. Lisboa: Grupo de Estudo e Reflexão de Estratégia (GERE), Edições Culturais da Marinha, 2006; OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017.

31 FERNANDES, Organização de Cooperação, 2010; BORCHARDT, K. D. **O ABC do direito da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço de Publicações da UE, 2017.

32 FERNANDES, Organização de Cooperação, 2010; SANTOS, E. S. **A NATO no século XXI**. Carnaxide: Tribuna da História, 2008; KAGAN, *O paraíso e o poder*, 2004.

33 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017.

34 COSTA, C. **Economia e Política da construção europeia** - os desafios do processo de integração. Lisboa: Terramar, 2004; NUGENT, N. **The government and politics of the European Union**. Londres: Palgrave, 2003.

Europeia, que desde os anos 70 tinha sido desenvolvida de forma informal³⁵. Apenas em 1992, na cidade de Maastricht, é que se deu, efetivamente, o estabelecimento da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), como mecanismo de promoção da paz, da cooperação e da segurança internacional, de promoção dos Direitos Humanos e de desenvolvimento das democracias e do Estado de Direito³⁶. Enquanto segundo pilar da UE, de onde, por uma cooperação intergovernamental, visava uma identidade europeia comum em matérias quer de política externa quer de segurança, algo extraordinariamente ambicioso e ousado, que, contudo, não impediu a existência de clivagens entre os Estados-membro.

Os conflitos na Jugoslávia e no Golfo comprovaram a ineficiência dos propósitos desenhados, sem uma política de defesa bem definida e sem meios militares para atuar — os quais, sem espanto, só viram o seu termo com a intervenção da NATO³⁷. Todavia, e apesar do mesmo, foi um avanço significativo, ainda que a nível operacional coloque esta política numa posição frágil. Na mesma altura surge a Declaração de Petersberg, no âmbito da UEO, no qual criava as chamadas missões de Petersberg, missões de ajuda humanitária e de evacuação para a manutenção da paz e a gestão de crises, que eram efetuadas por militares dos Estados-membro da UEO e sob comando da estrutura europeia, mas com recurso a meios da NATO³⁸.

O fim da guerra fria colocou novos desafios não só na Europa como também na conjuntura internacional, a qual, num ambiente de insegurança e de imprevisibilidade, viu a geopolítica mundial transformada por completo, com a habitual ameaça simétrica a ser substituída por complexos conflitos de cariz difuso³⁹.

35 FERREIRA, A. M. M. Portugal e o Tratado da União Europeia — algumas implicações no contexto da segurança e defesa comum. **IDN - Revista Nação e Defesa**, n. 64, 1992, <http://hdl.handle.net/10400.26/1724>; LEITÃO, A. R. A Política Europeia de Segurança e Defesa: que futuro?. **Estratégia - Revista de Estudos Internacionais**, 2003.

36 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017; HIX; HØYLAND, *The political system*, 2011.

37 LEITÃO, A Política Europeia, 2003; SLOTERDIJK, P. **Se a Europa Acordar**. Lisboa: Relógio D'Água, 2008.

38 MIRA GOMES, J. As Missões Internacionais da UE. **Nação e Defesa**, n. 126, 5.ª Série, 2010, p. 121-133.

39 SANTOS, S. As Nações Unidas, a OTAN e a Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia enquanto principais catalisadores da Segurança Internacional. In: GOUVEIA, J. Bacelar (coord.). **Estudos de Direito e Segurança - Volume II**. Coimbra: Almedina, 2015; LARA, *Imperialismo*, 2002; MARQUES BESSA, A. **Quem governa? - Uma análise histórico-política do tema da elite**. Lisboa: ISCSP — Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1993.

Com os avanços relativos à segurança comum no seio europeu, com a instauração da PESC em Maastricht e reforçada, nos anos seguintes, em Amesterdão e em Nice, a continuidade da NATO é posta em causa, não só pela sua relevância num contexto assimétrico não-bipolar, como também numa altura em que a UE dá largos passos na robustez do processo de integração a nível da defesa⁴⁰. Tentando fazer face ao novo panorama geopolítico, assiste-se à criação de uma nova identidade para esta estrutura, com um novo Conceito Estratégico em 1991, e melhorado em 1999, que constituiu uma mudança radical nas ações de organização, intervenção e gestão das operações da NATO — em 2010 e 2022 houve, igualmente, revisões ao CE, contudo devido a contextos diferentes aos quais se verificava nos anos 90⁴¹. Todavia, a complexidade da noção de segurança internacional, sobretudo num mundo globalizado, comporta uma interdependência constante, no qual nenhuma organização poderá suportar, pelo que, quer a NATO quer a própria ONU, são incapazes de assegurar, por elas próprias, esta mesma segurança — ao que Santos denomina de *insegurança*⁴².

Poucos anos volvidos desde Maastricht a insuficiência do tratado assinado é sentida pelos parceiros europeus que, em 1997, se reúnem em Amesterdão para a assinatura de um novo acordo, no qual se transfere as missões de Petersburgo para a alçada da UE, esvaziando, cada vez mais, a UEO de competências — em 2011, por fim, esta despede-se da Europa —, introduz a necessidade da inclusão de meios civis na gestão de crises, cria o Alto Representante para a Política Externa e de Segurança Comum e estabelece a *cooperação reforçada* entre os membros⁴³.

Apesar de Amesterdão não ter, efetivamente, qualquer progresso genuíno na esfera da defesa, codificou novas responsabilidades da UE no âmbito da segurança cooperativa⁴⁴. Seguidamente, na cidade francesa de Nice, em 2001, é acordado um novo tratado, do qual foi consagrado uma nova Política Europeia de Segurança e Defesa (PESD) — a qual fora desenvolvida, em 1998, na Cimeira de Saint Malo e criada, em 1999,

40 COSTA, Economia e Política, 2004; HIX; HØYLAND, The political system, 2011.

41 SANTOS, As Nações Unidas, 2015; MOREIRA, A. **A Europa em formação - a crise do Atlântico**. Lisboa: ISCSP - Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2004.

42 SANTOS, As Nações Unidas, 2015; MARQUES BESSA, *Quem Governa*, 1993; COSTA, Economia e Política, 2004.

43 BRANCO, C. M. A evolução da política europeia de segurança e defesa desde Maastricht. **Relações Internacionais**, n. 14, 2007, p. 57-66; BORCHARDT, O ABC do direito, 2017; FERREIRA-PEREIRA, L. A Europa da Defesa: O fim do Limbo. **Nação e Defesa**, n. 110, 3.^a Série, 2005, <http://hdl.handle.net/10400.26/1242>.

44 FERREIRA-PEREIRA, A Europa da Defesa, 2005; RODRIGUES, A NATO, 2006.

no Conselho Europeu de Colónia, tendo sido motivado pela guerra despoletada no Kosovo — com uma estrutura institucionalizada — quer ao próprio nível das instituições, com novos órgãos permanentes, quer das capacidades militares, com as Forças de Reação Rápida —, passando, assim, a UE a possuir uma dimensão formalmente militar⁴⁵. Peculiarmente Mira Gomes aponta que a PESD nasce antes da aprovação do “conceito estratégico” da UE, que apenas fora desenvolvida em 2003 com a Estratégia Europeia de Segurança, num ambiente de tensão no seguimento da intervenção americana no Afeganistão⁴⁶.

Esta mesma estratégia viria apenas a ser, de certo modo, revista pós-Lisboa, em 2016, com a Estratégia Global da União Europeia, num contexto marcado pelas Primaveras Árabes⁴⁷. De qualquer forma, o Tratado de Nice, apesar do seu significativo avanço, é, novamente, limitado no ano seguinte com a assinatura de uma parceria estratégica entre a UE e a NATO — os Acordos de Berlin Plus —, que veio garantir acesso dos recursos e estruturas de comando da NATO à organização europeia, bem como permitiu a aliados europeus não-membros da UE participar em operações da União — demonstrando, portanto, o contínuo domínio dos EUA sobre seus os parceiros europeus e a fratura estratégica no seio da UE⁴⁸.

Em 2004, após várias iniciativas empreendidas, e em seguimento do 11 de setembro de 2001, foi criada a Agência Europeia de Defesa, agência intergovernamental no domínio do desenvolvimento das capacidades de defesa, aquisição de armamento e de investigação, dirigido pelo Alto Representante para a PESC e com o objetivo de apoiar a UE e os seus membros no domínio da PESD e da gestão de crises, não afetando, porém, as competências dos Estados em matérias de defesa⁴⁹.

45 LEITÃO, A Política Europeia, 2003; TEIXEIRA, N. S. Portugal e a União Europeia: Vinte Anos Depois. *Nação e Defesa*, n. 115, 2006, <http://hdl.handle.net/10400.26/1087>; BRANCO, A evolução da política, 2007.

46 MIRA GOMES, *As Missões Internacionais*, 2010.

47 NUNES, I. F. União Europeia: Bússola Estratégica. In: SEABRA, P. (coord.). *Documentos Estratégicos de Segurança e Defesa*. IDN Cadernos, 44, 2021, <https://www.idn.gov.pt/pt/publicacoes/idncadernos/Paginas/IDN-Cadernos-44.aspx>.

48 LEITÃO, A Política Europeia, 2003; RODRIGUES, A NATO, 2006.

49 MARQUES, J. D. M. **A relevância da Agência Europeia de Defesa enquanto instrumento da PESD na indústria de defesa da UE e nacional**. Lisboa: Instituto de Estudos Superiores Militares, 2007. <http://hdl.handle.net/10400.26/12254>; OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017.

4 A influência do Tratado de Lisboa

O fim do ano de 2007 é marcado pela assinatura do Tratado de Lisboa, documento que veio colmatar o processo de reforma que decorria desde o ano de 1986, tal como Gorjão-Henriques reitera⁵⁰, e veio fazer face às evoluções políticas, económicas e sociais das últimas décadas, bem como às aspirações dos europeus relativamente ao alcance e às modalidades de ação da UE e à necessidade de uma melhor adaptação das instituições europeias, de um reforço da legitimidade e da consolidação dos valores fundamentais⁵¹. Brandão menciona que:

(...) Lisboa põe fim ao sistema dual (CE/UE) [Comunidade Europeia/ União Europeia], em vigor desde 1993, penalizador da capacidade de actuação e do reconhecimento externo da União. Dotada de personalidade jurídica única, assume a representação externa, sendo ainda capaz de celebrar tratados e participar em organizações internacionais⁵².

Este tratado traz, entre outras, uma nova arquitetura governativa à comunidade, atribuindo uma personalidade jurídica à UE, institucionalizou-se o seu serviço externo e a PESD passa a designar-se de Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD), mantendo, contudo, a natureza intergovernamental da PESD⁵³. Foi no âmbito desta nova política que a nasce a Cooperação Estruturada Permanente, plasmada mais concretamente no protocolo referente à mesma no tratado, e que veio dar aos Estados-membros “(...) cujas capacidades militares preenchem critérios mais elevados e que tenham assumido compromissos mais vinculativos na matéria tendo em vista a realização das missões mais exigentes (...)”, ou seja, veio atribuir mais formas de atuação⁵⁴.

Torna-se, deste modo, um mecanismo mais sofisticado, mais evoluído, de colaboração entre os Estados-membros, que veio demonstrar a nova postura mais autónoma e mais interventiva da UE⁵⁵. No que

50 GORJÃO-HENRIQUES, M. (org.). **Tratado de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2010.

51 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017; HIX; HØYLAND, *The political system*, 2011.

52 BRANDÃO, A. P. O Tratado de Lisboa e a Security Actorness da UE. **Relações Internacionais**, n. 25, 2010, p. 49-63, <https://hdl.handle.net/1822/83350>.

53 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017; HIX; HØYLAND, *The political system*, 2011.

54 LAUREANO, A. No rumo da “comunitarização” da segurança e defesa da União Europeia mediante a cooperação estruturada permanente?. **Lex Humana**, v. 4, n. 2, 2012, p. 1-16, <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/249>; HIX; HØYLAND, *The political system*, 2011.

55 Martins (coord.), *Portugal e o Outro: Imagens e Viagens*. Universidade de Aveiro.

concerne ao serviço externo, o Serviço Europeu para a Ação Externa, o mesmo será apoiado por um novo Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança (e Vice-Presidente da Comissão Europeia) que reforçará a coerência, visibilidade e impacto quer da ação externa da Europa como também uma melhor gestão e organização das políticas de defesa em âmbito comunitário e nacional⁵⁶.

Foi, pela primeira vez, que um tratado europeu apresentou uma secção específica relativa à política de segurança e defesa comum — termo que, curiosamente, apenas surgiu pela primeira vez em Nice⁵⁷. A PCSD, por sua vez, possibilitou um aumento do papel da UE na liderança de missões humanitárias, de evacuação, de desarmamento e de manutenção da paz, na prevenção de conflitos e na segurança internacional como um todo, dado aos vários instrumentos elaborados no âmbito desta política, concretamente, à atribuição de apoios financeiros para desenvolver as forças armadas nacionais, a criação do Fundo Europeu de Defesa e do Programa Europeu de Desenvolvimento Industrial no domínio da defesa⁵⁸.

Assim, na inexistência de uma força armada europeia e na incapacidade de reforço de investimento por certos Estados-membro nas suas forças nacionais, a PCSD tornou-se o instrumento defensivo e militar mais significativo na UE⁵⁹. Nesta política foi ainda definida uma maior capacidade operacional de meios civis e militares à União, o estabelecimento da assistência mútua em caso de agressão armada a um dos Estados-membro e a agilização da tomada de decisão, com a introdução da maioria qualificada⁶⁰.

A partir de Lisboa foi possível tornar a Europa mais democrática e transparente, garantindo mais oportunidades e poderes para os cidadãos, permitindo também aos Estados-membro mais meios e formas de atuação nas áreas da segurança e defesa. Porém, Brandão critica a omissividade do Tratado de Lisboa quanto à segurança orientada para ameaças e objetivos específicos, continuando os instrumentos criados a “(...) obedecer à lógica

RODRIGUES, A NATO, 2006; LAUREANO. No rumo da “comunitarização”, 2012; TEIXEIRA, N. S. A defesa europeia depois do Tratado de Lisboa. **Relações Internacionais**, n. 25, 2010, <https://ipri.unl.pt/index.php/pt/publicacoes/revista-r-i/arquivo-de-revista-r-i/59-relacoes-internacionais-n-25>.

56 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017; RODRIGUES, A NATO, 2006.

57 RODRIGUES, A NATO, 2006; VICENTE, *Mais integração*, 2017.

58 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017; VICENTE, *Mais integração*, 2017.

59 TEIXEIRA, *A defesa europeia*, 2010; RODRIGUES, A NATO, 2006; CINI; BORRAGÁN, *European Union*.

60 BRANDÃO, *O Tratado de Lisboa*, 2010; TEIXEIRA, *A defesa europeia*, 2010; CINI; BORRAGÁN, *European Union*, 2009.

vestefaliana da separação entre segurança externa e segurança interna (...)”, mas elogia, por sua vez, o compromisso “(...) de diferentes perspetivas sobre o processo de integração europeia, bem como da histórica tensão entre solidariedade coletiva e soberanismo estadual (...)”⁶¹. Ferreira-Pereira aponta a ilustre liderança política e diplomática portuguesa no sustento do consenso em torno dos parâmetros estabelecidos pela presidência alemã, pelo que a presidência lusitânica foi fulcral na concretização do tratado⁶².

5 O federalismo e o exército europeu: que relação?

Durante décadas que a questão da segurança e defesa dentro da UE fez com que surgisse divergências entre os membros da comunidade, variando entre quem afirma que seria despropositado envolver uma instituição onde o plano fulcral se debruça na questão da paz e entre quem defende que seria responsabilidade única e exclusiva da NATO e, ainda, uns que advogavam ser uma responsabilidade dos governos nacionais⁶³.

Ora, a maneira como os Estados-membro entendem o avanço da integração europeia no âmbito militar tem sido apontada como um fator determinante para a falta de êxito das políticas implementadas após a assinatura do Tratado de Lisboa⁶⁴. Tendo como exemplo a Cooperação Estruturada Permanente, é evidente que os Estados ainda manifestam uma considerável dose de desconfiança e receio em relação aos restantes parceiros da União, o que tem levado à relutância em investir financeiramente e em mobilizar recursos para participar em programas militares em que não possuam total soberania e controlo⁶⁵.

A criação de um exército europeu é frequentemente associada ao conceito de federalismo europeu, mas essa correlação não é necessariamente verdadeira. Na realidade, a UE tem a capacidade de estabelecer uma força militar supranacional, capaz de realizar as suas atividades de defesa interna e de cooperação externa, mantendo a soberania e autonomia estadual,

61 BRANDÃO, O Tratado de Lisboa, 2010.

62 FERREIRA-PEREIRA, A Europa da Defesa, 2005.

63 DEIGHTON, A. The European Security and Defense Policy. **JCMS: Journal of Common Market Studies**, v. 40, n. 4, 2002, p. 719-741. <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00395>; CINI; BORRAGÁN, European Union, 2009; RODRIGUES, A NATO, 2006.

64 REIS, L. O papel da defesa no futuro da Europa da Estratégia Global da União Europeia à Cooperação Estruturada Permanente. **Relações Internacionais**, n. 60, 2018, p. 36-55, <https://doi.org/10.23906/ri2018.60a03>.

65 REIS, O papel da defesa, 2018; VICENTE, Mais integração, 2017; SIDJANSKI, D. **O futuro federalista da Europa**. Lisboa: Gradiva, 1996.

porém os custos e logística envolvidos continuam a ser, igualmente, um tema de debate entre os Estados-membro, nomeadamente à possível duplicação dos gastos caso haja necessidade de financiar uma força armada europeia⁶⁶.

Não obstante, a formação de um exército europeu, na perspetiva de uma Europa federal, oferece benefícios significativos em termos de organização e de mobilização das tropas, visto que a criação de comandos estratégicos, que anteriormente não eram possíveis devido a questões fronteiriças, torna, agora, essa opção viável, bem como a utilização de todas as bases militares já existentes no território para a condução dos trabalhos⁶⁷.

Assim, numa visão de um futuro exército só seria possível com uma contribuição financeira, material e humana proporcional a cada Estado-membro, sendo que a estrutura de comando de operações deveria ser exercida de forma conjunta. Como fator à criação do exército, poder-se-á apresentar o princípio da subsidiariedade aplicado às questões de defesa, dado que, este delimitando o exercício das competências da UE e dos respetivos Estados-membro, procura legitimar a intervenção da UE caso as ações dos seus membros ao nível nacional não sejam tão eficazes quanto a sua própria — ou seja, a UE atua em determinadas matérias quando os objetos das mesmas não são efetivamente alcançados pelos Estados-membro⁶⁸.

Deste modo, se se considerar que os países europeus não apresentem um desenvolvimento adequado para as problemáticas internacionais, a criação de um exército único poderá potenciar, de modo coordenado e de acordo com as potencialidades de cada Estado, uma maior alocação de recursos, tornando-o mais capaz de enfrentar os desafios internos e externos⁶⁹. A capacidade militar da UE fica, deste modo, mais dinâmica e eficaz, eliminando fragilidades dos exércitos nacionais e a menor alocação de recursos à área da defesa como um todo⁷⁰.

Existem, todavia, quatro limitações *a priori* associadas à criação do exército europeu: (1) o crescimento de tensões entre os EUA e os seus aliados transatlânticos, dado que, ao criar a força europeia as contribuições

66 REIS, O papel da defesa, 2018; SIDJANSKI, O futuro federalista, 1996.

67 DEIGHTON, The European Security, 2002; MOREIRA, A Europa em formação, 2004; LARA, Imperialismo, 2002.

68 CINI; BORRAGÁN, European Union, 2009; KAGAN, O paraíso e o poder, 2004.

69 SIDJANSKI, O futuro federalista, 1996; MOREIRA, A Europa em formação, 2004.

70 VICENTE, Mais integração, 2017; RODRIGUES, A NATO, 2006; OLSEN; MCCORMICK, The European Union, 2017.

e o esforço empregue na NATO seria diminuído — o qual não seria visto de bom grado pelos EUA; (2) a alguns países, como a Polónia e a Hungria, estarem céticos quanto à unificação das suas forças dado puderem perder soberania e, ao mesmo tempo, não conseguir fazer face aos seus objetivos estratégicos — um dos claros motivos da saída do Reino Unido da UE teve haver com a constante interferência europeia nos seus assuntos internos —; (3) os militares nacionais podem não estar predispostos a defender o território europeu do mesmo modo que o seu próprio país, criando mais desentendimentos na formação e seio do exército; e (4) na formação de um possível centro de comando conjunto questiona-se como iria funcionar o processo de decisão, se com uma ação consensual e unânime ou por votação da maioria dos membros, e, caso seja a última, como seria possível respeitar os membros que não concordem com certas intervenções⁷¹.

Vicente afirma que qualquer proposta de criação de uma federação europeia conduzirá, de forma inevitável, à construção de um exército comum, dado que qualquer sistema federativo terá de ter na sua génese a unidade e a cooperação, pelo que sem uma entidade militar tornar-se-á num sistema totalmente oposto aos ideais federalistas⁷². No próprio contributo de Spinelli e Rossi a construção de uma defesa unida é necessária para a edificação da federação, tal como se verifica expressamente em casos como o Brasil, a Rússia ou os EUA, onde a existência de um exército federal é necessário para garantir a coesão e a estabilidade política. Assim, poder-se-á afirmar, com clareza, que a construção de uma federação conduzirá, inevitavelmente, à criação de um exército europeu. Porém, o oposto não é tão linear.

6 Conclusão

A construção de uma federação europeia e o desenvolvimento das sucessivas políticas referentes à segurança e à defesa têm demonstrado o interesse dos Estados-membro de aprofundar o processo de integração, embora o debate da formação de um exército supranacional comum tenha algumas opiniões distintas — como em muitos outros aspetos da União.

A base da teoria exposta, particularmente o pensamento de Spinelli e Rossi, torna-se até à hodiernidade a forma mais significativa para qualquer projeto de unificação, sendo a constituição da federação um dos pilares

71 OLSEN; MCCORMICK, *The European Union*, 2017; SIDJANSKI, *O futuro federalista*, 1996; SLOTERDIJK, *Se a Europa Acordar*, 2008.

72 VICENTE, *Mais integração*, 2017.

para a existência de uma força armada europeia — a proposição de uma união federativa europeia inelutavelmente resultaria na constituição de um corpo militar coletivo, dada a imperatividade de unidade e cooperação inerentes a qualquer estrutura federativa. Embora existam obstáculos intrinsecamente vinculados e desafios constantes, a criação do exército europeu não é uma miragem ou utopia, pelo contrário, o estabelecimento da Cooperação Estruturada Permanente e da PCSD são, claramente, bons passos para a edificação deste projeto.

Não obstante, ter-se-á de mencionar alguns fatores críticos que incapacitaram — e continuam a incapacitar — os avanços no desenho das políticas no domínio da segurança e da defesa, tais como a forte dependência da NATO, a hegemonia dos EUA, o estabelecimento, até 2011, da UEO, o distanciamento das forças armadas nacionais à colaboração e empenho numa força comunitária e a incapacidade de conciliar vontades estratégicas e consensos generalizados dentro da UE — dá-se o exemplo da França e da Alemanha, bastante recetivas ao projeto militar comum, contrariamente às perspetivas polaca e húngara, da qual não desejam uma perda de soberania e duplicação de encargos (que, contudo, não são necessariamente verdadeiros).

Ademais, curiosamente, os mais significativos avanços na área da defesa europeia registam-se praticamente em momentos de crise e de tensões regionais e globais, o que realça a necessidade de aprofundar estes temas em tempos de paz, quando a colaboração internacional e a estabilidade permitem um progresso mais seguro e sustentável.

A construção da comunidade europeia é, caracterizadamente, feita de pequenos passos — não fosse a UE um projeto internamente inacabado —, o que impele a uma visão positiva sobre o futuro de um exército europeu, concretamente devido à inexistência de constrangimentos fronteiriços, à cooperação reforçada entre os Estados-membro, ao longo historial de entendimentos em intervenções militares e à já forte cooperação económica. Numa base mais concreta e analista da situação, duas das grandes problemáticas do exército prende-se com o centro de comando partilhado, quer pela forma de decisão — se por maioria ou por unanimidade — quer pelas vontades estratégicas individuais a serem cumpridas por esta força, e o desagrado dos EUA quanto ao possível desinvestimento na NATO — que poderá resultar na extinção da organização. Assim, urge-se por uma maturidade na integração europeia, com um aprofundamento das questões federativas, bem como um reforço da coesão e eficiência, capaz de assegurar a segurança e a estabilidade coletiva do continente, uma

identidade europeia verdadeiramente compartilhada em todos os âmbitos e uma efetiva influência global da UE.

Referências

BORCHARDT, K. D. **O ABC do direito da União Europeia**.

Luxemburgo: Serviço de Publicações da UE, 2017.

BRANCO, C. M. A evolução da política europeia de segurança e defesa desde Maastricht. **Relações Internacionais**, n. 14, 2007.

BRANDÃO, A. P. O Tratado de Lisboa e a Security Actorness da UE.

Relações Internacionais, n. 25, 2010, p. 49-63, <https://hdl.handle.net/1822/83350>.

Burgess, M. **Comparative Federalism. Theory and Practice**. Abingdon: Routledge, 2006.

BURGESS, M. **Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000**. Abingdon: Routledge, 2000.

CINI, M.; BORRAGÁN, N. P. S. **European Union Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

COSTA, C. **Economia e Política da construção europeia - os desafios do processo de integração**. Lisboa: Terramar, 2004.

DEIGHTON, A. The European Security and Defense Policy. **JCMS:**

Journal of Common Market Studies, v. 40, n. 4, 2002, p. 719-741. <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00395>.

Dimitrios, K.; Wayne, N. (eds.). **Theories of Federalism: A Reader**.

Londres: Palgrave Macmillan, 2005.

ELAZAR, D. J. **Constitutional design and power-sharing in the post-modern epoch**. Lanham, Maryland: University Press of America, 1991.

ELEFTHRTIADIS, P. Federalism and Jurisdiction. In: BAERE, G. de; CLOOTS, E. (eds.). **Federalism and EU Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

FERNANDES, A. J. Organização de Cooperação nos Domínios da Segurança e Defesa da Europa. In: CAMPOS, J. M. de (coord.).

Organizações Internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FERNANDES, J. P. T. **A Europa em Crise**. Porto: QuidNovi, 2012.

- FERNANDES, J. P. T. Federalismo: solução para a crise na União Europeia? - Uma perspectiva portuguesa. **Relações Internacionais**, n. 44, 2014, p. 75-91.
- FERREIRA, A. M. M. Portugal e o Tratado da União Europeia — algumas implicações no contexto da segurança e defesa comum. **IDN - Revista Nação e Defesa**, n. 64, 1992, <http://hdl.handle.net/10400.26/1724>.
- FERREIRA-PEREIRA, L. A Europa da Defesa: O fim do Limbo. **Nação e Defesa**, n. 110, 3.^a Série, 2005, <http://hdl.handle.net/10400.26/1242>.
- FØLLESDAL, A. Federalism. In: GOODIN, R. E.; PETTIT, P.; POGGE, T. **A companion to contemporary political philosophy**. Hoboken, Nova Jersey: Blackwell Publishing, 2007.
- GILLINGHAM, J. R. **European Integration, 1950 - 2003: Superstate or New Market Economy?**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (org.). **Tratado de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2010.
- HIX, S.; HØYLAND, B. **The political system of the European Union**. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.
- KAGAN, R. **O paraíso e o poder: a América e a Europa na Nova Ordem Mundial**. Gradiva, 2004.
- LARA, A. S. **Imperialismo, Descolonização, Subversão e Dependência**. Lisboa: ISCSP - Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2002.
- LAUREANO, A. No rumo da “comunitarização” da segurança e defesa da União Europeia mediante a cooperação estruturada permanente?. **Lex Humana**, v. 4, n. 2, 2012, p. 1-16, <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/249>.
- LEITÃO, A. R. A Política Europeia de Segurança e Defesa: que futuro?. **Estratégia - Revista de Estudos Internacionais**, 2003.
- MARQUES BESSA, A. **Quem governa? - Uma análise histórico-política do tema da elite**. Lisboa: ISCSP - Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1993.
- MARQUES, J. D. M. **A relevância da Agência Europeia de Defesa**

enquanto instrumento da PESC na indústria de defesa da UE e nacional. Lisboa: Instituto de Estudos Superiores Militares, 2007. <http://hdl.handle.net/10400.26/12254>.

MIRA GOMES, J. As Missões Internacionais da UE. **Nação e Defesa**, n. 126, 5.^a Série, 2010, p. 121-133.

MOREIRA, A. **A Europa em formação - a crise do Atlântico.** Lisboa: ISCSP - Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2004.

MOREIRA, A. **Teoria das Relações Internacionais.** Coimbra: Almedina, 2005.

NEUTEL, F. **A construção da União Europeia: da II Guerra Mundial à emergência de uma fronteira externa comum para o século XXI.** Lisboa, Edições Sílabo, 2019.

NUGENT, N. **The government and politics of the European Union.** Londres: Palgrave, 2003.

NUNES, I. F. União Europeia: Bússola Estratégica. In: SEABRA, P. (coord.). **Documentos Estratégicos de Segurança e Defesa.** IDN Cadernos, 44, 2021, <https://www.idn.gov.pt/pt/publicacoes/idncadernos/Paginas/IDN-Cadernos-44.aspx>.

OLSEN, J.; MCCORMICK, J. **The European Union: politics and policies.** Abingdon: Routledge, 2017.

PINDER, J. European Community and nation state: a case for a neo-federalism?. **International Affairs**, v. 62, n. 1, 1986.

RAMOS, C.; MAIOR, P. V. Perspetivas Teóricas sobre a Integração Europeia. **Relações Internacionais**, n. 16, 2007, p. 103-116, <https://ipri.unl.pt/index.php/pt/publicacoes/revista-r-i/arquivo-de-revista-r-i/69-relacoes-internacionais-n-16>.

REIS, L. O papel da defesa no futuro da Europa da Estratégia Global da União Europeia à Cooperação Estruturada Permanente. **Relações Internacionais**, n. 60, 2018, p. 36-55, <https://doi.org/10.23906/ri2018.60a03>.

RÉMOND, R. **Introdução à história do nosso tempo: do antigo regime aos nossos dias.** Lisboa: Gradiva, 2011.

REUTER, P.; COMBACAU, J. **Institutions et Relations Internationales.** Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

RIBEIRO, M. M. T. Victor Hugo - o profeta dos Estados Unidos da Europa. In: MARTINS, O. (coord.). **Portugal e o Outro: Imagens e Viagens**. Aveiro: Universidade de Aveiro, 2004.

RODRIGUES, A. R. **A NATO e a Política Europeia de Segurança e Defesa. Em colisão ou em Convergência?**. Lisboa: Grupo de Estudo e Reflexão de Estratégia (GERE), Edições Culturais da Marinha, 2006.

ROUGEMONT, D. **Dictionnaire international du fédéralisme**. Bruxelles: Bruylant, 1994.

SANTOS, E. S. **A NATO no século XXI**. Carnaxide: Tribuna da História, 2008.

SANTOS, S. As Nações Unidas, a OTAN e a Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia enquanto principais catalisadores da Segurança Internacional. In: GOUVEIA, J. Bacelar (coord.). **Estudos de Direito e Segurança - Volume II**. Coimbra: Almedina, 2015.

SIDJANSKI, D. **O futuro federalista da Europa**. Lisboa: Gradiva, 1996.

SILVA, A. M. **Sistema Político da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2013.

SLOTTERDIJK, P. **Se a Europa Acordar**. Lisboa: Relógio D'Água, 2008.

SPINELLI, A.; ROSSI, E. **Il Manifesto di Ventotene**. Torino: Celid, 1944.

TEIXEIRA, N. S. A defesa europeia depois do Tratado de Lisboa. **Relações Internacionais**, n. 25, 2010, <https://ipri.unl.pt/index.php/pt/publicacoes/revista-r-i/arquivo-de-revista-r-i/59-relacoes-internacionais-n-25>.

TEIXEIRA, N. S. Portugal e a União Europeia: Vinte Anos Depois. **Nação e Defesa**, n. 115, 2006, <http://hdl.handle.net/10400.26/1087>.

VERHOFSTADT, G. **Os Estados Unidos da Europa - Manifesto para uma nova Europa**. Lisboa: Gradiva, 2006.

VICENTE, P. C. Mais integração? O federalismo na construção europeia. **Debater a Europa**, n. 16, 2017, p. 9-26, https://doi.org/10.14195/1647-6336_16_1.

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: STANDARDS MÍNIMOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE ESTABELECIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM BASE NA NOÇÃO DE “DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL”

*Mônia Clarissa Hennig Leal¹
Dérique Soares Crestane²*

1 Introdução

Uma das principais características da vida humana no paradigma da sociedade da informação é a interação quase constante entre a inteligência humana e a inteligência artificial por meio da utilização de dispositivos informáticos programados com algoritmos inteligentes. Se, por um lado, a capacidade algorítmica de estabelecer resposta aos problemas complexos representa um incremento nas habilidades humanas, por outro, surgem novas ameaças e violações aos direitos fundamentais como é o caso da discriminação algorítmica.

-
- 1 Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior (2014-2019) e Coordenadora do Comitê de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (2022-2024). Coordenadora científica e representante brasileira do grupo de especialistas do “Programa Estado de Derecho para Latinoamérica”, da Fundação Konrad Adenauer, com sede em Bogotá (Colômbia). Membro da Rede ICCAL-Brasil, vinculada ao Instituto Max Planck de Direito Internacional Público e Comparado, de Heidelberg, Alemanha.
 - 2 Mestre e Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, coordenado pela Professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1933600559383294>. E-mail: dscrestane@gmail.com.

Pode-se afirmar que a discriminação algorítmica é a negativa a determinados direitos, bens e serviço a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, derivado de uma decisão automática proferida por um algoritmo programado por técnicas de inteligência artificial ou não, sendo que, nos primeiros, sua ocorrência é mais comum. A discriminação algorítmica é uma ameaça direta aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito fundamental à igualdade. A partir do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, todos estes direitos estão dotados de uma dupla dimensionalidade que, muitas vezes, demanda do Estado além de uma postura negativa, uma postura positiva que garanta o livre exercício de direitos, inclusive nas relações eminentemente particulares.

Em caso de ausências legislativas sobre o efetivo conteúdo dos direitos fundamentais, é do Poder Judiciário a competência de estabelecer *standards* mínimos sobre direitos que, em caso de inobservância, poderão resultar em violações de direitos fundamentais. Neste contexto, questiona-se: Quais são os *standards* mínimos sobre o direito à igualdade, estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, aplicáveis em face da discriminação algorítmica com fundamento em uma noção de dever de proteção estatal? A resposta para o questionamento proposto será desenvolvida por meio do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento analítico e da técnica de pesquisa bibliográfica, onde será analisada a doutrina nacional e internacional sobre a temática, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Objetiva-se, primeiramente, contextualizar o desenvolvimento tecnológico e a discriminação algorítmica como um novo desafio à proteção dos direitos fundamentais; em um segundo momento, serão estabelecidos os aportes teóricos necessários sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de um dos seus desdobramentos mais importantes, consistente na teoria de um dever de proteção estatal; por fim, serão analisados os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o direito fundamental à igualdade, a fim de extrair *standards* aplicáveis em face da discriminação algorítmica.

2 O desenvolvimento tecnológico e os novos desafios à proteção dos direitos fundamentais: considerações introdutórias sobre a discriminação algorítmica

A vida humana na sociedade da informação tem como uma de suas principais características a constante interação entre as pessoas e algoritmos intermediada pelos mais diversos dispositivos informáticos. Conforme os algoritmos foram sendo desenvolvidos, tornam os dispositivos que funcionalizam mais potentes e, até mesmo, mais inteligentes. Aparelhos celulares, computadores e televisores têm acrescidos na sua nomenclatura o prefixo “*smart*”, criando, portanto, os *smartphones*, os *smartbooks* e as *smartTvs*. Conceitualmente, “um algoritmo é uma sequência de instruções que diz a um computador o que deve fazer” (DOMINGOS, 2017, p. 25). Todavia, para que se tornem executáveis, devem ser escritos em uma das linguagens compreensíveis pela máquina de uma forma lógica e não ambígua o suficiente (HOFFMANN-RIEM, 2022, p. 12).

O início do processo de programação é marcado por duas etapas principais: a escrita do código e a depuração. Assim sendo, o primeiro desafio humano na criação de um algoritmo consiste no domínio de uma das linguagens compreensíveis pela máquina, pois será nela que o código deverá ser escrito. Escrito o código, o próximo passo é depurá-lo. O processo de depuração consiste na busca automatizada de erros que inviabilizam a execução algorítmica. Os erros apontados por este processo, entretanto, restringem-se aqueles de natureza lógica, deixando descoberta a análise acerca de eventuais vieses e variâncias porventura programadas no algoritmo (DOMINGOS, 2017, p. 28). De acordo com O’neil (2016, n.p.) denomina-se “enviesado” um algoritmo que possua vieses, ao passo que “variante” é a denominação atribuída aos algoritmos que apresentam resultados variáveis. A diferença prática entre ambos consiste no fato de que o primeiro apresentará sempre o mesmo resultado, equivocado, enviesado, mas sempre igual. O algoritmo variante, de forma contrária, apresentará resultados diversos cada vez que for ativado. Todos os algoritmos funcionam por meio de *inputs* e os *outputs*. Os dados são coletados pelo computador; o processamento é feito por meio dos algoritmos e; o resultado é devolvido ao usuário. Algoritmos programados por meio desta abordagem são denominados “simples”. Além desses, existem outros, mais complexos que podem ser denominados de “inteligentes” (DOMINGOS, 2017, p. 31).

Programados por meio de técnicas de inteligência artificial, os algoritmos inteligentes possuem a capacidade de autoprogramação. Isso

porque ao contrário dos algoritmos simples, os inteligentes não têm preestabelecidos pelo programador humano o caminho de processamento a ser percorrido entre os dados e o resultado. Ou seja, nos algoritmos inteligentes o programador apenas faz o *input* dos dados iniciais, e estabelece o resultado a ser atingido, outorgando para a máquina a liberdade para criar esse caminho. Essa opção é feita em razão da capacidade que os algoritmos apresentam de detectar aspectos da realidade que os seres humanos não conseguem identificar, o que possibilita que os algoritmos inteligentes atinjam níveis de desempenho sobre humanos. Ao atingir esse nível, sobretudo por meio da incorporação de mecanismos incompreensíveis à inteligência humana, o algoritmo assume um papel de sobrecamada do cotidiano da vida humana, implicando, por um lado, no aumento da capacidade, e por outro, conformando as ações humanas. Em outras palavras, o ser humano se torna capaz de resolver problemas impossíveis outrora, mas, deixa de questionar as formas dessa resolução. (KISSINGER; SCHMIDT; HUTTENLOCHER, 2022, p. 24).

Nesse contexto, “as perspectivas de uma sociedade livre, e até do livre-arbítrio, podem vir a mudar” (KISSINGER; SCHMIDT; HUTTENLOCHER, 2022, p. 31). Um dos fatores determinantes para os avanços experimentados pela inteligência artificial diz respeito ao desenvolvimento do *big data*, que pode ser compreendido como sendo o “manejo de la infraestructura tecnológica y su gestión del conocimiento, específicamente en la recolección y el tratamiento de la información a través de los análisis de grandes cúmulos de macrodatos” (CARVAJAL, 2020, p. 156), podendo ser utilizado para controlar comportamentos individuais e coletivos, para registrar tendências de desenvolvimento, bem como para gerar novas formas de produção de bens e serviços. Além dos usos positivos, verifica-se também a existência de usos negativos do *big data*, como é o caso do cibercrime (HOFFMANN-RIEM, 2022, p. 2-3). As pessoas produzem, diariamente, grandes quantidades de dados com potencial de gerar valor para entidades públicas e privadas, uma vez que permitem controlar as interações digitais por meio de preferências em compras e em motores de busca, bem como com a utilização de aparelhos inteligentes conectados à internet que captam sons, textos e imagens em tempo real, a fim de mapear as preferências individuais. Estes dispositivos formam a chamada “internet das coisas” (*internet of things – IoT*), entendida como a “interconexión de los objetos cotidianos que están dotados de una inteligencia ubicua, generalmente por medio de la red” (CARVAJAL, 2020, p. 164).

A má utilização de ferramentas de *big data* não afeta apenas o direito à privacidade das pessoas, existem outros direitos que podem ser violados pelo manejo irresponsável das informações, como é o caso dos direitos à liberdade de expressão e à igualdade. Isso porque o mau uso das técnicas de análise de grandes montantes de dados pode facilmente gerar discriminação de pessoas, com base em suas crenças, religiões, opções sexuais, entre outros (CARVAJAL, 2020, p. 159). Outrossim, muitos destes dados são gerados a partir do uso e da realização de atividades que não têm nenhuma relação direta com estes temas, intensificando a suscetibilidade das pessoas que, muitas vezes, sequer têm ciência da coleta dos seus aspectos sensíveis.

Em princípio, os computadores desconhecem o conceito de raça, sexo, religião ou orientação sexual, circunstância que pode levar à conclusão equivocada de que os sistemas automatizados são capazes de estabelecer decisões menos preconceituosas do que os seres humanos. Sendo assim, o que pode transformar em discriminador um algoritmo inteligente? De acordo com Tischbirek (2020, p. 104), o fenômeno da discriminação algorítmica pode derivar de três tipos diferentes de insuficiência: a) insuficiência na coleta de dados; b) insuficiência no tratamento de dados e; c) insensibilidade normativa. Tanto os programadores quanto os usuários de IA podem se utilizar, deliberadamente ou não, destas insuficiências a fim de discriminar.

Para o autor, a forma mais comum de discriminação algorítmica decorre da insuficiência de dados na fase de treinamento da inteligência artificial. Se, durante esta fase, forem inseridos dados enviesados no algoritmo, os resultados por ele apresentados também serão enviesados. Dados enviesados podem derivar de qualquer super ou sub-representação de determinados grupos. Por exemplo, se a polícia, habitualmente, concentrar suas patrulhas mais em um determinado bairro onde residem pessoas pretas, em detrimento dos bairros onde residem pessoas brancas, a estatística da criminalidade será maior entre as pessoas pretas, não por sua característica individualizante, mas sim pelo agir policial, que está mais presente neste bairro. Em caso de *input* destes dados em um algoritmo de inteligência artificial programado para a análise preditiva de crimes, a conclusão estaria contaminada pelo viés de super-representação, tornando bairros habitados por pessoas negras mais propensos a atividades criminais (TISCHBIREK, 2020, p. 105).

Disto resultaria um *feedback* de discriminação infinita, uma vez que, em razão da patrulha maior em um determinado bairro, um algoritmo inteligente criou um viés que tornou este bairro mais perigoso, orientando

os policiais a, cada vez mais, realizarem patrulhas neste mesmo bairro, tornando as taxas de criminalidade cada vez mais elevadas (TISCHBIREK, 2020, p. 105).

Se a polícia, agora, direcionar suas operações para os bairros com as pontuações de risco mais altas, e reproduzir os dados dessas operações de volta no sistema, isso pode resultar em um ciclo de feedback altamente problemático. As distorções estatísticas iniciais tornam-se cada vez maiores, pois as patrulhas são cada vez mais direcionadas para certas partes da cidade, onde detectam mais crimes, o que aumentará novamente a pontuação de risco do bairro. (TISCHBIREK, 2020, p. 105, tradução nossa).³

A segunda forma de discriminação algorítmica consiste no tratamento insuficiente de dados. Nesta modalidade, os dados oferecidos ao algoritmo inteligente são suficientes, consistentes e representativos, entretanto são tratados de forma equivocada. Os vieses, portanto, são inseridos em outras etapas do processo, como durante a rotulação dos dados, que pode ser feita de forma automática ou manual; neste último caso, é na rotulação que eventuais vieses humanos discriminadores podem ser inseridos na inteligência artificial (TISCHBIREK, 2020, p. 106). Verifica-se que os vieses algorítmicos existem não apenas nos dados, mas também na definição do problema a ser resolvido pela inteligência artificial bem como na definição da forma do tratamento destes dados (HAO, 2019, online).

A última forma de discriminação algorítmica corresponde à insensibilidade normativa. Algoritmos preditivos são baseados em estatísticas produzidas a partir de dados. Ou seja, um olhar para o futuro, a partir do conhecimento passado. O direito, por outro lado, é produzido de forma contrafactual, ou seja, depende da ocorrência de eventuais falhas para sua reformulação (TISCHBIREK, 2020, p. 107). Neste sentido, a criação de leis ou de outras medidas regulatórias deve ser feita de forma pontual pela autoridade pública, a fim de resolver problemas verificados em determinados casos. *Standards* apropriados devem ser estabelecidos, a fim de alcançar o que é pretendido, o que inclui a concretização de valores constitucionais fundamentais, a proteção do livre desenvolvimento

3 No original: If police now gears its operations towards neighborhoods with the highest computed risk scores and plays data from these operations back into the system, this may result in a highly problematic feedback loop. The initial statistical distortions become bigger and bigger, for patrols are increasingly directed into certain parts of town, where they detect more crime, which will again push the neighborhood's risk score.

econômico, cultural, político e a prevenção da manipulação de dados com fins discriminatórios (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 6):

O Estado tem a capacidade, assim como a obrigação, de criar estruturas adequadas, fornecer orientação normativa para a conduta e, se necessário, estabelecer limites. Como as mudanças estão acontecendo tão rapidamente, os desenvolvimentos devem, além disso, ser monitorados continuamente e ações devem ser tomadas quando eles derem errado (HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 8-9, tradução nossa).⁴

Considerando a ameaça ao direito fundamental à igualdade decorrente da discriminação algorítmica, bem como a necessidade de estudar abordagens diferenciadas das ciências jurídicas para o enfrentamento deste problema, o próximo capítulo terá por objetivo estabelecer os aportes teóricos de um dever de proteção estatal, enquanto desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

3 Aportes teóricos sobre um dever de proteção estatal enquanto desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Considerado um dos desdobramentos mais importantes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a ideia de um dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) surge na doutrina e jurisprudência alemãs, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, em decorrência do reconhecimento de uma dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais fundada na noção de que, ao lado de uma dimensão subjetiva, há uma dimensão objetiva, que demanda tanto do Estado, quanto dos particulares o respeito aos direitos fundamentais nas relações públicas, ou privadas, gerando uma compreensão de eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*) e de uma vinculação horizontal dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*). (LEAL; MAAS, 2020, p. 49).

Tem-se no julgamento do caso *Lüth* um marco jurisprudencial importante na formação da ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Contextualizando, o Tribunal Federal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) analisou o alcance do direito fundamental à liberdade expressão, sobretudo se nele estaria contido a possibilidade de

4 No original: The state has the ability, as well as the obligation, to create suitable structures, provide normative orientation for conduct, and, if necessary, set boundaries. Because change is happening so quickly, developments must furthermore be continuously monitored, and action must be taken when they go awry.

incitação do boicote de um filme produzido por um diretor de cinema conhecido por seus ideais antissemitas. O boicote público foi promovido por *Erich Lüth*, Diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, em 1950, em face do filme “*Unsterbliche Geliebte*” (“amada imortal”), produzido por *Veit Harlan*, destacado diretor do cinema nazista em razão do filme *Jud Süß*. (LEAL, 2007, p. 65).

O fato foi analisado, primeiramente, pelo Tribunal de Justiça Civil Ordinária de Hamburgo que, baseado no Código Civil Alemão, determinou que *Lüth* abstinhasse-se de incitar o referido boicote. Em face da decisão, *Lüth* ingressou perante o Tribunal Constitucional Alemão que, ao analisar o feito através das normas constitucionais, sustentou que o direito à incitação de um boicote estava protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão que deveria ser tutelada inclusive nas relações eminentemente particulares. Nesta decisão o *Bundesverfassungsgericht* sustentou, ainda, que os direitos fundamentais não são apenas direitos de defesa das pessoas em face do Estado (*Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat*), pelo contrário, eles também formam uma ordem objetiva de valores (*Wertordnung oder Wertsystem*) que deve orientar todos os ramos do direito, impedindo, inclusive, na impossibilidade de manter regras contrárias aos direitos fundamentais. (LEAL, 2007, p. 65).

De acordo com Alexy (2015, p. 521-522), as normas que instituem direitos fundamentais gozam de uma dupla fundamentabilidade no sistema jurídico. A primeira consiste em uma fundamentalidade formal que resulta na vinculação direta dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo aos direitos fundamentais, ao passo que a segunda diz respeito a uma fundamentalidade substancial que implica na correspondência dos direitos fundamentais aos processos de tomada de decisão acerca da estrutura normativa básica do Estado. Logo, quanto mais conteúdo - ou substância - for atribuído aos direitos fundamentais, menor será a delegação ao legislador sobre a temática.

Isso porque as decisões tomadas acerca do conteúdo dos direitos fundamentais permeiam todos os âmbitos do direito, ou seja, ao resolver um problema que envolva direitos fundamentais, a forma de resolução utilizada será transportada para todos os ramos das ciências jurídicas, uma vez que se trata de uma questão fundamental. Estabelecem-se, assim *standards* fundamentais sobre direitos que fundamentam todo o ordenamento jurídico (ALEXY, 2015, p. 523). A ideia de que todos os direitos fundamentais têm um conteúdo jurídico que projeta seus efeitos sobre o ordenamento jurídico, tanto nas relações públicas quanto nas

relações privadas fez com que as Constituições Federais, de um modo geral, passassem a trazer extensos catálogos de direitos fundamentais no início do seu texto, de forma a facilitar os operadores do direito na interpretação das demais normas constitucionais, bem como das normas infraconstitucionais (LEAL; MAAS, 2020, p. 53-56).

Logo, a ordem jurídica de valores formada a partir do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui um princípio do direito, que deve por todos ser observado: trata-se de uma hipertrofia dos direitos fundamentais (*Hypertropie der Grundrechte*). Fala-se em hipertrofia porque, de fato, a construção de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais se dá em dois âmbitos: o primeiro diz respeito ao reconhecimento do conjunto de direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, que irradia efeitos para todas as áreas do direito; o segundo, por sua vez, refere-se ao reconhecimento de que cada direito fundamental, individualmente, se torna um sistema que estabelece *standards* de observância obrigatória pelo Estado e pela sociedade, implicando que toda e qualquer pessoa paute seu agir com base nesses direitos (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 239).

Uma vez que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais independe da subjetiva, não é possível afirmar um espelhamento entre elas. O que há, de fato, é uma primazia lógico-jurídica da dimensão objetiva sobre a subjetiva, de forma que, a existência de uma dimensão subjetiva pressupõe uma objetiva, mas a recíproca não é verdadeira, sendo possível identificar-se a existência autônoma da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: “O direito subjectivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativamente exigido ao Estado” (NOVAIS, 2003, p. 71). Em outras palavras, todo direito subjetivo corresponde a um dever objetivo estatal. Isso porque a simples existência de um direito subjetivo opõe-se ao Estado gerando, consequentemente, a dimensão objetiva.

As duas dimensões diferem-se, ainda, no dever de justificação estatal demandado pela dimensão objetiva, dever esse inexistente na subjetiva, já que os cidadãos não necessitam justificar sua atuação (LEAL; MAAS, 2020, p. 61-62). Conforme referido, a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais forma um catálogo de valores objetivos que exercem diferentes funções no ordenamento jurídico, transcendendo a subjetividade e associando-se à noção de exercício dos direitos fundamentais por seus titulares. Disto resulta a indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. De acordo com Sarlet (2018, p. 150), caracteriza-

se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como uma mais-valia jurídica, reforçando a juridicidade das normas de direitos fundamentais.

Destaque-se, portanto, que o aspecto axiológico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a sua aceção de mais-valia jurídica distinguem-se na medida em que o primeiro diz respeito a formação de uma ordem de valores fundamentais objetivos e o segundo refere-se aos efeitos autônomos de cada direito que decorrem para além da dimensão subjetiva. O aspecto axiológico decorre da análise conjunta dos direitos fundamentais, a partir da qual é formado um catálogo de valores que direcionam e dão as bases para o ordenamento jurídico como um todo, ao passo que a concepção de mais-valia jurídica consiste nos efeitos autônomos decorrentes dos direitos fundamentais analisados separadamente, por exemplo, o direito fundamental à privacidade possui uma faceta objetiva e uma subjetiva, sendo aquela considerada sua mais-valia jurídica (SARLET, 2018, p. 150).

Sob a perspectiva de mais-valia jurídica, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é dividida em eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), eficácia horizontal (*Drittwirkung*), garantias institucionais, deveres de proteção estatal (*Schutzpflichten*) e parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento. A eficácia de irradiação e a eficácia contra terceiros podem ser consideradas duas faces da mesma moeda, uma vez que, enquanto desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, geral o dever de interpretação conforme à Constituição de forma vertical e horizontal, respectivamente. Vertical porque o objetivo da eficácia de irradiação é vincular as demais regras e atos normativos ao texto constitucional, ao passo que a eficácia contra terceiros atua de forma horizontal, pois pretende regular as relações entre as pessoas exercidas no âmbito privado (LEAL; MAAS, 2020, p. 70).

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sempre resultará uma orientação substancial sobre o sentido dos deveres estatais, de forma a garantir um padrão mínimo que, caso não atendido, será considerado uma violação aos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 77):

Considera-se, com isso, que o Estado está obrigado, nomeadamente através da mediação do legislador ordinário, mas também, em caso de omissão deste, através da actuação autónoma do poder judicial e da Administração, a uma actuação normativa, judicial ou fática tendente a garantir os bens e as actividades protegidas de direitos fundamentais também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (NOVAIS, 2003, p. 88).

Talvez o mais importante dos desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais seja, justamente, o “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), que consiste na existência de um dever de proteção, a ser exercido pelo Estado, em relação aos direitos fundamentais, de modo que cabe a ele a sua proteção. Este dever estatal não deve ser exercido de uma forma indiscriminada, pelo contrário, ele deve observar tanto a insuficiência quanto a excessividade. Surgem, assim, os conceitos de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e de “proibição de excesso” na restrição ou limitação (*Übermaßverbot*), compreendidas como parâmetros de efetividade dos direitos fundamentais, por meio do sopesamento realizado à luz da proporcionalidade (LEAL; MAAS, 2020, p. 50).

O dever de proteção estatal, da mesma forma que os demais desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não se restringe às relações privadas. O reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais amplia a proteção decorrente pela dimensão subjetiva que, desde o paradigma do Estado Liberal, demandava a abstenção estatal em prestígio à liberdade individual. No catálogo de direitos fundamentais verifica-se a presença de direitos positivos e negativos, assim entendidos, respectivamente, como aqueles que exigem uma prestação positiva estatal e aqueles que exigem uma abstenção. É equivocada, entretanto, a afirmação que vincula a dimensão objetiva dos direitos fundamentais aos direitos positivos e, a dimensão subjetiva, aos direitos negativos. Todos os direitos fundamentais são dotados dessa dupla dimensionalidade, ora demandando proteção por meio de prestações, ora por meio de abstenções (LEAL; MAAS, 2020, p. 50-51).

A partir da conceção de um “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht des Staates*), o Estado abandona a condição de violador, enquanto destinatário, e passa a ocupar também a posição de protetor dos direitos fundamentais. Enquanto desdobramento da dimensão objetiva, o marco histórico jurisprudencial relevante na construção da ideia de um dever de proteção estatal é a segunda decisão sobre o aborto proferida pelo *Bundeferfassungsgericht*. A primeira vez que a Corte Constitucional Alemã decidiu sobre o aborto foi em 1974. Naquele momento, haviam sido questionados os artigos 2 II 1 e 1 I 2 da Lei Fundamental Alemã, que tinham por objetivo proibir a prática do aborto. Em resposta, o Tribunal sustentou que é dever do Estado proteger a vida garantir a dignidade de todas as pessoas, inclusive do feto e do nascituro, ainda que em face de sua própria genitora. Em 1993, a discussão sobre o aborto novamente chegou

ao *Bundesverfassungsgericht*. Nesta ocasião, o Tribunal permitiu a prática do aborto com o fundamento de uma “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*), assentando que, apesar dessa autorização de interrupção da gestação, ao Estado cabe a adoção de medidas suficientes para proteger o direito do feto (LEAL; MAAS, 2020, p. 75-77).

Prestigiou-se, assim, a atividade do Poder Legislativo, uma vez que surgiu para este a tarefa primeira de proteger os direitos fundamentais, seja por meio da edição de novas legislações, seja por meio da análise da efetividade das legislações existentes. Considerando-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais opera nas relações existentes entre o Estado e os indivíduos, bem como nas relações entre os particulares, tem-se que o dever de proteção estatal deve ser interpretado nestes dois aspectos, de modo que há um dever de proteção do Estado em suas relações com os cidadãos, e outro nas relações privadas (LEAL; MAAS, 2020, p. 80).

Verifica-se que o dever de proteção estatal opera em face do Estado e dos particulares. Trata-se de um duplo dever estatal (*doppelte Schutzpflicht des Staates*) de forma que, além de abster-se de intervir na liberdade dos cidadãos, o Estado deve protegê-los, garantindo-lhes os direitos fundamentais. Enquanto os direitos de defesa geram liberdades individuais oponíveis ao Estado, que deve se abster de intervenções, do dever de proteção estatal decorre a necessidade de um agir positivo no sentido de garantir a segurança de exercício dos direitos fundamentais (LEAL; MAAS, 2020, p. 83).

Pode-se classificar, ainda, o dever de proteção estatal em: dever de proibição (*Verbotspflicht*); dever de segurança (*Sicherheitspflicht*) e dever de evitar riscos (*Risikopflicht*). Consiste o dever de proibição na possibilidade de proibir determinados comportamentos em prestígio à proteção dos direitos fundamentais. O dever de segurança, por sua vez, diz respeito a proteção devida pelo Estado contra eventuais violações de direitos fundamentais advindas de terceiros. Por fim, o dever de evitar riscos - que bem se relaciona com a temática desta pesquisa - diz respeito à proteção dos cidadãos contra os riscos decorrentes do desenvolvimento técnico e tecnológico (LEAL; MAAS, 2020, p. 84).

O dever de proteção consiste em uma obrigação abrangente que o Estado possui de conformar sua ordem jurídica de uma forma que os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades encontrem sua efetivação (NOVAIS, 2003, p. 89). Desta forma, o dever de proteção vincula os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que passam a ter

o dever de trabalhar em prol da efetivação dos direitos fundamentais. Ao Poder Legislativo, conforme referido, deve determinar os deveres estatais a serem perseguidos, bem como atuar preventivamente às violações, por meio da legislação. Já ao Poder Executivo cabe tornar concreta a proteção abstrata proposta pelo Legislador. Ao Poder Judiciário, por fim, é atribuída a tarefa de controlar a atuação estatal, inclusive das atividades realizadas pelos outros Poderes (LEAL; MAAS, 2020, p. 86).

A problemática surge na efetivação dos deveres de proteção: Como tornar prática a teoria até então apresentada? Pode-se sustentar que o dever de proteção estatal é concretizado por meio da organização de processos e procedimentos. Isso porque as leis deixam déficits de proteção aos direitos fundamentais que precisam ser supridos por meio de processos que podem ser administrativos, judiciais e extrajudiciais (LEAL; MAAS, 2020, p. 90). A primeira coisa a se fazer é verificar se um direito fundamental decorre um imperativo de proteção contra ofensas particulares e, em caso de resposta afirmativa, verificar como ocorrerá esta proteção. Contrariamente a uma proibição de intervenção, um imperativo de tutela demanda uma fundamentação específica. Entretanto, quais são os pressupostos para o reconhecimento de um imperativo de tutela? O primeiro deles é a aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental, uma vez que a existência de um imperativo de tutela demanda a comprovação da aplicabilidade da hipótese normativa do direito fundamental (CANARIS, 2009, p. 101-105).

Com uma resposta positiva à questão da aplicabilidade normativa de um direito fundamental, é possível verificar o segundo pressuposto: a necessidade de proteção e seus indicadores, quais sejam, a ilicitude, a colocação em perigo e a dependência. A necessidade de proteção surge a partir dos fundamentos fáticos assegurados pelo direito fundamental, e não da sua dimensão jurídica. Na dimensão jurídica de um direito fundamental apenas o Estado poderá intervir, por meio de seus atos de poder, como no caso da edição de uma lei, por exemplo. A função de imperativo de tutela tem como objetivo principal, nas relações entre particulares, a proteção dos bens jurídicos fundamentais em face de intervenções fáticas promovidas por outros sujeitos de direito privado, assegurando a efetiva capacidade funcional (CANARIS, 2009, p. 107).

É mais fácil visualizar a necessidade de proteção quando as intervenções promovidas por outros sujeitos de direito privado são ilícitas, mas esse não é um ponto imprescindível do reconhecimento do imperativo

de tutela (CANARIS, 2009, p. 109). Mesma sorte alcança as ameaças a bens protegidos por direitos fundamentais, de forma que

A ordem jurídica tem de facultar instrumentos tais que, vistos na sua globalidade e para situações de perigo típicas, garantam uma proteção eficiente dos bens jurídico-fundamentais, sem que, concomitantemente, a criação de cada fonte de perigo individual deva ser tratada jurídico constitucionalmente sob o ponto de vista da proibição de insuficiência (CANARIS, 2009, p. 110).

Os direitos fundamentais devem ser protegidos contra situações de perigo nas relações particulares, inclusive com a edição de normas de responsabilidade civil (CANARIS, 2009, 110). O dever de proteção de direitos fundamentais não se fundamenta, exclusivamente, nos critérios da ofensa ilícita, do perigo e da dependência, mas também nos critérios de natureza e hierarquia do bem jurídico constitucionalmente protegido. Ainda que não seja possível afirmar que a resolução da problemática dá-se mediante uma determinada ordem hierárquica de valores rígida, a relação hierárquica deve ser analisada, primeiramente, de uma forma abstrata e, após, de uma forma concreta, assim entendida como aquela que considera o peso dos bens e interesses envolvidos em um determinado caso concreto (CANARIS, 2009, p. 112). Quanto mais elevado for o grau de um determinado bem, maior será o dever de proteção a ele voltado (CANARIS, 2009, p. 113).

Outros dois critérios essenciais são o peso da intervenção e a intensidade da ameaça. Pode-se afirmar que maior será o dever de proteção quanto maior for a ameaça ou quanto maior for o grau de intervenção em direitos fundamentais (CANARIS, 2009, p. 114). Até aqui se discutiu a questão de “se” existe um dever de proteção, resta discutir o “como”. Primeiramente, o imperativo de tutela necessita de complementação pelo direito ordinário, uma vez que é este, e não o direito constitucional, que deve disponibilizar as ferramentas de proteção aos direitos fundamentais. Essas ferramentas podem ser de direito penal, administrativo, tributário e até mesmo de direito privado. Por outro lado, o direito infraconstitucional pode ser visto, também, como forma de realizar os direitos fundamentais e o seu imperativo de tutela (CANARIS, 2009, p. 115-116).

O legislador, na sua tarefa de realizador dos direitos fundamentais, dispõe de uma liberdade de conformação entre a “proibição de excesso” e a “proibição de insuficiência”; esta última demanda que o direito infraconstitucional ofereça, em seu conjunto, uma proteção eficiente, dentre as diversas possibilidades existentes (“margem de conformação” ou

Spielraum). A “proibição de excesso”, por sua vez, não limita o legislador na escolha dos objetivos e fins perseguidos, sendo rechaçados, apenas, aqueles que contrariem o texto constitucional, por implicarem em uma intervenção exagerada nos direitos fundamentais. O legislador não dispõe de liberdade para realizar qualquer finalidade de forma arbitrária, entretanto, esta não depende de imposição expressa na Constituição, de forma que o legislador pode determinar, para si, um objetivo de maior proteção de um determinado direito, como à maternidade, por exemplo (CANARIS, 2009, p. 119-121).

Os Tribunais Constitucionais, por sua vez, têm o dever de realizar os imperativos de tutela dos direitos fundamentais por meio da interpretação e da integração do direito. Contudo, sua competência não pode ultrapassar a do legislador, motivo pelo qual é relevante ter-se em consideração se sobre este recai ou não um dever de proteção. A realização do imperativo de tutela torna-se possível pela via do direito ordinário, que, por sua vez, é determinada pelo texto constitucional, havendo, em favor do legislador, um amplo espaço de conformação (CANARIS, 2009, p. 66). Apresentados os aportes teóricos necessários sobre um dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*), passa-se a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em busca de *standards* construídos sobre o direito à igualdade aplicáveis em face da discriminação algorítmica.

4 Standards protetivos do direito fundamental à igualdade fixados pelo supremo tribunal federal aplicáveis em face da discriminação algorítmica

Continuando o enfrentamento dos objetivos propostos, resta verificar os *standards* mínimos sobre o direito à igualdade estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, foram analisadas todas as decisões colegiadas do Tribunal brasileiro, a partir do ano de 2000, em que foram estabelecidos *standards* sobre o direito à igualdade que podem ser aplicados em face da discriminação algorítmica.

No ano de 2012, o Partido Democratas propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.330, a fim de discutir determinados artigos da Medida Provisória (MP) nº 213/2004, que instituiu o “Programa Universidade para Todos”. Um dos argumentos sustentados foi o de violação ao princípio da igualdade, gerada pelo art. 2º da MP⁵. O relator, Ministro

5 MP 213/2004: Art. 2º A bolsa será destinada:

Ayres Britto, rebateu o argumento, sustentando a imprescindibilidade das ações afirmativas no combate à desigualdade (BRASIL, 2012, p. 5-15):

28. O substantivo ‘igualdade’, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. (BRASIL, 2012, p. 24).

Portanto, pode-se afirmar que o STF estabeleceu, ainda em 2012, um standard de dever estatal de combate aos fatores reais de desigualdade. Combate que se demonstra imprescindível para a concretização do direito à igualdade. As desigualdades culturais, políticas, econômicas e sociais são características das relações humanas desde o seu início (BRASIL, 2012, p. 25). Este é um dos motivos que fez com que o poder constituinte originário elevasse a erradicação da pobreza, bem como a redução de desigualdades, ao status de objetivo fundamental republicano (BRASIL, 1988).

Isso implica com que o direito legislado precise, eventualmente, conceder vantagens a determinados grupos, como forma de compensar as desvantagens factuais historicamente suportadas, o que não implica em violação ao princípio da igualdade. “É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social” (BRASIL, 2012, p. 27). O Estado não pode se omitir diante de situações de prolongada discórdia, profundo desentendimento, bem como de submissão de determinados segmentos humanos. Caso verifique-se a existência de fatores de desequilíbrio social, o Estado deve agir em busca de sua erradicação, o que dialoga com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*).

I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

II - a estudante portador de necessidades especiais, nos termos da lei;

III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se refere os §§ 1º e 2º do art. 1º.

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou sequencial (sic) de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo do Ministério da Educação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) não especifica quais os fatores de diferenciação compensatória que o Estado pode estabelecer. Não há um apontamento acerca de dados de diferenciação de que a lei, ou os Tribunais, podem fazer uso. Contrariamente, refere apenas àqueles que têm a utilização vetada, como é o caso do sexo, da origem, da raça, da cor, da idade, entre outros. Portanto, essa tarefa fica sob a responsabilidade da lei formal ou, na omissão desta, dos Tribunais, quando demandados nesse sentido (BRASIL, 2012, p. 29). Ainda que tenham decorrido dez anos do estabelecimento do standard de combate aos fatores reais de desigualdade, verifica-se a sua atualidade em face da discriminação algorítmica. De fato, são as condições reais de desigualdade que resultam preconceitos nas pessoas e que são inseridos, pelo programador ou pelo usuário, no algoritmo inteligente.

O segundo julgamento analisado foi o da ADI nº 4.275, na qual o Supremo Tribunal Federal, em 2018, reconheceu o direito de alteração do prenome e do sexo no registro civil da pessoa transgênero, com fundamento no direito à igualdade, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. A discussão estabelecida foi sobre a imprescindibilidade da realização de cirurgia de transgenitalização para modificar o prenome e o gênero no registro civil brasileiro (BRASIL, 2018, p. 2-10). Em que pese esta decisão tenha sido fundamentada, em sua maior parte, na dignidade da pessoa humana, o voto do Ministro Édson Fachin estabelece que o direito à igualdade, sem discriminações, abrange a identidade e a expressão de gênero das pessoas, o que implica que “a pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental” (BRASIL, 2018, p. 24), tendo-se que

Tais obrigações se justificam na medida em que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ademais, se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição (BRASIL, 2018, p. 38).

A Ministra Rosa Weber, por sua vez afirmou que tanto o Estado quanto a democracia devem assegurar tanto a igualdade entre as pessoas, quanto o exercício da liberdade de manifestação, permitindo, conseqüentemente, um tratamento interpessoal com igual respeito e consideração. Há um dever estatal de tutela ao direito à igualdade, “conquanto encontre seu lugar-comum de realização no plano formal do tratamento igualitário

perante o direito, assim como no substantivo, tem no plano da alteridade e diferenças a exigência de sua força normativa”. Verifica-se que os fatos valorados pelo direito caracterizam-se pelas diferenças entre as pessoas e a igualdade deve incidir como vetor interpretativo no processo de resolução de problemas (BRASIL, 2018, p. 80).

A promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, enquanto objetivo fundamental impresso no art. 3º da CRFB/88, contém uma vedação implícita aos contextos de humilhação e constrangimento, os quais o Estado possui o dever de combater (BRASIL, 2018, p. 83). Ainda que isso tenha sido afirmado em um litígio acerca da transexualidade, é facilmente transportável aos demais cenários de discriminação.

Neste contexto, a autodeterminação da pessoa transexual – e por que não dos demais grupos em situação de vulnerabilidade – deve integrar o patrimônio normativo deste grupo que historicamente busca reconhecimento. Isso implica que, em uma sociedade democrática que prestigia o valor da igualdade, “as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação, sem que possam ser exigidas condicionantes irrazoáveis” (BRASIL, 2018, p. 117). Dessa forma, há um *standard* que estabelece a necessidade de se garantir aos grupos em situação de vulnerabilidade a possibilidade de se auto identificar com os caracteres que os individualizam, como o nome, por exemplo. No contexto algorítmico, onde se busca formar perfis das pessoas para a posterior utilização durante o processo de tomada de decisão, esse *standard* deve ser obedecido, de forma que os dados expressem esse direito de autoidentificação, sendo vedado qualquer tipo de estigma presumido.

O terceiro julgamento analisado foi o da ADI n.º 5.617 que discutiu a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 13.165/2015, cujo objetivo era estipular um piso de 5% e um teto de 15% do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais de candidatas do gênero feminino. Na oportunidade, o STF, reconhecendo a necessidade de ações afirmativas para concretizar a igualdade material, sustentou que a utilização das diferenças estabelecidas para enfrentar a discriminação para qualquer outro fim é discriminatória e, portanto, inconstitucional (BRASIL, 2018b, p. 1). No voto do relator, Ministro Edson Fachin, verifica-se que “a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que elas sejam empoderadas por um ambiente que as permita alcançar igualdade de resultados” (BRASIL, 2018b, p. 10).

É própria do princípio da igualdade a possibilidade de desigualar de forma pontual e com o objetivo de superar uma desigualdade histórica. “O respeito à igualdade não é, contudo, obrigação cuja previsão somente se aplica à esfera pública. Incide, aqui, a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (BRASIL, 2018b, p. 28). É na esfera particular que se verificam as maiores discriminações em desfavor das mulheres, mas não só delas, em desfavor de todos os grupos que, por algum motivo, estão em uma situação de vulnerabilidade. No contexto algorítmico, não faltam exemplos de inteligências artificiais que sexualizaram ou diminuíram as mulheres. Assim sendo, o dever de criar um ambiente que empodere as mulheres, de forma a ser possível o alcance de resultados iguais, pode ser transposto ao contexto algorítmico, de maneira que o ambiente por eles criado deve proporcionar uma igualdade entre homens e mulheres. De fato, uma igualdade entre todas as pessoas.

Nessa perspectiva, “em caso de proteção deficiente dos direitos fundamentais, a liberdade de conformação do legislador é reduzida, incumbindo ao judiciário zelar pela sua efetiva promoção” (BRASIL, 2018b, p. 30). Isso porque não se pode admitir um contexto de violação ou ameaça aos direitos humanos e fundamentais sob o fundamento de inexistência de lei sobre o assunto. O contrário disto implicaria na morte da letra constitucional, que apenas expressaria intenções que não se concretizariam na realidade prática (BRASIL, 2018b, p. 35).

Em 2019, o STF, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26, em razão da injustificável inércia do poder público em legislar acerca das subseqüentes exposições e sujeitos dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas em seus direitos fundamentais, o que implicou, inclusive no reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional” de um contexto generalizado de homofobia e transfobia, enquadrando estas práticas no conceito de racismo previsto na Lei n.º 7.716/89, por meio da técnica de interpretação conforme (BRASIL, 2019, p. 2-3). Verifica-se na decisão que:

Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

As várias dimensões conceituais de racismo. O racismo, que não se resume a aspectos estritamente fenotípicos, constitui manifestação de

poder que, ao buscar justificação na desigualdade, objetiva viabilizar a dominação do grupo majoritário sobre integrantes de grupos vulneráveis (como a comunidade LGBTI+), fazendo instaurar, mediante odiosa (e inaceitável) inferiorização, situação de injusta exclusão de ordem política e de natureza jurídico-social (BRASIL, 2019, p. 6).

Torna-se necessário, portanto, garantir aos integrantes do grupo LGBTI+, bem como aos demais integrantes de grupos em situação de vulnerabilidade, a posse da sua cidadania plena e o integral respeito às escolhas pessoais feitas – seja no âmbito *offline*, seja no âmbito *online*. Devem ser construídos espaços de liberdade compatíveis com o sentido democrático das instituições políticas, jurídicas e sociais. A opinião de uma pessoa não pode ser reduzida pelo simples fato de compor um determinado grupo da sociedade. A omissão estatal em relação aos seus deveres positivos é inconstitucional e pode facilitar lesões aos direitos humanos e fundamentais (BRASIL, 2019, p. 8-9). Oportuno o voto do relator, Ministro Celso de Mello, segundo quem

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em razão de sua identidade de gênero.

Isso significa que também os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBT) têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer medida que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 71).

O STF sustentou que ninguém pode suportar privações de direitos, tampouco sofrer quaisquer restrições por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Verifica-se um dever de igual proteção das leis, e do sistema jurídico na sua integralidade, sendo inaceitável qualquer medida que exclua ou discrimine com base em caracteres vulnerabilizantes. O Estado não pode se omitir diante de comportamentos ou prescrições discriminatórias que excluam grupos, sejam eles minoritários ou não. Aliás, no presente julgamento, foi reconhecida uma omissão seletiva do Poder Legislativo, que estaria permitindo violações aos direitos fundamentais dos membros da comunidade LGBTI+ (BRASIL, 2019, p. 71):

A omissão da União Federal em adotar as medidas necessárias à elaboração de normas destinadas à punição dos atos resultantes de preconceito contra os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes da

comunidade LGBT configuraria claro descumprimento, por omissão seletiva, do comando impositivo de legislar emergente da Constituição da República, pois o Congresso Nacional, longe de atuar como agente concretizador das medidas protetivas de natureza penal exigidas pelo texto constitucional – em ordem a garantir o pleno exercício do direito personalíssimo (e ineliminável) à orientação sexual e à identidade de gênero –, estaria realizando, de modo insuficiente, a prestação estatal determinada pelo ordenamento constitucional (BRASIL, 2019, p. 76).

Existe um direito exigível à legislação que pode ser invocado em sede processual quando for visualizado um dever de proteção imposto pelo texto constitucional em conjunto com uma inércia institucional (BRASIL, 2019, p. 77). Assim como no contexto da criminalização da homofobia e da transfobia, a discriminação algorítmica possui um dever de proteção estatal expresso no art. 5º, inciso XLI, da CRFB/88. Portanto, o standard de vedação às omissões seletivas aplica-se à discriminação algorítmica. Toda vez que práticas preconceituosas e discriminatórias implicam em riscos à igualdade, à dignidade humana ou aos demais valores caros ao Estado Democrático de Direito, este mesmo Estado precisa oferecer uma proteção adequada aos grupos em situação de vulnerabilidade:

Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente (BRASIL, 2019, p. 107).

Verifica-se que o STF sustenta o dever de proteção estatal, enquanto desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como a vedação de proteção insuficiente, enquanto ferramenta de combate a práticas discriminatórias no cenário brasileiro, sendo imposto ao Estado o dever de atuar na defesa dos postulados essenciais da dignidade da pessoa humana e da necessária repressão contra qualquer comportamento que possa gerar ou fomentar desrespeito à alteridade, ofendendo os valores da igualdade e da tolerância, “especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes”. Aceitar qualquer pensamento contrário fragilizaria a proteção dispensada pelo ordenamento jurídico aos grupos de maior vulnerabilidade (BRASIL, 2019, p. 91):

O fato irrecusável, no tema ora em exame, é um só: os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem ser tolerados. Ao contrário, devem ser reprimidos e neutralizados, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade LGBT, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva (BRASIL, 2019, p. 139).

Foi estabelecido um *standard* de necessidade de reprimir e neutralizar atos discriminatórios a partir do acolhimento de novos valores e da consagração de uma nova concepção sobre o direito fundada na necessidade de mudança de paradigmas (BRASIL, 2019, p. 139). De fato, o direito tem-se demonstrado incapaz de acompanhar os movimentos sociais, sobretudo aqueles impulsionados pela velocidade do desenvolvimento tecnológico. O STF, mais uma vez, ratificou esta necessidade de adequação durante o julgamento da ADI nº 5.543, que teve por objetivo declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que impediam, pelo prazo de doze meses, a doação sanguínea realizada por homens que tivessem relações sexuais com outros homens (BRASIL, 2020, p. 6).

Esse caso condenou um processo de tomada de decisão baseado em estereótipos discriminantes. Durante um considerável período, a ANVISA presumiu que um homem, apenas pelo fato de ser homossexual, apresentaria um risco maior à doação de sangue, uma vez que, supostamente, as pessoas que compõem este grupo transmitiriam mais o vírus da AIDS. Talvez esse caso seja o que, de alguma forma, mais se assemelha com o fenômeno da discriminação algorítmica dentre aqueles decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque uma das formas de discriminação algorítmica consiste, justamente, na insuficiência de dados, que faz com que a inteligência artificial estabeleça uma inferência enviesada. O viés presente no impedimento de homens homossexuais doarem sangue é evidente, sendo que a diferença existente entre esta discriminação e aquela praticada pelo algoritmo reside no fato de que a primeira ocorre no mundo analógico, ao passo que esta ocorre no mundo virtual, a partir de uma decisão automatizada. O voto do relator, Ministro Edson Fachin, sustenta

que o estabelecimento, ainda que indireto, de “grupos de risco” precisa ser justificável (BRASIL, 2020, p. 22):

Diante disso, é de se perguntar: o estabelecimento, ainda que indireto, de um grupo de risco a partir da orientação sexual de homens e a submissão dessas pessoas (a incluir aqui suas eventuais parceiras) a medidas restritivas ao ato empático de doar sangue é justificável?

Desde logo adianta entender que não. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores. (BRASIL, 2020, p. 22).

Destaque-se que essa decisão estabeleceu, ainda, a impossibilidade de violar direitos fundamentais de grupos em situação de vulnerabilidade com o objetivo de maximizar interesses da maioria: “não cabe, pois, valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação” (BRASIL, 2020, p. 22-23). Entende-se que esse *standard* é diretamente aplicável à discriminação algorítmica, sobretudo em face do recorrente argumento de prestígio à livre iniciativa e ao livre desenvolvimento tecnológico. O desenvolvimento tecnológico não pode se valer da violação de direitos fundamentais de grupos em situação de vulnerabilidade, devendo ele ocorrer observando os princípios do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o Ministro Fachin, o estabelecimento de restrições de doação de sangue aos homens homossexuais, bem como às eventuais parceiras destes, resulta em uma discriminação apenas com base no gênero da pessoa, e não com base na conduta, a qual seria justificável sob o ponto de vista da saúde pública (BRASIL, 2020, p. 35):

Se a restrição deve se dar em razão das condutas de risco, o gênero da pessoa com quem se pratica tal conduta, ou seja, homens que fazem sexo com outros homens, não deve importar mais do que a conduta em si. A conduta é que deve definir a inaptidão para a doação de sangue, e não a orientação sexual ou o gênero da pessoa com a qual se pratica tal conduta (BRASIL, 2020, p. 36).

Oportuno, aqui, estabelecer, uma vez mais, uma comparação com a discriminação algorítmica. Conforme referido no primeiro tópico desta

pesquisa, um algoritmo de concessão de empréstimos, por exemplo, pode, a partir da conjugação de cor da pele, endereço e taxa de adimplência, negar este serviço a determinadas pessoas, com base em inferências enviesadas. Neste contexto, se o objetivo deste algoritmo hipotético é reduzir a inadimplência contratual, deve ele basear-se em dados exclusivamente financeiros, sem ponderar características pessoais humanas ou, se a opção for feita pela ponderação destas características pela inteligência artificial, deve ela ser programada expressamente para que não discrimine com base nestes dados. Até porque o direito fundamental à igualdade “significa que todas as pessoas possuem a mesma dignidade; possuem, portanto, o mesmo valor moral e, assim, devem ser consideradas iguais em suas capacidades mais elementares” (BRASIL, 2020, p. 36), de modo que

A violação à igualdade, portanto, sobressai evidente. Isso porque ainda que o índice estatístico e epidemiológico coletivo indique que o índice de probabilidade de uma pessoa ter AIDS ser maior se esta for um homem homossexual ou bissexual, não é possível transpor tais dados para o plano subjetivo do doador, sob pena de se estigmatizar, de forma absolutamente ilegítima, um grupo de pessoas (BRASIL, 2020, p. 39).

Este trecho demonstra uma preocupação do STF na elaboração de estatísticas de grupos que, ainda que comprovadas na prática, não podem ser apenas transpostas aos seus integrantes. Voltando-se ao exemplo da discriminação algorítmica, ainda que estatisticamente se demonstre que pessoas de uma determinada cor da pele, ou que aquelas que integram determinada orientação sexual, são piores pagadores, tal estatística não pode ser oposta aos demais componentes do grupo.

Também em 2020, o STF julgou a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 738, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que teve por objeto garantir, ainda nas eleições municipais de 2020, a observância dos incentivos às candidaturas de pessoas negras assentados no julgamento realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), da Consulta n.º 06000306-47.2019.6.00.0000. No TSE, havia ficado decidido que estes incentivos apenas seriam aplicados nas eleições de 2022, entretanto o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) sustentou que a não aplicação, já em 2020, apenas prorrogaria um cenário de subrepresentatividade existente (BRASIL, 2020b, p. 3-4).

Nesta oportunidade, o STF sustentou, mais uma vez, a imprescindibilidade de medidas afirmativas para efetivar o princípio da igualdade. Outrossim, reconheceu o caráter estrutural do racismo no contexto brasileiro. Diante deste caráter estrutural, o mero estabelecimento

de medidas afirmativas não é suficiente para concretizar a igualdade (BRASIL 2020b, p. 6), lendo-se que

Se o racismo no Brasil é estrutural, é necessário atuar sobre o funcionamento das normas e instituições sociais, de modo a impedir que elas reproduzam e aprofundem a desigualdade racial. Um desses campos é a identificação de casos de discriminação indireta, em que normas pretensamente neutras produzem efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a grupos marginalizados, de modo a violar o princípio da igualdade em sua vertente material (BRASIL, 2020b, p. 6).

Logo, a concretização do princípio da igualdade, em sua dimensão material, impõe a adoção, pelo Estado, de políticas universalistas voltadas a abranger um indeterminado número de pessoas, por meio de ações de natureza estrutural, que podem ser de políticas afirmativas, em prestígio a grupos sociais determinados, que, de maneira pontual, lhe atribuam vantagens por um período definido, fomentando a possibilidade de superação da discriminação histórica enfrentada (BRASIL, 2020b, p. 8). Assim,

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (BRASIL, 2020, p. 10).

O STF reconheceu a necessidade de combater problemas estruturais, como a discriminação sofrida por determinados grupos em situação de vulnerabilidade, por medidas, da mesma forma, estruturais, o que deve ser feito a partir de um agir conjunto entre os poderes estatais, legislando, executando e interpretando as leis (BRASIL, 2020b, p. 10). Conforme demonstra-se nessa pesquisa, a discriminação algorítmica tende a reproduzir discriminações estruturais históricas sofridas por grupos vulneráveis e minorias. Assim sendo, à luz do standard estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, deve este aspecto também ser combatido por meio de medidas estruturais:

Até 1988, as constituições brasileiras continham preceitos genéricos no tocante à não discriminação, encerrando as liberdades civis como garantias inalienáveis. A igualdade era meramente formal, ausentes dispositivos que implicassem a efetividade dos princípios. Com o texto atual, verifica-se, já no Preâmbulo, nova mentalidade, no que versado

objetivo da sociedade em construir um Estado Democrático e dotá-lo dos instrumentos necessários a assegurar “o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 2020b, p. 17).

É possível identificar que a proteção à igualdade evoluiu de uma concepção de igualização passiva, negativa, que apenas proibia a discriminação, rumo a outra, mais dinâmica, que visa construir, garantir, erradicar e promover mudanças no status quo (BRASIL, 2020b, p. 17). Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, no voto divergente que apresentou no julgamento em comento, normas meramente proibitivas são insuficientes para derrotar a discriminação, fazendo-se necessárias normas integrativas. “Necessário fomentar a representatividade racial. Implementar providências voltadas aos grupos desfavorecidos, historicamente à margem da sociedade, dando-lhes condições de ombrear com os detentores de poder” (BRASIL, 2020b, p. 23). No contexto da sociedade da informação, os detentores do poder são as empresas, motivo pelo qual as pessoas, usuárias das tecnologias, devem receber as condições necessárias para “ombrear-los”. Esta responsabilidade é do Estado, que deve promover incentivos nesse sentido. Portanto, analisadas as decisões proferidas pelo STF sobre o direito à igualdade pode-se verificar a existência de standards mínimos aplicáveis em face da discriminação algorítmica.

5 Conclusão

O objetivo desta pesquisa consistiu em verificar a existência de *standards* mínimos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao direito fundamental à igualdade aplicáveis ao fenômeno da discriminação algorítmica por meio da noção de um dever de proteção estatal. Para tanto, foram contextualizados o desenvolvimento tecnológico e o surgimento da discriminação algorítmica, como um risco aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à igualdade.

Logo após, foram apresentados os aportes teóricos necessários sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e um dos seus desdobramentos mais importantes: o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*). Verificou-se que tanto a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quanto o seu desdobramento, tem sua criação vinculada à doutrina e à jurisprudência alemãs e implicam em uma mais-valia jurídica dos direitos fundamentais

demandando do Estado além de uma postura negativa, uma postura positiva, que possibilite a concretização dos direitos fundamentais.

Por fim, foram analisados os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de se extraírem *standards* sobre o direito fundamental à igualdade aplicáveis em face da discriminação algorítmica. Da análise pode-se verificar que, de acordo com a jurisprudência do STF existe uma necessidade incessante de combater os fatores reais de desigualdade, pois são eles que migram para todos os âmbitos da vida humana e geram as práticas discriminatórias. Aliás, esses fatores reais de desigualdade também migram para os algoritmos sobre a roupagem de vieses e proporcionam a ocorrência de discriminação algorítmica.

Isso demanda o estabelecimento de ações afirmativas em prol de determinados grupos a fim de igualá-los. Ainda na interpretação do STF, verifica-se que o direito à igualdade abrange a identidade de expressão e o gênero das pessoas, de forma que a pessoa não deve provar ao Estado o que é, tampouco condicionar a expressão da sua identidade em qualquer modelo. Transpondo este *standard* ao contexto de desenvolvimento algorítmico, pode-se afirmar a existência de um *standard* de autoidentificação pessoal com os perfis digitais estabelecidos de cada um.

Por fim, verifica-se que o STF estabeleceu que toda e qualquer oposição de estatísticas, ainda que verdadeiras, sobre determinados grupos em face de seus membros, é discriminatória, de forma que isso pode representar uma ruptura na atual forma de programar algoritmos inteligentes. Assim sendo, pode-se afirmar que, ainda que o STF não tenha enfrentado, especificamente, a discriminação algorítmica, existem *standards* estabelecidos sobre o direito fundamental à igualdade, aplicáveis a esta ameaça aos direitos fundamentais própria da sociedade da informação.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental Rights as Constitutional Principles. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (editors). **Constitutional and Political Theory**. Volume 1. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 de out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330 Distrito Federal**. Rel. Min. Ayres Britto. Julgada em 03 maio 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em 01 mar. 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 Distrito Federal**. Rel. Min. Edson Fachin. Julgada em 11 maio 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617 Distrito Federal**. Rel. Min Edson Fachin. Julgada em 15 mar. 2018. Brasília, 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em 13 jun. 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733 Distrito Federal**. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 13 jun. 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 670.422 Rio Grande do Sul**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 15 ago. 2018. Brasília, 2018c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 738 Distrito Federal**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 05 out. 2020. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239593>. Acesso em 10 de ago. de 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

CARVAJAL, Evelyn Téllez. Análisis documental sobre el tema del big data y su impacto em los derechos humanos. **Revista de La Facultad de Derecho PUCP**, Lima, n.º 84, p. 155-206, jun./nov. 2020.

DOMINGOS, Pedro. **A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo**. Lisboa: Editora Manuscrito, 2017.

HAO, Karen. Cómo se produce el sesgo algorítmico y por qué es tan difícil detenerlo. **MIT Technology Review**, 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.es/s/10924/como-se-produce-el-sesgo-algoritmico-y-por-que-es-tan-dificil-detenerlo>. Acesso em 08 de dez. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. Tradução: Ítalo Fuhrmann. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

KISSINGER, Henry A.; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. **A Era da Inteligência Artificial: e o nosso futuro humano**. Tradução de José Mendonca da Cruz. Alfragide: Editora Dom Quixote, 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática** – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL; Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **“Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

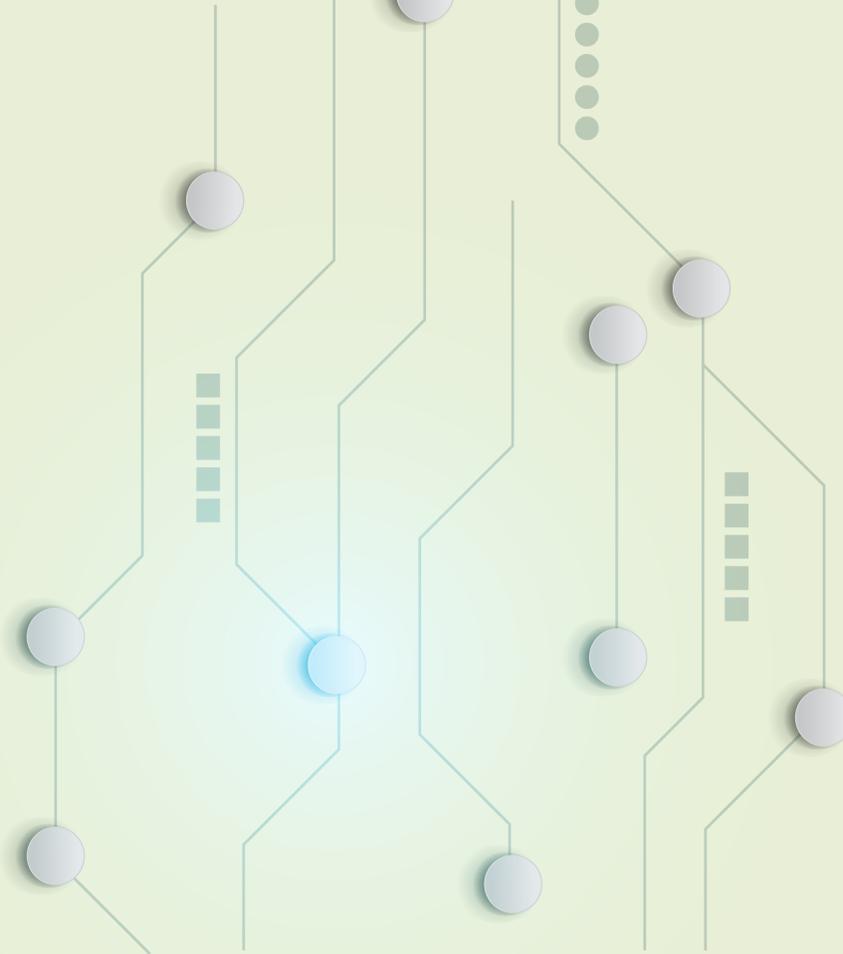
NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não**

expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 515p.

TISCHBIREK, Alexander. Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). **Regulating Artificial Intelligence.** Cham: Springer, 2020, p. 103-122.



Universidade do Minho



UNIVERSIDADE
DA CORUÑA

