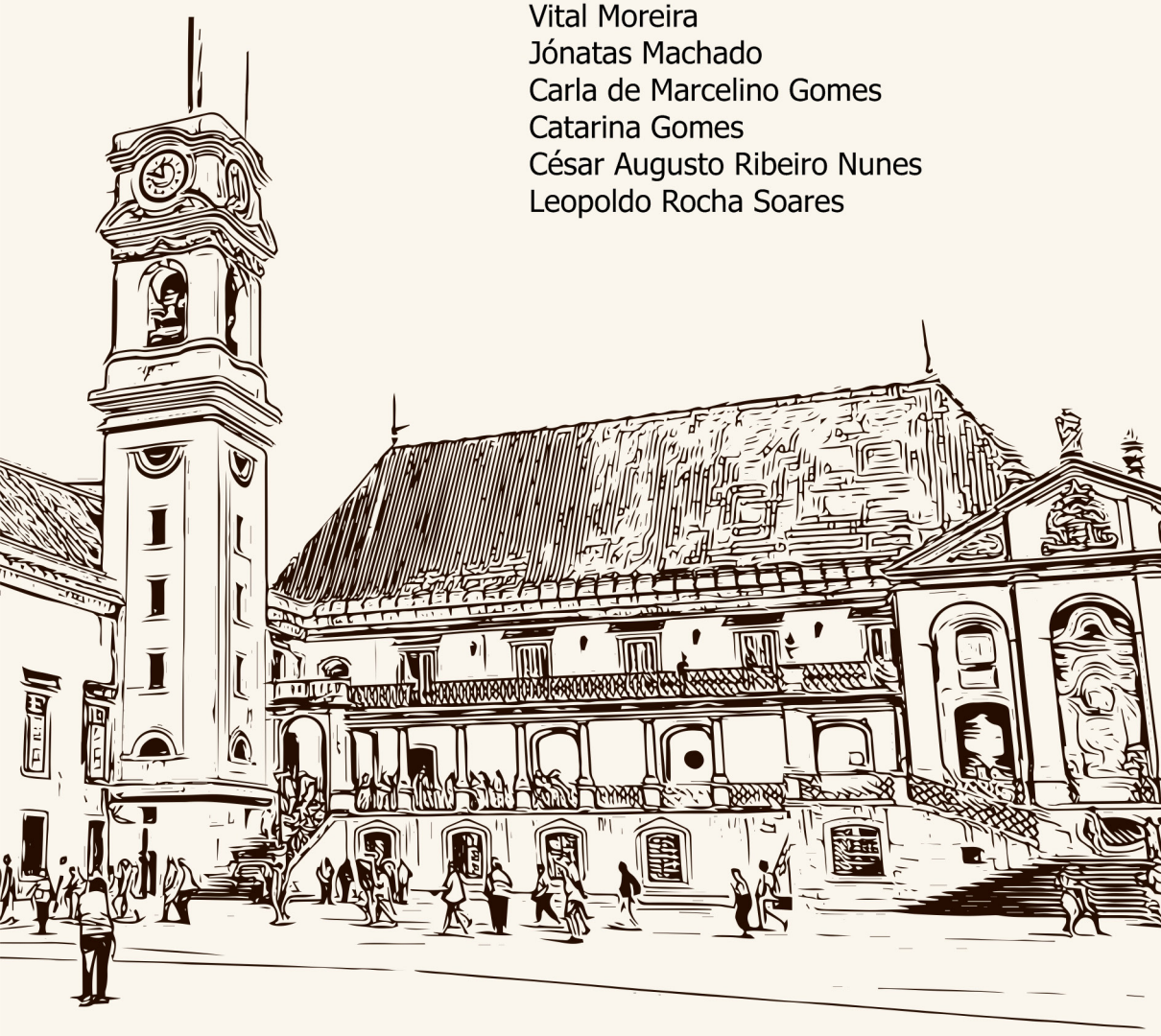
Anais de Artigos Completos - Volume 1
IX CIDHCoimbra 2024

Organizadores:
Vital Moreira
Jónatas Machado
Carla de Marcelino Gomes
Catarina Gomes
César Augusto Ribeiro Nunes
Leopoldo Rocha Soares



Edições Brasil

www.cidhcoimbra.com
ISBN 978-65-5104-101-3

EDITORA BRASÍLICA

IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:

http://**www.inppdh.com.br**

http://igc.fd.uc.pt/

VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)

ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO IX CIDHCoimbra 2024 VOLUME 1

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2025

© Editora Brasílica / Edições Brasil - 2025

Supervisão:	César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração:	João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica:	os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral:	Comissão Organizadora do IX CIDHCoimbra 2024

Conselho Editorial Editora Brasílica: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo António da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: Antonio Cesar Galhardi, João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboração: Valdir Baldo, Glaucia Maria Rizzati Aguiar e Ana Paula Rossetto Baldo.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos|as autores|as. As figuras deste livro foram produzidas pelos|as autores|as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos|as autores|as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos|as respectivos|as organizadores|as, quando os|as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do IX CIDHCoimbra 2024 - Volume 1 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Brasílica / Edições Brasil, 2025.

352 p. Série Simpósios do IX CIDHCoimbra 2024

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-101-3

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

08 a 10 de Outubro de 2024 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 1 - Composição dos Simpósios:

SIMPÓSIOS INTERDISCIPLINARES

Simpósios Interdisciplinares

Coordenadores|as: Amina Welten Guerra e Carla Volpini; Fábio Santos de Andrade e Laudicéia Fagundes Teixeira; Eliana Franco Neme e Roberta Cristina Paganini Toledo; María Concepción Rayón Ballesteros e Ana Maria D'Ávila Lopes; Stefani Juliana Vogel e Danielly Cristina Araújo Gontijo; Bruna Franceschini e Natália Machado; Fátima Aparecida Kian e Sandra Felix Santos; Caíque Tomaz Leite da Silva e Sérgio Tibiriçá Amaral; Estelamaris Brant Scarel e Jussimária Almeida dos Santos; Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira e Gabriela Emanuele de Resende e Aldo Aranha de Castro e Alana Gabriela Engelmann.

ISBN: 978-65-5104-101-3

COMISSÃO CIENTÍFICA DO IX CIDHCOIMBRA 2024:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

O Dilema da Proteção de Direitos Humanos Universais em Face das Peculiaridades da Cultura Dominante: um estudo da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos 9
Elen Sallaberry Pinto

Pessoas em Situação de Rua: estado de coisas inconstitucional e a ADPF nº 976 . 20
Rebeca Luise Bensabath Dantas de Assis

A Transnacionalidade Biojurídica na Importação de Gametas Humanos Respaldada na Liberdade de Autodeterminação 32
Nayane Costa Nascimento

Perspectivas Hermenêuticas do Direito à Vida do Nascituro Frente à Liberdade Sexual da Mulher 46
Vitória Sabrina de Moura Silva e Francilda Alcantara Mendes

Inteligencia Artificial y Derechos Procesales. Análisis Desde la Experiencia Española 58
Alejandro Tofiño Padrino

Direitos Fundamentais e Proteção Humana Ante os Avanços Neurotecnológicos: (In)Suficiência Conceitual e Regulamentação dos Neurodireitos no Brasil 73
Giselle Marie Krepsky

A Indispensável Centralidade da Pessoa nos Avanços da Inteligência Artificial: os contributos da Lei de Inteligência Artificial da União Europeia (UE) 87
Francisco Luciano Lima Rodrigues

Os Fenómenos do Ciberbullying: verdadeira violação dos Direitos Humanos? Uma perspetiva luso-brasileira 97
Paulo Roberto Meyer Pinheiro e Patrícia Pinto Alves

Uso de *Spyware* Por Órgãos de Persecução Penal e Intervenção em Direitos Fundamentais: necessária regulamentação 109
Vitor Honofre Bellotto

Inteligência Artificial e Neurotecnologia: Ferramentas Para a Promoção da Dignidade Humana Ativa. Uma Contribuição da Teoria dos Vícios do Negócio Jurídico 120
Antonio Jorge Pereira Júnior

Reglamento de Inteligencia Artificial en la Unión Europea: perspectiva constitucional del "Juez Robot" en España 130
María Aurora Caparrós Moreno

Inteligência Artificial e Neurociência: a proteção da dignidade, da singularidade e dos Direitos Humanos 141
Gustavo Carvalho Chehab

Análisis Jurídico-Filosófico en Clave "Crítica" Del Fallido E.U.A.I.Act: la "Inteligencia Artificial Generativa" como nuevo marco contextual y herramienta vehiculadora óptima del "Mal Banal" arendtiano y su afectación en los Derechos Humanos 154
Pablo Sáez Hurtado

Mães Responsáveis Por Pessoas Até 18 Anos Beneficiárias do BPC e o Aplicativo Como Possível Forma de Facilitar o Exercício da Cidadania 168
Marcella do Amparo Monteiro

Equidade Além dos Códigos.....179
Simone Salvatori Schnorr

Proteção de Dados Pessoais e IA: fundamentalidade do alcance da educação digital como ferramenta de inclusão de gênero.....190
Kassia Zinato Santos Machado Araujo

A Política de Enfrentamento ao Assédio Sexual nas Relações de Trabalho Através das Mídias Sociais: Análise do Comportamento Organizacional no Âmbito da Administração Pública.....200
Águeda Cristina Galvão Paes de Andrade

Os Limites no Uso da IA Para Recriação de Imagens de Pessoas Falecidas.....213
Martha Leal

A Responsabilidade dos Agentes de Tratamento Pelo Vazamento de Dados: da prevenção ao ressarcimento como meios de garantia dos Direitos Humanos 221
João Gabriel Marques Costa

Inteligência Artificial e Policiamento Preditivo: uma análise a partir da criminologia crítica.....235
Eliomar Silva Albernaz

Transferência Internacional de Dados no Processo Penal Brasileiro: considerações dogmáticas à luz do Princípio da Territorialidade e Possibilidades Jurídicas.....247
Amanda Scalisse Silva

Limites da Liberdade de Expressão no Brasil: a responsabilidade civil por discurso de ódio publicado na internet 256
Leticia Soares Batista e Cintia Rosa Pereira de Lima

Em Direção a Uma Ciência Feminista.....268
Andréia Moreira da Silva

O Estado de Coisas Inconstitucional e o Supremo Tribunal Federal: o diálogo constitucional e as decisões estruturantes no Brasil 279
Jaci Rene Costa Garcia

Teoria Crítica Frankfurtiana, Conservadorismo, Violência e Direitos Humanos: diálogos contemporâneos 293
Gessione Alves da Cunha

Os *Haters* nas Redes Sociais: uma análise da (in)eficácia da intervenção do poder punitivo para a proteção dos Direitos Humanos 303
Mariana Soares Lino

Responsabilidade de Imprensa em Casos Não Submetidos a Julgamento: um olhar sobre o programa linha direta e suas implicações no julgamento pelo Tribunal do Júri 316
Jenifer Moraes

Automatización de Procesos Judiciales e Inteligencia Artificial en España: su impacto en los Derechos Humanos y las garantías procesales 327
María Concepción Rayón Ballesteros

Inovações Tecnológicas no Poder Judiciário Brasileiro e o Direito Fundamental ao Acesso à Justiça Frente aos Desafios da Invisibilidade Digital 340
Danielle Uessler

O DILEMA DA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CULTURA DOMINANTE: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Elen Sallaberry Pinto

Mestre em Teoria e Prática de Direitos Humanos pela Universidade de Essex - Inglaterra em Políticas Sociais pela Universidade Católica de Pelotas - Brasil

Defensora Pública do Estado da Bahia

Resumo:

As Américas apresentam um cenário cultural complexo, marcado por heranças do colonialismo, violência sistemática e forte religiosidade conservadora. Neste contexto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) emergiu com a desafiadora missão de proteger e promover direitos humanos na região. Este artigo analisa como o SIDH tem se posicionado firmemente contra aspectos opressivos da cultura dominante nas Américas, sem demonstrar deferência a argumentos de relativismo cultural que corroborariam violações existentes. Através da análise da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas em casos emblemáticos envolvendo direitos civis e políticos, direitos dos povos indígenas e questões de gênero, demonstra-se que o sucesso do sistema está relacionado não à deferência à cultura prevalente do continente, mas sim à sua posição firme em defesa da universalidade dos direitos humanos e em favor de mudanças transformadoras.

Palavras-chave: Sistema Interamericano; Direitos Humanos; Cultura; Jurisprudência; Gênero.

Introdução

As Américas constituem um continente marcadamente plural e multicultural. Nesse sentido, definir suas características sem apelar para essencialismos representa um desafio significativo. No entanto, devido às raízes comuns da colonização e ao forte apego à religiosidade, é possível identificar alguns padrões de conservadorismo e negação das desigualdades estrutu-

rais que permeiam a maioria dos países da região (CAROZZA, 2003). Este quadro de pensamento forma a base para muitas discriminações estruturais, como as raciais e de gênero.

Ademais, analisando suas lutas históricas e sua situação atual, chama atenção a ocorrência massiva de violência cotidiana. A América Latina ainda lidera o ranking de homicídios intencionais por habitante, apresentando as maiores taxas do mundo - 21,20 por 100.000, enquanto a média mundial é de 5,61 por 100.000 (UNODC, 2022). Mesmo a América do Norte está acima da média nesta medida, com 6,02 mortes intencionais por 100.000 habitantes por ano. Estes números são alarmantes quando comparados a outras regiões 'desenvolvidas' como Europa Ocidental (1,15) e Ásia Oriental (0,52). Esta quantidade de violência não tem uma explicação única, pois se baseia em complexas disparidades econômicas e sociais. No entanto, frequentemente provém das forças estatais e outros grupos paramilitares, sendo comumente utilizada para disputar e manter o poder.

Estes fatores, entre outros, constituem o tom do tipo de violações de direitos humanos enfrentadas pelos americanos cotidianamente e acabam fazendo parte da cultura predominante da região. Neste contexto, em 1948, a Organização dos Estados Americanos criou o Sistema Interamericano de Direitos Humanos com a árdua missão de ajudar a reverter este cenário (BARTOLOMEI, 1997).

Na busca por alcançar esse objetivo, os órgãos do sistema tiveram que se posicionar contra as elites dominantes e até mesmo confrontar os Estados, não deixando espaço para alegações de relativismo cultural, que corroborariam a situação existente. Isso não significa que o sistema ignore o multiculturalismo ou os costumes e tradições das minorias. Pelo contrário, estes aspectos culturais são reforçados para defender grupos oprimidos de práticas e ideologias *mainstream* que os manteriam em posição subalterna.

Diversidade cultural e o contexto das Américas

A cultura é parte integrante do que significa ser humano. Ao mesmo tempo, as culturas que as pessoas habitam podem ser notavelmente diversas entre si. A variedade de abordagens para questões comuns em cada cultura às vezes contrasta com a ideia tradicionalmente universalista dos direitos humanos (FAGAN, 2017).

Por outro lado, opor esses comportamentos com um quadro estrito e preconcebido do que é adequado provavelmente afastará algumas sociedades do debate, fazendo mais mal do que bem. Isso significa que, para proteger verdadeiramente os direitos humanos, não se pode ignorar a complexidade e os desafios dos aspectos culturais da vida e da sociedade, sendo necessário refletir sobre como equilibrá-los com a essência dos direitos e princípios universais.

O acesso e a participação na cultura têm sido previstos como direito humano nos mais importantes documentos do direito internacional dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 26 e 27), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 27). No entanto, o conceito de cultura ainda precisa ser desenvolvido na teoria e nos documentos jurídicos, já que a maioria tende a focar mais em suas manifestações do que em sua definição (CHOW, 2018).

Em anos recentes, os direitos culturais começaram progressivamente a adquirir um significado autônomo, aparecendo em decisões e documentos como o Comentário Geral 21 sobre o PIDESC. Neste documento, o Comitê promove uma noção ampla de cultura, definindo-a como "um processo vivo, histórico, dinâmico e evolutivo, com um passado, um presente e um futuro". Além disso, sublinha a inadequação da visão da cultura como uma instituição hermética, que reforça a criação de "alteridade" e pressupõe erroneamente que não há espaço para permeabilidade e troca entre sociedades.

O cenário das Américas: os papéis da colonização, violência e religião

Como mencionado anteriormente, definir a cultura da América não é uma tarefa simples. O continente é formado por uma quantidade notável de diferentes populações, considerando não apenas os povos indígenas nativos da região, mas também os colonizadores, comunidades escravizadas, imigrantes e refugiados posteriores que vieram da Europa, África e Ásia ao longo dos últimos cinco séculos (STAVENHAGEN, 2002). Cada um desses grupos trouxe suas línguas, religiões e tradições, construindo um cenário cultural muito complexo.

No entanto, a história é frequentemente escrita pelos opressores, e o mesmo pode ser dito da cultura. Desta forma, é notável, especialmente na América Latina, a aculturação generalizada das minorias e a negação de sua importância. Esta característica ficou clara na construção de políticas e arranjos jurídicos da maioria dos países da região, onde elites caudilhas utilizaram o discurso liberal descolonizador em um esforço para apagar as diferenças entre grupos sociais, tentando consolidar uma centralidade política (ZAVALA-PELAYO; GÓNGORA-MERA, 2016).

Na realidade, as estruturas eram permeadas por agudas desigualdades e discriminações raciais, classistas e de gênero, mas o discurso proclamava uma sociedade "cega às diferenças". Este tipo de narrativa homogeneizante prevaleceu até pelo menos a última década do século XX. O processo de colonização também foi uma causa fundamental da aculturação, além de outras consequências nefastas para a identidade política e social da América. O uso generalizado da violência é uma das mais cruciais (STAVENHAGEN,

2002). O chamado "descobrimento" é hoje amplamente reconhecido como genocídio de grupos indígenas para ocupação e extração de suas terras. Ainda assim, durante o período colonial, controlar populações exploradas exigia administrações militarizadas e brutais capazes de conter as várias rebeliões que surgiriam principalmente nos séculos XVII e XVIII.

As guerras de independência e os subsequentes regimes ditatoriais apenas mantiveram o padrão de medo e intimidação estabelecido pelo uso sistemático da força. Este contexto deixou marcas nos sistemas legais e judiciários, regularmente vistos pela população como ineficientes e indignos de confiança, já que os governos poderiam facilmente cooptá-los. A criação de "fueros militares" e a adoção de leis de anistia para crimes contra a humanidade pós-ditaduras são alguns bons exemplos de como os governos minaram o poder do Estado de Direito em vários países da América Latina (CLEARY, 1997).

Além disso, este cenário levou a uma ausência de liberdade de expressão e à criminalização dos movimentos sociais. Também criou um ambiente hostil para ideias progressistas, ajudando a difundir uma visão particularmente conservadora do mundo.

O surgimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Antes de discutir o trabalho e as posições adotadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que podem nos ajudar a entender por que ele não demonstra deferência aos principais aspectos da cultura dominante da região, é crucial compreender o contexto de sua criação e ter uma visão geral sobre sua estrutura.

A Organização dos Estados Americanos foi formada em 1948 como uma continuação da União Pan-Americana, visando promover os interesses compartilhados da região. A Carta de sua criação traz disposições essenciais sobre direitos humanos vinculadas a direitos civis, políticos, sociais e econômicos. O artigo 53 previu a formação de uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos, começando a moldar o sistema que existe atualmente (SANDOVAL, 2014).

Na mesma Conferência de Bogotá dos Estados Americanos, as nações, através do trabalho do Comitê Jurídico Interamericano, também desenvolveram a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O documento, adotado sete meses antes da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, expandiu o rol de direitos protegidos pela Carta e cobertos pela CIDH. É interessante notar que, segundo Carozza (2003), a visão americana dos direitos humanos influenciou o texto finalmente adotado pelas Nações Unidas, já que as delegações latino-americanas trouxeram ideias progressistas como igualdade entre gêneros e direito a um padrão adequado de vida.

No entanto, apesar de todos os princípios aspiracionais declarados nesses documentos, as nações americanas não estavam tão inclinadas a tomar medidas práticas para fazer valer os direitos humanos neste momento. Por exemplo, a Comissão prevista na Carta não se tornou realidade até 1959. O primeiro tratado regionalmente vinculante sobre o assunto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, levou mais de dez anos para ser adotado (em 1969) e nove outros para entrar em vigor (em 1978) após 25 países o ratificarem (CAVALLARO et al., 2019).

Estrutura e poderes dos órgãos do SIDH

O papel assumido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos em seus primeiros dias era bastante simbólico. Seu então único órgão, a Comissão, tinha um mandato fraco, restrito a aumentar a conscientização e fazer recomendações não vinculantes. No entanto, com o tempo, seu poder foi aumentado com adições significativas às suas responsabilidades, como visitas in loco, relatórios, relatorias especializadas, aceitação de petições individuais e adoção de medidas cautelares (PALACIOS ZULOAGA, 2020).

Atualmente, a Comissão é considerada o principal órgão do SIDH. Com poderes quase judiciais, é composta por sete comissários altamente qualificados eleitos em sua capacidade pessoal para um mandato de quatro anos. Junto com os papéis descritos acima, a Comissão também pode submeter casos e solicitar opiniões consultivas da Corte, já que esta última não possui um mecanismo direto para petições individuais. A Comissão tem o poder de aplicar a Declaração Americana e outros tratados regionais, dependendo de sua ratificação por cada Estado. Desde o início, mostrou vigorosa oposição às violações massivas e sistemáticas cometidas por ditaduras, especialmente na América Latina, o que aumentou sua credibilidade.

Em 1979, o outro órgão principal do Sistema Interamericano, a conhecida Corte Interamericana de Direitos Humanos, começou a operar. Em poucas palavras, a Corte IDH é um órgão judicial supranacional responsável pela responsabilização dos Estados partes em relação à Convenção Americana. É composta por sete juízes, nacionais dos Estados Membros, eleitos em sua capacidade individual pela Assembleia Geral da OEA, e tem competência para julgar casos contenciosos trazidos por Estados ou pela Comissão. Também emite opiniões consultivas interpretando a CADH quando solicitado pelos mesmos atores (DAVID, 2020).

As decisões da Corte são sentenças vinculantes e exigem cumprimento de acordo com os artigos 62, 63 e 65 da CADH. Ainda assim, o regime interamericano não prevê um processo formal de supervisão do cumprimento das ordens da Corte.

Hoje, 25 estados da OEA aceitaram sua jurisdição, e a Corte IDH tem sido reconhecida como o tribunal de direitos humanos com maior autorida-

de no continente, sendo um dos mais progressistas do mundo. No entanto, também teve dificuldades em seu início, já que, naquela época, a maior parte da América do Sul era dominada por ditaduras que não demonstravam interesse em proteger os direitos humanos. Até hoje, o problema do cumprimento ainda é uma questão significativa.

Confrontando a cultura dominante: como o sistema interamericano defende os Direitos Humanos

Como observado na contextualização anterior, a atmosfera onde o Sistema Interamericano foi forjado era culturalmente hostil aos avanços na arena dos direitos humanos, como a proteção adequada dos direitos civis e políticos e o combate à discriminação e desigualdades. Devido a essas condições e à má-fé dos Estados autoritários com os quais os órgãos tinham que lidar, eles utilizaram estratégias de confronto para abordar as expressivas violações trazidas à sua análise, principalmente por organizações da sociedade civil.

Uma ferramenta vital para isso foi o princípio da interpretação *pro homine* (artigo 29, CADH), que permite ao sistema buscar analogias em documentos e jurisprudência internos e externos, desde que beneficie as vítimas. Outra importante arma foi a inversão do ônus da prova em casos em que o Estado tem vantagens notórias na obtenção das provas e provavelmente está inclinado a ocultá-las do público.

A proteção dos direitos civis e políticos contra uma cultura de violência

Considerando o mencionado abuso da violência e as lutas políticas nas Américas, não surpreende que alguns dos casos mais notáveis analisados pelos órgãos do Sistema Interamericano tenham sido sobre graves violações de direitos civis e políticos. Isso foi especialmente verdadeiro durante os regimes autoritários nas décadas de 70 e 80, mas infelizmente continua ocorrendo apesar do retorno das democracias constitucionais.

O primeiro e um dos mais famosos casos da Corte é *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Ele ilustra como o sistema trabalhou para garantir reparações e romper com a normalização da violência política na região. Os peticionários acusaram o Estado hondurenho de fazer desaparecer intencionalmente um estudante que era opositor político do governo. As evidências apresentadas eram limitadas, já que as instituições nacionais se recusaram a investigar o caso. A família não tinha informações sobre o paradeiro da vítima além de testemunhos de pessoas que o viram sendo levado por agentes não identificados (ANTKOWIAK, 2017).

Ainda assim, a Corte IDH determinou medidas provisórias para ajudar a proteger as testemunhas e, ao final, utilizou o direito internacional consuetudinário para avaliar livremente as provas, invertendo o ônus e condenando

o Estado por diversas violações, como o direito à liberdade pessoal, integridade pessoal, o direito de estar livre de tortura e o direito à vida.

A decisão é significativa devido aos padrões probatórios que estabeleceu e à maneira holística com que abordou esta violação particular, reconhecendo a responsabilidade dos estados mesmo quando um ator não estatal causa a ação. O caso marcou a posição da Corte sobre o assunto e fez jurisprudência para outros casos, como *Godínez Cruz v. Honduras, Caballero Delgado e Santana v. Colômbia, Gómez Palomino v. Peru e Gomes Lund v. Brasil.*

Lamentavelmente, as violentas violações de direitos humanos contra o direito à vida e integridade não desapareceram com o enfraquecimento dos regimes autoritários na América Latina. Assim, o sistema interamericano continuou com sua posição veemente contra isso, mesmo quando algumas culturas o normalizaram. O caso mais recente de *Favela Nova Brasília v. Brasil* recrimina fortemente a letalidade policial em comunidades pobres do Rio de Janeiro, que ocorre com a conivência do Estado e da sociedade.

A jurisprudência sobre direitos dos povos indígenas

Múltiplas formas de exclusão, discriminação e assimilação cultural permeiam a história dos povos indígenas e afro-americanos no continente. Apesar das origens multiculturais da população da região, até recentemente, a diversidade de etnias não figurava na maioria das políticas ou leis, mantendo as minorias desprotegidas (STAVENHAGEN, 2002).

Isso se reflete no número expressivo de casos que chegaram à Corte IDH, principalmente reivindicando restituição e controle sobre terras e recursos, mas também alegando falta de participação política, tratamentos discriminatórios no acesso a serviços públicos e uso de violência contra suas comunidades. É interessante notar que neste tipo de litígio, o Sistema Interamericano tem considerado cuidadosamente o impacto cultural dessas violações e tem determinado reparações que incluem aspectos estruturais e culturais, como no caso *Awas Tingni v. Nicarágua.*

No caso *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai*, a Corte chegou a tentar definir a cultura dos povos indígenas:

> "A cultura dos membros das comunidades indígenas relaciona-se diretamente com uma forma específica de ser, ver e agir no mundo, desenvolvida com base em sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos neles existentes, não apenas por serem seu principal meio de subsistência, mas também porque fazem parte de sua cosmovisão, sua religiosidade e, portanto, de sua identidade cultural".

Para enfrentar a complexidade da cultura indígena, a Corte IDH também reconheceu seus povos como titulares coletivos de direitos, em oposi-

ção à abordagem predominantemente individualista dos direitos humanos (*Kichwa Indigenous People of Sarayaku V. Ecuador*, 2012). Além disso, a Corte argumentou que as condições de vulnerabilidade não apenas dos povos indígenas, mas de outras minorias discriminadas, exigem obrigações especiais dos estados para garantir sua proteção (*Saramaka People v Suriname*, 2007 e *Yakye Axa v. Paraguay*, 2005).

A recente decisão histórica do caso *Lhaka Honhat v. Argentina* reforçou o direito de participar da cultura através da interdependência entre os direitos a um ambiente saudável, alimentação adequada, água e identidade cultural em relação aos povos indígenas. Foi a primeira decisão a citar o aniquilamento dos direitos culturais e defini-lo como uma confluência de aspectos.

Como ressalva, é necessário mencionar que alguns estudiosos são críticos da excessiva "romantização" da cultura nestas decisões. Eles argumentam que isso tende ao essencialismo e pode criar obstáculos para que pessoas que não se enquadram neste modo estrito de vida acessem direitos similares. Além disso, apontam que uma abordagem mais interseccional auxiliaria os órgãos a identificar as desvantagens específicas que grupos particulares, como mulheres, crianças e idosos, sofrem (DAVID, 2020).

A reverência ao multiculturalismo demonstrada nestas decisões não enfraquece nosso argumento, dado que na verdade contrasta com a ideologia prevalente de homogeneização, como visto anteriormente. Além disso, o SIDH novamente toma o lado das minorias, já que os povos indígenas representam 8 a 10 por cento da população das Américas, contra a cultura majoritária de opressão predominante na região (STAVENHAGEN, 2002).

Na última seção, este artigo analisará a posição do Sistema Interamericano na defesa dos direitos das mulheres e da população LGBTQI+ em contraste com uma cultura religiosa e conservadora.

Jurisprudência sobre direitos baseados em gênero

Apesar do considerável atraso em reconhecer questões de gênero nos casos que chegaram para sua análise, uma vez que o Sistema Interamericano começou a lidar profundamente com estes problemas, resultou na jurisprudência mais progressista no campo (PALACIOS ZULOAGA, 2008). A maioria das situações analisadas até agora relacionava-se à violência estrutural contra mulheres, que era sistematicamente tolerada por Estados e culturas. Atualmente, as demandas estão se tornando mais sofisticadas, incluindo temas como saúde sexual e reprodutiva e orientação sexual, junto com argumentos complexos como interseccionalidade (CAVALLARO, 2019).

Ainda nos primeiros dias da Comissão, o Caso *Baby Boy v. Estados Unidos* (1981) demonstrou a disposição do sistema em confrontar ideias religiosas conservadoras sobre os direitos das mulheres, ao resolver que legislação permitindo abortos não viola a Declaração Americana de Direitos Huma-

nos.

Este padrão de confrontar estruturas extremamente patriarcais pôde ser visto posteriormente em *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*, quando a Comissão utilizou pela primeira vez o marco da Convenção de Belém do Pará para responsabilizar o estado por não tomar medidas suficientes para prevenir e investigar casos de violência contra mulheres. Este caso foi especialmente notável, pois recomendou mudanças estruturais na legislação e no sistema de Justiça do Brasil, que foram efetivamente implementadas e transformaram a forma como esta questão é abordada no país.

Na Corte, a primeira decisão considerada sensível ao gênero foi proferida em *Plan de Sanches v. Guatemala*, julgada em 2004, pois abordou o sofrimento particular suportado por mulheres sobreviventes do massacre como vítimas de múltiplas violências baseadas em gênero. Os casos de *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru e Cotton Field v. México* seguem a liderança e avançam no conceito de violência sexual e baseada em gênero.

A Corte também forjou a ideia de reparações transformadoras para sublinhar que quando violações emergem de um contexto de discriminação estrutural, retornar ao status quo não é uma opção. As reparações precisam visar este contexto e modificá-lo para ter chance de serem efetivas.

Conclusão

O presente artigo argumentou que o sucesso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não está vinculado à deferência que demonstra à cultura prevalente do continente. Inteiramente ao contrário, sua força reside na posição firme que vem tomando em defesa da universalidade dos direitos humanos e em favor de mudanças transformadoras que possam ajudar a América a alcançar um novo patamar de respeito, proteção e realização desses direitos.

O artigo começou fornecendo uma visão geral do conceito de cultura e das possibilidades de conflito entre ela e a universalidade dos direitos humanos. Na sequência, contextualizou o cenário americano com ênfase nos aspectos mais marcantes e formativos da colonização, religião e uso da violência na região.

Em um segundo momento, examinou as particularidades do Sistema Interamericano, visando demonstrar como seu surgimento está conectado com o contexto mencionado acima. Também a estrutura dos órgãos centrais do sistema foi destacada, ajudando o leitor a compreender o potencial do SIDH para mudança.

Finalmente, o ensaio analisou decisões essenciais do sistema no campo dos direitos civis e políticos, direitos dos povos indígenas e direitos baseados em gênero com lentes culturais e encontrou um padrão de desconsideração por traços majoritários e opressivos da cultura. Ao mesmo tempo, a aprecia-

ção pelo multiculturalismo foi mantida na proteção das minorias. A CIDH e a Corte IDH constantemente utilizaram ferramentas como a interpretação *pro homine* e a inversão do ônus da prova para enfrentar legislações e políticas violadoras da dignidade e direitos das populações e construir uma jurisprudência que serve como referência de não-condescendência com abusos sistemáticos.

Durante esta pesquisa, o trabalho notável do SIDH em avançar direitos humanos na região tornou-se evidente. O papel de suas decisões vai além das consequências inerentes ao cumprimento estatal, impulsionando o trabalho de outros atores ao empoderar ONGs e movimentos sociais, por exemplo. Esta é uma consequência do respeito que o sistema adquiriu, especialmente entre vítimas e seus representantes, por não dar espaço a alegações culturalmente relativistas.

Como podemos ver, a tarefa de confrontar aspectos opressivos da cultura não é simples, mas pode ser bem-sucedida se feita com uso estratégico e coerente do direito internacional dos direitos humanos. O trabalho do SIDH constitui um excelente exemplo de alcançar isso sem perder o respeito pelas minorias e pelo multiculturalismo.

Referências

ANTKOWIAK, Thomas M. The Americas. In: MOECKLI, Daniel et al. International Human Rights Law. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BARTOLOMEI, Maria Luisa. Globalization Process of Human Rights in Latin America Versus Economic, Social and Cultural Diversity. International Journal of Legal Information, v. 25, p. 156-177, 1997.

CAROZZA, Paolo G. From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights. Human Rights Law Quarterly, v. 25, p. 281-313, 2003.

CAVALLARO, James L. et al. Doctrine Practice & Advocacy in the Inter-American Human Rights System. Oxford: Oxford University Press, 2019.

CHOW, Stephenson. Cultural Rights in International Law and Discourse: Contemporary Challenges and Interdisciplinary Perspectives. Leiden: Brill, 2018.

CLEARY, Edward L. The struggle for human rights in Latin America. Westport: Praeger, 1997.

DAVID, Valeska. Cultural Difference and Economic Disadvantage in Regional Human Rights Courts: An Integrated View. Cambridge: Intersentia, 2020.

FAGAN, Andrew. Human Rights and Cultural Diversity: Core Issues and Cases. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2017.

PALACIOS ZULOAGA, Patricia. The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights. Texas Journal of Women & the Law, v. 17, p. 231-245, 2008.

PALACIOS ZULOAGA, Patricia. Judging Inter-American Human Rights: The Riddle of Compliance with the Inter-American Court of Human Rights. Human Rights Quarterly, v. 42, p. 392-433, 2020.

SANDOVAL, Clara. The Inter-American System and Approach. In: SHEERAN, Scott; RODLEY, Nigel (eds.). The Routledge Handbook on International Human Rights Law. Londres: Routledge, 2014.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Indigenous Peoples and the State in Latin America: An Ongoing Debate. In: SIEDER, Rachel (ed.). Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy. Londres: Palgrave Macmillan, 2002.

UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime. UNODC Research - Data Portal - Intentional Homicide. 2022. Disponível em: https://dataunodc.un.org/ dp -intentional- homicide-victims. Acesso em: 11 dez. 2022.

ZAVALA-PELAYO, Edgar; GÓNGORA-MERA, Manuel. Secularities, Diversities and Pluralities: Understanding the Challenges of Religious Diversity in Latin America. Social Inclusion, v. 4, n. 2, p. 65-76, 2016.

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ADPF Nº 976

Rebeca Luise Bensabath Dantas de Assis
Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça da Bahia; Pós graduada em Advocacia Cível e do Consumidor pela FMP/RS e Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Faculdade CERS

Resumo:

O presente artigo expõe o quadro massivo de violação de direitos das pessoas em situação de rua, abordando a ineficiência e omissão estatal na implementação de políticas públicas voltadas para esse segmento populacional, cujo cenário de Estado de Coisas Inconstitucional ensejou o ajuizamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 976. Desse modo, este artigo também aborda como o Supremo Tribunal Federal foi instado, através da ADPF nº 976, no exercício de uma efetiva litigância estrutural, a mediar e a promover esforços para o enfrentamento e mobilização dos demais poderes, na construção de uma solução robusta e duradoura para o problema social da população em situação de rua. Observa-se, portanto, que o objetivo deste trabalho, para além de expor a violação maciça de direitos humanos a que são submetidos esse segmento populacional, é indicar e analisar a importância das medidas concretas e urgentes determinadas no bojo da ADPF nº 976, sobretudo para fins de construção de um plano de ação e implementação de políticas públicas. Por fim, explicita quais seriam essas medidas concretas e a importância para a construção e implementação de uma política nacional para o problema social da população em situação de rua.

Palavras-chave: Pessoas em situação de rua; Estado de Coisas Inconstitucional; ADPF 976.

Introdução

As pessoas em situação de rua encontram-se em condição de vulnerabilidade, despidas dos direitos fundamentais mais caros à existência humana, tais como a alimentação, moradia, saúde, identificação, sendo evidente a ineficiência do Poder Público no cumprimento dos preceitos constitucionais relativos a uma vida digna.

A condição da população em situação de rua consubstancia uma crise

social crônica multifacetada mantida e retroalimentada por omissões estruturais atribuíveis ao Poder Executivo, nos três níveis federativos, bem como ao Poder Legislativo, em razão de lacunas de inovação legislativa e de falhas na reserva de orçamento público.

Com efeito, as políticas públicas adotadas pelo Estado não são capazes de lidar com a situação, implicando no agudo aumento da população de rua, sobretudo diante da precariedade dos sistemas de proteção social brasileiros, assim como da inobservância da Política Nacional para a População em Situação de Rua.

Nesse contexto, a publicação preliminar "Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil (2012-2022)", realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), indicou que a população em situação de rua no Brasil cresceu 38% entre 2019 e 2022, ocasião em que atingiu 281.472 pessoas.

Pontue-se que essa pesquisa avalia que o Brasil ainda precisa evoluir para uma contagem censitária mais precisa e efetiva da população em situação de rua, sendo imperioso lembrar que apenas no ano de 2010, essa população foi incluída no Cadastro Único e, no ano de 2011, passou a ter direito de acesso aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) mesmo sem comprovante de residência.

Nesse ponto, observa-se que a nítida escassez de dados estatísticos sobre a população em situação de rua (PSR) e a ausência de dados oficiais recentes sobre esse grupo social também são fatores que dificultam a suplantação desta crise social grave e, ao mesmo tempo, revelam a duradoura invisibilidade desse grupo populacional perante o Estado Brasileiro.

Estado de Coisas Inconstitucional da população em situação de rua

Um olhar atento na maioria das cidades brasileiras constata a nítida evidência das múltiplas e sistemáticas violações de direitos das pessoas em situação de rua, que são privadas do mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Como bem salientado por Rafael Lessa (MENEZES, 2023), a própria existência de pessoas em situação de rua é uma grave violação do direito à moradia (artigo 6º, CF), cuja ofensa estende-se aos direitos mais básicos de qualquer pessoa humana, tais como ao direito à alimentação adequada, ao acesso à água potável, saúde, identidade e a integridade física.

Outrossim, este grupo populacional heterogêneo é também despido dos direitos sociais à educação e ao trabalho, à assistência social e à renda e, frequentemente, enfrentam problemas relacionados ao acolhimento institucional e moradia, sujeitando-os às mais diversas situações de violência(s), aporofobia, arquitetura hostil e higienismo, por vezes, praticada pelo próprio

Estado.

Um levantamento amostral do perfil socioeconômico das pessoas em situação de rua, realizado pelo Qualitest Inteligência em Pesquisa, no município de São Paulo, em 2019, constatou as faltas substanciais, como alimentação e higiene, os direitos fundamentais violados e o acúmulo de vulnerabilidades do grupo social. Neste espeque, no que concerne ao acesso à documentação, constatou-se que 82% das pessoas em situação de rua possuíam documentação, enquanto 18% declararam não possuir documentos.

Uma vez questionadas acerca da necessidade de um espaço protegido e seguro para dormir, 75.2% delas informaram já ter dormido nos centros de acolhida e 19,1% afirmaram não utilizar os centros de acolhida, sendo que o percentual de 19,3% dos entrevistados declararam ter sido impedidos de entrar por terem feito uso de drogas e 3% por serem LGBTQ+.

De igual modo, os dados produzidos no levantamento, no que concerne à segurança alimentar, o percentual de 49,8% dos entrevistados afirmaram conseguir alimentos por meio de serviços da Prefeitura de São Paulo e 35,3% declararam que, nos últimos 7 dias, haviam passado um dia inteiro sem comer.

Quanto ao acesso à água potável, os entrevistados indicaram a dependência dessa população a espaços de acesso limitado, tais como estabelecimentos comerciais, postos de gasolina; centros de acolhida ou de convivência; estações de trem, metrô ou terminais rodoviários, para garantir sua hidratação diária, necessidade básica para a sobrevivência humana.

No que tange ao uso de água para higiene pessoal e para lavar roupas, 60,7% afirmou conseguir água para em centros de acolhida, 13,5% em núcleos de convivência e em outros locais como postos de gasolina, estabelecimentos comerciais, casa de amigos, igrejas e espaços pagos. Em relação ao uso de roupas limpas, a maioria dos entrevistados (61,8%) informa ter acesso por meio de doações de pedestres, de centros de acolhida ou espaços de convivência.

Por último, as pessoas entrevistadas foram indagadas quanto ao local onde realizam suas necessidades fisiológicas, 43,2% o fazem em centros de acolhida, porém, destaca-se que 10,7% utilizam as ruas.

Outrossim, para além das violações usuais aos diferentes perfis da população de rua, evidencia-se a necessária atenção àqueles cujas vulnerabilidades se interseccionam, os "hiperhipossuficientes", como mulheres, população LGBTQIAP+, negros, crianças. Esses diferentes grupos apresentam demandas particulares, como o referido impedimento ao acesso a centros de acolhida a pessoas LGBTQ+, ou ainda o fato de 12,7% das pessoas do sexo feminino estar em condição de pobreza menstrual, pois não fazem uso regular de absorventes ou coletores - recorrendo ao uso panos, papéis ou não utilizam nenhum tipo de material absorvente (MORAES, 2023).

Nesse contexto, as condições absolutamente desumanas de vida da

população em situação de rua no Brasil resultam de reiteradas violações ao direito social à saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), ao direito fundamental à vida (art. 5º, caput; art. 227 e art. 230), ao direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, e art. 196), ao fundamento da República Federativa de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), ao direito social à moradia (art. 6º), em um sentido diametralmente oposto ao estabelecido como objetivo fundamental da República Federativa de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I), cenário que evidencia o estado de coisas inconstitucional concernente às condições de vida desse segmento populacional.

O conceito de "estado de coisas inconstitucional" (ECI) foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana, que, em pelo menos quatro casos, já reconheceu sua existência diante de quadros de violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais, por ação e omissão de diversos órgãos públicos responsáveis por sua tutela (RODRIGUEZ, 2010).

Em situações de massiva e persistente violação de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, as Cortes Constitucionais de alguns países como a Colômbia, Estados Unidos, Canadá e também o Brasil, utilizam-se desta declaração de "Estado de Coisas Inconstitucional" para prolatar uma sentença declarativa, na qual as autoridades públicas, no âmbito de suas competências, são acionadas para que, dentro de um prazo razoável, adotem as medidas necessárias para a superação deste "Estado de Coisas" (SCHINEMANN, 2016), isto é, para que através de decisões estruturais flexíveis (DANTAS, 2017) os poderes de um Estado atuem de forma conjunta e coordenada.

Nesse panorama, o quadro grave de omissões do Poder Público, que resulte em um potencial estado de coisas inconstitucional, viabiliza a atuação do Supremo Tribunal Federal para impor medidas urgentes necessárias à preservação da dignidade da pessoa humana e à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, consoante apreciado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ação constitucional paradigmática, que reconheceu a superlotação dos presídios e à violência endêmica em seus interiores, e, consequentemente, declarou o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

Naquela ocasião, em um voto memorável, o Min. Marco Aurélio entendeu ser papel do Supremo Tribunal Federal retirar as autoridades públicas do estado de inércia, visando impulsionar a formulação de novas políticas públicas e monitorar seu processo de implementação (SCHINEMANN, 2016), entendendo que "ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional" (MELLO, Marco Aurélio, 2015).

Cabe salientar que dada a amplitude das violações, a sentença que declara o Estado de Coisas Inconstitucional tem como destinatário não um ór-

gão estatal específico, ao revés, demanda a atuação dos três poderes estatais, exigindo um alto nível de coordenação e cooperação entre as instituições, sobretudo no que diz respeito a políticas públicas, destinação de recursos e superação de políticas defeituosas (SCHINEMANN, 2016) para que conjuntamente viabilizem a superação deste Estado de Coisas.

Isto demonstra que o objetivo almejado com a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional é o da mudança estrutural, pela interferência direta da Corte Constitucional nas escolhas de caráter orçamentário e na implementação de políticas públicas (SCHINEMANN, 2016).

Desse modo, diante da absoluta ineficácia estrutural das políticas públicas de saúde, moradia e assistência social em cenário que impõe urgente atuação dos Poderes Públicos, a demandar a adoção de providências sistêmicas em face de lesões aos mencionados preceitos fundamentais, bem como a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, houve o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, pelo partido Socialismo e Liberdade - PSOL e pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) em face do estado de coisas inconstitucional concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil.

Medidas adotadas na ADPF nº 976

Diante desse quadro de violação maciça e persistente de direitos, o Poder Judiciário foi impelido através da ADPF nº 976, no exercício de uma efetiva litigância estrutural, a mediar e a promover esforços para o enfrentamento e mobilização dos demais poderes na construção de uma solução robusta e duradoura para o problema social da população em situação de rua.

O ministro Alexandre de Moraes, relator da ação, reconheceu que eles buscavam verdadeira "reestruturação institucional diante de um quadro grave e urgente de desrespeito a Direitos Humanos Fundamentais" (MENEZES, 2023). Diante disso, ao acolher parcialmente os pedidos iniciais, entendeu haver "violação maciça de direitos humanos, a indicar um potencial estado de coisas inconstitucional".

Em 22 de agosto de 2023, o Plenário do STF referendou a decisão monocrática do Min. Relator Alexandre de Moraes, que deferiu parcialmente a medida cautelar e determinou uma série de providências para os Poderes Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

No voto esposado pelo Min. Relator, entendeu-se ser essencial delinear fatores psicossociais e econômicos que incentivam e impulsionam a saída desse grupo populacional das ruas, para fins de elaboração de políticas públicas e de medidas assistenciais com essa finalidade (MORAES, 2023).

Diante disso, indicou que a atenção à população em situação de rua

deve ser realizada a partir da observância de três eixos: evitar a entrada nas ruas; garantir direitos enquanto o indivíduo está em situação de rua; e promover condições para a saída das ruas (MORAES, 2023).

Outrossim, no âmbito da medida cautelar em análise, também se consideraram, entre outros fatores: os desafios do retorno da população em situação de rua à educação escolar, que vão além da falta de acesso a programas, entre eles a falta de documentação civil, o preconceito contra a situação de rua, a não valorização da diversidade pelas escolas, a dependência química e falta de oportunidade para tratar a drogadição, além da falta de motivação e incentivo para continuar a escolarização; os obstáculos relacionados à reinserção no mercado de trabalho; a questão da "aporofobia", entendida como violadora dos objetivos fundamentais, em especial o relacionado ao combate a todas as formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88).

De igual forma, também foram norteadores das medidas a serem adotadas, aspectos como o reconhecimento de um direito à identidade além do mero registro, que deve ser somada a uma visão holística deste grupo populacional como um ser social; o acolhimento institucional e o direito fundamental à moradia, entendendo-se como essencial a necessidade de ampliação da rede de acolhimento do SUAS e de adaptações que proporcionem condições de conforto, higiene e privacidade às pessoas acolhidas, inclusive com a disponibilização de espaços destinados a animais de estimação e a carrinhos de coleta de material reciclável.

Especificamente, no âmbito do direito à moradia, o Min. Rel. Alexandre de Moraes demonstrou a existência de falhas nos acolhimentos em abrigos e em repúblicas e uma preocupação com o modelo de lógica "etapista" que direcionam os serviços de acolhimento do SUAS, em que o sujeito gradualmente alcança a moradia permanente.

Nesse contexto, o Min. Rel. indicou como possibilidade de adoção o "Housing First", que se trata de um programa de incentivo para a saída das ruas dessa população, com a proposta de viabilizar o oferecimento de uma moradia, como uma primeira etapa para a conquista dos demais direitos fundamentais e como base para o alcance da autonomia plena. Ou seja, a moradia se alçaria como um elemento estabilizador para a efetivação dos demais direitos.

Nesse contexto, citou, ainda, o programa "Moradia Primeiro", que conta com dois projetos-piloto, em Curitiba (PR) e em Porto Alegre (RS) e que apresentaram resultados positivos, tais como: a superação da situação de rua; o acesso à moradia permanente; a melhoria da qualidade de vida; e a redução na demanda por serviços de Assistência Social.

Sobretudo, restou enfatizado também, pelo Ministro Relator, a urgência de se mapear o perfil da população em situação de rua do país, bem como das principais necessidades e demandas, e, a partir desse desenho, elaborar políticas públicas, em parceria com a sociedade civil interessada, capaz

de atender ao seu público-alvo de forma eficaz. Para Alexandre de Moraes, delinear o múltiplo perfil da população em situação de rua permite estruturar moradias adaptadas às suas necessidades e eventuais vulnerabilidades, como no caso de pessoas idosas ou com deficiência.

Somados aos aspectos já delineados, que nortearam a adoção das medidas determinadas no bojo do deferimento da medida cautelar, exsurgem como fatores, a presença de atos comissivos e omissivos, imputados a agentes públicos e pessoas privadas, que atentam flagrantemente contra a dignidade dessa população; a necessidade de medidas paliativas que impulsionem a construção de respostas estatais duradouras; e a necessidade de elaboração de um estudo capaz de delinear todas as nuances que permeiam o problema crônico social em debate, para evitar políticas desassociadas do espaço e do tempo de aplicação.

Como medida específica determinada na decisão, estabeleceu-se a obrigatoriedade da observância da Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR - Decreto Federal n. 7.053/09), por todos os entes políticos, independente de adesão formal.

Nesse ponto, o Min. Relator ressaltou a importância da Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR), criada pelo Decreto 7.053/2009, que visa a implementação dos princípios, diretrizes e objetivos na atenção à população em foco, mas que pela facultatividade da adesão ao plano nacional prevista no decreto, na prática, significava a baixa aderência entre os estados, municípios, e, consequentemente, a não observância das diretrizes e a ausência de consecução dos objetivos determinados no PNPSR[1].

Delineou-se, assim que, o mencionado decreto deve ser interpretado como pormenorização efetiva de comandos constitucionais, a ser aplicado de forma a atingir todos os entes subnacionais. Essa aplicação nacional também promove preceitos constitucionais conformadores da assistência social que asseguram ao ente federal as competências de coordenar ações governamentais e estabelecer normas gerais, atribuições reproduzidas na Lei nº 8.742/1993 (MORAES, 2023).

Além disso, visando à construção de uma solução robusta e duradoura, é necessário mobilizar os demais Poderes, mais afeitos às especificidades das políticas públicas.

Com base nesses e em outros entendimentos, o Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar anteriormente concedida para o fim de tornar obrigatória a observância, pelos estados, Distrito Federal e municípios, ime-

1 A título explicativo, até o ano de 2020, isto é, cerca de doze anos desde a edição do decreto que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR) apenas cinco estados (Distrito Federal, Bahia, Paraná, Rio Grande do Sul e Pernambuco) e 15 municípios (São Paulo (SP), Goiânia (GO), Curitiba (PR), Maceió (AL), Porto Alegre (RS), Florianópolis (SC), Rio Branco (AC), Uberaba (MG), Recife (PE), Passos (MG), Novo Hamburgo (RS), Foz do Iguaçu (PR), Serra (ES), Juiz de Fora (MG), Fortaleza (CE)) aderiram à PNPSR.

diata e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, bem como determinou medidas específicas a serem adotadas pelos órgãos que compõem os três poderes da república.

A primeira delas consistiu na determinação de formulação pelo Poder Executivo federal, no prazo de 120 dias, do Plano de Ação e Monitoramento para a Efetiva Implementação da Política Nacional para a População em Situação de Rua, com a participação, dentre outros órgãos, do Comitê intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua (CIAMP-Rua), do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), da Defensoria Pública da União (DPU) e do Movimento Nacional da População em Situação de Rua.

Especificamente quanto ao plano, consignou-se que deverá, no mínimo, conter os seguintes tópicos: elaboração de um diagnóstico atual da população em situação de rua, com identificação do perfil, da procedência e de suas principais necessidades, entre outros elementos a amparar a construção de políticas públicas voltadas ao segmento; criação de instrumentos de diagnóstico permanente da população em situação de rua; desenvolvimento de mecanismos para mapear a população em situação de rua no censo realizado pelo IBGE; estabelecimento de meios de fiscalização de processos de despejo e de reintegração de posse no País, e seu impacto no tamanho da população em situação de rua;

De igual modo, restou determinado que o plano deverá abarcar a elaboração de diretrizes para a intervenção do Poder Público, pautadas no tratamento humanizado e não violento da população em situação de rua, englobando, entre outros, a formação e o treinamento de agentes públicos, bem como as formas de abordagens específicas aos "hiperhipossuficientes"; elaboração de programas de capacitação e de sensibilização de agentes públicos das áreas da saúde, assistência social, educação, segurança pública, justiça, entre outras, para atuarem junto à população em situação de rua; incorporação, na Política Nacional de Habitação, das demandas da população em situação de rua; previsão de um canal direto de denúncias contra violência; formulação de políticas para fomentar a saída da rua através de programas de emprego e de formação para o mercado de trabalho;

A decisão estrutural designou, ainda, a adoção de medidas específicas e imediatas aos Poderes Executivos municipais e distrital, bem como onde houver atuação, aos Poderes Executivos federal e estaduais que, no âmbito de suas zeladorias urbanas e nos abrigos de suas respectivas responsabilidades, para fins de disponibilizar, através da defesa civil, barracas para pessoas em situação de rua com estrutura mínima compatível com a dignidade da pessoa humana, nos locais nos quais não há número de vagas em número compatível com a necessidade, bem como a disponibilização de itens de higiene básica à população em situação de rua.

Nesse contexto, resta perceptível que houve a determinação de uma série de obrigações (positivas e negativas) dentre elas, a proibição da adoção de técnicas de arquitetura hostil contra a população de rua, além de determinar parâmetros para a adoção de procedimentos para ações de zeladoria urbana, proibindo-se o recolhimento forçado de bens e pertences, assim como a remoção e o transporte compulsório de pessoas em situação de rua.

Particularmente, no âmbito das zeladorias urbanas, determinou-se a divulgação prévia do dia, o horário e o local das ações de zeladoria nos seus respectivos sites, nos abrigos, permitindo, assim, que a pessoa em situação de rua recolha seus pertences e que haja a limpeza do espaço sem conflitos, bem como a prestação de informações claras sobre a destinação de bens porventura apreendidos, o local de armazenamento dos itens e o procedimento de recuperação do bem.

Quanto aos agente encarregados pela zeladoria urbana, determinou-se a promoção de capacitação dos agentes com vistas ao tratamento digno da população em situação de rua, informando-os sobre as instâncias de responsabilização penal e administrativa e a garantia da existência de bagageiros para as pessoas em situação de rua guardarem seus pertences e a disponibilização de bebedouros, banheiros públicos e lavanderias sociais de fácil acesso para população em situação de rua, além da realização de inspeção periódica dos centros de acolhimento para garantir, entre outros, sua salubridade e sua segurança;

Por fim, como última medida específica a ser adotada, foi determinada aos poderes executivos municipais e distrital, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação de rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação.

Em síntese, consoante bem delineado por Rafael Lessa (MENEZES, 2023), pode-se analisar a decisão do ministro Alexandre de Moraes em quatro tipos de mandamentos: um de observância normativa, de cumprimento imediato; um conjunto de obrigações positivas e negativas, também de cumprimento imediato; e duas obrigações que obrigam o diagnóstico e o planejamento de políticas públicas (com parâmetros mínimos a serem observados).

Primeiro, a obrigação de observância normativa determina que as diretrizes do Decreto Federal nº 7.053/2009 devem ser integralmente cumpridas pelos estados, Distrito Federal e municípios. Como é cediço, os objetivos e diretrizes do decreto possuem caráter programático e refletem princípios e direitos da própria Constituição Federal, nesse sentido, por exemplo, o decreto estabelece como diretrizes: a) a promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais; b) a articulação e integração das políticas e a participação da sociedade civil na elaboração, acompanhamento

e monitoramento das políticas públicas (Menezes, 2023).

Todavia, há ações concretas decorrentes desta adesão normativa (MENEZES, 2023), especificamente, a necessidade de criação, pelos entes da Federação, de comitês gestores intersetoriais, integrados por representantes das áreas relacionadas ao atendimento da população em situação de rua, com a participação de fóruns, movimentos e entidades representativas desse segmento da população (artigo 3º, Decreto Federal nº 7.053/2009).

O segundo tipo de mandamento consiste no conjunto de obrigações positivas e negativas, também de cumprimento imediato, reside, sobretudo, em medidas decorrentes da proibição de aporofobia. São medidas que atendem imediatamente o objetivo constitucional de combate a todas as formas de discriminação, estatuído no artigo 3°, IV, da CF, além de outros direitos como o à liberdade de ir e vir, à integridade física, à posse e à propriedade da população de rua, assim como obrigações para o abrigamento digno e condições ao acesso ao saneamento básico.

Por fim, a decisão estabeleceu verdadeiras medidas de processo estrutural, com pretensões cooperativas e dialógicas, consistentes na necessidade de realização de diagnósticos da situação de rua pelos municípios e Distrito Federal; e na realização de um "Plano de Ação e Monitoramento para a efetiva implementação da Política Nacional da População de Rua" pelo Executivo Federal, cujos mandamentos são dotados de prospectividade, dando à atividade jurisdicional um enfoque direcionado ao futuro, procurando servir como mola propulsora para mudanças de comportamento gerais e continuadas (ARENHART, 2021.)

Considerações finais

À guisa de conclusão, é inquestionável que a decisão do STF na ADPF nº 976 é histórica ao abordar e reconhecer diversos problemas da população de rua, que por décadas foram invisibilizados, destacando-se como uma decisão paradigmática sob diversas nuances.

A primeira delas é a determinação de medidas imediatas a serem adotadas pelos entes federativos, instituindo verdadeiro processo estrutural, ao direcionar a reestruturação normativa, institucional e a prática destes entes para uma atuação harmônica e coordenada.

Sob outro viés, a imposição de uma série de providências, de natureza concreta, a serem tomadas pelos poderes públicos das três esferas de governo, salvaguardam a liberdade, a integridade física, a posse e a propriedade de pessoas em situação de rua, notadamente ao estabelecer regras contra a arquitetura hostil, prevenção a aporofobia, além de parâmetros mínimos para a atuação da zeladoria urbana e dos abrigos, com a nítida intenção de assegurar que a prestação de tutela estatal em prol da população em situação de rua esteja balizada em standards mínimos de concretização.

Lado outro, em que pese o Min. Relator Alexandre de Moraes tenha, nas razões de voto, lançado-se fartamente acerca da insuficiência da rede de acolhimento do SUAS, bem como tenha se debruçado sobre os diferentes programas de moradia voltados à população em situação de rua, já implantados ao redor do mundo, o dispositivo da decisão foi tímido ao impor soluções duradouras, haja vista a proposição de medida paliativas como solução imediata, quais sejam, a disponibilização de barracas pela defesa civil e de itens de higiene básica à população em situação de rua, sobressaltando-se, assim, a ausência de soluções habitacionais duradouras para esse segmento populacional.

Outrossim, se por um lado representou um grande avanço a obrigatoriedade de adesão e observância das diretrizes do Decreto Federal nº 7.053/2009 por Estados e Municípios, vinculados aos objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua, por outro também demonstra que a construção de respostas duradouras por parte do Estado dependerá da mobilização de recursos e de vontade política dos entes federativos.

Com efeito, a determinação aos poderes de realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, trata-se de medida que tem o objetivo de impingir o poder público competente a buscar soluções para o problema apresentado, abstendo-se de pré-indicar, contudo, no que consistiriam tais soluções, deixando, assim, uma considerável margem de deliberação ao gestor responsável pela elaboração e execução da política pública, de modo que mais uma vez, as soluções esperadas são deixadas ao alvedrio do voluntarismo (ou mais precisamente da ausência dele) dos gestores.

Desse modo, reconhece-se a superlativa e inegável complexidade da questão em espeque, assim como o caráter paradigmático da decisão, que tratou de diversos temas por décadas invisibilizados, contudo, não há como se negar que remanescem, de forma majoritária, e em parte pelo própria natureza estrutural da decisão, as soluções programáticas, em que a efetividade de direitos já consagrados são postergados para a posteridade de consecução de políticas públicas ainda inexistentes.

Referências

ADPF 347. **Voto do Relator,** Min. Marco Aurélio Mello, em julgamento de Medida Cautelar. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/ processos/ detalhe.asp?incidente=6410647. Acesso em: 26 set.2024.

ADPF 976. **Petição Inicial.** Disponível em: https://polos.direito.ufmg.br/ wp-content/ uploads/ 2022/11/ Peticao-Inicial-ADPF.pdf. Acesso em 24 set.2024.

ADPF 976. **Voto do Relator,** Min. Alexandre de Moraes, em julgamento de Medida Cautelar. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/ processos/ detalhe.asp?incidente=6410647. Acesso em 24 set.2024.

ARENHART, Sérgio Cruz, **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DANTAS, Eduardo Souza Dantas. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 155-176, 2017. DOI: 10.21680/ 1982-310X.2016v-9n2ID12258. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/ constituicaoegarantiade-direitos/ article/view/ 12258. Acesso em: 23 set. 2024.

IPEA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.** Estimativa da população em situação de rua no Brasil (2012-2022). 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ portal/ publicacao- item?id=faa83eb1- f7fb-44d9- ba91- 341a7672611d. Acesso em 23 set.2024.

MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. **O STF e a população de rua: da proibição da aporofobia à moradia digna?** Conjur, São Paulo, 06 ago.2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/ 2023-ago-06/ rafael-lessa- stf-populacao- rua. Acesso em 24 set.2024.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social - cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2010.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. **Estado de Coisas Inconstitucional e Diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/ sites/default/ arquivos_restritos/files/ documento/ 2019-10/ 2016005 estadodecoisas inconstitucional eodialogon osuprem otribuna lfederal.pdf. Acesso em 24 set.2024.

A TRANSNACIONALIDADE BIOJURÍDICA NA IMPORTAÇÃO DE GAMETAS HUMANOS RESPALDADA NA LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO[1]

Nayane Costa Nascimento

Doutoranda em Direito pela PUC/MG. Mestre em Educação pela PUC/MG Especialista em Ética e *Compliance* na Saúde pelo Instituto Albert Einstein. Professora do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera e da Pós-Graduação IEC PUC Minas Membro do Grupo de Pesquisa Direito Societário vinculado ao PPGD da PUC Minas. Advogada. Bolsista CAPES

Resumo:

A importação de material genético germinativo no Brasil, como alternativa para a escolha de doadores, provoca um confronto entre a autonomia individual na programação de projetos parentais e as normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina (CFM), que regulamentam o sigilo e o altruísmo nos procedimentos de doação. Essa prática evidencia desafios jurídicos e contratuais que ultrapassam o ordenamento brasileiro, abrangendo transações biojurídicas e econômicas originadas da transnacionalidade dos gametas humanos. Este estudo propõe analisar a legalidade das relações contratuais e os possíveis conflitos normativos na reprodução humana assistida heteróloga, especialmente no que diz respeito à mercantilização de gametas e às regulamentações biojurídicas aplicáveis. Os dilemas surgem em relação à tutela estatal sobre a importação de gametas, associada à questão da autonomia privada. O progresso do intercâmbio transnacional, respaldado pelas RDC nº 771/2022 e nº 81/2008 da Anvisa, revela uma linha tênue entre a autonomia reprodutiva e os limites éticos, evidenciando o risco de precificação do material genético. Entretanto, a dignidade humana e a autonomia corporal legitimam o uso dos gametas para o planejamento familiar, desde que os princípios éticos e legais sejam plenamente respeitados.

Palavras-chave: Importação de gametas; Transações biojurídicas; Autonomia.

1 O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Introdução

A transnacionalidade biojurídica nas práticas de reprodução humana assistida tem ganhado destaque na contemporaneidade, em especial no contexto da importação de gametas humanos. A globalização, os avanços nas tecnologias reprodutivas e a crescente demanda por tratamentos de fertilidade têm provocado discussões sobre a interseção entre regulamentações locais e práticas internacionais

A importação de material genético germinativo, como alternativa para a escolha de doadores, descortina o caráter altruísta e sigiloso da doação, conforme determinadas pelas normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina no Brasil. A justificativa em tal prática reside na autonomia de escolha e autodeterminação do processo de planejamento familiar. Por outro lado, surge uma série de questões jurídicas e contratuais que ultrapassam o ordenamento jurídico brasileiro, envolvendo a aplicação do direito privado em contextos internacionais.

A existência de um direito reprodutivo, fundamentado no direito à saúde - especialmente na saúde reprodutiva -, respalda o direito à privacidade e à autonomia nas escolhas individuais, bem como ao direito de constituir uma família, conforme normatizado pelo planejamento familiar. Nesse contexto, instaura-se um círculo biológico-mercadológico, envolvendo contratos mercantis de gametas humanos em um mercado livre (como ocorre nos Estados Unidos), contratos de compensação para doadores (prática comum em alguns países da Europa) ou até o compartilhamento sem critérios juridicamente claros, seja pela importação e exportação desse material germinativo, desconsiderando as restrições legislativas de cada sistema jurídico, ou por práticas paralelas às determinações legais e deontológicas, como as inseminações caseiras.

O objetivo do presente trabalho é, analisar a legalidade das relações jurídicas contratuais e identificar possíveis confrontos normativos na prestação do serviço de importação de material genético germinativo humano, utilizados na reprodução humana assistida heteróloga no Brasil. Para tanto, utilizar-se-á o método de pesquisa bibliográfica, legislativa e normativa, do Conselho Federal de Medicina, referentes a reprodução humana assistida no Brasil; estudos da natureza jurídica sobre a mercantilização de gametas humanos, através custos de transação e oportunidade; envolvendo a contratualização da importação de material genético germinativo.

Nas hipóteses preliminares, indaga-se se, juridicamente, a importação de material genético germinativo no Brasil deve ser objeto de tutela estatal, por ser uma matéria de ordem pública e coletiva, que transcende a responsabilidade individual; ou se, por ser expressão da autonomia privada, deve ser reconhecida como um direito reservado à intimidade da vida familiar, sem a intervenção estatal; ou, ainda, se o negócio jurídico de importação de células

germinativas humanas seria inválido. Verifica-se que existe uma linha tênue que separa a autonomia da vida privada dos limites éticos e da integridade do ser humano, o que, diante da possibilidade de lucratividade mercadológica, acarreta o iminente risco de coisificação irrestrita do material genético germinativo humano.

Nesse cenário, é evidente o progresso do intercâmbio transnacional na importação de gametas humanos, principalmente provenientes de países europeus, alicerçados em pseudo-normatividades operacionais nas RDC/Anvisa nº 771/2022 e nº 81/2008, que regulamentam todo o procedimento de importação desse material genético germinativo.

As transações biojurídicas e deontológicas envolvendo os gametas humanos

O poder que advém do conhecimento biotecnológico, a partir da expansão das tecnologias reprodutivas, acende motivações que se apresentam intrinsecamente ligadas tanto ao aumento da oferta dos serviços ligados à reprodução assistida (como a busca do lucro, quer por parte das empresas envolvidas, médicos, pesquisadores e mesmo intermediários) quanto da demanda por estes mesmos serviços, o desejo humano funcionando como um motor para a busca da felicidade, a busca de uma "qualidade de vida cada vez mais enfatizada pela mídia, e que se traduz por um respeito quase absoluto à relatividade das opções pessoais". (LEWICKI, 2001)

Sob essa ótica, o mercado reprodutivo brasileiro, revela-se em um ecossistema envolvendo um setor dinâmico e multifacetado, caracterizado por uma complexa interação de oferta e demanda, na análise dos fatores de produção, custos de oportunidade e custos de transação, regulamentações deontológicas, bem como a performance midiática na espetacularização da vida medicinalmente assistida. As clínicas de reprodução humana assistida desempenham um papel central nesse mercado, oferecendo uma ampla gama de serviços que vão desde a inseminação artificial até a fertilização *in vitro* (FIV), a doação de gametas e a preservação da fertilidade.

Nesse movimento, surgem os "conglomerados empresarias ofertando fertilidade" (CATALAN, 2020) através de um portfólio de "serviços como venda de medicação, (LAUREANO, 2022) aconselhamento psicológico e genético, alguns exames, testes genéticos com utilização de inteligência artificial, banco de gametas masculinos e femininos, financiamento etc., ao alcance do paciente.

As transações biojurídicas e econômicas reprodutivas

As tecnologias reprodutivas emergiram como um setor significativo nas relações mercadológicas em torno da prática médica, com transações econômicas complexas e estruturas de mercado que exigem uma análise de-

talhada. A transação econômica é vista "como os instrumentos pelos quais os agentes econômicos procuram interagir no sentido de obter a máxima eficiência na produção ou alocação dos bens e serviços disponíveis e, deste modo, maximizar seus próprios interesses" (PIMENTA, 2024). No mercado reprodutivo, isso envolve não apenas a aplicação de tecnologias avançadas, mas também as dinâmicas econômicas, a ampliação dos novos agentes, a alocação de bens, a verticalização de serviços, a "comoditização de medicamentos*"* e os "mecanismos de democratização" (LAUREANO, 2022).

Assim, para compreender as transações biojurídicas - econômicas no campo da reprodução humana assistida, é necessário detalhar seus fatores de produção (custos de produção), os custos de oportunidade e os custos de transação na estrutura e operação dos serviços de reprodução assistida, os quais contribuem para a satisfação das necessidades reprodutivas dos indivíduos e da sociedade.

Os fatores de produção, também denominados como recursos de produção, são definidos por Eduardo Goulart (2024) como "dádivas da natureza (fator terra), a população economicamente mobilizável (fator trabalho), as diferentes categorias de capital (fator capital) e as capacidades tecnológicas (fator tecnologia) e empresarial (fator empresarialidade ou organização*)".*

Dessa forma*,* o fator terra representa a infraestrutura física onde os serviços são prestados: clínicas e laboratórios especializados em procedimentos como fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial, e outras técnicas de reprodução, os Banco de Células e Tecidos Germinativos BCTGs (BCTGs) e laboratórios diagnósticos. Esses locais devem atender os requisitos técnico-sanitários para garantir condições adequadas de segurança e qualidade, tanto no processo de preparo quanto de manejo dos materiais genéticos germinativos, como gametas e embriões. Devem ser constituídos com ambientes que permitam a realização das atividades: administrativas, laboratoriais, coleta de sêmen, coleta de oócitos, processamento de células germinativas, tecidos germinativos e embriões humanos e armazenamento deste material germinativo[2].

O fator trabalho, envolve a mão de obra especializada nas tecnologias reprodutivas, com colaboradores habilitados, capacitados e em constante treinamento, compatíveis com as atividades realizadas. Isso inclui uma equipe diversificada composta por responsáveis legais, técnicos da área de saúde com treinamento em reprodução humana, responsáveis pelas ações de garantia de qualidade, médicos especializados em reprodução, embriologistas responsáveis pelo processamento de sêmen, óvulos e embriões, responsáveis pelas ações de biovigilância, além de enfermeiros, técnicos de laboratório e outros profissionais da saúde. (LAUREANO, 2022)

O fator capital refere-se aos recursos financeiros e aos investimentos

2 É o que determina o artigo 64 da Resolução de Diretoria Colegiada-RDC n. 771, de 26 de dezembro de 2022.

necessários para a operação das clínicas de reprodução assistida. Esses centros devem possuir equipamentos e instrumentos, de acordo com sua complexidade e demanda. Isso inclui os custos associados à aquisição de equipamentos como incubadoras, micrótomos e sistemas de criopreservação, bem como o investimento em tecnologias avançadas para diagnósticos e tratamentos, tanto nacionais quanto importados, os quais devem estar regularizados junto à Anvisa, de acordo com a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC n° 185, de 22 de outubro de 2001, que dispõe sobre o registro de produtos médicos, ou com a Resolução RDC n° 40, de 26 de agosto de 2015, que dispõe sobre os requisitos de cadastro de produtos médicos.

O fator tecnologia é essencial na reprodução assistida, envolvendo o uso de técnicas avançadas e equipamentos especializados para otimizar os resultados dos tratamentos. Isso inclui tecnologias como fertilização in vitro (FIV), transferência intrafalopiana (GIFT), técnicas de criopreservação de gametas e embriões, uso de inteligência artificial na seleção de gametas, avaliação da qualidade de embriões e óvulos, bem como a previsão de resultados. A inovação tecnológica contínua permite melhorias nos procedimentos, aumentando as taxas de sucesso e oferecendo novas soluções para problemas de infertilidade. A capacidade de uma clínica de integrar e atualizar suas tecnologias é fundamental para sua competitividade e eficácia. (IBRRA, 2024)

Por fim, o fator empresarialidade ou organização refere-se à capacidade de gerenciar e organizar os recursos e operações de uma clínica de reprodução assistida de maneira eficiente. Isso inclui gestão estratégica, coordenação de atividades e a capacidade de inovar e adaptar-se às mudanças do mercado e às necessidades dos pacientes. Nos termos da Resolução RDC 771/2022 da ANVISA, a gestão de um CRHA deve associar a manutenção de normas éticas e de qualidade, implementando um sistema de gestão da qualidade que estabeleça políticas de boas práticas em células, tecidos germinativos e embriões, gestão de documentos e conformidade com normas de biossegurança e higiene.

Os custos de transação no mercado reprodutivo brasileiro são significativos e variam conforme o tratamento. Por exemplo, um ciclo de FIV pode custar entre R$ 15.000 e R$25.000, sem contar as despesas adicionais com medicamentos, consultas e procedimentos auxiliares. Esses custos representam uma barreira para muitos casais que buscam tratamento, refletindo a necessidade de acesso a informações claras e precisas, além de múltiplas consultas e autorizações que agregam custos emocionais e burocráticos.

Verifica-se que, no contexto econômico da reprodução humana assistida, os recursos de produção são fundamentais para o funcionamento eficaz dos serviços oferecidos. A combinação adequada e a interação desses fatores - terra, trabalho, capital, tecnologia e empresarialidade - resultam em um atendimento que visa satisfazer as necessidades reprodutivas dos pacientes,

contribuindo para a segurança nas ações de qualificação e validação das atividades realizadas. A gestão eficiente e a mobilização estratégica desses recursos são essenciais para o sucesso e a qualidade dos serviços de reprodução assistida.

Os custos de oportunidade são um aspecto crítico da reprodução humana assistida (RHA), referindo-se aos custos associados às escolhas feitas ao alocar recursos para seu uso específico. As decisões sobre a alocação de recursos financeiros e humanos em tratamentos de fertilidade têm implicações significativas tanto para as clínicas quanto para os pacientes. Por exemplo, investimentos em tecnologias mais avançadas podem resultar em melhores taxas de sucesso, mas também aumentam os custos operacionais. Para as clínicas, escolher entre oferecer uma gama ampla de serviços ou se especializar em técnicas específicas pode influenciar sua rentabilidade e posição no mercado. (LAUREANO, 2022)

A demanda por tratamentos reprodutivos relacionados à infertilidade é alta, pois uma parcela significativa da população enfrenta dificuldades para conceber. Além disso, as técnicas reprodutivas tornaram-se um "produto a ser consumido" (CATALAN, 2020) no atendimento à autonomia do planejamento procriativo. As opções de tratamento variam de acordo com a causa subjacente da infertilidade e com a demanda, incluindo desde medicamentos para estimular a ovulação até procedimentos cirúrgicos, visando as técnicas de reprodução assistida, como abordado no capítulo anterior.

Portanto, no contexto de um contrato de reprodução humana assistida, os fatores de produção envolvem os recursos essenciais para oferecer os serviços, como instalações, profissionais, tecnologia e capital. Os custos de oportunidade estão associados às escolhas de alocação de recursos que poderiam ser utilizados em outras áreas. Já os custos de transação referem-se aos dispêndios relacionados à gestão e implementação das relações jurídicas e operacionais, como contratos e conformidade. Compreender esses conceitos é crucial para analisar a eficiência e a viabilidade econômica dos serviços de reprodução assistida no mercado brasileiro.

No Brasil, a doação de gametas é anônima e altruísta, e, embora o pagamento pela doação seja proibido, os doadores acabam sendo reembolsados por despesas associadas ao processo ou são inseridos em programas de ovodoação, expandindo a racionalidade econômica no exercício da medicina.

Assim, na construção da relação contratual biojurídica que se forma em torno das relações advindas da reprodução humana assistida, evidenciam-se os custos operacionais com a catalogação de "perfis genético e fenotípicos dos fornecedores de gametas" (CATALAN, 2020), provenientes dos bancos de células e tecidos germinativos, essenciais para o funcionamento do mercado reprodutivo e para atender à demanda dos desígnios procriativos. Esse processo, entretanto, permanece ofuscado pelas normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina, e há uma anomia legislativa concreta

sobre o assunto.

Anomia legislativa e o cenário deontológica da reprodução humana assistida no Brasil

A liberdade de autodeterminação é o cerne das escolhas reprodutivas. Esse princípio, consagrado pelo direito civil e pelo princípio da autonomia da vontade, legitima a busca por gametas fora do Brasil quando o mercado interno não atende às necessidades dos pacientes. No entanto, essa liberdade encontra limites impostos pelas normas deontológicas e pelo direito à integridade do corpo humano.

O mercado reprodutivo brasileiro enfrenta uma significativa lacuna legislativa em relação à regulamentação da mercantilização de gametas humanos. Apesar de o artigo 199 da Constituição Federal proibir a comercialização de substâncias humanas, a norma não trata especificamente dos gametas, que são elementos essenciais para a reprodução assistida.

A legislação infraconstitucional, como a Lei nº 9.434/1997, que regulamenta a remoção de órgãos e tecidos humanos, também omite os gametas, restringindo-se aos transplantes. A Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) proíbe a comercialização de células-tronco embrionárias, mas novamente não aborda a questão dos gametas humanos. Mesmo o Código Civil, ao estabelecer direitos e deveres das pessoas na ordem civil, não preenche essa lacuna, embora influencie contratos relacionados à reprodução assistida, como os de doação de gametas. De fato, essa omissão legislativa deixa o mercado vulnerável, especialmente diante da crescente demanda e da insuficiência de doadores locais. Não há um comando constitucional claro que proíba a comercialização de gametas, e interpretações amplas de "substâncias humanas" poderiam gerar consequências práticas indesejáveis.

Dada a ausência de regulação federal, as normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina (CFM) têm servido como diretrizes supletivas, garantindo um mínimo de ética e controle.

No Brasil, a ausência de uma regulamentação legislativa federal específica sobre reprodução humana assistida - especialmente no que diz respeito à doação heteróloga, anonimato dos doadores e possível precificação de gametas - evidencia uma anomia jurídica no setor. A regulação prática do tema está centrada nas normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina (CFM), que emitiu oito resoluções ao longo de trinta anos, culminando na Resolução nº 2.320/2022.

Essas resoluções proíbem a comercialização de gametas e pautam a doação no altruísmo, fundamentando-se nos princípios bioéticos de justiça, beneficência e autonomia. A justiça impede lucros indevidos, a beneficência evita a mercantilização do corpo humano e a autonomia garante decisões livres, protegendo populações vulneráveis.

Apesar da busca pela democratização da reprodução assistida, o setor enfrenta desafios decorrentes da "verticalização" dos serviços" (LAUREANO, 2022), que centraliza atividades e aumenta custos. Nesse contexto, destaca-se a necessidade de harmonizar práticas comerciais com normas éticas, promovendo debates sobre contratos biojurídicos e custos de transação no mercado reprodutivo.

Contudo, é imprescindível que o arcabouço legal evolua para incluir regras claras e abrangentes sobre a comercialização de gametas, protegendo tanto os direitos dos indivíduos quanto a integridade do mercado reprodutivo.

As normas deontológicas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) regulam rigorosamente a atividade médica, embora, em alguns casos, essas normas pareçam entrar em conflito com os avanços mercadológicos das tecnologias reprodutivas. Essas diretrizes incluem a seleção e triagem de doadores, o número máximo de embriões a serem transferidos, a preservação e descarte de embriões, além de garantir a transparência nas práticas embriológicas oferecidas pelas clínicas. O CFM também aborda questões éticas fundamentais, protegendo os direitos dos pacientes e proibindo a comercialização de gametas humanos.

Além das regulamentações deontológicas, os contratos biojurídicos existentes nas relações médico-paciente-clínicas são fundamentais para estabelecer os direitos e deveres das partes envolvidas nos tratamentos de reprodução assistida, bem como para o estabelecimento do consentimento livre e informado acerca das consequências e responsabilidades nas escolhas das técnicas reprodutivas. Esses contratos abrangem aspectos como a propriedade e o destino dos gametas criopreservados, a responsabilidade financeira, os direitos dos doadores e receptores, assegurando a segurança jurídica e a clareza nos procedimentos.

O mercado reprodutivo brasileiro, portanto, é uma arena onde se encontram avanços tecnológicos, discussões biojurídicas e análise econômica do direito, surgindo a partir das necessidades médicas, questões éticas e desafios legais. Isso exige uma abordagem cuidadosa e informada para garantir que todos os envolvidos possam exercer seus direitos de forma segura e responsável.

Liberdade de autorregulação do mercado reprodutivo

O mercado de reprodução humana assistida é marcado por uma interseção complexa de transações biojurídicas, econômicas e éticas, que se entrelaçam nas práticas regulamentadas de reprodução assistida. As regulamentações relacionadas ao uso e armazenamento de sêmen e óvulos influenciam diretamente os custos e a operação dos centros de fertilidade. Além disso, as normas deontológicas e empresariais que regem a cessão e doação de game-

tas moldam a dinâmica econômica desse mercado. Contratos entre pacientes e clínicas, bem como entre clínicas e doadores, são fundamentais para definir a propriedade dos gametas, a compensação dos doadores e as responsabilidades de cada parte. Nesse contexto, a denominação doação de gametas se refere exclusivamente ao ato de transferência física, mais do que à aplicação estrita da definição de um contrato de doação.

A importação de gametas humanos é uma prática comum na União Europeia e nos Estados Unidos, normalmente regulamentada por leis que permitem a precificação por meio de cessão ou compensação, incentivando a captação de doadores. No entanto, quando esse material germinativo é recebido por países como o Brasil, muitas vezes por meio de negócios jurídicos formalizados, surgem dúvidas sobre a conformidade com o ordenamento jurídico nacional. (OLIVEIRA, 2021)

Do ponto de vista mercadológico, existem duas condições fundamentais na cessão de gametas no Brasil. A primeira refere-se à demanda, que pode ser impulsionada pela infertilidade de um indivíduo ou pelo desejo de um projeto parental. A segunda diz respeito à oferta, que é restrita pela atitude altruísta dos doadores, seja por meio de bancos de sêmen ou doadores familiares, ou ainda programas de ovodoação.

Um dos principais desafios desse mercado é o crescente desequilíbrio entre demanda e oferta. Esse desequilíbrio ocorre, por um lado, devido à barreira deontológica criada por normas médicas que sobrepõem a escolha dos doadores à atividade médica, com base no catálogo de características fenotípicas e genotípicas determinadas pelos pacientes. Por outro lado, a falta de vantagens mútuas entre contratantes e doadores também contribui para o desequilíbrio. Nesse contexto, é importante distinguir a vontade do indivíduo ao ceder seu material genético: a doação, que é puramente solidária, e a comercialização, que está baseada em troca por moeda ou outras formas de remuneração.

Berlinguer e Garrafa apontam dois fatores que impulsionam o mercado reprodutivo internacional: os avanços científicos e as leis autorreguladoras do mercado. O comércio de fragmentos do corpo humano pode ser sustentado por argumentos jurídicos sobre o direito de propriedade dos gametas, por motivos econômicos baseados no utilitarismo e, por fim, por considerações de ordem teológica. (BERLINGUER; GARRAFA, 2001).

Entre 2016 e 2019, o Brasil observou um aumento expressivo nas importações de células e tecidos germinativos, com o número de amostras passando de 1.378 em 2016 para 4.010 em 2019, o que representa um crescimento de mais de 290%. Em 2020, devido às restrições impostas pela pandemia de COVID-19, o número caiu para 2.053 amostras. A maioria das amostras seminais provém de três bancos norte-americanos - Fairfax Cryobank, Seattle Sperm Bank e Califórnia Cryobank - todos privados, licenciados localmente e registrados pelo FDA (Food and Drug Administration).

Em contraste, as importações de óvulos (oócitos) tiveram um aumento alarmante, passando de 36 amostras em 2011 para 3.087 em 2019, um crescimento superior a 8.000%.

Essa realidade coloca em discussão a lógica biomaterial da transnacionalidade mercadológica dos gametas humanos. Isso ocorre a partir de contratos internacionais de prestação de serviço para a aquisição de gametas, com a finalidade de efetivar um projeto de parentalidade, no escopo dos direitos à liberdade contratual e à livre disposição sobre o corpo. A reprodução assistida, ou fecundação artificial, surgiu como solução para a esterilidade; contudo, logo após o surgimento das técnicas e das doações, o mercado globalizado entrou em cena, criando uma rede de relações mercadológicas e existenciais que respondem a um projeto parental, permitindo a transição da doação para a venda de sêmen e, posteriormente, de óvulos humanos.

A desigualdade entre oferta e demanda é um dos fatores que impulsiona essa transformação. Em muitos países, a oferta de gametas para doação não é suficiente para atender à demanda local, o que leva médicos e pacientes a buscar gametas em regiões onde a oferta é mais abundante. A variabilidade nas leis e regulamentações também desempenha um papel crucial nesse fluxo transnacional de gametas, uma vez que países que proíbem a doação anônima acabam vendo seus cidadãos recorrerem a locais onde o anonimato é permitido. Além disso, as diferenças nos custos de tratamentos de fertilidade e compensação para doadores/fornecedores tornam a importação de gametas uma opção atraente para clínicas e pacientes. (BERLINGUER; GARRAFA, 2001).

O mercado de gametas humanos é estruturado em torno de bancos de gametas e clínicas especializadas que atuam como intermediários, oferecendo serviços de armazenamento, triagem e venda de gametas. A estrutura comercial desse mercado pode variar de acordo com o grau de regulamentação de cada país. Em locais com regulamentações mais rígidas, o mercado tende a ser mais controlado; já em países com regras mais flexíveis, a comercialização tende a ser mais lucrativa e menos regulamentada, gerando uma diversidade de modelos comerciais e práticas de mercado. Os preços dos gametas, que variam conforme a demanda, a qualidade do material genético e a regulamentação local, podem influenciar o acesso aos tratamentos de fertilidade e fomentar a importação e o comércio interno.

Os doadores de gametas desempenham um papel crucial nesse contexto. A triagem rigorosa dos doadores é essencial para garantir que os gametas sejam de alta qualidade e livres de doenças genéticas, protegendo assim a saúde dos futuros filhos e atendendo aos padrões das clínicas de fertilidade. A compensação financeira oferecida aos doadores pode incentivar a doação, especialmente em países onde isso representa uma forma de rendimento adicional. Em locais onde a compensação é baixa ou inexistente, a motivação para doar pode ser mais altruísta. O exame detalhado, incluindo

avaliações genéticas e médicas, ajuda a garantir que os doadores atendam aos requisitos necessários.

Nos Estados Unidos, a ausência de uma legislação rigorosa contribui para a proliferação de clínicas de reprodução assistida e um mercado de mais de dois bilhões de dólares, estimulando a expansão das técnicas reprodutivas e a necessidade urgente de normas internacionais. (BERLINGUER; GARRAFA, 2001).

É fundamental destacar a diversidade regulatória à qual a reprodução assistida está submetida, tanto por leis quanto por diretrizes, nos mais variados contextos culturais. Essa diversidade gera consequências sobre a implementação de tratamentos em um mundo de fronteiras fluídas. Nem todos os ordenamentos jurídicos, por exemplo, permitem a doação de gametas femininos e masculinos. Na Alemanha, Áustria, Suíça e Noruega, por exemplo, é proibida a doação de óvulos, permitindo apenas a doação de sêmen. O fundamento alegado para essa proibição está na tentativa de evitar a dissociação da maternidade e no risco de favorecimento de gravidezes tardias por meio da doação de óvulos. Por outro lado, a maioria dos países, como Brasil, Portugal, Espanha, França, Bélgica, Grécia, Reino Unido e Estados Unidos, admite a doação de ambos os gametas.

Nos Estados Unidos, as doadoras de óvulos são rotineiramente compensadas por sua participação, normalmente com valores entre US$ 5.000 e US$ 10.000 por ciclo concluído. O pagamento a doadoras por serviços prestados tem sido uma prática comum desde 1984, embora a adequação dessa remuneração seja constantemente questionada.

A liberdade de autodeterminação na reprodução assistida transcende fronteiras, permitindo que os pacientes escolham os melhores recursos disponíveis globalmente. Entretanto, essa liberdade encontra limitações nas regulamentações nacionais, que priorizam o altruísmo e o anonimato na doação de gametas. Os contratos biojurídicos desempenham um papel central na importação de gametas, formalizando as obrigações entre pacientes, clínicas e bancos de gametas. Eles incluem cláusulas de consentimento livre e esclarecido, confidencialidade e responsabilidade sobre o material importado, buscando alinhar práticas internacionais às exigências éticas brasileiras e assegurando a segurança jurídica dos envolvidos.

Um dos principais desafios éticos na importação de gametas é a possibilidade de práticas eugênicas, especialmente quando os pacientes escolhem doadores com base em características fenotípicas. (MEIRELLES, 2005). Embora a escolha possa ser justificada pela busca de compatibilidade genética, ela também pode reforçar preconceitos sociais e desigualdades. No Brasil, a falta de incentivos para doadores locais contribui para a escassez de gametas e para a dependência do mercado internacional. Uma solução ética e sustentável exige o equilíbrio entre a autonomia dos pacientes e a proteção contra práticas discriminatórias, garantindo que a seleção de gametas respei-

te a dignidade humana.

Diante dos desafios identificados, propõe-se um conjunto de medidas regulamentares para a importação de gametas humanos no Brasil: estabelecer uma legislação federal específica que regule todas as etapas da reprodução assistida, incluindo a importação, armazenamento, distribuição e uso de gametas, com critérios claros para assegurar a conformidade ética e jurídica; criar mecanismos de incentivo à doação local, como programas de conscientização e compensação justa para doadores, alinhados aos princípios de altruísmo e dignidade humana; harmonizar as normas brasileiras com os padrões internacionais, promovendo a compatibilidade regulatória e a segurança jurídica nas transações transnacionais; implementar políticas que garantam a acessibilidade econômica aos tratamentos de reprodução assistida, oferecendo subsídios ou benefícios fiscais para populações de baixa renda; e investir na educação bioética de profissionais e na conscientização da sociedade, reforçando a importância do equilíbrio entre autonomia individual e os limites éticos necessários para evitar a comercialização indiscriminada de gametas e preservar a dignidade humana.

Conclusão

O mercado reprodutivo brasileiro, em constante expansão, reflete não apenas a crescente demanda por gametas, mas também a complexidade das transações biojurídicas envolvidas, que envolvem uma interseção entre normas éticas, regulamentações e a mercantilização desses recursos humanos essenciais para a reprodução assistida. A transnacionalidade desse mercado acrescenta uma camada adicional de complexidade, uma vez que as regulamentações nacionais precisam ser conciliadas com as normas internacionais, criando um cenário desafiador para a proteção dos direitos procriativos e éticos em um contexto globalizado.

A autorregulação, que surge diante da ausência de um sistema regulatório uniforme, revela-se um aspecto central na compreensão das práticas reprodutivas contemporâneas. A multiplicidade de práticas e padrões, muitas vezes influenciados por pressões mercadológicas e lacunas legislativas, dificulta a criação de um sistema que seja eficaz e coeso. Nesse cenário, a liberdade de autodeterminação torna-se um princípio fundamental, sustentando o direito dos indivíduos de buscar os recursos reprodutivos necessários para o planejamento familiar. No entanto, tal liberdade exige regulamentações claras que alinhem as práticas internacionais aos valores éticos e jurídicos locais.

Este estudo revelou, através de uma análise crítica das práticas de reprodução assistida no Brasil, que a interação entre pacientes-receptores, doadores e as instituições envolvidas é crucial, pois reflete as tensões entre a objetificação dos gametas e a complexidade das relações contratuais bioju-

rídicas. Além disso, a consideração dos fatores de produção - como instalações, profissionais, tecnologia e os custos de oportunidade - é essencial para entender a viabilidade econômica dos serviços de reprodução assistida no Brasil.

A autonomia corporal e procriativa, que garante aos indivíduos o poder de controle sobre seus corpos e seus elementos genéticos, desde que respeitada a dignidade humana, é a base que legitima a coisificação dos gametas humanos no processo de planejamento familiar. No entanto, este processo deve ser cuidadosamente regulado para evitar a transformação dos gametas em mercadorias desprovidas de contexto ético.

No contexto internacional, a busca por gametas em um mercado globalizado apresenta desafios adicionais. A criação de um "catálogo" de doadores - ou "cedentes", como são denominados neste estudo, em virtude da precificação dos gametas - levanta questões sobre os custos de transação e a ética na escolha do doador. A transnacionalidade, aliada à comercialização dos gametas, expõe as fragilidades do sistema regulatório atual, que necessita urgentemente de uma abordagem mais coesa e integrada, capaz de equilibrar a liberdade reprodutiva com as normas éticas que regem a dignidade humana.

Assim, a conclusão deste estudo aponta para a necessidade urgente de uma regulamentação federal mais clara e abrangente, que harmonize as normas internas e externas e garanta a proteção dos direitos reprodutivos, sem comprometer os princípios fundamentais da bioética. Somente com um equilíbrio entre autonomia, regulamentação ética e eficácia econômica, o Brasil poderá se posicionar como referência no mercado reprodutivo global, promovendo uma prática de reprodução assistida justa, acessível e respeitosa aos direitos humanos.

Referências

BERLINGUER, G.; GARRAFA, V. **O Mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 2ed.2001

BRASIL (2008). Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. **Resolução de Diretoria Colegiada- RDC** n. 81, de 5 de novembro de 2008. Dispõe sobre o Regulamento Técnico de Bens e Produtos Importados para fins de Vigilância Sanitária. <http://portal.anvisa.gov.br/ documents/ 33880/2568070/ rdc0081_05_11_2008.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL (2022). Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. **Resolução de Diretoria Colegiada- RDC** n. 771, de 26 de dezembro de 2022. Dispõe sobre as Boas Práticas em Células Germinativas, Tecidos Germinativos e Embriões Humanos, para uso terapêutico, e dá outras providências. <https://www.in.gov.br/ en/ web/ dou/-/ resolucao-rdc- n-771-de- 26-de-dezembro- de-2022- 454141632>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL (2022). Conselho Federal de Medicina. **Resolução do CFM** n**.** 2.320/2022 de 20 de setembro de 2022. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida -sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº2294, publicada no D.O.U. de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/ normas/ visualizar/ resolucoes/ BR/2017/ 2168>. Acesso em: 22 set.2022.

CATALAN, Marcos; FROENER, Carla. **A reprodução humana assistida na sociedade de consumo**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020,

IBRRA. Medicina Reprodutiva. **Instituto Brasileiro de Reprodução Assistida**. O uso de I.A. na medicina reprodutiva: como a tecnologia está mudando tratamentos e aumentando taxas de sucesso. Disponível em https://ibrra.com.br/ uso-de-ia-na- medicina- reprodutiva/. Acesso abr.2024

LAUREANO, Erivelton. **Gestão e efetividade: *manual hands on*: o mercado está ruim para quem está parado.** Brasília: Viva Mais Editora, 2022

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Estrutura jurídica da empresa na era digital**. 4ª ed. Belo Horizonte: Expert, 2024

LEWICKI, Bruno. **O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida**. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Org.). Temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103

MEIRELLES, Ana Thereza. **As escolhas procriativas no projeto parental assistido heterólogo: as condutas neoeugênicas à luz dos limites ético-jurídicos**. Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, v. 1, 2017

SOUZA, André Luiz; LAZZARETTI, Miguel Ângelo**. A falácia do mercado autorregulado: institucionalização de liberdade e a comodificação da natureza em Karl Polanyi**. Brazilian Applied Science Review, vol. 4, n. 6, p. 3219-3310, 2020.

OLIVEIRA, Lucas de Oliveira. **Gametas como Mercadorias**: a superação dos desafios éticos- jurídicos da comodificação de gametas humanos. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2021.

PERSPECTIVAS HERMENÊUTICAS DO DIREITO À VIDA DO NASCITURO FRENTE À LIBERDADE SEXUAL DA MULHER

Vitória Sabrina de Moura Silva
Centro Universitário Doutor Leão Sampaio - UNILEÃO; Graduanda em Direito

Francilda Alcantara Mendes
Centro Universitário Doutor Leão Sampaio; Professora Universitária, Doutora em Educação Brasileira e Mestra em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Ceará

Resumo:

Este estudo, à luz do biodireito, tem como objeto de pesquisa o bem vida, tutelado ao se falar em legalização e legitimação do aborto. Haja vista a hipótese inicial de que para falar sobre aborto é importante a distinção dos sujeitos envolvidos, esta pesquisa objetiva investigar, no âmbito da hermenêutica tradicional e constitucional, a perspectiva do direito à vida do nascituro frente à liberdade sexual da mulher. Há de se notar, com isso, que cientificar o bem tutelado ao se falar sobre aborto é de destacada relevância no âmbito científico, tendo em vista o caráter de esclarecimento formal e material desta discussão para a aplicação e efetivação de direitos; e, também, na esfera social, pois é possível, a partir da aplicação do princípio da secularização no estudo, a elucidação dissociada de concepções maniqueístas e dogmáticas. A metodologia eleita é do tipo aplicada, com abordagem qualitativa; a trajetória adotada tem início com a pesquisa bibliográfica de natureza exploratória, além da pesquisa documental. Foi considerada a hermenêutica clássica, amparada na obra de teóricos como Carlos Maximiliano (2021); e a hermenêutica constitucional, na perspectiva de Luís Roberto Barroso (2012). Os resultados obtidos demonstram que a complexidade da questão ante o aborto como fenômeno multifatorial exige amplo debate, a fim de que a proteção da vida não seja levianamente tratada, e, sim, a partir de uma hermenêutica que observe o preceito do ser humano como um fim em si mesmo.

Palavras-chave: Aborto; Direito à vida do nascituro; Direitos Humanos e fundamentais; Liberdade sexual da mulher; Hermenêutica jurídica.

Introdução

A legalização e a legitimação do aborto representam um dos debates mais complexos no campo do biodireito, envolvendo questões éticas, jurídicas, sociais e culturais. No centro dessa discussão estão dois direitos fundamentais e humanos: o direito à vida, assegurado ao nascituro, e a liberdade sexual da mulher, que abrange sua autonomia sobre o próprio corpo e sobre decisões reprodutivas. A colisão entre esses direitos suscita reflexões profundas acerca da personalidade jurídica do nascituro, do alcance da dignidade da pessoa humana e da aplicabilidade dos direitos humanos em contextos tão sensíveis. Em um cenário jurídico e social marcado por opiniões polarizadas, emerge a necessidade de uma análise hermenêutica para além de concepções maniqueistas, de modo a permitir a construção de um debate pautado na proteção de direitos e na promoção de um equilíbrio ético e jurídico.

Reconhecendo a multidimensionalidade desse debate, este trabalho inaugura e faz parte de uma sequência de estudos que buscarão aprofundar as diferentes facetas relacionadas ao aborto e aos direitos do nascituro, com uma abordagem fundamentada no princípio da secularização. Ao dissociar o tema de paixões, ideologias e dogmatismos, pretende-se promover uma análise mais objetiva e equilibrada, contribuindo para uma compreensão ampla e consistente acerca dos impactos desse tema no ordenamento jurídico, na proteção dos direitos humanos e na formulação de políticas públicas.

Este estudo tem como objetivo geral investigar, sob as perspectivas da hermenêutica tradicional e constitucional, o direito à vida do nascituro em relação à liberdade sexual da mulher, considerando os direitos humanos e fundamentais de ambos os sujeitos. Para isso, como objetivos específicos, propõe-se verificar a personalidade jurídica, o status pessoal e moral do nascituro; identificar os direitos humanos que lhe são atribuídos; e analisar se há, no caso do embrião ou feto, a mitigação da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional. Por meio desses objetivos, busca-se contribuir para o debate jurídico e social sobre a legalização e a legitimação do aborto, promovendo reflexões críticas que ampliem a compreensão sobre a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais nesse contexto.

A metodologia eleita para este estudo é de natureza aplicada, com abordagem qualitativa, estruturada para atender ao problema de pesquisa e aos objetivos propostos. Inicialmente, foi realizada uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório em bases de dados digitais, como o portal de periódicos da CAPES, Google Acadêmico e Plataforma Scielo, para localizar artigos, teses e dissertações que abordem o aborto, os direitos humanos e fundamentais envolvidos, à luz do biodireito. Utilizou-se, também, a pesquisa documental para identificar legislações, resoluções, portarias e outros documentos normativos, nacionais e internacionais, relacionados ao tema. A análise fundamentou-se em referenciais teóricos da hermenêutica tradicio-

nal, representada por Carlos Maximiliano, e da hermenêutica constitucional, sob a perspectiva de Luís Roberto Barroso, garantindo uma abordagem que considere tanto a segurança jurídica quanto a centralidade da dignidade da pessoa humana no debate. Além disso, o estudo contou com o apoio da inteligência artificial, especificamente o modelo ChatGPT 3.0, para reestruturar e aprimorar a redação dos textos, como uma ferramenta que, conforme destacado pela Profa. Dra. Catarina Sarmento e Castro, serve como um instrumento de eficiência, e não de substituição à inteligência humana, otimizando o processo de produção científica sem comprometer a profundidade analítica do trabalho.

A relevância científica deste trabalho reside na sua contribuição para o aprofundamento do debate jurídico sobre o aborto, especialmente ao analisar a colisão entre os direitos do nascituro e a liberdade sexual da mulher à luz da hermenêutica constitucional e tradicional. Ao abordar a questão por meio do princípio da secularização, o estudo oferece uma reflexão crítica e distanciada de visões dogmáticas, proporcionando uma análise mais objetiva e fundamentada. Socialmente, o trabalho se destaca por sua capacidade de promover uma discussão mais ampla e inclusiva sobre a legalização e legitimação do aborto, destacando os impactos desse tema na proteção dos direitos humanos e na formulação de políticas públicas. Ao dissociar o debate de paixões ideológicas, o estudo busca estimular um diálogo que, além de científico, seja acessível e relevante para a sociedade, contribuindo para a construção de um entendimento mais equilibrado e ético sobre os direitos reprodutivos e a dignidade humana.

Objetivos

Objetivo geral

Investigar, sob as perspectivas da hermenêutica tradicional e constitucional, o direito à vida do nascituro em relação à liberdade sexual da mulher, considerando os direitos humanos e fundamentais de ambos os sujeitos.

Objetivos específicos

Verificar a personalidade, status pessoal e moral do nascituro;

Identificar os direitos humanos atinentes ao nascituro;

Analisar se, em relação ao embrião/feto, há a mitigação da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional.

Metodologia

A partir da compreensão de que a pesquisa, figurando procedimento racional e sistemático, corresponde à compressão de que algumas informações são insuficientes ou indisponíveis - e, por vezes, até em desordem -

(GIL, 2019), a metodologia eleita para este estudo segue uma abordagem aplicada e qualitativa, com foco na análise jurídica e social do direito à vida do nascituro e a liberdade sexual da mulher no contexto do aborto. Inicialmente, foi realizada uma pesquisa bibliográfica exploratória em fontes acadêmicas confiáveis, como o portal de periódicos da CAPES, Google Acadêmico e Plataforma Scielo. Essa pesquisa visa reunir as principais discussões teóricas sobre o tema, abordando o aborto e os direitos envolvidos de maneira abrangente. A pesquisa documental também foi empregada para analisar legislações, resoluções e outros documentos normativos, tanto nacionais quanto internacionais, sobre o aborto e a dignidade da pessoa humana.

A análise do tema se fundamenta na aplicação de duas vertentes hermenêuticas: a tradicional, representada por Carlos Maximiliano, que prioriza a segurança jurídica, e a constitucional, com base em teóricos como Luís Roberto Barroso, que coloca a dignidade da pessoa humana como princípio central. Essas abordagens foram escolhidas para permitir uma análise equilibrada do direito à vida do nascituro e os direitos da mulher, confrontando as normas constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais de forma crítica e objetiva. A metodologia visa, assim, um estudo que não se deixe influenciar por paixões ideológicas, mas que busque oferecer uma interpretação clara e fundamentada sobre os desafios jurídicos e sociais envolvidos na legalização do aborto.

Além das abordagens metodológicas tradicionais, este estudo também se beneficiou do uso de inteligência artificial (IA), especificamente o modelo ChatGPT 3.0, para reestruturar e aprimorar a redação dos textos. A utilização da IA não se deu com a intenção de substituir o pensamento crítico e a análise humana, mas como uma ferramenta de apoio que contribuiu para a eficiência e clareza da comunicação acadêmica. Conforme destacado pela Profa. Dra. Catarina Sarmento e Castro, na palestra "Direitos Humanos e Mundo Digital", durante o IX Congresso de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (IX CIDH Coimbra), a inteligência artificial não deve ser temida, pois ela figura como um instrumento de eficiência, e não como um substituto à inteligência humana. Essa abordagem permite otimizar o processo de produção científica, mantendo a autonomia e o rigor da análise jurídica e social, e contribuindo para um trabalho mais ágil e coeso, sem comprometer a profundidade e a qualidade do conteúdo.

Aplicação do princípio da secularização na discussão

O princípio da secularização é fundamental para um debate jurídico equilibrado, especialmente em sociedades plurais e democráticas. Esse princípio, ao desvincular o direito de concepções morais, religiosas ou ideológicas, garante que a aplicação da norma jurídica seja baseada em fundamentos racionais e objetivos, voltados à proteção dos direitos humanos e fundamen-

tais. Como destacado por Moura ([s.d]), o princípio da secularização veda que a sanção penal tenha conteúdos ou fins morais, assegurando que as normas legais sejam construídas e aplicadas sem interferências de dogmas religiosos ou convicções subjetivas. Assim, no contexto do aborto, o princípio permite que a análise jurídica se concentre na ponderação de direitos fundamentais - como o direito à vida do nascituro e a liberdade sexual da mulher - sem que valores morais individuais impeçam um julgamento imparcial e técnico.

A relevância da secularização em uma discussão como esta também se reflete na necessidade de um debate desprovido de paixões que possa garantir a neutralidade do ordenamento jurídico e o respeito às diversidades ideológicas e culturais. Em um tema tão controverso quanto o aborto, a secularização funciona como um instrumento para evitar a imposição de crenças majoritárias, promovendo um espaço de diálogo inclusivo e respeitoso. Isso permite que questões como a personalidade jurídica do nascituro ou a dignidade da pessoa humana sejam analisadas à luz de princípios constitucionais, como igualdade e liberdade, em vez de conceitos moralistas ou religiosos. Tal abordagem fortalece o Estado Democrático de Direito e assegura que o ordenamento jurídico cumpra seu papel primordial: proteger direitos fundamentais de maneira equitativa e imparcial.

Bem jurídico vida, personalidade, *status* pessoal e moral do nascituro

O direito à vida é um fundamento da humanidade, reconhecido universalmente em documentos que transcendem a cultura e a história. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 3º, proclama que "todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (ONU, 1948), destacando a vida como o ponto de partida para a realização de qualquer outro direito; além de destacar que a condição para tê-lo é ser, apenas, humano. De forma semelhante, no seu artigo 6º, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992) afirma a inviolabilidade desse direito, instando as nações a protegê-lo em todas as circunstâncias: "o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida". Embora silenciosos sobre o momento exato em que a vida começa, esses documentos internacionais lançam uma mensagem poderosa: a vida, em sua essência, deve ser resguardada, celebrada e protegida, especialmente nos momentos em que sua existência mostra-se mais vulnerável - a intrauterina é um desses momentos. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por sua vez, em seu artigo 4º, explicita que desde quando o ser humano tem o direito à vida e deve tê-lo garantido: "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela

lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (BRASIL, 1992).

No Brasil, o direito à vida é a pedra angular do ordenamento jurídico, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em que há a garantia da sua inviolabilidade (BRASIL, 1988). Essa proteção se estende ao nascituro, como reconhecido pelo Código Civil Brasileiro, que "personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida", mas que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" - e, dessa forma, quais seriam os direitos que deveriam ser postos a salvo, se primeiro não lhe fosse assegurado e protegido o direito à vida? -, marcando um compromisso nacional com a defesa da vida em todas as suas etapas (BRASIL, 2002). O Código Penal Brasileiro, ao tipificar o aborto como crime em quase todas as circunstâncias no rol de crimes contra a vida (BRASIL, 1940), reforça essa postura, buscando equilibrar o valor da vida do nascituro com os direitos e as circunstâncias da gestante. Esses dispositivos não apenas reafirmam a importância de tratar a vida com o primordial dos direitos, mas também evidenciam o dilema humano de como protegê-la sem ignorar as complexas realidades sociais, éticas e jurídicas que a envolvem.

A defesa do direito à vida, portanto, transcende normas jurídicas: é um apelo à humanidade - a consideração da humanidade e da personalidade e pessoalidade do ser humano desde a sua concepção - e à busca por um equilíbrio justo entre a proteção de um bem maior e o respeito aos demais direitos fundamentais. Reconhecer a vida como um bem tutelado não significa ignorar os desafios que essa tutela impõe, mas, sim, enfrentar tais desafios com sensibilidade, coragem e um compromisso inabalável com a dignidade inerente ao ser humano. Ao abordar o aborto, o direito à vida não deve ser apenas uma regra fria e inflexível; deve ser a base para um diálogo profundo, que não elimine a complexidade do tema, mas a abrace, buscando soluções que honrem a essência da humanidade.

É verdade que não há uma fonte que esclareça em que momento ocorre, em definitivo, a vida - sequer a Medicina ou a Biologia detém esse esclarecimento. No entanto, a legislação internacional e pátria, sugerem, embora não seja diretamente do nascituro, princípios fundamentais como o direito à vida e à dignidade, aplicáveis a todas as pessoas, independentemente de sua condição ou estágio de desenvolvimento. Esse conjunto de normas e tratados contribui para a ideia de que a proteção à vida do nascituro se insere dentro da pauta de direitos humanos, exigindo um reconhecimento de sua dignidade desde a concepção.

Por fim, a definição jurídica do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro e em sistemas internacionais continua sendo um campo controverso, sendo necessário um tratamento diferenciado conforme as condições legais e sociais. O Código Civil Brasileiro reconhece o nascituro como sujeito de direitos patrimoniais, mas a plena atribuição de personalidade jurídica é re-

servada ao nascimento com vida, o que limita sua proteção plena no ordenamento jurídico. A doutrina e a jurisprudência - bem como os aparatos teóricos biomédicos -, contudo, divergem quanto ao momento em que o nascituro adquire direitos, de modo que há uma proteção extensiva e outros uma limitação baseada no princípio da dignidade humana e nos direitos da mulher.

Liberdade sexual da mulher

Os direitos sexuais, dos quais decorrem os reprodutivos, das mulheres representam conquistas fundamentais no percurso histórico de afirmação da igualdade e autonomia feminina. Durante séculos, o corpo da mulher foi subjugado a padrões morais e culturais que limitam sua liberdade e capacidade de decidir sobre a própria vida. O surgimento de movimentos feministas nos séculos XIX e XX trouxe à tona a necessidade de reconhecer esses direitos como elementos indispensáveis à dignidade e ao pleno exercício da cidadania feminina. A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994), realizada no Cairo, e a IV Conferência Mundial da Mulher (1995), em Pequim, marcaram um divisor de águas ao reafirmar que os direitos reprodutivos incluem a liberdade de decidir sobre questões relacionadas à reprodução, sem discriminação, coerção ou violência, fortalecendo o reconhecimento internacional da importância desses direitos para a autonomia e bem-estar das mulheres.

A proteção dos direitos sexuais e reprodutivos não se limita a garantir escolhas individuais, mas é um pilar central para a promoção da dignidade da pessoa humana. Eles permitem que a mulher exerça controle sobre sua saúde, vida familiar e planejamento reprodutivo, além de assegurar a igualdade de oportunidades e a emancipação social. Em países onde esses direitos são respeitados, observa-se uma redução nas taxas de mortalidade materna, maior acesso à educação e melhores condições de vida para as famílias. No entanto, a efetivação desses direitos muitas vezes se depara com barreiras culturais, religiosas e políticas, que dificultam o avanço em direção à igualdade plena, o que reforça a necessidade de debates que considerem a pluralidade e a complexidade das realidades enfrentadas pelas mulheres.

De Carvalho *et al.* (2020), no entanto, aponta que, a partir dos eventos históricos descritos anteriormente - que marcaram e reafirmaram os direitos das mulheres -, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos possibilitou que os movimentos feministas trouxessem o aborto para o centro do debate sobre o direito de escolha das mulheres de exercerem autonomia em relação à sua vida pessoal [inclusive o de decidir se outro ser humano tem ou não o direito à vida].

Com isso, é nítido que discutir direitos sexuais e reprodutivos torna-se imprescindível ponderar para ponderar direitos com o direito à vida do nas-

cituro, igualmente fundamental e tutelado. A tensão entre esses valores exige um equilíbrio que respeite tanto a autonomia feminina quanto a proteção da vida em sua forma mais incipiente. Essa ponderação é um desafio ético e jurídico que deve ser enfrentado com sensibilidade e seriedade, considerando que a defesa dos direitos reprodutivos da mulher não precisa ser vista como incompatível ou inversamente proporcional com a valorização da vida do nascituro. É preciso, portanto, avançar em diálogos que promovam uma hermenêutica inclusiva, capaz de harmonizar os direitos envolvidos, sem desconsiderar a dignidade inerente a todos os sujeitos em questão.

Perspectivas hermenêuticas no direito

A hermenêutica clássica, conforme preconizado por Maximiliano e Marcaro (2021), valoriza a segurança jurídica e a preservação da estabilidade normativa. Nesse viés, a proteção do direito à vida do nascituro decorre de uma interpretação literal e sistemática do ordenamento jurídico, que consagra a vida como um bem jurídico tutelado. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura a inviolabilidade do direito à vida, que, em conjunto com normas infraconstitucionais, como o Código Civil e Código Penal Brasileiros, caracteriza o aborto como conduta ilícita, salvo nas hipóteses de excludente previstas em lei. A aplicação dessa hermenêutica objetiva reafirmar a supremacia das normas de proteção à vida, garantindo que o nascituro seja resguardado desde a concepção, em alinhamento com a estrutura normativa e os princípios de segurança jurídica.

Sob essa perspectiva, a violação do direito à vida do nascituro é vista como uma afronta ao equilíbrio jurídico-social, comprometendo a estabilidade das relações intersubjetivas. Com isso, o reconhecimento do nascituro como sujeito de proteção jurídica não é inteiramente dependente de debates éticos, sociais, culturais ou biomédicos sobre o início da vida, baseando-se na literalidade normativa e em sua finalidade objetiva. Assim, a defesa do nascituro é consolidada como uma prerrogativa do Estado para assegurar a coerência do ordenamento jurídico, que, ao tipificar o aborto como crime, reforça a centralidade do direito à vida como elemento inegociável de proteção legal.

A hermenêutica constitucional, diferentemente da abordagem clássica, orienta-se pela centralidade da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista figurar constitucionalmente como um, entre outros, fundamento do Estado Demócratico de Direito. Nesse contexto, o entendimento de bens jurídicos é baseado, fundamentalmente, na interpretação axiológica das normas, reconhecendo a dignidade como atributo inerente ao ser humano - em qualquer estágio de desenvolvimento. Barroso (2012) defende que a análise constitucional deve garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais; dessa forma, a proteção

da vida do nascituro, mesmo que este não seja considerado pessoa plena no sentido jurídico, é garantida. Assim, a dignidade da pessoa humana atribui ao nascituro uma posição jurídica que justifica a tutela de sua vida como prioridade no ordenamento jurídico.

A hermenêutica constitucional busca equilibrar os direitos fundamentais da mulher e do nascituro por meio de uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade. Nesse cenário, a proteção do direito à vida do nascituro não se limita à literalidade normativa, mas considera a sua relevância como fundamento para o ordenamento jurídico e para a coexistência de direitos humanos. Ao tratar o nascituro como titular de dignidade, mesmo que em potencial, essa abordagem oferece uma base sólida para a defesa de sua vida, permitindo a interpretação das normas em conformidade com o sistema de valores constitucionais. Assim, a hermenêutica constitucional legitima a proteção do nascituro ao enfatizar a necessidade de soluções jurídicas que respeitem a dignidade humana como princípio absoluto e integrador.

A combinação da hermenêutica tradicional e constitucional oferece uma abordagem mais ampla e eficaz para o estudo de temas jurídicos complexos, como o aborto, que envolvem a ponderação de direitos fundamentais. No caso do aborto, a hermenêutica constitucional abre espaço para a flexibilidade e adaptação das normas constitucionais à realidade contemporânea, permitindo que se leve em consideração os direitos da mulher à liberdade e autonomia, sem desconsiderar a proteção da vida. Nesse sentido, a análise hermenêutica constitucional possibilita uma interpretação mais humana e equitativa das normas, que busca garantir os direitos fundamentais de todos os envolvidos, respeitando as especificidades do caso concreto e o contexto social, cultural e político em que se inserem.

Mitigação da dignidade da pessoa humana em relação ao embrião ou feto

A dignidade da pessoa humana não é somente um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, mas um dos fundamentos do Estado Democratico de Direito constituído pela República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e se apresenta como a base para a interpretação de todos os direitos fundamentais. No contexto constitucional, a dignidade da pessoa humana é entendida como o valor intrínseco de cada e todo ser humano, garantindo sua proteção frente a tratamentos desumanos, degradantes e arbitrários (BRASIL, 1988). O princípio da dignidade não é apenas um valor moral, mas um vetor interpretativo, como foi visto a partir da hermenêutica constitucional, que orienta a aplicação dos direitos humanos e fundamentais e serve como parâmetro para a legislação, doutrina e jurisprudência. Assim, a dignidade

humana está intimamente ligada à autonomia, liberdade e integridade do indivíduo, abrangendo, primordialmente, o direito à vida e a todos os demais que decorrem desta.

Essa mitigação da dignidade humana do nascituro tem implicações diretas na interpretação dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere ao aborto. O debate sobre a permissibilidade do aborto no ordenamento jurídico brasileiro envolve a ponderação entre o direito à vida do nascituro e o direito da mulher à liberdade sexual e reprodutiva. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, reconheceu a possibilidade de mitigação da proteção à vida do embrião/feto em determinadas circunstâncias, como no caso de anencefalia, e mais recentemente na ADPF 442, com a potencial descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Essas decisões demonstram que a dignidade do nascituro, no entendimento do STF, não é absoluta e pode ser relativizada quando há conflitos com outros direitos fundamentais, como a saúde da mulher e do embrião ou feto.

No entanto, sem negar os direitos sexuais e reprodutivos e autonomia da mulher sobre o próprio corpo, é imprescindível reconhecer que as discussões científicas e decisões judiciais carecem de debates acerca da vida humana que carrega o embrião ou feto e que é requisito para ser protegido pela Declaração Universal dos Direito Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Tal ponderação exige uma reflexão jurídica acurada, especialmente em relação à controvérsia constitucional que envolve a delimitação do momento em que a dignidade humana se aplica plenamente ao nascituro. Interpretar de forma inadequada esse conceito de dignidade pode resultar em uma vulnerabilidade para a proteção da vida do nascituro, o que torna urgente uma interpretação que garanta não apenas a autonomia da mulher, mas também a inviolabilidade da vida desde suas primeiras manifestações.

Direito à vida e liberdade sexual: conflito e ponderação

A discussão sobre os direitos do nascituro e sua relação com a liberdade da mulher exige uma análise cuidadosa dos limites da proteção ao nascituro, considerando sua personalidade, status moral e os direitos humanos e fundamentais envolvidos. A doutrina de Maximiliano e Marcaro (2021), ao tratar da hermenêutica tradicional, sugere que a interpretação jurídica deve sempre buscar preservar a segurança jurídica, sem desconsiderar os direitos fundamentais em pauta. Nesse sentido, a ponderação entre os direitos do nascituro e da mulher deve ser realizada com base em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, tendo em vista que a proteção ao nascituro, como sujeito em formação, deve ser prioritária,

pois constitui o alicerce de qualquer outro direito humano. Assim, é imprescindível que o direito à vida do nascituro seja assegurado de forma efetiva, evitando interpretações que o relativizem a ponto de subestimá-lo frente ao exercício da liberdade da mulher.

Conclusão

A questão dos direitos sexuais, e reprodutivos que decorrem destes, da mulher, particularmente no que tange ao direito à liberdade sexual e à proteção da vida do nascituro, permanece central no debate jurídico-científico e ético contemporâneo. A análise hermenêutica revela que, embora os direitos da mulher à autonomia reprodutiva e sexual sejam indiscutíveis, a proteção do nascituro, como sujeito de direitos, especialmente do direito à vida, deve ser igualmente resguardada, em conformidade com o princípio da dignidade. Assim, é imperativo que a interpretação normativa continue a reconhecer a vida do nascituro como um bem jurídico protegido desde a concepção, de forma a assegurar não apenas a autonomia da mulher, mas também a inviolabilidade da vida, promovendo um sistema de proteção que priorize a integralidade dos direitos humanos.

Nesse sentido, os resultados obtidos demonstram que a determinação do bem tutelado na discussão sobre a interrupção da gravidez é crucial para a aplicação e efetivação dos direitos humanos e fundamentais, uma vez que o direito à vida, assegurado constitucionalmente, se coloca como um valor a ser protegido em todas as fases da existência humana, incluindo a intrauterina. A complexidade dessa questão, devido ao caráter multifatorial do aborto - que envolve aspectos éticos, sociais, culturais, biomédicos, jurídicos e científicos - exige um debate profundo e responsável, capaz de harmonizar os diversos direitos em pauta, sem desconsiderar a inviolabilidade da vida desde sua concepção. O desafio está em assegurar que a proteção da vida do nascituro seja tratada com a devida seriedade, a partir de uma hermenêutica que reconheça o ser humano como um fim em si mesmo, cujos direitos não podem ser relativizados em nome de outras questões. Somente por meio de uma interpretação que tenha em vista a dignidade humana e a centralidade do direito à vida - tendo em vista que os demais decorrem deste - é possível garantir que a legislação e a jurisprudência avancem de forma justa, equilibrada e fundamentada, respeitando a autonomia da mulher sem negligenciar o valor da vida em todas as suas manifestações.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, D.O.U. de 7.7.1992.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Atos Internacionais. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgação. Brasília, D.O.U. de 9.11.1992 .

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.. **Código Civil Brasileiro**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos: **ADPF n° 54**, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Interrupção voluntária da gravidez: **ADPF 442**. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 2019.

DE MOURA, Marcelo Oliveira. **Secularização, Estado Democrático de Direito e o Direito Penal**. [s.l.]: [s.n.], [s.d.].

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos; MARCARO, Alysson. Coleção Fora de Série - **Hermenêutica e Aplicação do Direito** - 23ª Edição 2022. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS PROCESALES. ANÁLISIS DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Alejandro Tofiño Padrino
Letrado de la Administración de Justicia
Doctor en Derecho

Resumen:

El avance de la inteligencia artificial es evidente e insoslayable en todos los ámbitos de la vida, y el Derecho no es ajeno a esta realidad. El progreso técnico ha demostrado positivos resultados en términos de celeridad y eficacia. Por ello, la administración de justicia no puede ser esquiva a las distintas herramientas informáticas que progresivamente van apareciendo, más cuando padece de los graves males del anquilosamiento y de la excesiva burocracia. Ahora bien, no cualquier desarrollo técnico es compatible con el ineludible respeto a los derechos procesales que, precisamente por su carácter esencial para la existencia del propio proceso, presentan dimensión constitucional. Este trabajo tiene como objetivo presentar unas breves notas acerca de la medida en que los instrumentos de inteligencia artificial generativa, esto es, aquella que está dotada de capacidad de decisión, afectan a esos derechos procesales, teniendo en cuenta el estado actual de la ciencia y las previsiones de futuro en este campo.

Palabras-clave: Inteligencia Artificial; Principios del proceso; Principios del procedimiento; Juez-robot; Derechos procesales.

Introducción

En el específico ámbito de la resolución judicial de conflictos, constituye el objeto de un intenso debate doctrinal la incipiente y ya inabarcable implementación y desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA), especialmente por su incidencia en los derechos procesales de las partes, que, como es sabido, trascienden el mero proceso como consecuencia de su condición de derechos fundamentales derivados de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución española.

Como todo avance humano, no solo tecnológico, los comienzos son

inseguros, con frecuencia confusos, y siempre polémicos, lo que explica la variedad de posicionamientos. En lo que nos afecta, una parte significativa de la doctrina, que se conoce y autodenomina «más avanzada», defiende la posibilidad de resolución de conflictos directamente por exclusivos cauces de IA, al menos para los asuntos de menor relevancia y, por ello, más sencillos. Esta solución al margen de la inteligencia humana (IH) nos resulta extrema, además de desaconsejada por la UNESCO, por resultar potencialmente peligrosa al ignorar el sujeto último de la resolución judicial: la persona, cuya dignidad, derechos que le son inherentes, y el libre desarrollo de su personalidad, se elevan a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social.

Es indudable que el despertar de la IA en el ámbito que tratamos obedece al loable propósito de desempolvar la administración de justicia de los corpúsculos que viene acumulando desde finales del siglo XIX. Pero no todo vale si se quiere garantizar los necesarios e imprescindibles derechos que garantizan la igualdad de oportunidades procesales. Resulta necesaria, por tanto, la búsqueda de una armonía entre IA e IH a fin de no desequilibrar la estructura interna del proceso en perjuicio del interés de los ciudadanos que acuden a la Justicia en la resolución de sus controversias.

En este trabajo se pretende ofrecer, además de unos breves apuntes del estado de cuestión, diferentes posibilidades dirigidas a mantener ese equilibrio, analizando las ventajas y los inconvenientes de las técnicas más sobresalientes cuya aplicación se aboga, para concluir que el reto a conseguir es una solución intermedia, esto es, la IA como valioso apoyo al órgano judicial y a las partes. En efecto, la radical implantación de la IA, con absoluto eclipse de la IH, conduce a la deshumanización de la Justicia, pero, por otro lado, despreciar aquella supondría prescindir de una herramienta que puede coadyuvar a la modernización de la Administración de Justicia. Para ello se analizará en qué medida la IA puede contribuir a mejorar, o en su caso perjudicar, el derecho de acceso a la justicia que ampara a todas las personas, así como de su consecuente, el de obtener una resolución fundada en Derecho, partiendo de la clásica distinción doctrinal entre principios del proceso y principios del procedimiento.

Previamente a entrar en la materia, es preciso indicar desde este mismo momento que, pese a que la IA puede extender su ámbito de afectación a todos los órdenes jurisdiccionales, nos centraremos en los órdenes civil y penal, por las siguientes razones de peso: primero, para no incurrir en un excesivo e improcedente casuismo y, segundo, porque la reglamentación procesal civil, dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil en defecto de norma específica, las palabras que le dedicamos pueden aplicarse, sin gran menoscabo, en los restantes órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden penal que, por la trascendencia de sus peculiaridades, exige expresas matizaciones de exposición, que serán señaladas en su correspondiente

lugar.

Por otra parte, queremos expresar que la referencia a los diversos conceptos técnicos se hace desde la modestia de quien no es profesional informático. De ahí que se haya buscado la sencillez y la simplicidad en las explicaciones, presentándolas con el propósito de sentar las bases de las propuestas jurídicas, que son, en definitiva, el objetivo último y sustancial de este trabajo.

Principios del proceso y principios del procedimiento

Como nos enseña la doctrina procesalista más autorizada, los principios referidos al proceso se distinguen entre comunes y específicos. Mientras que los segundos se refieren a procesos determinados en concreto, los primeros son consustanciales a la idea misma de proceso, de tal manera que su inexistencia determina la del propio proceso; de ahí que alcancen una dimensión constitucional, hallándose implícitos bien en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, bien en el derecho a un proceso con todas las garantías, ambos recogidos en el art. 24 de la Constitución.

Se ha dicho con acierto que los principios generales o comunes parten de que el proceso es un *actus trium personarum*, en el que han de concurrir ineludiblemente dos partes parciales, enfrentadas y en igualdad, ante un tercero, independiente e imparcial, y atienden a la intervención de cada uno de esos sujetos en el proceso. Los principios generales no reparan tanto en la regulación de los actos de ese proceso, como en las personas que los realizan (Montero Aroca, 2016, p. 131).

Siendo coherentes con lo dicho, hemos de diferenciar entre los principios generales o inherentes a la estructura del proceso relativos al juez y los atinentes a las partes. En cuanto a los primeros, se halla en lugar destacado el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, que encuentra plasmación en el precepto constitucional citado. También serán objeto de análisis los principios de imparcialidad e independencia. Respecto de los segundos, nos centraremos en la igualdad material de las partes. Por lo que se refiere a los principios del proceso propiamente dichos, plantea más interrogantes el principio acusatorio del proceso penal, y por ello trataremos únicamente de él.

En cuanto a los principios del procedimiento, que comprenden las formas de celebración del proceso, analizaremos la implicaciones de la oralidad. En todos los supuestos, es obvio, nos limitaremos a trazar las incidencias de la IA en tales principios.

Juez ordinario predeterminado por la ley

La cuestión más relevante relativa a este principio es -a nuestro parecer- si el término «juez» puede incluir a las máquinas receptoras de la IA.

Con este planteamiento, seguramente poco preciso y asistemático, encontramos inmediatamente la polémica, seguramente la más enconada de cuantas han estallado entre los autores: ¿Pueden sustituir las máquinas a los jueces humanos? No es este el momento para desarrollar, con la amplitud que merece, la cuestión de si una máquina puede ser jurista, pero sí proceden unos necesarios y mínimos apuntes sobre dos temas: en qué medida puede la IA realizar la función jurisdiccional de los jueces y tribunales y, de ser así, cómo ha de fundamentar su decisión para permitir recurrirla a las partes no conformes o perjudicadas.

Antes de entrar en materia, resulta parada obligatoria la distinción de los diferentes niveles de IA, porque únicamente podremos profundizar en el mar de respuestas a la cuestión planteada si somos capaces de situar el estado de la IA con relación a la función que puede desempeñar, y ello está íntimamente ligado a la forma de argumentación o procesamiento de datos que emplean el juez humano y la IA, respectivamente. Como apunta Rodríguez Puerto (2024, p. 15), los técnicos informáticos distinguen a este respecto tres niveles de IA. El primero es el de la IA débil, que es, precisamente, la que ahora existe. Son sistemas capaces de realizar una tarea que hasta ahora ha sido competencia exclusiva del ser humano, y además capaces de hacerlo mejor y más rápido que los seres humanos. La debilidad de la IA está causada porque la máquina carece de autoconciencia, como el ser humano. Si una IA poseyera ambas características, pasaría a un nivel diferente: el de la IA en sentido fuerte. Sin embargo, esa fortaleza hoy está solo en el plano de elucubraciones y proyectos, sin que los científicos e ingenieros sepan cómo llevarla a cabo. Por último, algunos investigadores y pensadores hablan de la superinteligencia, es decir, la IA que consigue sobrepasar la inteligencia humana. Nosotros nos moveremos en la IA fuerte, con algunas indicaciones a la IA débil que, por su uso cotidiano y habitual en el foro, ha dejado de ser advertida como un gran éxito de la ciencia y considerarse condición sobrentendida de las herramientas de trabajo, no ya solo de juez, sino de toda la oficina judicial.

Cuando a una persona lega en la materia se habla de IA, aplicada a la persona del juez, indefectiblemente pensará en el juez-robot. Sin embargo, ni el actual estado de la ciencia, ni, lo que es más importante, el funcionamiento de la mente jurídica, permiten pensar en el juez-robot como realidad presente ni futura; al menos a corto plazo no parece vislumbrase. Y es que se parte de una errada equiparación entre el método de razonamiento en el Derecho y la formulación algorítmica de la IA. Pero vayamos por partes.

Según el *Diccionario de la lengua española*, la IA es la «Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico». De esta definición se desprende la esencia de la IA: crear y mejorar las máquinas y los sistemas para que puedan razonar,

aprender, recopilar información por sí mismos, crear conocimiento, comunicarse de forma autónoma y manipular su entorno de maneras inesperadas (Ben-Ari *et al*., 2017). En otras palabras, es un campo de la informática que se ocupa de diseñar y desarrollar sistemas capaces de simular características propias de la inteligencia humana, como la capacidad de razonar, aprender, resolver problemas y tomar decisiones (Pérez-Ugena Coromina, 2024). Por tanto, hablar de inteligencia artificial hoy es hablar fundamentalmente y sobre todo del aprendizaje autónomo de las máquinas, hasta el punto que podría afirmarse que este es el rasgo genuinamente característico de la IA. Esta capacidad de "aprender" -en un sentido metafórico, se entiende- de las máquinas ha sido posible gracias a los recientes avances técnicos en el desarrollo del *software* mediante la combinación de algoritmos mejorados y en el incremento de la potencia del *hardware* de procesamiento (Solar Cayón, 2019, p. 27-28). La base común de esos sistemas está en el diseño de instrucciones formalizadas para conseguir resultados en un tiempo breve, es decir, en el desarrollo de algoritmos (Rodríguez Puerto, 2024, p. 17). Los esfuerzos en este campo se centran significativamente en el diseño de algoritmos que permitan la automatización de los propios procesos cognitivos (Solar Cayón, 2019, p. 28). El jurista, en cambio, no razona empleando algoritmos. Ciertamente, el esquema de la norma jurídica -al menos en su plasmación teórica y con el prototipo de la norma penal- responde a formalismos y técnicas que proceden de la filosofía -básicamente, el silogismo-, que son empleados también por la IA (cfr. Bringsjord / Govindarajulu, 2024). Pero eso no significa que el resultado de la decisión jurídica obedezca a iguales métodos.

El carácter deductivo de la norma permitiría extraer la solución jurídica desde la norma general de una manera mecánica gracias al empleo de la lógica. Esta vieja pretensión de la cultura jurídica occidental -explica Rodríguez Puerto (2024, p. 41)- vería cumplida sus expectativas gracias a la aparición de los programas de IA de estructura lógica que conseguirían precisamente la automatización de la decisión judicial. Pero, como sostiene Engisch (1988, p. 273-275), la corrección de una decisión jurídica depende de estar bien fundada en la ley y el Derecho, para lo que aquella ha de aplicar adecuadamente el concepto jurídico previsto en la norma general al caso concreto que debe decidirse. La operación deductiva a partir de la ley general es un requisito mínimo para la corrección lógica de la decisión. Pero la corrección lógica formal es tan solo una condición necesaria, no suficiente, para la corrección de una deducción. Hay que añadir la corrección material de las premisas. Así es, los autores -especialmente especialistas en Filosofía del Derecho- han hecho ver que la lógica interactúa como referente de la corrección formal de los razonamientos que se contienen en la sentencia: *justificación interna*. Ahora bien, la corrección formal o lógica es independiente de la verdad o falsedad material de lo afirmado en las premisas: *justificación material* (García Amado, 2020, p. 59 y ss.). Por ello la principal limitación de la lógica, en relación con

la argumentación jurídica, es su carácter formal: la lógica no se ocupa propiamente de los argumentos, sino de los esquemas de los argumentos; y de ahí que, por sí misma, la lógica no permita explicar nada (Atienza Rodríguez, 2022, p. 185). Al preguntarse si es posible que un «computador» haga las veces de juez, Kaufmann (1999, p. 241-242), con cita de Hassemer, afirma que una formalización del lenguaje y de la interpretación legales es solo posible en la medida en que la norma se traduzca en un lenguaje de signos simbólicos. Con ello quedaría expedito el camino hacia del jurisprudencia por computador. Solo que el resultado de ello sería un derecho diferente al que surge de la jurisprudencia sentada por los jueces; un derecho que no considera la situación histórica concreta, ni la individualidad; un derecho impersonal y sin historia; en fin, una caricatura de justicia ciega que dictamina sin tener en cuenta a la persona. Hay que añadir, según Verheij (2020, p. 187-188, 194), que el juez no se limita a ser la «bouche de la loi», ya que las normas son solo orientativas, los términos que recoge son abiertos, por lo que puede haber más de una respuesta, y las circunstancias son cambiantes. Concluye que la IA del futuro no puede limitarse exclusivamente en la lógica o estadística, sino prestando atención a las particularidades de cada situación; esto es, una IA basadas en lo que denomina «sistemas híbridos de debate crítico».

Recapitulando, para todos estos autores es evidente que el razonamiento lógico deductivo, puramente formal, no se corresponde con el empleado por los jueces para fundamentar sus sentencias. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que, frente a estos posicionamientos (resumidos al mínimo y simplistamente), se alza Richard Susskind (2020, p. 315), con el argumento de la «falacia de la IA» que consiste en la opinión de que la única forma de conseguir que las máquinas superen a los mejores juristas humanos consistirá en copiar la manera en que trabajan los juristas humanos. En este caso, el error pasa por no reconocer que los sistemas de IA basados en el aprendizaje automático no imitan ni replican el razonamiento humano. Y rubrica su explicación con el empleo de una doble comparativa: igual que nadie sugiere en serio que la mejor forma de progresar en este campo sea diseñar y construir robots que vayan sentados en el asiento del conductor de los coches tradicionales, copiando la manera en que conducen los humanos, tampoco cabe imaginar a un robot en un juzgado, un hospital, una clase o una oficina sustituyendo al profesional.

La segunda cuestión a que hacíamos referencia al comienzo de este epígrafe guarda íntima relación con la motivación de las sentencias y su impugnación por la parte perjudicada por el fallo judicial. El art. 120.3 CE dispone que las sentencias serán siempre motivadas, y así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional reiteradamente (p. ej., las STC 55/1987, de 13 de mayo; 99/2000, de 10 de abril; 192/2003, de 27 de octubre; y 96/2005, de 18 de julio). Esta exigencia es determinante, no solo para comprobar el correcto ejercicio de la función judicial, sino también para hacer posible re-

currirla ante el tribunal competente (Lucas Murillo de la Cueva, p. 1682). Ahora bien, en el hipotético caso de un conflicto resuelto por un sistema de IA fuerte o generativa, el interesado debe conocer los argumentos empleados para llegar a la conclusión del litigio y poder combatir los mismos, ante una posible valoración errónea de la prueba o incorrecta interpretación de la norma aplicable. Se hace necesario, pues, dar a conocer al justiciable la «trazabilidad» de la decisión adoptada por el sistema de IA, y, además, en términos compresibles. Así lo entiende la UNESCO en su Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial (punto 40) aprobada en la reunión del 9 al 24 de noviembre de 2021:

> La explicabilidad supone hacer inteligibles los resultados de los sistemas de IA y facilitar información sobre ellos. La explicabilidad de los sistemas de IA también se refiere a la inteligibilidad de la entrada, salida y funcionamiento de cada componente algorítmico y la forma en que contribuye a los resultados de los sistemas. Así pues, la explicabilidad está estrechamente relacionada con la transparencia, ya que los resultados y los subprocesos que conducen a ellos deberían aspirar a ser comprensibles y trazables, apropiados al contexto. Los actores de la IA deberían comprometerse a velar por que los algoritmos desarrollados sean explicables. En el caso de las aplicaciones de IA cuyo impacto en el usuario final no es temporal, fácilmente reversible o de bajo riesgo, debería garantizarse que se proporcione una explicación satisfactoria con toda decisión que haya dado lugar a la acción tomada, a fin de que el resultado se considere transparente.

En otras palabras, el justiciable debe tener acceso, para que su derecho a la tutela judicial efectiva no se vea conculcado, a los entresijos del programa que genera el sistema, los datos que se incorporan, la tipología de datos, la recopilación de datos, el algoritmo empleado, es decir, la fórmula de la que se extrae el resultado o conclusión a partir de los datos suministrados (Ariza Colmenarejo, 2022, p. 47-48). La Carta de Derechos Digitales (julio de 2021), pese a que tampoco tiene carácter normativo, es especialmente útil a la hora de informar la legislación que pueda dictarse en materias objeto de su contenido. De esta manera, establece que se promoverán los derechos de la ciudadanía en relación con la IA reconocidos en la propia Carta en el marco de la actuación administrativa, reconociéndose en todo caso, entre otros, el derecho a

> La transparencia sobre el uso de instrumentos de inteligencia artificial y sobre su funcionamiento y alcance en cada procedimiento concreto y, en particular, acerca de los datos utilizados, su margen de error, su ámbito de aplicación y su carácter decisorio o no decisorio.

De seguido se establece el derecho a

> Obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes, tecnología empleada, así como de los criterios de aplicación de las mismas al caso. El interesado tendrá derecho a que se motive o se explique la decisión administrativa cuando esta se separe del criterio propuesto por un sistema automatizado o inteligente.

Aún se está lejos de conseguir tan loables e imprescindibles derechos, tanto como se está de la IA que proporcione decisiones judiciales automatizadas.

Imparcialidad e independencia

Un sistema de IA fuerte, generativa o de segunda ola -según la clasificación que por la que se opte- provoca, o puede provocar, un grave quebranto al principio de imparcialidad e independencia de los titulares de la potestad jurisdiccional. Basta para constatar la importancia del problema el ejemplo del sistema de IA que presenta sesgos ideológicos contrarios a los fundamentos del Estado de Derecho, como aquel que discrimine a unas personas frente a otras. Es obvia la trascendencia de esta cuestión, desde el momento en que la empresa o administración encargada de la programación puede responder a objetivos políticos partidistas en detrimento del valor «justicia».

A propósito de la utilización de algoritmos predictivos en determinados sistemas penales, Pérez Estrada (2021, p. 1387-1388) advierte que este tipo de mecanismos inteligentes no están exentos de polémica con motivo de los sesgos algorítmicos que contienen, por lo que su tratamiento jurídico debe realizarse desde el respeto a las normas fundamentales y de derechos humanos.

Se trata, además, de un problema que parece no tener solución porque, como sostiene Bueno de Mata (2020), «hablamos de motores estadísticos que se "alimentan" de datos. Así, nunca habrá datos suficientes para garantizar que no haya sesgo en tu sistema pues necesitaremos nutrirlo diariamente con millones de datos y patrones que en según que instancias ni estarán a nuestro alcance». Irresoluble también debido a la necesidad de una digitalización total de todos los órdenes jurisdiccionales y todas las instancias para evitar sesgos, cuestión que actualmente no se da y que posiciona en un terreno complicado a los *softwares* de justicia predictiva que se comercializan en el mercado. También apunta el citado autor, conectando con lo que se ha dicho en el apartado anterior, la colisión entre el servicio público de Administración de Justicia y los intereses privados -y legítimos- de las empresas programadoras. Efectivamente, afirma que para que un algoritmo se

use para decidir sobre un sistema público de justicia el contenido del mismo debería ser también público. Se entrelazan entonces cuestiones de propiedad industrial e intelectual en la creación, comercialización y uso de algoritmos por parte de empresas privadas que han desarrollado este tipo de tecnología y que quieren ofrecerlas al sistema judicial. Llegados a este punto, se pregunta Bueno de Mata

¿cómo vamos a recurrir la decisión de una máquina si no sabemos en qué parámetros se ha basado para decidir nuestro caso? ¿serían por ende sentencias firmes?, ¿puedo realmente ejercitar y desarrollar un verdadero derecho de defensa en este punto? El derecho a la defensa, a la contradicción o el propio derecho al recurso se verían afectados claramente con la inclusión de esta tecnología.

Por todo ello, este autor considera que hay una línea roja que no se debe sobrepasar: la IA no puede usarse para sustituir al juez, pues ello atentaría de manera frontal con lo que entendemos hoy en día por función jurisdiccional como actividad exclusiva y excluyente de jueces y magistrados consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La IA no debe pasar de ser un como mecanismo de ayuda o guía al juez en sentido amplio (p. ej., funciones de analítica jurisprudencial, asistente virtual para guiar en la tramitación informática, o utilización de los datos abiertos de los administrados como diligencia de investigación tecnológica o como elemento predictivo en juicio).

Igualdad de las partes

De los principios generales referidos a las partes, nos interesa abordar una de sus dos manifestaciones: la igualdad real o práctica.

Aunque coincidimos con Pineros Polo (2024, p. 57) en la idea de que el mundo del Derecho no debe quedar distanciado de la evolución tecnológica y los juristas necesitamos participar del progreso de la tecnología y beneficiarnos de ella, no debemos olvidar que esos cambios de paradigma implican numerosas incertidumbres difíciles de esclarecer en el estado actual de la tecnología. Una de esas incertidumbres viene dada de la mano de la dificultad de comprensión de la IA para el ciudadano medio y los profesionales del Derecho.

La altísima complejidad de los sistemas de IA aplicados en la impartición de Justicia -en la resolución que ponga fin al conflicto especialmente-, va a exigir de todos los profesionales intervinientes en el proceso un conocimiento específico y profundo de nociones computacionales y algorítmicas, que, a día de hoy, constituye una quimera. Serán pocos los profesionales del Derecho -al menos de momento y a corto plazo- los que puedan entender con soltura los mecanismos de funcionamiento de esos sistemas, que consigan desentrañar la «trazabilidad» de la decisión judicial automatizada, y, con esos conocimientos, comprender los datos en los que se ha basado la IA

para adoptar una determinada decisión y, a partir de esos datos, plantear correctamente los recursos contra la misma.

Consiguientemente, la IA generativa demandará profesionales extremadamente cualificados, no solo en las materias propias del Derecho, también en computación. Y la cualificación se paga -dicho en términos pedestres pero no por ello menos ciertos-, lo que a su vez podría conducir a una quiebra de la igual real entre las partes, cuando una de ellas dispone de recursos económicos de contratar a esos -por ahora- escogidos abogados, frente a la otra que carece de patrimonio para hacerse con los servicios de tan selectos profesionales.

Siempre puede contraponerse que el mismo fenómeno se da en la actualidad. No negamos que sea así, solo que la implantación de sistemas de decisión judicial automatizada lo agravará en proporción al aumento de conocimientos que precisará el profesional.

Gómez Colomer (2022, p. 277) también se une a esta denuncia y la apuntala al señalar que no solo se está pensando en las grandes empresas tecnológicas y en los destinatarios que más pueden beneficiarse de sus caros productos, también en las poderosas administraciones públicas e incluso en quienes tengan sólidos conocimientos informáticos. Frente a ellos -sostiene-, la mayoría de la población no tendría nada que hacer si no se estableciera una protección. Este problema se trasluce en el punto 59 de la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO, al instar a los Estados Miembros a fomentar el desarrollo y la accesibilidad de un ecosistema digital para el desarrollo ético e inclusivo de los sistemas de IA en el plano nacional, con miras a reducir las diferencias de acceso durante el ciclo de vida de los sistemas de IA. Ese ecosistema incluiría, en particular, tecnologías e infraestructuras digitales y mecanismos para compartir los conocimientos en materia de IA.

Principios del proceso: el principio acusatorio

Se han dedicado numerosísimos trabajos sobre la incidencia de la IA en el proceso penal, de los que se desprende el consenso de la doctrina en la inadecuación de la IA como sustitutiva del juez en la toma de decisiones, aunque sumamente útil como herramienta asistencial en la investigación de los delitos.

Son los derechos a la presunción de inocencia (si la máquina decide condenar, lo hará sin actividad probatoria humana entendida en sentido estricto, a lo que se añade el carácter indescifrable y desconocido de la trazabilidad), a la igualdad de armas (en los términos ya expuestos), de defensa del sujeto investigado (a propósito de la opacidad del algoritmo y de la formulación llevada a cabo en la decisión adoptada), etc.

Lo que llama la atención es que todos aquellos trabajos -hasta don-

de he llegado- no mencionan el delicado tema del principio acusatorio. Este principio rige cuando las fases de instrucción y juicio oral se encomiendan a diferentes órganos jurisdiccionales, con el propósito de garantizar la imparcialidad del juzgador.

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional que el proceso ordinario por delito responde en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal al sistema acusatorio formal o mixto, cuya característica más saliente es la diferenciación dentro de él de dos fases, la de instrucción y la de enjuiciamiento propiamente dicho, inspiradas en principios de muy diversa naturaleza y que presuponen modos judiciales de actuar diferenciados. La validez del modelo requiere la intervención sucesiva de dos órganos judiciales diferentes, de los que solo el que actúa en la segunda fase lo hace con carácter propiamente jurisdiccional. La efectividad de la contradicción en el proceso puede verse negada por la atribución de ambas facultades al mismo órgano judicial. Con ello se produce una evidente contaminación inquisitiva, la pérdida de capacidad para situarse a la necesaria distancia crítica respecto del objeto del procedimiento, perdiendo la imparcialidad del órgano judicial que exige el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, nos resulta difícil imaginar cómo se cumple esta manifestación del principio acusatorio en un proceso penal regido por un *software* IA que emita decisiones en lugar del juez humano. ¿Hemos de pensar que cada fase tiene su propio sistema? Si la IA de la segunda ola permite el aprendizaje automático de máquinas inteligentes (*machine learning*), ¿podríamos hablar de máquinas que evolucionan por sendos distintos? Si es así, ¿dónde queda entonces la tan anhelada y, al propio tiempo, prometida seguridad jurídica,? Por otra parte, si el programador es el mismo (no es arriesgado que así sea si consideramos los altos costes que implica su diseño, con escaso margen, por tanto, para un mercado protagonizado por la libre competencia), ¿cómo puede discriminarse según se trate de un sistema para la fase de instrucción o de otro para el enjuiciamiento? ¿No conllevaría ello introducir un sesgo totalmente inadecuado? Y si el *software* es idéntico, carecería de sentido diferenciar ambas fases por cuanto la máquina resolverá igual desde el mismo comienzo o, a lo tarde, finalizadas las diligencias de investigación, con grave quebranto del principio de acusatorio.

En fin, creemos que los interrogantes planteados constatan -si no lo estuviera ya suficientemente- que la IA decisora no es aplicable al proceso penal.

Principios del procedimiento

El art. 120.2 de la Constitución establece que «El procedimiento será

predominantemente oral, sobre todo en materia criminal». Este principio de la oralidad tiene, a su vez, dos implicaciones: a) el principio de inmediación, que conlleva la presencia del juez en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y oído, y no con el reflejo documental del acto probatorio (arts. 193, 199, 200 LEC; 746 y 749 LECr.); y b) el principio de concentración, esto es, los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en una pocas próximas temporalmente entre sí, con el objetivo de que las pruebas permanezcan fielmente en la memoria del juez a la hora de dictar sentencia.

Nos plantean serias dudas que una máquina cumpla con dichos principios, en especial el de inmediación. Un sencillo ejemplo basta con pinchar el globo de la imaginación más desbordada a favor de los denominados «tribunales *on line*», al menos en el estado de la técnica presente: el reconocimiento judicial. La finalidad de este medio de prueba, según el art. 353.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el examen por el propio tribunal de un lugar, objeto o persona, cuando sea necesario para el esclarecimiento y apreciación de los hechos. Pensemos en el reconocimiento de un lugar: ¿cómo aprehende la máquina los mil matices que proporciona la presencia el juzgador persona? No sirve, desde luego, la grabación visual, que será acta, pero no percepción personalísima que es, en definitiva, el propósito de este medio probatorio. Entonces, ¿cómo llevarlo a cabo? La única posibilidad sería *trasladar la máquina al lugar objeto del reconocimiento* y que esa máquina estuviese programada de manera tal que concibiera valoraciones -aquí entendida como apreciaciones propias y singulares y no como resultado del proceso de valoración de la prueba-.

A modo de conclusión, de este y demás apartados, puede decirse que la IA es y, sobre todo, será un excelente medio de apoyo a la administración de justicia, agilizando los trámites y disminuyendo consiguientemente de la burocracia; a los profesionales del Derecho, como abogados y procuradores, al proporcionarles útiles instrumentos para la preparación de sus escritos y estrategia procesal; y a las fuerzas de seguridad, al permitir la gestión más eficiente en la persecución del delito. También al juez, como medio de apoyo en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. No, en cambio, para sustituirlo, puesto que -en palabras de Borràs Andrés (2019, p. 34) que hacemos propias- a lo largo de un proceso judicial se toman decisiones que requieren la intervención del entendimiento humano como herramienta capacitada no solamente para hacer un ejercicio de aplicación de ley, sino de valoración, ponderación y esclarecimiento de hechos.

Herramientas de IA al servicio de la justicia en España

En líneas generales, Europa no está a la vanguardia en la implementación de la llamada IA generativa o decisora. Por citar dos ejemplos significativos, China tiene implementado desde 2019 el Tribunal de Internet de

Beijing, con antecedentes anteriores en otras ciudades. Se trata de una IA que tramita todo el procedimiento, de manera que al juez solo le queda resolverlo. En definitiva, es un sistema que automatiza la tramitación de procedimientos, agiliza y adelanta la celebración de las vistas y ahorra costes a los justiciables, tanto de personación, representación, etc., siendo así que el juez no está presente en las vistas, sino que las mismas están dirigidas por un juez avatar IA (Ercilla García, 2020, p. 117-121). Por su parte, el sistema argentino PROMETEA, desarrollada por la Fiscalía de Buenos Aires, tiene como cometido principal la automatización de tareas reiterativas y la aplicación de IA para la elaboración automática de dictámenes jurídicos basándose en casos análogos para cuya solución ya existen precedentes judiciales reiterados, lo que ha permitido incrementar la eficiencia de sus procesos de manera significativa (Estévez *et al.*, 2020, p. 10). Es una herramienta capaz de predecir la solución de un caso judicial en menos de 20 segundos con una tasa de acierto igual o superior al 90 por ciento.

España, que no ha llegado a ese nivel, se encuentra inmersa en una avanzada transformación de digitalización de la justicia, dando lugar al concepto de proceso digital. Tal es así que ya se habla de Derecho procesal digital (*vid.* Delgado Martín, 2024, p. 43-44). Así y todo, al margen de las creadas por las multinacionales y de acceso a escala mundial, si bien no reconocidas legalmente como instrumentos del proceso judicial (ChatGPT, Gemini Advance, Llama 3, Claude 3 Opus, etc.), existen herramientas propias de IA dignas de mención, dirigidas fundamentalmente a la prevención de la delincuencia y en sede policial. Es el caso de la pionera aplicación informática VeriPol para detectar denuncias falsas. Contribuye a mejorar los índices de casos resueltos en un 80 por cierto. Así lo anuncia la nota de prensa publicada en el portal web de la Policía Nacional.

A nivel común europeo, la plataforma ODR para la resolución de conflictos en línea, dispone en el sitio web interactivo y multilingüe http:// ec.europa.eu/ odr, proporciona de manera gratuita un punto único de acceso a personas consumidoras y empresas para la resolución extrajudicial de litigios contractuales derivados de contratos de compraventa o prestación de servicios celebrados en línea. Por último, la Comisión Europea seleccionará próximamente los primeros proyectos para crear factorías o fábricas de IA con financiación de la Unión Europea y aprovechando la capacidad de supercomputación de la Empresa Común EuroHPC para desarrollar modelos de IA generativos de vanguardia fiables (fuente: https://digital-strategy. ec.europa.eu/ es/policies/ ai-factories). Lo hará tras examinar las siete primeras ofertas presentadas a la primera convocatoria cerrada, entre ellas una iniciativa promovida por España y en la que participan también Portugal, Rumanía y Turquía (fuente: elderecho.com).

Referencias

ARIZA COLMENAREJO, M.ª Jesús. Impugnación de las decisiones judiciales dictadas con auxilio de inteligencia artificial. S. Calaza López / Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.as). Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia. Cizur (Navarra): Aranzadi, 2022, p. 29-54.

ATIENZA RODRÍGUZ, Manuel. Curso de argumentación jurídica. 1.ª ed. (7.ª reimp.). Madrid: Editorial Trotta, 2022.

BEN-ARI, Daniel / FRISH, Yael / LAZOVSKI, Adam / ELDAN, Uriel / GREENBAUM, Dov. "Danger, Will Robinson"? Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment. Richmond Journal of Law & Technology. Volume XXIII, Issue 2, 2024. [Versión en línea: <http://jolt.richmond.edu/ index.php/ volume23_issue2_greenbaum/>]. [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2024].

BORRÀS ANDRÉS, Núria. La verdad y la ficción de la inteligencia artificial en el proceso penal. Jesús Conde Fuentes / Gregorio Serrano Hoyo (dirs.). La justificia digital en España y la Unión Europea. Barcelona: Atelier, 2019, p. 31-40.

BRINGSJORD, Selmer / GOVINDARAJULU, Naveen Sundar. Artificial Intelligence. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2024 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.). [Versión en línea: <https://plato.stanford.edu/ archives/ fall2024/ entries/ artificial-intelligence/>. [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2024].

BUENO DE MATA, Federico. Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras. Revista General de Derecho Procesal, 51, 2020. [Recurso en línea: RI §422528].

Delgado Martín, Joaquín. Derecho procesal digital. Problemas derivados de la aplicación de las tecnologías al proceso judicial. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2024.

ENGISCH, Karl. Vahrherit und Richtigkeit in juristischen Denken. Gerd Roellecke (ed.). Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Wege der Forschung; Bd. 644), 1988, p. 262-288.

ERCILLA GARCÍA, Javier. Tribunales virtuales y procedimiento *online*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 446 (mayo 2020), p. 109-141.

ESTÉVEZ, Elsa / LINARES LEJARRAGA, Sebastián / FILLOTTRANI, Pablo. PROMETEA: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. 2020 [recurso en línea: http://dx.doi.org/ 10.18235/0002378].

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias. 2.ª ed. Eolas Ediciones, 2020.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión. Sonia Calaza López / Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.as). Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia. Cizur (Navarra): Aranzadi, 2022, p. 257-288.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho. Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. Comentario al artículo 119. Alejando Sainz Arnaiz / Rafael Bustos Gisbert (dirs.), Carmen Montesinos Padilla (coord.ª). Comentarios a la Constitución española. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 1674-1685.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. 2.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

PÉREZ ESTRADA, Mirien Josune. La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 2, mayo-agosto 2021, p. 1385-1410.

PÉREZ-UGENA COROMINA, María. Aplicación de la inteligencia artificial en la resolución de conflictos jurisdiccionales y sistemas alternativos de solución de controversias. LA LEY mercantil, núm. 109, Sección Derecho digital / Doctrina, enero 2024 [recurso en línea: LA LEY 2218/2024].

PINEROS POLO, Elena. El *juez-robot* y su encaje en la Constitución española. La inteligencia artificial utilizada en el ámbito de la toma de decisiones por los tribunales. Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, vol. 72: 1, 2024, p. 53-78. [Recurso en línea: <https://doi.org/ 10.18543/ ed7212024>].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea: https://dle.rae.es]. [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2024].

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. ¿Puede una máquina ser jurista? Madrid: Aranzadi, 2024.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2019.

SUSSKIND, Richard. Tribunales *online* y la Justicia del futuro. Traducción de GEA Textos S.L. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

VERHEIJ, Bart. Artificial intelligence as law. Presidential address to the seventeenth international conference on artificial intelligence and law. Artificial Intelligence and Law (2020) 28: 2, p. 181-206.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO HUMANA ANTE OS AVANÇOS NEUROTECNOLÓGICOS: (IN) SUFICIÊNCIA CONCEITUAL E REGULAMENTAÇÃO DOS NEURODIREITOS NO BRASIL

Giselle Marie Krepsky

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (Brasil). Doutora em Direito. Mestre em Educação. Grupo de Pesquisas Justiça, Educação e Ciência integrante da Rede Internacional de Pesquisa Nexus Scientia

Resumo:

Este artigo apresenta alguns desafios de ordem conceitual que devem ser enfrentados pelo sistema da política (legislativo) no intuito de regulamentar direitos inerentes aos avanços das neurotecnologias. Investiga-se como as orientações das organizações internacionais e as propostas legislativas de viés constitucional e infraconstitucional abordam as categorias "dados mentais" e "dados neurais", essenciais para proteção do cérebro e da mente humana face ao cenário de alta complexidade da ciência. O tema insere-se no rol de inúmeros conceitos oriundos das comunicações neurocientíficas resultando uma nova categoria de direitos de proteção humana chamada neurodireitos. Para tanto, utilizou-se o método indutivo e as técnicas de pesquisa doutrinária e documental. Conclui que existe dissonância no trato com as categorias citadas e que tanto a regulamentação com déficits conceituais quanto a não regulamentação proporcionam riscos para a pretendida proteção e que só poderão ser superados com a sofisticação do arcabouço terminológico que precisa ser decodificado pela política e pelo direito. O esforço de algumas organizações no intuito de ajustar semanticamente a compreensão dos dados que devem ser protegidos perante as modernas e impactantes neurotecnologias apontam para um caminho factível na apresentação mais adequada de um marco regulatório dos neurodireitos ou da (re)significação de direitos fundamentais já consolidados para a proteção do acesso e tratamento destes dados pessoais considerados hipersensíveis.

Palavras-chave: Neurotecnologias; Direitos Fundamentais; Regulamentação; Proteção Humana; Direito e Ciência.

Introdução

Com o avanço progressivo da ciência (medicina neurociência, bioquímica, inteligência artificial, etc.) (Carbonell, 2021) e a passagem da fase da descoberta para a curiosidade tecnológica a sociedade precisa de um paradigma apropriado que possa subsidiar as ações humanas diante da sua capacidade técnica. Nesse contexto, identificam-se pelo menos três sistemas parciais da sociedade global que se colocam em destaque nos debates: Ciência, Política e Direito.

Notadamente quanto à intervenção científica no ser humano, é preciso ressaltar que o que é tratado com naturalidade pela ciência, até porque esta comporta metodologia e dimensões próprias, não pode ser assimilado pelos demais sistemas sem uma decodificação prévia dos conceitos que lhes são pertinentes. É necessário, pois, realizar rigorosa, técnica e eticamente responsável análise das propostas inovadoras oferecidas pela ciência para que se proceda a incorporação de direitos e garantias constitucionais ou infraconstitucionais. E, por conseguinte, dê-se efetividade à direitos humanos e fundamentais que dizem respeito à proteção da mente humana e todas as implicações decorrentes de sua compreensão, leitura e manipulação.

Isso implica compreender que, por mais que juristas e legisladores observem as comunicações científicas na construção de instrumentos protetivos, mesmo que de forma interdisciplinar, tais inclusões nas pautas regulamentadoras sempre serão uma assimilação de um evento, informação ou conceito com base na estrutura político-jurídica à luz do aparato técnico-científico. Por isso, chega-se a questionar, afinal, quem decide acerca das questões tecnocientíficas, sobretudo as mais disruptivas e incertas quanto aos benefícios e malefícios igualmente apenas prováveis a longo prazo: o Direito ou a Ciência? Partindo-se da constatação de que a ciência não é mais neutra - embora comprometida com a verdade - e de que esta verdade é cada vez mais volúvel, tem-se, então, o acréscimo de riscos subjacentes ao avanço tecnológico que se asseveram ante a sofisticada capacidade de autorregulação dos setores industriais.

Atualmente, uma das tecnologias mais invasivas e que permeiam tanto o cenário de investigação científica quanto o da especulação mercadológica, é a possibilidade da interface mente-cérebro e os dispositivos, tratamentos e instrumentos de viés neurotecnológico. Para Teixeira (2016) o debate se insere no estudo das teorias da formação da consciência e institui uma dimensão inovadora na questão mente-cérebro dada a cisão entre o físico e o mental em um contexto de digitalização e virtualização da vida cotidiana.

Com os avanços neurocientíficos tanto para a promoção da saúde humana, seu incremento cognitivo quanto para sua diversão, aumentam as incertezas quanto aos riscos possíveis do uso de tais tecnologias para o corpo, saúde e dignidade humana, bem como sobre a segurança individual e cole-

tiva. Surgem então, os neurodireitos (Ienca e Andorno, 2017; Yuste, 2019) para os quais aprovam-se e tramitam projetos normativos com proteções específicas, notadamente nos países latino-americanos.

Considerando as novas categorias correlatas à neurociência com reflexos nos direitos humanos já consolidados e os protocolos, declarações e convenções, bem como a produção normativa crescente, o texto apresentado neste *locus* acadêmico-científico trata de um recorte de proposta investigativa em andamento que tem como objetivo geral compreender se é possível proteger o ser humano e sua dignidade a partir das garantias fundamentais constitucionais brasileiras já existentes bem como se as normativas que tramitam no Congresso brasileiro estão em consonância com as perspectivas conceituais acerca das intervenções neurotecnológicas, em especial sobre a compreensão legislativa acerca das categorias de dados: neurais e mentais e das proteções que derivam dessa distinção. Para tanto, utilizou-se o método indutivo e as técnicas de pesquisa doutrinária e documental.

Observando dados hipersensíveis: decodificação da comunicação das neurociências para juristas e legisladores

O estudo das neurotecnologias e a proteção humana diante delas enseja compreensão sofisticada de pelo menos duas categorias que permeiam o cenário dos documentos e pareceres orientadores bem como das normativas aprovadas ou em trâmite globalmente: "dados neurais" "dados mentais" e sua fonte originária, "atividades cerebrais". Ienca e Andorno (2017, p. 27) já ressaltaram que: "A ideia subjacente do novo campo chamado 'neurodireito' é precisamente que um melhor conhecimento do cérebro levará a leis mais bem elaboradas e procedimentos legais mais justos."

Do ponto de vista da literatura e apenas para elucidar tais conceitos possíveis neste curto espaço textual, os neurodireitos estabelecem proteções de diversas ordens e estão "relacionados ao domínio cerebral e mental de uma pessoa; ou seja, as regras normativas fundamentais para a proteção e preservação do cérebro e da mente humanos" (Ienca, 2021). Logo, evidencia-se que tanto cérebro quanto a mente humana seriam salvaguardadas por esta nova categoria de direitos, sendo, pois, categorias distintas.

Para Mollo (2023, p. 33, tradução nossa) a distinção sobe os dados a serem protegidos também merece atenção:

> Trata-se de dados complexos, para os quais uma primeira classificação distingue entre: **dados cerebrais ou neurais**, ou seja, aqueles que podem fornecer informações sobre a condição clínica de uma pessoa; **e dados mentais**, que dizem respeito à esfera mais íntima do indivíduo, pois podem revelar estados mentais não expressos, como lembranças, intenções ou emoções.

Nesse sentido, dados neurais seriam as informações provenientes diretamente da atividade elétrica ou química do cérebro lidas/extraídas por meio de dispositivos de eletroencefalogramas ou outros aparatos de interface cérebro-máquina. As leituras destes dados podem promover inúmeras interpretações, mas são, sobretudo, de natureza biológica. Na sua leitura ou interpretação, poder-se-iam inferir estados emocionais, sensações e experimentações subjetivas.

> Dados cerebrais, ou dados neurais (entendidos como qualquer dado registrado a partir da atividade do tecido cerebral), poderiam oferecer acesso a informações altamente íntimas próximas à identidade do indivíduo. Tais dados são sensíveis porque contêm informações sobre o órgão que gera a mente. **Embora nem todos os dados neurais sejam decifráveis, alguns podem ser 'lidos' ou interpretados.** (Goering; et al, 2021, p. 371, tradução nossa).

Assim, o que se pode deduzir, concluir e interpretar de forma intencional ou não acerca do que os dados neurais oferecem, representam os dados mentais, os quais, para Goering, et al (2021, p. 371) "representam a fronteira final para acessar diretamente dados ainda mais íntimos, o que poderia aprofundar perfis de dados pessoais já robustos".

Há relatos de que os dados mentais poderiam ser uma subcategoria dos dados neurais. No entanto, parece mais apropriado compreendê-los como um tipo específico de informações ultrassensíveis e pessoais que só poderiam ser observadas a partir da leitura prévia dos dados neurais. Esses dados englobam o conteúdo da mente, que poderia ser inferido indiretamente a partir dos dados neurais. Ou seja, enquanto os dados neurais tratam dos sinais biológicos, os dados mentais se referem à vida cognitiva e emocional interna do indivíduo e ao seu estado mais privado possível, não obstante se possa individualizar também as pessoas pelo acesso aos seus dados neurais. Assim, os dados mentais seriam uma espécie de dados ultrassensíveis que, extraídos ou coordenados com a interpretação dos dados neurais, poderiam atingir a integralidade da mente humana no seu aspecto mais privado e íntimo. De acordo com Ienca et al (2022, p. 3-4, tradução nossa):

> Dados do cérebro humano são dados quantitativos sobre a estrutura, atividade e função do cérebro humano. Isso inclui medições diretas da estrutura, atividade e/ou função do cérebro (por exemplo, disparo neuronal ou sinais bioelétricos somados de EEG) e indicadores funcionais indiretos (por exemplo, fluxo sanguíneo em fMRI e fNIRS). Esses tipos de dados do cérebro podem ser combinados com dados contextuais não neurais, como gravações de voz ou dados de uso de smartphones, que podem ser usados para dar suporte a inferências sobre processos mentais em um sentido mais amplo.

Os dados neurais fornecem informações sobre a estrutura, atividade e função do cérebro, que podem ser combinadas com outros tipos de dados ou informações, como dados virtuais e informações fornecidas e produzidas, por exemplo, por aparatos de inteligência artificial que decodificam tendências, preferências e tantas outros detalhes individualizados, para permitir diversas leituras e até influências nos processos mentais dos seres humanos. Assim, enquanto a "'privacidade mental' visa proteger informações mentais, não importa como coletadas ou inferidas, a neuroprivacidade se relaciona especificamente à proteção de dados neurais - também chamados de neurodados ou dados cerebrais" (Ienca, 2021, p. 7, tradução nossa). Logo, evidenciando-se a distinção entre os tipos de dados.

Proteção humana ante as neurotecnologias e hiperprodução normativa e orientadora: seguem os avanços neurocientíficos e a celeuma conceitual

Com o intuito de proteger a mente humana e ante a possibilidade de invasão de sua privacidade bem como da imprevisibilidade das consequências que possam advir das intervenções tecnológicas no ser humano, o Chile protagonizou a discussão sobre a nova categoria de direitos chamada de neurodireitos e, diante dela foi apresentado um projeto de alteração constitucional (1.327-19) e um projeto de lei (1.328-19) em outubro de 2020. Disso resultou a inclusão na Constituição mediante a Lei nº 21.383 (Chile, 2021), a proteção da "atividade cerebral" e a informação dela proveniente.[1] Veja-se que a "integridade física e psíquica da pessoa" já eram contempladas pelo artigo 19. A preocupação evidente, foi ao avanço tecnológico e seu potencial sobre estes aspectos da proteção humana, ressaltando que "o desenvolvimento científico e tecnológico estará a serviço das pessoas". Delegou-se para que lei própria regule as condições e restrições destas intervenções.

É o projeto de Lei nº 13.828-19 (Chile, 2020) que se encontra ainda tramitando no Congresso Chileno na casa revisora. É este projeto que prospecta a "neuroproteção" uma vez que a constituição trata da proteção da atividade cerebral. Para o projeto aprovado no Senado após várias revisões há previsão do conceito de "dados neurais" que são: "aquela informação obtida das atividades dos neurônios das pessoas, que contém uma representação da atividade cerebral." Em que pese o projeto tratar da "proteção dos neurodireitos e da integridade mental", não há menção acerca de "dados mentais". Estes seriam, então, uma das possibilidades de informação que podem ser obtidas da movimentação cerebral ou neural inferida do conceito de neurotecnologias que o projeto prevê como sendo o: "conjunto de dispositivos ou

1 "El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella;"

instrumentos que permitem a conexão com o sistema nervoso central, para leitura, registro ou modificação da atividade cerebral e das informações dela provenientes".

Observa-se, a partir da inclusão da proteção da atividade cerebral na Carta Fundamental chilena, um aumento exponencial de tratados, orientações e publicações[2] de viés jurídico, científico, ético e interdisciplinar, projetos de lei e normatizações tanto no cenário local quanto global, provenientes de organizações intergovernamentais voltadas para a cooperação internacional, de observatórios, grupos de pesquisa, fundações e associações com intuito de expor o avanço tecnológico, os riscos e as possibilidades regulatórias para as neurotecnologias.

De fato, a proteção humana ante as neurotecnologias articuladas ou não com a inteligência artificial, é, atualmente, objeto de discussão nas mais diversas organizações, institutos de pesquisa, associações e fundações com documentos exarados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), Organização das Nações Unidas (ONU), Conselho da União Europeia, Cúpula Ibero-Americana, Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), Organização dos Estados Americanos (OEA), entre outros[3]. Fala-se, inclusive, no lobby dos neurodireitos, afirmando-se que ainda carecem de investigação acadêmica mais robusta e que ela estaria viciada pelo que se tem chamado de neuroexcepcionalismo e neuroessencialismo (Bublitz apud Borbón Rodríguez, 2023) inflacionando e até mesmo esvaziando os direitos humanos já alcançados.

Em que pese as fontes normativas e orientativas internacionais sejam, igualmente, muitíssimo recentes (2022, 2023), constata-se que alguns termos técnicos no âmbito da neurociência não são tão novos, uma vez que a pesquisa neurocientífica antecede em muito no critério temporal em relação a perspectiva da proteção jurídica positivada. É o caso da proteção à liberdade cognitiva cunhada por Boire (2000).

Todavia, a despeito das críticas tecidas contra o estabelecimento de uma nova categoria de direitos para proteção da mente humana e das implicações dela decorrentes, existe certo consenso no que se refere ao necessário amadurecimento e sofisticação conceitual para que se possa normatizar a pesquisa e o uso de dispositivos neurotecnológicos conforme já demonstraram Borbón Rodríguez (2021); Andorno (2023) e Lopes (2023).[4]

2 A partir de uma busca simples no google acadêmico com as categorias "human rights and neurotechnology" excluindo-se citações, tem-se 19.800 achados somente entre os anos de 2021 e 2024, mais do que toda a publicação nessa temática até o ano de 2020 com a mesma fonte de busca.

3 Apenas os documentos relevantes para o contexto deste recorte da pesquisa são apresentados neste texto.

4 Veja-se que "this prompts questions about the concepts of mind reading and mental privacy and their strong coupling with neurotechnology in calls for new rights. For instance,

Isso vem ao encontro do que fora abordado inicialmente, de que o que advém do campo especializado da ciência (não jurídica) precisa ser sempre decodificado pelos demais sistemas (legislativo e jurídico). Não por outro motivo há, com alguma frequência, a inclusão de breve explicação conceitual sobre os termos técnicos utilizados em tais normativas.

É o caso, por exemplo, do relatório do Comitê Internacional de Bioética da UNESCO (2022). Este documento apresenta no seu texto claramente o que são dados neurais/cerebrais e por vezes trata do acesso, proteção e informação mental como oriunda da neural.[5] Deduz-se, todavia, pela citação de Ienca e Andorno utilizada no relatório, que os dados mentais podem advir de fontes distintas (dados neurais ou de dados proxy). Embora haja um esforço conceitual no glossário integrante, não há definição quanto ao que sejam dados ou informações mentais.

Nessa toada, em 2023, construiu-se inclusive um modelo de lei acerca dos neurodireitos para a América Latina e Caribe proposto pelo Parlamento Latinoamericano e Caribenho (Parlatino, 2023) com intuito de harmonizar a compreensão e proteção de direitos advindos das intervenções neurotecnológicas que incluiu um glossário articulado com o conteúdo da lei. Não obstante a discussão sobre a conveniência de se ter um documento modelo para regulamentação, há o esforço no sentido de estabelecer um parâmetro científico-semântico das categorias apresentadas na proposta normativa.[6]

Nesses documentos, ora as categorias "mental" e "neural" e seus conceitos operacionais se mesclam, ora se distinguem, ora se complementam nas fundamentações e justificativas. Contudo, não há previsão explícita acerca da conceituação ou distinção entre dados mentais e dados neurais que refletem diretamente na gama de proteções objeto dos neurodireitos que, inclusive, tem no seu título o prefixo "neuro". As legislações e propostas de regulamentação, por sua vez, têm apresentado categorias e proteções que derivam tanto da perspectiva mental, quanto da perspectiva neural de dados.

Agência Espanhola de Proteção de Dados (2024), por sua vez, também

---

how should mind reading be understood in the context of neurorights? Does it uniquely concern neurotechnology, as much neurorights-speak seems to imply, or is mental privacy elsewhere at risk? To clarify this space, this paper identifies relevant concerns about the partial and ambiguous associations between mind reading, mental privacy, and neurotechnology. I argue that loose conceptual notions are driving misdirection around the scope and content of privacy protections in the neurorights debate" (Brown, 2024, p. 2).

5 "Mental privacy refers to the explicit protection of individuals against the unconsented intrusion by third parties into their mental information (be it inferred from their neural data or from proxy data indicative of neurological, cognitive, and/or affective information) as well as against the unauthorized collection of those data (Ienca and Andorno, 2017)" (Unesco, 2022, p. 31) e "this report we define neural data as personal brain data". (Unesco, 2022, p. 14)

6 No artigo 5, letra a) encontra-se uma correspondência que trata dados mentais e neurais como se fossem a mesma coisa. "Derecho a la privacidade mental (los datos cereblales de las personas)".

apresentou um rol categorial a partir dos documentos já existentes. Para ela os neurodados são definidos como "informações coletadas do cérebro e/ou do sistema nervoso. [...] também inferências baseadas diretamente nesses dados, como sinais emocionais ou os gostos". Ou seja, inclui os dados mentais e neurais em uma única categoria para o documento que é "neurodados", estabelecendo, assim, um acordo semântico eficiente para prospectar os limites e proteções do tratamento dos dados pretendidos.

Em que pese tal lucubração possa indicar excesso de preciosismo acadêmico considerando-se tal distinção um supérfluo científico-jurídico desnecessário ao debate, os fundamentos aqui apresentados vão ao encontro da necessária compreensão normativa e do uso terminológico adequado e compatível com as reais e possíveis afetações das neurotecnologias e suas categorizações operacionais. Em se tratando de assimilação normativa do que prediz a ciência, isso tem especial relevância na efetivação de garantias fundamentais do *locus* ainda considerado o mais privado existente: a mente humana na sua individualidade.

Regulamentação dos neurodireitos no Brasil: da inclusão de um novo direito fundamental à (in)suficiência conceitual das propostas normativas

No Brasil, não há especificação expressa sobre a proteção dos dados e da intervenção na mente humana em nível federal[7] a partir da categoria neurodireitos. Há apenas previsão no Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) e na Lei Geral de Proteção dos Dados (Brasil, 2018, 2021) sem, contudo, abranger tal perspectiva.[8]

Pois bem, chama-se a atenção para os diferentes usos e inserções textuais nas propostas normativas de categorias correlatas às neurociências, notadamente a perspectiva "mental" e "neural" e outras correlatas, objeto deste texto resumidas na sequência.

Na seara constitucional brasileira, a Emenda Constitucional nº 115 incluiu a proteção de dados pessoais (Brasil, 2022) sem incremento da proteção da mente humana ou da proteção de dados neurais. Os dados pessoais elevados ao rol de direitos fundamentais, na referida alteração constitucional incluindo as justificativas do projeto não se referem a dados que possam ser obtidos pelas neurotecnologias. Aliás, tal inclusão ocorre no cenário da implementação da Lei Geral de Proteção de dados (LGPD).

---

7 O estado do Rio Grande do Sul, por meio da EC nº 85 (RS, 2023) alterou sua Constituição que modificou o parágrafo único do artigo 235 que passa a prever que "a política e a pesquisa científica e tecnológica basear-se-ão no respeito à vida, à saúde, à dignidade humana, à integridade mental do ser humano [...]".

8 O comparativo específico entre a legislação do Chile e do Brasil pode ser encontrada no texto "Neurodireitos: uma comparação entre a alteração constitucional do Chile e as propostas de lei no Brasil" (Krepsky; Cipriani, 2023).

Há no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 522 (Brasil, 2022) que pretende regulamentar a proteção do uso e do tratamento de dados neurais. Apesar de introduzir as categorias dado neural e interface cérebro-computador, não se trata de alteração constitucional, mas sim, de modificação da LGPD. Nele, as categorias que sobressaem estão em consonância com a proteção neural de dados encontrando-se no título e no texto de lei: dado neural; sistema nervoso central; dados neurais.

Apesar de o Projeto de Lei nº 1.229 (BRASIL, 2021) também ser uma pretensão de alteração da LGPD acrescentando a definição de dados neurais e estabelecer uma regulamentação na coleta e tratamento desses dados, sua ementa trata especificamente da finalidade de conceituar "dado neural" com vistas a sua regulamentação. No texto, seguem, igualmente categorias voltadas à proteção de dados neurais. Não obstante, na sua justificativa, associa-se a capacidade de coleta cerebral e de dados neurais à possibilidade de revelação de lembranças, pensamentos, sonhos e padrões comportamentais, que, ao que parece, está mais afeta a proteção de dados mentais. De toda sorte, há compreensão acerca da dependência do acesso aos dados neurais para chegar-se aos mentais.

É, pois, com o Projeto de Lei nº 2.174 (Brasil, 2023a) que os neurodireitos adentram no campo de observação legislativa de maneira contundente. Embora não seja uma proposta de Emenda à Constituição Federal, a referida proposição pretende estabelecer normas e princípios para a proteção dos direitos fundamentais relacionados tanto ao cérebro quanto ao sistema nervoso, cunhando os neurodireitos como categoria de direitos fundamentais (Cipriani; Krepsky, 2023). No seu texto, encontram-se categorias como: sistema nervoso; integridade cerebral e neurológica; privacidade cerebral; leitura da mente; manipulação cerebral; experiências mentais; liberdade cognitiva conectada ao direito de "pensar, imaginar, criar e expressar livremente ideias, conceitos, emoções e sentimento". Percebe-se que tal proposta oscila entre o viés cerebral/neural e o viés mental e evidencia a intenção de proteger os dados neurais e o que dele for possível inferir como dados ou experiências mentais, mas, por vezes, acenando para proteções específicas de uma e por vezes de outra, gerando brechas como o artigo 15 que torna proibido técnicas de leitura da mente, e não das informações neurais das quais derivam.

Há ainda o projeto de Emenda Constitucional nº 29 (Brasil, 2023b) que pretende "incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica". Além de estar associada à transparência algorítmica, flagrantemente na perspectiva das demais que pretendem alterar a LGPD, a categoria protetiva é "integridade mental". Pode-se questionar se estaria incluída a proteção de dados neurais, uma vez que nem todo dado neural capaz de ferir direitos de ordem humanística, são, automaticamente, dados mentais. Do ponto de vista do controle de produtividade de trabalhadores, ou atenção de estudantes em uma sala de aula, o

mapeamento de dados neurais, independente de revelações mais íntimas, por si só, são capazes de atingir o objetivo do controle.

Em 2024 acresce esse rol de leis e projetos que estão relacionados à proteção humana e ao desenvolvimento de pesquisas, a Lei nº 14.874 (Brasil, 2024a) que dispõe sobre a pesquisa e institui o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa com Seres Humanos e que não faz qualquer menção a estes tipos de dados ou tecnologias. O Projeto de Lei nº 2.333 (Brasil, 2024b) que institui o Programa Nacional de Reabilitação Tecnológica Avançada e faz menção ao uso de neurotecnologia para implantes de interfaces cérebro computador não apresenta qualquer regulamentação acerca dessa possibilidade. E, por fim, tem-se o Anteprojeto de Lei do novo Código Civil (Brasil, 2024c). Este último, que merece discussão científica a parte, cria um capítulo chamado "Da pessoa no ambiente Digital" e prevê um artigo inteiro sobre neurodireitos, notadamente vinculados aos direitos da personalidade e contendo inúmeras categorias que oscilam entre a perspectiva neural e a mental do acesso, liberdade, modificação e incremento.

Conclusão

A pesquisa permite concluir que regulamentar inovações com inúmeras e variáveis relações conceituais oriundas de outras ciências que não a jurídica exige cautela no processo de produção normativa. Ante a volubilidade inerente às comunicações científicas típicas do cenário de hipercomplexidade social na qual a humanidade se encontra e do contexto produtivo e mercadológico no qual se inserem as neurotecnologias, equívocos em torno do bem da vida a ser protegido pode ser tão o mais prejudicial quanto não regulamentar. Estar-se-ia entre a necessidade da urgência em regulamentar direitos neuroprotetivos ou valer-se de direitos ou princípios constitucionais positivados ou não e de outras cartas protetoras dos direitos humanos ressignificando-os hermeneuticamente.

Nesse sentido, avançam iniciativas legislativas no Brasil a fim de proteger os dados neurais e a privacidade mental do ser humano e todas as implicações que deles se desdobram. Constata-se que a produção normativa no Brasil carece ainda de debate acadêmico interdisciplinar mais sofisticado acerca dos conceitos neurocientíficos utilizados bem como sua consonância em relação aos documentos internacionais, os quais, por vezes, também não se apresentam totalmente elucidativos.

A despeito de eventuais defesas de que a absorção pelo Direito e pela Política de categorias neurotecnológicas é algo simples e de que conceitos como "dados neurais ou cerebrais" e "dados mentais" são facilmente deduzíveis, pode-se afirmar que, em se tratando de neurotecnologias, sua evidente interface com a inteligência artificial, afetações e prognósticos que afetariam presente e futuro de diversos vieses, não são, evidentemente, tão simples.

Devem, pois, ser compreendidos e decodificados com a complexidade que tais termos científicos merecem.

Assim, entre a necessidade de regulamentação normativa, a acelerada inserção de tais tecnologias e o modismo legislativo e doutrinário acerca do tema, o que se observa são problemas de três ordens: 1) compreensão e absorção pelo legislativo de uma extensa lista de conceitos de viés tecnológico e neurocientífico e o enquadramento adequado de tais categorias; 2) necessidade ou não de constitucionalização de direitos fundamentais específicos e 3) dilemas ético-filosófico das neurotecnologias.

Os projetos de lei no Brasil, a despeito da louvável intenção, são por vezes genéricos ou extremamente detalhados quanto aos tipos de tecnologia e ao bem jurídico a ser tutelado. Assim, a incorporação de categorias neurotecnológicas pelo sistema da Política (legislativo) necessita de rigor científico para a absorção da comunicação do Sistema da Ciência (neurociência), pois se não houver a adequada decodificação, corre-se o risco delegar a proteção da mente e do cérebro humano e de tudo que deles deriva (e ao fim, da humanidade do humano) aos cientistas, às empresas e, por fim, aos tribunais quando forem instados a decidir. Estes, por sua vez, decidirão pautado em laudos, perícias e outras comunicações que serão produzidas pelos próprios pesquisadores, cientistas e empresas produtoras de neurotecnologias fomentando a autorregulação tecnológica da mesma forma.

Sabe-se que o intuito da proteção abrange tudo para o que não há consentimento de que seja extraído, tornado público, manipulado ou deduzível do *locus* mais íntimo ou privado do humano. Se é possível extrair dados mentais de outra fonte que não cerebral e de suas movimentações neurais, proteger apenas dados neurais tal qual proposto seria insuficiente. Por outro lado, se há dados neurais que singularizam e ferem intimidade e privacidade no viés sob comento sem que sejam efetivamente informações mentais, igualmente a proteção de dados mentais não resguardaria o pretendido na discussão global acerca dos neurodireitos.

Responder a essas questões implica em estabelecer níveis de proteção e responsabilidade pelo acesso e manipulação de tais dados. Se dados mentais só podem ser extraídos do acesso aos dados neurais, é possível afirmar que alocando uma categoria de proteção aos dados mentais isoladamente se estaria protegendo apenas este tipo de dados, pois os dados neurais, os quais que podem ser lidos a partir do acesso ao cérebro humano compreendem várias outras possibilidades de dados não mentais que se manipulados de forma inadequada feririam uma série de direitos humanos e fundamentais.[9] Neste

9 No sentido inverso é a conclusão de Brown (2024 p. 34): "If the assumption is that mental privacy is solely or primarily threatened by neurodata - whether gleaned from direct neurotechnologies or from peripheral sources - then there is a danger that the corresponding right will be inadequate In other words, the possibility of non-neural threats to mental privacy minimizes the case for a special neuroright".

caso, sim, a privacidade mental seria uma proteção em específico derivada do acesso aos neurodados. Nesse sentido, o acordo semântico realizado pela Agência Espanhola de Proteção de Dados pode ser um indicativo de como se poderiam tratar os dados que se referem a todas essas necessárias proteções aglutinando-as em uma única categoria.

Conclui-se, pois, que: a) é mais adequada a maturação terminológica durante o processo legislativo que na sua posterior aplicação; b) em se tratando de decodificação da neurociência e das novas tecnologias a especialização e o detalhamento de direitos pode ser tão complexo quanto estabelecer o gênero; c) os parâmetros ético-filosóficos são indispensáveis nessa construção; d) a tecnologia produzida ou descoberta para reduzir complexidades e facilitar a vida humana, paradoxalmente, sempre apresentará novas complexidades e desafios; d) decidir e regulamentar sempre representa risco, tanto quanto não o fazer.

Referências

AEPD. TechDispatch sobre Neurodatos. Madri, 2024, p. 3. Disponível em: https:// www.aepd.es/ guias/ neurodatos-aepd-edps.pdf. Acesso em: 25 set. 2024.

ANDORNO, Roberto. Neurotecnologías y Derechos Humanos em América Latina y el Caribe: Desafísos y propuestas de política pública. Montevideo: **UNESCO**, 2023. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ ark:/48223/ pf0000387079. Acesso em: 10 jul. 2024.

BOIRE, Richard Glen. On Cognitive Liberty (Part I). **Center For Cognitive Liberty And Ethics.** v. 1. n.1, 0-7-13. 2000. Disponível em: www.cognitiveliberty. org/ccle1/ 1jcl/ 1jcl7.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

BORBÓN RODRÍGUEZ, Diego; et al. El preocupante clausulado de la Ley Modelo de Neuroderechos del Parlatino. **Ius Et Scientia**, Sevilha, v. 9, n. 2, p. 228-260. Disponível em: https://doi.org/ 10.12795/IESTSCIENTIA. 2023. Acesso em: 18 jul. 2024.

BORBÓN RODRÍGUEZ, Diego; BORBÓN RODRÍGUEZ, Luisa. A critical perspective on NeuroRights: comments regarding ethics and law. **Frontiers in Human Neuroscience**. v. 15, 2021. Disponível em: https://doi.org/ 10.3389/ fnhum.2021.703121. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.965. Disponível em: www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2011-2014/ 2014/ lei/ l12965.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. LGPD. Disponível em: https:// www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2015-2018/ 2018/ lei/ L13709compilado. htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.229, de 6 de abril de 2021. Modifica a Lei n° 13.709. Brasília, 2021. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=2276604. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 522, de 09 de março de 2022. Modifica a Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados

Pessoais. Brasília, 2022b. Disponível em: www.camara.leg.br/ proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=2317524. Acesso em: 12 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.174, de 26 de abril de 2023. Brasília, 2023a. Disponível em: www.camara.leg.br/ proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra?codteor=2288518&filename=Avulso%20 PL%20 2174/ 2023. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2023. Brasília, 2023b. Disponível em: www25.senado.leg.br/ web/ atividade/ materias/-/ materia/ 158095. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Lei. nº 14.874, de 28 de maio de 2024. 2024a. Disponível em: https:// www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2023-2026/ 2024/lei/ l14874.htm. Acesso em: 23 out. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.333. 2024b Disponível em: https:/ /www.camara.leg.br/ proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra?codteor=2436203&filename=Tramitacao- PL%20 2333/ 2024. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406. 2024C. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ assessoria- de-imprensa/ arquivos/ anteprojeto- codigo-civil- comissao-de- juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

BROWN. Cohen Marcus Lionel. Neurorights, Mental Privacy, and Mind Reading. **Neuroethics** 17, 34, 2024. Disponível em: https://doi.org/ 10.1007/ s12152- 024-09568-z. Acesso em: 23 out. 2024.

CARBONELL, Elisa Moreu. The Regulation of Neuro-Rights. **European Review of Digital Administration & Law - ERDAL**. 2021. v. 2. p 149-162. Disponível em: www.erdalreview.eu/ free-download/ 979125994752914.pdf. Acesso em: 20 out. 2024.

CHILE. Senado. **Boletín N° 13.828-19**. Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Santiago: Senado, 2020.

CHILE. Ley nº 21.383 de 14 de octobre de 2021. Modifica la carta fundamental, para estabelecer el desarollo científico y tecnológico al servicio de las personas. Santiago, 2021.

GOERING, Sara et. al. Recommendations for responsible development and application of neurotechnologies. **Neuroethics**, n. 14, p. 365-386, 2021. Disponível em: https://doi.org/ 10.1007/ s12152-021-09468-6. Acesso em: 7 out. 2022.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. Life Sciences Society and Policy, v. 13, n. 5, 2017. Disponível em: https://doi.org/ 10.1186/ s40504-017-0050-1. Acesso em: 17 out. 2024.

IENCA, Marcelo. et.al. Towards a Governance Framework for Brain Data. **Neuroethics**. 2022. V. 15. 2022. Disponível em: https://link.springer.com/ article/ 10.1007/ s12152-022-09498-8. Acesso em: 20 ago. 2024.

IENCA, Marcello. On Neurorights. **Frontiers in Human Neuroscience**. v. 24. 2021. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/ 34630057/. Acesso em: 20 out. 2024.

KREPSKY, Giselle Marie; CIPRIANI, Thiago. Neurodireitos: uma comparação entre a alteração constitucional do Chile e as propostas de lei no Brasil. **Revista Contribuiciones a las Ciencias Sociales**. São José dos Pinhais, v. 16, n.10, 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Los avances de la neurociência y la necesidad (o no) de actualizar la declaración universal de los derechos humanos. In: VIII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Coimbra, 2023. Disponível em: https://trabalhoscidhcoimbra.com/ ojs/index.php/ anaiscidhcoimbra/ article/ view/2591. Acesso em: 20 jun. 2024.

MOLLO, Anna Anita. Vulnerabilità e sostenibilità: primi spunti per uno studio dell'impatto sulle persone con disabilità e sulle future generazioni dei dispositivi [neuro]tecnologici. **European Journal of Privacy Law & Tecnhologies**. Napoli: Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. 2023. Disponível em: https://universitypress.unisob.na.it/ ojs/index.php/ ejplt/ article/ view/ 1760. Acesso em: 20 out. 2024.

PARLATINO. Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y El Caribe. Panamá: 2023. Disponível em: https://parlatino.org/ wp-content/ uploads/ 2017/09/ leym- neuroderechos- 7-3-2023.pdf. Acesso em: 18 jul. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. EC nº 85 de 2023. Disponível em: ww3.al.rs.gov.br/ legis/ M010/ M0100018.asp?Hid_IdNorma=74962. Acesso em: 09 abr. 2024.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **O cérebro e o robô**: Inteligência artificial, biotecnologia e a nova ética. São Paulo: Paulus, 2016.

UNESCO. Ethical Issues of Neurotechnology. France: **UNESCO,** 2022. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ ark:/ 48223/ pf0000383559. Acesso em: 10 jul. 2024.

YUSTE, Rafael. Neurocientífico Rafael Yuste plantea proteger los derechos de la mente. **Entrevista concedida a Nicole Saffie.** Faculdad de Derecho UC. Out. 2019. Disponível em: derecho.uc.cl/ es/ noticias/ 23763- neurocientifico- rafael -yuste- plantea-proteger- los-derechos- de-la-mente. Acesso em: 11 abr. 2024.

A INDISPENSÁVEL CENTRALIDADE DA PESSOA NOS AVANÇOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OS CONTRIBUTOS DA LEI DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (UE)

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Mestrado/Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Resumo:

O artigo analisa a centralidade da pessoa nos avanços tecnológicos, especialmente na inteligência artificial (IA), destacando a Lei de Inteligência Artificial da União Europeia (IA Act) como um marco regulatório. A dignidade humana, fundamentada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em constituições nacionais, como a brasileira, é apontada como princípio essencial para orientar o desenvolvimento tecnológico. A Lei de IA da UE adota uma abordagem baseada em riscos, classificando sistemas de IA em categorias que vão de risco mínimo a inaceitável, proibindo práticas como vigilância social e manipulação subliminar. Além disso, introduz supervisão humana em sistemas de alto risco e exige transparência e explicabilidade nas decisões automatizadas. O artigo ressalta os benefícios da IA em áreas como saúde e serviços, mas alerta para riscos como discriminação algorítmica, perda de autonomia e impactos na privacidade. A regulamentação europeia influencia globalmente, servindo como referência para outras jurisdições. Contudo, enfrenta desafios, incluindo custos de conformidade para empresas e resistência de países como os Estados Unidos e a China, que favorecem abordagens menos restritivas. O texto conclui que a IA deve respeitar a centralidade da pessoa, equilibrando inovação e proteção de direitos fundamentais, promovendo uma regulação ética e responsável.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Neurociência; Dignidade humana; Lei de IA da União Europeia; Direitos fundamentais; Regulação tecnológica.

Introdução

Os avanços na inteligência artificial (IA) têm transformado profundamente diversas áreas da sociedade, desde a saúde até a economia. No entanto, essa evolução tecnológica traz consigo desafios éticos e legais significativos, que exigem uma abordagem centrada na pessoa. A União Europeia (UE) tem se destacado na criação de um quadro normativo que busca garantir que os desenvolvimentos tecnológicos respeitem os direitos humanos e os fundamentais, promovendo uma IA avançada que priorize a privacidade e a dignidade da pessoa.

A centralidade da pessoa nos avanços da IA é um princípio fundamental para assegurar que essas tecnologias não suplantem a singularidade da pessoa. A IA avançada oferece inúmeras possibilidades, como diagnósticos médicos mais precisos e melhorias na eficiência de serviços. No entanto, sem uma regulação adequada, essas tecnologias trazem riscos significativos, como a violação da privacidade, discriminação algorítmica e perda de autonomia.

A Lei de Inteligência Artificial da UE tem se mostrado um marco regulatório que visa assegurar a centralidade da pessoa no desenvolvimento e uso da IA, propondo um modelo baseado em risco, diferenciando de outras experiências estrangeiras em que a importância das inovações tem merecido mais proteção do que o usuário, existindo alguma regulamentação, no entanto, débil para assegurar a dignidade da pessoa.

O presente artigo tem por objetivo analisar a importância da regulamentação da União Europeia a respeito da Inteligência Artificial, na perspectiva de que na sua *ratio* encontra-se a preocupação da centralidade da pessoa, de forma a preservar a garantir a supervisão humana na aplicação da IA, a especificação de níveis de risco, como forma de preservar o princípio da dignidade humana.

A centralidade da pessoa diante dos avanços tecnológicos: Inteligência Artificial e neurociência

A importância da dignidade humana como princípio fundamental aplicável às relações oriundas dos atuais avanços tecnológicos, encontra fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e também em muitas constituições, como no caso da Constituição Federal do Brasil (1988), onde a dignidade é reconhecida como princípio inalienável, norteando o respeito à autonomia, à integridade e ao valor intrínseco de cada pessoa.

No campo da tecnologia, o respeito à dignidade humana impõe limites e orienta a criação e aplicação de novas ferramentas, como a IA e as neurotecnologias. Essas inovações, enquanto potencialmente benéficas, trazem riscos significativos de desumanização, instrumentalização e violação de direitos fundamentais.

Portanto, o princípio da dignidade exige que as tecnologias sejam desenvolvidas e aplicadas de modo a valorizar e preservar a humanidade dos indivíduos, reconhecendo-os como fins em si mesmos, e não como meios para alcançar objetivos técnicos ou econômicos, consoante o pensamento kantiano - o homem é o fim e não o meio.

Os avanços em IA e neurociência, ao lado dos benefícios que trazem, podem conduzir a sérias violações no tocante a autonomia e aos direitos fundamentais, como privacidade, liberdade de escolha e igualdade, uma vez que a automatização da tomada de decisões com base em grandes volumes de dados, pode interferir na autonomia individual e lesionar a privacidade das pessoas, como ocorre com utilização de algoritmo de análise de crédito ou nos processos de seleção para postos de de trabalho, realizadas por IA contaminada com vieses e discriminações, mesmo que involuntárias.

A centralidade da pessoa diante dos avanços tecnológicos pode ser garantida pela disponibilização ao usuário de meios, pelos quais, possa verificar a transparência e a explicabilidade das decisões automatizadas que, de alguma forma, impactem ou limitem seus direitos à privacidade ou se traduzam em discriminações por motivos diversos.

Colaboram com a preservação da centralidade da pessoa diante dos avanços tecnológicos, as legislações de proteção dados, especialmente dos dados sensíveis, como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), da União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) do Brasil, bem como o atendimento aos princípios éticos globais estabelecidos pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.

A lei de Inteligência Artificial da União Europeia: estrutura e princípios

A União Europeia recentemente editou o primeiro regulamento sobre a Inteligência Artificial (IA), conhecida como AI Act, cuja discussão se iniciou em 2021, com a proposta da Comissão Europeia que objetivava estabelecer um quadro legal harmonizado para o desenvolvimento e uso de IA na União Europeia.

A tramitação e o desenvolvimento da proposta deram-se sob presidência francesa do Conselho da União Europeia que fez circular um texto de compromisso para iniciar as discussões formais. Em dezembro de 2023, o Parlamento e o Conselho da União Europeia chegaram a um acordo provisório sobre o *AI Act*, com a inclusão de regras para modelos de IA que podem causar riscos sistêmicos no futuro, e um sistema revisado de governança com poderes de fiscalização a nível da União Europeia.

A regulamentação foi aprovada em maio de 2024, com entrada em vigor em 01 de agosto do mesmo ano, tendo sido estabelecido sua aplicação

gradual ao longo dos seis a trinta e seis meses que seguem à entrada em vigor do *IA Act*.

Dentre os pontos fundamentais da regulamentação da IA, destacam-se: i) a definição de um sistema de IA, alinhando-se às abordagens da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para diferenciar IA de um software simples; ii) a adoção de uma classificação de risco, apontando os sistemas de IA como de risco inaceitável, alto risco, risco limitado e risco mínimo; iii) a criação de sistema de governança e fiscalização, com o propósito de supervisionar a implementação das regras, especialmente para IA de propósito geral; iv) a proibição de práticas como manipulação comportamental cognitiva, reconhecimento de emoções em ambientes de trabalho e social *scoring*; v) a observação, por parte dos implementadores de sistemas de IA de alto risco, dos impactos sobre os direitos fundamentais antes de colocar esses sistemas em uso.

Esta regulamentação da IA pela União Europeia, desde as primeiras tratativas, tem servido de parâmetro para muitos países, na discussão e regulamentação da matéria, especialmente no tocante à conceituação de IA e a preservação dos direitos fundamentais, democracia e estado de direito.

A União Europeia editou o Regulamento (EU) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, datado de 13 de junho de 2024, onde se pode verificar que o respeito da Inteligência Artificial tem a preocupação na preservação da centralidade da pessoa, na confiança, num elevado nível de proteção à saúde, à segurança e, com especial destaque aos direitos fundamentais, como também a democracia, ao meio ambiente e ao estado de direito.

No Regulamento (EU) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, vê-se no art. 3º., item I, a definição de Sistema de Inteligência Artificial, onde se observa presente o aprendizado de máquina (Machine Learning), incluindo aprendizado supervisionado, não supervisionado e por reforço, os sistemas baseados em lógica e conhecimento, os métodos estatísticos, além da definição termos relacionados, como dados de entrada (input data), identificação biométrica, e verificação biométrica, entre outros, para cobrir aspectos detalhados do uso e aplicação de IA.

Assim, qualquer definição de Sistema de Inteligência Artificial deve conter, além dos requisitos comuns à sua descrição, mecanismos que garantam a centralidade da pessoa, como também a de um desenvolvimento seguro, ético e que respeite os direitos fundamentais.

IA e o impacto nos direitos fundamentais

O surgimento de novas tecnologias, dentre elas a Inteligência Artificial, vem provocando, com frequência, impactos nos direitos fundamentais, seja pela opacidade dos algoritmos, seja pelo controle de moderação exer-

cido sem a participação humana, como também pela influência do mercado numa sociedade onde sua força tende a prevalecer sobre centralidade da pessoa, provocando lesões ao direito à privacidade, à proteção dos dados pessoais sensíveis, à liberdade de expressão e de informação, ao direito a não discriminação e a igualdade, dentre outros.

A respeito da possibilidade do uso da Inteligência Artificial violar direitos fundamentais, a Comissão Europeia, publicou o Livro Branco (2020) sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, onde afirma:

> A utilização da IA pode afetar os valores nos quais a UE se baseia e conduzir a violações dos direitos fundamentais, incluindo os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à dignidade humana, à não discriminação em virtude do sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, tal como aplicável em determinados domínios, proteção de dados pessoais e da vida privada, ou direito a um recurso judicial efetivo e a um tribunal imparcial, bem como à proteção dos consumidores. Estes riscos podem resultar de falhas na conceção geral dos sistemas de IA (incluindo no que diz respeito à supervisão humana) ou da utilização de dados sem corrigir possíveis distorções (por exemplo, o sistema é treinado utilizando apenas ou principalmente dados relativos a homens, o que conduz a resultados menos bons em relação às mulheres).

A garantia de privacidade e de proteção de dados, pelo uso da Inteligência Artificial, de forma a atender aos preceitos constitucionais que os colocam como direitos fundamentais, exige a tomada de providência, por parte daqueles que, não sendo titulares destes direitos, no sentido de não os utilizar sem o devido consentimento prévio, nele incluindo a impossibilidade de alterá-los ou cancelá-los.

As vantagens do uso de IA para tratamento de dados pessoais não são possíveis de serem desconhecidas, sendo verdadeira a assertiva de que a geração de dados por ela produzidos pode ser mais rápida e eficiente do que a realizada manualmente pelo ser humano, como também que o uso destes dados pela administração pública pode favorecer a diminuição de erros e acelerar resultados.

A questão não se restringe a usar ou não a IA, mas sim, a colocar como limite para sua utilização, o respeito aos direitos fundamentais, impedindo que o uso de dados pessoais, com a exposição da privacidade de seu titular, possa trazer prejuízos à pessoa ou que veja utilizada para enriquecer grandes empresas que atuam no ramo das novas tecnologias.

A respeito dos riscos à privacidade, decorrente do uso da IA, Linera (2022) , ao tratar da questão no âmbito da União Europeia, afirma:

> Parece que entre los derechos fundamentales más afectados por el uso de sistemas de IA estarám los que garantizan la dimensión privada de las personas: la intimidad, la propia imagen, la protección de los datos personales y el secreto de las comunicaciones, reconocidos em los apartados 1 y 4 del art.18 CE, em el art. 8 CEDH y los art. 7 y 8CDFUE, y es que uno de los factores que convierten a la IA em uma herramienta tan poderosa es su capacidade para el tratamento de uma ingente cantidad de datos y para detectar las conexiones que puede haber entre ellos, así como su potencialidade para, como se recuerda em el Libro Blanco de la Unión Europea sobre IA (p. 15), "rastrear y desanonimizar" datos relativos a personas, y generar así nuevos riesgo em torno a la protección de los datos personales com relación a conjuntos de datos que em sí mismo, no contienen datos personales y es que el consentimiento em la cesión de dos o tres datos em apariencia irrelevantes puede generar, cuando se insertan dentro de um conjunto de datos muchísimo mayor, "datos bebé"imprevisibles para la persona interesada, lo que afcta de manera muy importante a exigencias como el consentimiento, expressión de la autonomia personal e la transparencia.

A garantia de privacidade e de proteção de dados, pelo uso da Inteligência Artificial, de forma a atender aos preceitos constitucionais que os colocam como direitos fundamentais, exige a tomada de providência, por parte daqueles que, não sendo titulares destes direitos, no sentido de não os utilizar sem o devido consentimento prévio, nele incluindo a impossibilidade de alterá-los ou cancelá-los.

As vantagens do uso de IA para tratamento de dados pessoais não são possíveis de serem desconhecidas, sendo verdadeira a assertiva de que a geração de dados por ela produzidos pode ser mais rápida e eficiente do que a realizada manualmente pelo ser humano, como também que o uso destes dados pela administração pública pode favorecer a diminuição de erros e acelerar resultados.

A questão não se restringe a usar ou não a IA, mas sim, a colocar como limite para sua utilização, o respeito aos direitos fundamentais, impedindo que o uso de dados pessoais, com a exposição da privacidade de seu titular, possa trazer prejuízos à pessoa ou que veja utilizada para enriquecer

Ainda dentre os riscos do uso da IA em desacordo com os direitos fundamentais, pode-se apontar que a autonomização do tratamento dos dados, especialmente pelo uso de algoritmos, atenta contra o direito a autodeterminação informativa da pessoa, pelo uso indevido ou além do consentido.

O direito à liberdade de expressão e de informação tem sido um dos grandes desafios apresentados pelo uso da Inteligência Artificial, considerando o cenário em que as novas tecnologias e as redes sociais, alargaram o espaço para manifestação das pessoas, com maior facilidade, alcance e velo-

cidade.

As comunicações tradicionais realizadas por rádio, televisão e jornais, que já haviam sofrido uma diminuição de seus alcances com a introdução da Rede Mundial de Computadores, no século passado, se viram ainda mais reduzidas com o surgimento da IA, cuja maior vantagem sobre os modelos tradicionais, estaria na facilidade de manifestação, na velocidade de sua transmissão e no tratamento de dados.

Dentre os objetivos da República brasileira, enumerados no art. 3º., da Constituição Federal (Brasil, 1988), tem-se o pluralismo político, base do Estado Democrático, traduzido pela garantia da diversidade de posições políticas, bem como pela possibilidade de defendê-las de forma livre, sem limite e sem a imposição de controles relativos ao conteúdo.

A liberdade de expressão em sua relação com a Inteligência Artificial pode ofender aos direitos fundamentais na medida em que a busca por informação nas mídias sociais pode sofrer influência do algoritmo que conduzirá apenas a determinadas informações que atendem aos interesses de grupos econômicos ou políticos, haveria, portanto, uma violação ao direito fundamental de expressão, na medida em que recebendo informações decotadas pelo algoritmo, de forma atender interesse determinado, a liberdade de expressão estaria comprometida, por consequência.

A propósito, Arroyo (2022) afirma:

> Los grandes motores de búsqueda son los instrumentos para buscar, recibir o impartir información; sin embargo, sus contenidos están indexados o clasificados por algoritmos que pueden conducir a la fragmentación informativa, favoreciendo solo determinadas plataformas y tipos o conglomerados de medios de comunicación. En ese sentido, el algoritmo también puede estar sesgado hacia ciertos tipos de contenido o proveedores de contenido, con el peligro de afectar valores relacionados con el pluralismo y la tolerancia informativa de diversos medios.

A utilização de inteligência artificial e algoritmos na produção de informação e, por consequência no exercício do direito de expressão, estão passivos de serem submetidos a mecanismos moderação, como forma de evitar lesões aos direitos fundamentais. Ocorre que, muitas vezes, não se tem conhecimento de como é desenvolvido e aplicado o processo de moderação, restando dúvidas a respeito da participação humana e do uso de algoritmo.

A este respeito, afirma Silva (2022) que pouco se sabe sobre as práticas de moderação nas plataformas e mídias sociais e, muitas vezes, quando se toma conhecimento, é por intermédio de vazamentos da imprensa. Aduz ainda que este trabalho árduo de moderação de bilhões de unidades de conteúdo é distribuído geográfica e racialmente no mundo, com regras estabelecidas pelos grandes profissionais da tecnologia, objetivando lucratividade

e a fuga de implicações jurídicas, realizados, quase sempre, por profissionais precarizados de países do Sul global.

A desigualdade socioeconômica existente no Sul global, tão patente e clara nas áreas da saúde, educação e condições de subsistência com o mínimo de dignidade, também aparece em proporções idênticas na influência que os grandes grupos econômicos exercem sobre o uso da inteligência artificial e dos algoritmos em desfavor dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação, reafirmando a tendência que faz prevalecer o mercado sobre a singularidade da pessoa.

O desafio que se apresenta com relação ao uso da IA e o direito fundamental de privacidade, proteção de dados e liberdade de expressão, se estabelece em regulamentar o uso da tecnologia de maneira a preservar e proteger tais direitos, sem que se impeça o desenvolvimento de novas tecnologias, ou seja, o equilíbrio entre o avanço da tecnologia e a centralidade da pessoa.

Implicações jurídicas e impacto global da lei de IA da União Europeia

A Lei de Inteligência Artificial da União Europeia (IA Act) representa um marco regulatório inovador no campo da inteligência artificial (IA), estabelecendo padrões rigorosos para o desenvolvimento, a implementação e o uso dessa tecnologia em seus 27 estados-membros. Proposta pela Comissão Europeia em 2021, a lei tem como objetivo equilibrar a promoção da inovação tecnológica com a proteção dos direitos fundamentais e a segurança dos cidadãos. A abordagem da UE é centrada em uma estrutura de gestão de riscos, categorizando sistemas de IA com base no potencial impacto que podem ter sobre a sociedade e os indivíduos. Essa iniciativa estabelece um padrão global, com implicações significativas para a regulação de IA em outras jurisdições.

A Lei de IA da UE adota uma abordagem baseada em riscos, dividindo os sistemas de IA em quatro categorias principais: risco inaceitável, alto risco, risco limitado e risco mínimo. Sistemas considerados de risco inaceitável, como aqueles que promovem manipulação subliminar ou vigilância social em larga escala, são proibidos. Sistemas de alto risco, que incluem aplicações em setores críticos como saúde, justiça e segurança pública, estão sujeitos a requisitos rigorosos de avaliação, transparência e conformidade. Por outro lado, tecnologias de menor risco têm regulamentações menos intensas, permitindo maior flexibilidade para inovação.

Esse modelo busca proteger direitos fundamentais, como privacidade, não discriminação e autonomia, ao mesmo tempo em que promove um ambiente seguro para a inovação tecnológica. No entanto, o equilíbrio entre inovação e proteção de direitos humanos apresenta desafios. Críticos argumentam que regulamentações rigorosas podem desencorajar startups e em-

presas menores, deslocando a inovação para jurisdições menos regulamentadas. Ainda assim, a Lei de IA da UE posiciona a proteção dos direitos humanos como prioridade, refletindo os valores centrais do bloco europeu.

No entanto, a implementação da Lei de IA enfrenta desafios significativos relacionados a interesses comerciais e sociais. Por um lado, grandes empresas de tecnologia têm levantado preocupações sobre o impacto financeiro e operacional das exigências de conformidade. As empresas precisam ajustar seus sistemas para atender aos critérios de transparência, documentação e explicabilidade, o que pode ser caro e tecnicamente complexo. Isso pode criar barreiras para empresas menores e *startups* que não possuem os mesmos recursos financeiros e técnicos das grandes corporações.

Por outro lado, a aplicação prática da lei exige a criação de uma infraestrutura regulatória robusta. Órgãos reguladores precisam ser equipados para monitorar, auditar e impor as regras em um cenário dinâmico e tecnologicamente avançado. Isso demanda investimentos em treinamento, tecnologias de fiscalização e cooperação entre estados-membros, o que pode ser desafiador em um bloco tão diverso quanto a União Europeia.

A regulamentação da IA tem favorecido a ampliação da influência econômica e política da EU, mas, por outo lado, tem despertado uma resistência por outros países, especialmente os Estados Unidos e a China, onde o foco está mais voltado para promover a inovação tecnológica e a competitividade global, com regras de regulação menos rigorosas e, por consequência, com maior risco à centralidade da pessoa. padrões divergentes.

Conclusão

A coleta, armazenamento e uso de dados pessoais devem ser realizados de forma a garantir a confidencialidade e a segurança dos dados. Além disso, a lei estabelece que os sistemas de IA devem ser transparentes e explicáveis, permitindo que os usuários compreendam como as decisões são tomadas e possam contestar decisões automatizadas que os afetam negativamente.

Outro ponto crucial que diz respeito à centralidade da pessoa no uso e nos avanços da IA é a exigência, contida na Lei de Inteligência Artificial da UE, de que sistemas de IA de alto risco incluam medidas de supervisão humana. Isso permite que operadores humanos possam intervir e corrigir a operação do sistema quando necessário. Além disso, a Lei da UE reafirma o princípio da não discriminação em qualquer forma, seja por raça, gênero, orientação sexual ou outras identidades.

Em conclusão, a Lei de Inteligência Artificial da UE representa um passo significativo para garantir que os avanços tecnológicos sejam realizados com respeito à centralidade da pessoa, princípio que deve orientar todas as inovações. Esta legislação assegura que as tecnologias da IA e da neurociência sirvam para melhorar a vida das pessoas sem comprometer sua

privacidade e dignidade. Este marco regulatório não apenas protege os indivíduos, mas também promove um ambiente de inovação responsável e ético, onde o progresso tecnológico respeita e garante a dignidade da pessoa e os Direitos Humanos.

Referências

ARROYO, César Landa. Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial e Algoritmos. Revista do Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, n. 66, p. 139-158, jan./mar. 2022. Disponível em: https://online.unisc.br/ seer/ index.php/ direito/ index.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituicao/ ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2015-2018/ 2018/ lei/ l13709.htm.

LINERA, Miguel Ángel Presno. Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial, Marcial Pons. Fundación Manuel Giménez Abad. Madrid, 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Livro Branco sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia Virada para a Excelência e a Confiança. Disponível em: https://op.europa.eu/ pt/publication- detail/ -/ publication/ ac957f13- 53c6-11ea- aece-01aa75ed71a1. Noble, S. U. Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism. NYU Press, 2018.

SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico - Inteligência artificial e discriminação nas redes sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2022.

OS FENÓMENOS DO CIBERBULLYING: VERDADEIRA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS? UMA PERSPETIVA LUSO-BRASILEIRA

Paulo Roberto Meyer Pinheiro

Assessor e Coordenador de Pós-Graduação, Docente da Univ. de Fortaleza. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra - FDUC. Bacharel e Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela UNIFOR

Patrícia Pinto Alves

Professora Adjunta Convidada no ensino superior em Portugal. Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Investigadora jurídica em centros de investigação jurídica Portugueses e Internacionais

Resumo:

A cibercultura transforma identidades e desafia direitos fundamentais, evidenciando problemas como o aumento do ciberbullying no Brasil e em Portugal. Essa prática, potencializada pelas redes sociais, viola os direitos humanos, expõe a insuficiência das legislações gerais para proteger vítimas e punir agressores, além de comprometer a dignidade humana. Este estudo, defende a necessidade de legislações específicas e a aplicação de normas já existentes, como a Carta dos Direitos Humanos Digitais em Portugal e a Constituição Federal de 1988 no Brasil, bem como a recente Lei 14.811 de 2024 que acrescentou o artigo 146-A ao Código Penal, para fortalecer eficazmente o problema. O ciberbullying, enquanto forma de violência digital, afeta vários grupos vulneráveis, especialmente crianças e adolescentes, promovendo intolerância, agravando desigualdades e prejudicando a convivência social. As consequências incluem danos emocionais e psicológicos, como ansiedade e depressão, que reforçam a urgência de soluções concretas. A metodologia adotada, de abordagem descritiva, sustenta-se na análise de casos reais e revisão normativa, aborda as fragilidades atuais e proporciona medidas mais eficazes. Conclui-se que o enfrentamento do ciberbullying exige uma resposta coordenada, tanto em nível nacional quanto global, para garantir a igualdade, a dignidade e a saúde mental das vítimas em um ambiente digital mais seguro e inclusivo.

Palavras-chave: Ciberbullying; Cibercultura; Regulação; Direitos Humanos; Dignidade da pessoa humana.

Nota prévia

Cada vez mais surgem fenómenos de *bullying* quer na sociedade portuguesa quer na sociedade brasileira, sendo que com o avanço da tecnologia e da *internet*, a título de exemplo mediante a utilização de redes sociais, o fenómeno do ciberbullying tem-se alastrado cada vez mais, afetando pessoas menores de idade e adultas. Os direitos humanos dos seres humanos afetados devido a práticas de ciberbullying são cada vez mais violados no mundo *online*. Na qualidade de direitos fundamentais, a Constituição da República Portuguesa em vigor consagra a proteção da integridade física e moral de forma ampla (no seu artigo 25.º), a preservação do direito à honra e ao bom nome, do direito à intimidade da vida privada e do direito à imagem (no seu artigo 26.º), assim como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (o qual se infere, a título de exemplo, logo do disposto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa em vigor). Mais recentemente, foi criada a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

O ciberbullying, entendido como a prática de agressões em ambientes virtuais, como redes sociais e aplicativos de mensagens, configura um fenômeno contemporâneo de alta relevância também no Brasil. Essa prática é descrita pela disseminação de imagens, vídeos ou mensagens direcionadas a indivíduos ou grupos, resultando em impactos profundos na esfera social e psicológica das vítimas. Nesse contexto, um marco relevante é a aprovação da Lei 14.811/2024, que estabelece protocolos obrigatórios de proteção às crianças e adolescentes contra todas as formas de violência no ambiente escolar. Essa legislação prevê a capacitação de profissionais da educação para lidar com situações de *bullying*, determinando que as ações sejam realizadas em parceria entre municípios, estados e a União (*on-line*, 2024). A lei também define sanções rigorosas para os agressores: os adultos podem ser punidos com multas e reclusão de dois a quatro anos em casos de intimidação virtual. Para adolescentes, são aplicadas medidas socioeducativas, enquanto as crianças têm seus responsáveis legais processados, reforçando a responsabilidade parental nesses contextos. Essa perspectiva jurídica luso-brasileira revela avanços e desafios no enfrentamento do ciberbullying, especialmente no que tange à proteção dos direitos humanos e à promoção de uma convivência digital mais ética e responsável.

O *bullying* e o *ciberbullying* numa perspetiva jurídica

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, "*a positividade dos direitos fundamentais afirma-se, em primeiro lugar, na consideração destes direitos como direitos subjectivos, isto é, como posições ou pretensões individuais juridicamente accionáveis*

através de procedimentos e processos específicos previstos e regulados na ordem jurídica" (Canotilho, 2005, p. 82). A positividade encontra-se ainda presente quando se consideram as dimensões de natureza objetiva dos direitos fundamentais (Canotilho, 2005). Contrariamente ao *bullying* tradicional, o ciberbullying tem uma visibilidade mais atual, podendo também beneficiar de certa impunidade por tirar proveito do anonimato com que variadas vezes estas ações se exercem, sendo que apesar da identificação digital, possível de obter pelos canais tecnológicos adequados, muitas destas ações permanecem com complexidade no que respeita à sua identificação (Caixa Geral de Depósitos, 2021).

Para Santos Justo a expressão latina "*unus homo, nullus homo*" caracteriza bem o seu caráter social, dado que o Homem que viva totalmente isolado, *"sem uma comunidade social mais ou menos extensa"* (a família, a cidade, a tribo, o Estado), "*não é Homem: é um nada*" (Santos Justo, 2023, p. 3). No entanto, julgamos que o facto de o Homem dever viver enquadrado na sociedade que o circunda, não lhe confere legitimidade para praticar condutas de *bullying* nem de ciberbullying. Neste seguimento, em Portugal, de entre as razões invocadas pelos agressores de ciberbullying destacam-se motivos hedonistas e egóicos relacionados com brincadeira (34,1%), diversão (28,8%) e também com fuga ao tédio, que apontam no sentido de utilizar o ciberbullying por desocupação (17,4%) ou ainda por estar aborrecido (15,9%). Motivos de aflição, que parecem ter uma natureza instrumental como *"não gostar dele"* (22,7%), ou parcialmente reativa e instrumental, como é o exemplo da quebra de amizades (17,4%), são outras motivações de relevo (Caetano *et al*, 2017). Todavia, defendemos que, também em contexto de *bullying* e de ciberbullying, não devemos descurar as suas práticas em contexto de relações amorosas e afetivas.

Em Portugal, podem considerar-se dois grandes tipos de *bullying*, ou seja, o *bullying* presencial e o ciberbullying (também conhecido por *bullying* eletrónico), sendo que cada um destes tipos se subdivide em variados subtipos; desta feita, o *bullying* presencial poderá ser direto (verbal e físico) e indireto; ao passo que o ciberbullying poderá adquirir diversas formas, de acordo com o meio de comunicação utilizado ou o âmbito dessa mesma comunicação (Amado *et al*, 2012). Apesar de tudo, em Portugal ainda não existe legislação específica que verse diretamente acerca do *bullying* e do ciberbullying. No entanto, no ambiente escolar e académico, por vezes, acontecem situações de *bullying* e de ciberbullying, assim como no quotidiano em geral, pelo que consideramos que o legislador deverá ser mais cauteloso e legislar especificamente acerca destas matérias. Por conseguinte, em contexto escolar, a lei permite combater a violência escolar, sendo que o *bullying* desrespeita os princípios do Estatuto do Aluno e Ética Escolar em Portugal, sendo, nestes casos aplicáveis os ditames da Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro, que se aplica ao ensino básico e secundário (DECO PROTeste,

2024). Inerentemente, alguém que assista a comportamentos que indiciem o desrespeito pela integridade física e psicológica de professores, pessoal não docente ou alunas/os, deve comunicá-los a um professor ou ao diretor de turma.

Todavia, a violência física, social ou psicológica contribuem para aquilo que é havido como tratando-se do fenómeno de *bullying*, estando tais vicissitudes associadas à mera ofensa, à injúria, além da devassa da vida privada como muitas vezes ocorre quando se recorre à utilização de fotografias e à sua colocação nas redes sociais para, de algum modo, coagir os outros para certos atos ou como vingança sobre a sua não adesão a certas práticas ou a determinados compromissos (Grosso; Casanova, 2019), configurando tais situações autênticas práticas de *bullying*, e, entendemos da nossa parte, até de ciberbullying.

De acordo com Fernando Gonçalves e com Manuel João Alves, a estrutura fundamental de um processo penal democrático e moderno, como é o caso do português, baseia-se na dignidade da pessoa humana, assim como no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, em respeito pelo disposto nos artigos 1.º e 2.º, ambos da Constituição da República Portuguesa em vigor (Gonçalves; Alves, 2015). Ora, a finalidade do processo penal, em Portugal, não incide unicamente na descoberta da verdade material e na realização da justiça no caso concreto, por meios admissíveis no âmbito do processo penal português, mas também na promoção e inerentemente na proteção da garantia e do respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos perante o Estado português no intuito da obtenção do alcance da paz jurídica (Gonçalves; Alves, 2015). Da nossa parte, acrescentamos que a prática de *bullying* e de ciberbullying também se enquadra nesta realidade, dado que as práticas de alguns tipos legais de crimes, como a título de exemplos: ofensas à integridade física e moral, práticas de maus tratos contra outrem, a prática do crime de violência doméstica, entre outros, subsidiariamente consubstanciam verdadeiras práticas de *bullying*, e no ambiente digital de ciberbullying, em Portugal, no Brasil e no mundo. Nesta conjectura, defendemos que urge, cada vez mais, a necessidade de os Estados Português e Brasileiro, adotarem políticas públicas de combate a tais práticas, através de novas e mais conscientes legislações, mas também através de ações formativas, no sentido de consciencializar ainda mais e melhor a sociedade portuguesa e brasileira acerca destas problemáticas.

Os dados são apresentados na mais recente edição da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE), conduzida pelo IBGE em colaboração com o Ministério da Saúde (MS). Entre os principais alvos de agressões estão jovens do sexo feminino (16,2%), filhos de mães sem escolaridade (16,2%) e estudantes de escolas públicas (13,5%). A ocorrência de ciberbullying é ainda mais significativa entre alunos que relatam sofrer agressões de seus pais (22,6%), que não têm supervisão parental em seu tempo livre (18,1%), que

não residem com os pais (15,4%). %), que faltam às aulas sem autorização (18,4%), que sentem que não têm apoio emocional (18,6%), que apresentam tristeza constante (17%), que não têm amigos (26,1%) ou que acreditam que a vida não tem valor (22,3%). Além disso, estudantes que consomem bebidas alcoólicas (19,1%), cigarro (24,8%), tabaco (22,4%) ou drogas ilícitas (26,4%) e aqueles que relatam experiências sexuais (17,1%) demonstrou maior prevalência de envolvimento em situações de ciberbullying. Segundo o estudo, os adolescentes mais jovens, entre 13 e 15 anos, apresentaram uma prevalência maior de envolvimento com o ciberbullying (*on-line*, 2024).

A prática está fortemente vinculada a indicadores de saúde mental fragilizada. Adolescentes que dizem não ter amigos, que sentem que ninguém se preocupa com eles ou que acreditam que a vida não tem valor estão entre os mais afetados. "Esses achados corroboram a literatura, que aponta um aumento significativo nos riscos de depressão, pensamentos suicidas, tentativas de suicídio e automutilação entre as vítimas de ciberbullying". A Organização Mundial da Saúde (OMS) tem demonstrado preocupação crescente com o aumento dessas especificidades e de outras formas de violência on-line direcionadas às crianças. Além do ciberbullying, há também um crescimento na exploração e abuso sexual infantil on-line, bem como na produção e disseminação de conteúdo abusivo infantil e outras formas de vitimização. Para enfrentar esses desafios, a OMS recomenda estratégias como programas de prevenção adversas para jovens, iniciativas de segurança digital para crianças e adolescentes, além de medidas regulatórias e de proteção na internet contra o ciberbullying (*on-line*, 2024).

Os fenómenos do *ciberbullying* na era atual

Com a utilização de ferramentas de telecomunicações, para a prática do *bullying*, tal fenómeno negativo da contemporaneidade ganha forma especializada e é designado de *ciberbullying*, acumulando-se ao fenómeno agregando força e virulência a possibilidade do anonimato da parte agressora e a crença da impunidade que a prática lhe concede (Marques da Silva/Silva, 2019). O ciberbullying por si só não é ainda considerado crime em Portugal, motivo pelo qual aquando da sua prática, existe a necessidade de se aplicarem os tipos legais de crime contemplados no Código Penal português [DL n.º 48/95, de 15 de Março, na sua versão atualizada], com a pretensão de se avançar com a intervenção do sistema de justiça. Ainda neste seguimento, entre outros, os comportamentos de ciberbullying podem enquadrar-se como crime ou combinação de crimes de: Ameaça (Artigo 153.º do Código Penal Português); Coação (Artigo 154.º do Código Penal Português); Perseguição (Artigo 154.º-A do Código Penal Português); Difamação (Artigo 180.º do Código Penal Português); Injúria (Artigo 181.º do Código Penal Português); Devassa da vida privada (Artigo 192.º do Código Penal Portu-

guês); Devassa por meio de informática (Artigo 193.º do Código Penal Português); Gravações e fotografias ilícitas (Artigo 199.º do Código Penal português).

Da nossa parte entendemos que o tipo legal de crime de maus tratos previsto no artigo 152.º-A do Código Penal Português também deve ter aplicabilidade ocorrendo certas práticas de *bullying* e de ciberbullying, mais especificamente nos moldes do disposto nas alíneas a) a c), do n.º 1 deste preceito legal e do disposto nas alíneas a) e b), do n.º 2 deste mesmo preceito legal, que nos espelha, respetivamente que: "1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e: a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente; b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 - Se dos factos previstos no número anterior resultar: a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos; b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos" (Artigo 152.º-A do Código Penal português).

Porém, nas situações em que os agressores são maiores de 16 (dezasseis) anos de idade, ficam sujeitos à aplicação da lei penal portuguesa, mas no caso de os agressores tiverem entre 12 (doze) e 16 (dezesseis) anos, podem ser sujeitos a aplicação de medidas consagradas na Lei Tutelar Educativa portuguesa [Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, na sua versão atualizada]. Caso os agressores sejam menores de 12 (doze) anos, aplica-se, então, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo portuguesa [Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, na sua versão atual]. Em Portugal, a Guarda Nacional Republicana (GNR) e a organização espanhola "*Pantallas Amigas"* assinaram um protocolo de cooperação, que tem por intuito proteger os jovens dos riscos associados ao uso inadequado das tecnologias da comunicação, em especial da *internet* (Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens).

O artigo 2.º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (Lei n.º 27/2021, de 17 de maio), artigo este com a epígrafe de «Direitos em ambiente digital», revela-nos, ao abrigo do disposto nos seus n.ºs 1 e 2, respetivamente, que: "1 - A República Portuguesa participa no processo mundial de transformação da Internet num instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, proteção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital. 2 - As normas que na ordem jurídica portuguesa consagram e tutelam direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no

ciberespaço". Posto isto, depreendemos que, embora que analogicamente, faz sentido aplicarmos este preceito legal aquando da ocorrência de casos de ciberbullying, até porque na ausência de legislação específica, restará ao julgador adotar a legislação existente e adaptá-la ao caso em concreto.

Neste seguimento, entendemos que para combater práticas de ciberbullying, deverá ter aplicabilidade o artigo 4.º da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital até porque, muitas das vezes, o ciberbullying é praticado através de uma máscara *on-line* camuflada que visa esconder a verdadeira identidade da/o agressor/a para difamar outrem. Deste modo, da nossa parte julgamos que o disposto no n.º 1, do artigo 4.º da «Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital» deve ser interpretado conjuntamente com o direito fundamental da «liberdade de expressão e informação» plasmado no artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa em vigor, porque além de direito fundamental, somos apologistas que, num leque amplo, a "liberdade de expressão e informação" também configura um direito humano dentro da era digital e fora da era da era digital (Alves, 2022). É à *Internet* que, muitas vezes, vão parar vídeos de agressões entre jovens e até mesmo imagens de crianças ou adolescentes nus ou em práticas de natureza sexual, sendo que "o problema torna-se muito maior, porque nestes casos em vez de haver apenas um ou dois espectadores da situação podem ser milhares", (Ferreira, 2023). Contrariamente, nos casos de *bullying* que ficam circunscritos a apenas um local, normalmente a escola, Patrícia Ferreira esclarece que depois de a situação ocorrer "a criança volta para casa e sente que está num local seguro. Sente-se melhor e depois acaba por regressar à escola. Já com a dimensão que pode alcançar o ciberbullying, que toma proporções enormes e imprevistas, as consequências a nível psicológico são gravíssimas para as vítimas. E basta acedermos às redes sociais para verificarmos que, de facto, estas situações estão em ascensão" (Ferreira, 2023). Ora, as principais vítimas de *bullying* são as raparigas, assumindo, estes casos, 51,1% dos casos, e, as agressoras são, normalmente, outras raparigas e, neste caso, as agressões são "sobretudo verbais e psicológicas", mas, entre rapazes "o *bullying* é mais físico", acrescenta a psicóloga da APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima) (Ferreira, 2023). Em Portugal, o Concelho de Lisboa é o mais afetado do país, considerando os dados do último relatório da APAV, referentes ao biénio 2020/22, com uma prevalência de 29,1% dos casos. Contudo, a maioria das vítimas ainda é de nacionalidade portuguesa, em 81,1% dos casos, não sendo de desprezar a percentagem restante, de 18,9% de vítimas estrangeiras, numa altura em que nalgumas escolas, essencialmente nos grandes centros urbanos, o número de alunos estrangeiros também aumentou. Dos casos relatados à APAV, houve cinco vítimas oriundas do Continente Americano, uma africana e uma asiática, e, em 13 (treze) casos não foi divulgada a nacionalidade da vítima, mas em 97 (noventa e sete) situações a vítima é portuguesa (Ferreira, 2023).

Numa perspectiva comparatística, note-se que, em França, vigora o «*Décret n.º 2023-782 du 16 août 2023 relatif au respect des principes de la République et à la protection des élèves dans les établissements scolaires relevant du ministre chargé de l'éducation nationale*». Apesar do reconhecimento de que o ciberbullying traz novas questões e desafios à escola, às famílias, assim como a todos os que têm responsabilidades sociais, educativas ou políticas, os contornos de tal fenómeno ainda não se encontram nitidamente definidos e a investigação neste domínio é ainda principiante (Amado; Matos; Pessoa; Jäger, 2009). Como bem nos explica Maria João Leote de Carvalho, pode-se ser vítima de *ciberbullying* de várias maneiras, ou seja, através de mensagens escritas (*sms*, *mms*, *email*, etc.); mediante o envio de mensagens de voz; de imagens, de fotografias e de vídeos; ainda, através de comunicações em salas de *chats* e/ou redes sociais; através do envio de *emails* contendo vírus; mediante a apropriação de *passwords* de *email* ou contas pessoais de aplicações da vítima (através da criação de perfis falsos, de sabotagem e de utilização ilegítima).

A atualização brasileira tem apresentado avanços na abordagem dos casos de ciberbullying. examina (Silva, 2026) diversas decisões judiciais que evidenciam a aplicação das normas vigentes para responsabilizar os agressores tanto na esfera cível quanto na penal. Um caso emblemático envolve denúncias de um adolescente por um tribunal brasileiro ao pagamento de indenização por danos morais a um colega de escola, vítima de ciberbullying. Essa decisão destacou a aplicação do artigo 186 do Código Civil, que trata da reposição de danos causados por atos ilícitos. Em comparação com outros países, o Brasil (2018) aponta que a legislação brasileira ainda apresenta lacunas significativas quando comparada a nações como os Estados Unidos e o Reino Unido, que possuem políticas mais avançadas e específicas para combater o ciberbullying. Nos Estados Unidos, por exemplo, diversas leis estaduais definem medidas concretas para prevenir e penalizar essa prática, enquanto no Reino Unido, oferecem uma base jurídica sólida para lidar com comportamentos abusivos online. A necessidade de fortalecer a legislação brasileira é enfatizada por autores como Rodrigues (2019), que defendem a criação de normas mais específicas e rigorosas para enfrentar o ciberbullying. Rodrigues propõe que as novas leis não apenas imponham punições mais severas aos agressores, mas também ofereçam suporte mais abrangente às vítimas, como a criação de unidades especializadas em crimes cibernéticos e a implementação de programas educativos voltados para a conscientização nas escolas.

Não que diz respeito à jurisdição e à territorialidade, o ambiente virtual desafia os limites geográficos. É comum que o agressor e a vítima ocorram em países diferentes, o que complica a aplicação das leis. O grande obstáculo, nesse contexto, é alinhar legislações internacionais para tratar os crimes digitais e estabelecer acordos de cooperação jurídica entre as nações. Analisa-se (Silva, 2020, p. 05) as falhas na legislação brasileira sobre ciberbullying,

ressaltando que "os dispositivos legais vigentes carecem de clareza suficiente quanto à violência de crimes digitais, abrindo espaço para interpretações subjetivas e pouco eficazes". Por sua vez, afirma-se (Gomes, 2029, p. 78) que "a internacionalidade do crime é um dos maiores desafios na legislação sobre ciberbullying, considerando que as plataformas digitais frequentemente operam sob jurisdições distintas das localidades onde o crime ocorre". Dentre as soluções possíveis, destaca-se a necessidade de criar legislações específicas para o ciberbullying, adaptadas às tecnologias emergentes. Outro ponto fundamental seria o tratado de tratados internacionais que facilita o enfrentamento do ciberbullying em escala global. Por último, promover o uso responsável das tecnologias digitais através de campanhas educativas.

Breves considerações finais

O ciberbullying é uma das manifestações mais preocupantes da violência digital na atualidade, especialmente em Portugal e no Brasil, onde as legislações ainda carecem de especificidade para tratar do problema de maneira eficaz. Apesar dos avanços normativos, como a Carta dos Direitos Humanos na Era Digital em Portugal e a Constituição Federal de 1988 no Brasil, a adaptação de normas gerais não atende à complexidade das práticas digitais. O anonimato e a amplificação promovida pelas redes sociais tornam o combate a essas práticas um desafio crescente para as sociedades contemporâneas. O estudo evidenciou que o ciberbullying não apenas viola direitos fundamentais, como a dignidade e a igualdade, mas também causa danos psicológicos significativos às vítimas, especialmente crianças e adolescentes. Esses impactos, que incluem ansiedade, depressão e retraimento social, mostram que a violência digital transcende as esferas individuais, comprometendo o tecido social como um todo. Nesse sentido, torna-se evidente a necessidade de legislações específicas, acompanhadas de ações de conscientização social e intervenções educativas. Essa lacuna normativa reforça a necessidade de medidas legislativas mais precisas e eficazes para lidar com o problema. Além da criação de novas normas, destaca-se a importância de ações integradas entre governos, instituições de ensino, organizações não governamentais e o sistema de justiça. A educação digital, voltada para o uso responsável das tecnologias, e a formação de profissionais para identificar e lidar com o ciberbullying são caminhos indispensáveis para a prevenção e o combate efetivo dessa prática. Essas iniciativas, aliadas a políticas públicas abrangentes, podem promover mudanças estruturais e comportamentais na sociedade. Por fim, o enfrentamento do ciberbullying exige um compromisso global e colaborativo. A internet, ao transcender fronteiras, requer soluções que integrem esforços internacionais para proteger os direitos humanos no ambiente digital.

Referências

Doutrina

ALENCAR, Felipe do Nascimento. Análise das implicações jurídicas do cyberbullying no Brasil, focando na legislação vigente, na responsabilidade civil e penal dos envolvidos, e nos mecanismos de proteção às vítimas. **Linguística, Letras e Artes**, v. 29, n. 140, nov. 2024. DOI: 10.69849/ revistaft/ ma10202411210915. Disponível em: https://revistaft.com.br/ analise-das- implicacoes-juridicas- do-cyberbullying- no-brasil- focando-na- legislacao-vigente- na-responsabilidade- civil-e- penal-dos- envolvidos-e- nos-mecanismos- de-protecao- as-vitimas/. Acesso em: 5 dez. 2024.

AMADO, João/MATOS, Armanda/PESSOA, Teresa/JAGER, Thomas. Cyberbullying: Um desafio à investigação e à formação. **Interacções**, Vol. 5 N.º 13 (2009): Comportamentos de bullying em contexto escolar: Diálogos interdisciplinares. DOI: https://doi.org/ 10.25755/ int.409. Disponível em: https://revistas.rcaap.pt/ interaccoes/ article/ view/409. Acesso em: 6 dez. 2024.

CARVALHO, Maria João Leote de. «Lei portuguesa penaliza condutas recorrentes de agressão online». **CriA. On - Crianças e Adolescentes Online Conhecer e Capacitar,** JORNAL, informação datada de 7 de Fevereiro de 2023. Disponível em: https://criaon.fcsh.unl.pt/ artigo/ lei-portuguesa- penaliza-condutas- recorrentes-de- agressao- online/ . Acesso em: 5 dez .2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. **Direito Público**, Nº 7 - Jan-Fev-Mar/2005 - Doutrina Estrangeira, p. 82. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/ bitstream/ 123456789/ 462/1/ Direito%20 Publico%20 n72005_JJ%20 Gomes%20 CAnotilho.pdf . Acesso em: 6 dez. 2024.

COMISSÃO NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS. Bullying, ciberbullying e segurança digital. **Instituto de Informática**, I.P.. Disponível em: https://www.cnpdpcj.gov.pt/ bullying- ciberbullying-e- seguranca- digital1. Acesso em: 6 dez. 2024.

DECO PROTeste, Bullying: **Lei como Defesa,** informação publicada em 23 de fevereiro de 2024, Disponível em: https://www.deco.proteste.pt/ familia-consumo/ bebes-criancas/ dossies/ bullying-identificar-e- prevenir/ bullying- lei-como- defesa Acesso em: 24 nov. 2024.

FERREIRA, Patrícia. Ciberbullying está a aumentar e a "deixar de rastos" centenas de crianças e jovens. **Imprensa da Ordem dos Advogados Portugueses**, de 16 de novembro de 2023. Disponível em: https://portal.oa.pt/ comunicacao/ imprensa/ 2023/ 11/16/ ciberbullying- esta-a-aumentar- e-a-deixar- de-rastos- centenas-de- criancas-e-jovens/ . Acesso em: 1. dez. 2024.

GONÇALVES, Fernando/ ALVES, Manuel João, Crime. **Medidas de Coação e Prova, O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador**, Almedina, setembro de 2015.

GOMES, L. Marco Civil da Internet e cyberbullying no Brasil: responsabilidade dos provedores. **Revista de Direito da Tecnologia**, 2017.

GROSSO, Marta/CASANOVA, Fátima. Bullying e ciberbullying. Basta uma humi-

lhação e está a praticar um crime. **Renascença**, texto publicado em 04 de setembro de 2019, pelas 15h13 (quinze horas e treze minutos). Disponível em: https://rr.sapo.pt/ noticia/ pais/ 2019/09/ 04/bullying- e-ciberbullying- basta-uma- humilhacao-e-esta- a-praticar- um-crime/ 163452/ Acesso em: 24 nov. 2024.

JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**, 14.ª Edição, Editora: Petrony. agosto de 2023. A versão mais atual desta obra é do ano de 2024.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio/SILVA, Evani Zambon Marques da. Considerações Jurídicas e Psicológicas acerca do Cyberbullying: Respeito a Dignidade Humana. **Revista de Direito Brasileira** | Florianópolis, SC | v. 24 | n. 9 | p. 155-167 | Set./Dez. 2019, p. 159.

RODRIGUES, A. Propostas para o aprimoramento da legislação sobre cyberbullying no Brasil. **Revista de Estudos Legislativos**, 2019.

SILVA, M. Decisões judiciais sobre cyberbullying no Brasil: uma análise de casos. **Revista Jurídica**, 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Estudo revela elevada prevalência de cyberbullying entre adolescentes brasileiros.** Disponível em: https://ufmg.br/ comunicacao/ noticias/ estudo-revela- elevada-prevalencia- de-cyberbulling- entre-adolescentes- brasileiros . Acesso em: 5 dez. 2024.

Legislação

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 nov. 2015.

FRANÇA. Décret n° 2023-782 du 16 août 2023 *relatif au respect des principes de la République et à la protection des élèves dans les établissements scolaires relevant du ministre chargé de l'éducation nationale.*

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de Abril de 1976, na sua versão atual).

PORTUGAL. Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, na sua versão atual).

PORTUGAL. A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/ leis/ lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis . Acesso em: 6.dez. 2024).

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível**: 10394140051282001 MG, Relator: Renato Dresch. Data de julgamento: 28 jun. 2018. Data de publicação: 3 jul. 2018.

Links

https://www.academia.edu/ 51949936/ ciberbullying_Motivos_Da_Agress%-C3%A3o_Na_Perspetiva_De_Jovens_Portugueses

https:/ /www.cgd.pt/ Site/ Saldo- Positivo/ formacao- e-tecnologia/ Pages/ cyberbulling- ajudar-vitimas.aspx

https://www.academia.edu/ 66642944/ O_ciberbullying_e_a_Escola_uma_an%-C3%A1lise_da_situa%C3%A7%C3%A3o_em_Portugal

https://pt.euronews.com/ my-europe/ 2023/05/ 02/luta-de- mae-para- mudar -leis- sobre-ciberbullying- chega-ao- parlamento- europeu

https://criaon.fcsh.unl.pt/ artigo/ lei-portuguesa- penaliza-condutas- recorrentes-de- agressao-online/

https://www.pgdlisboa.pt/ leis/ lei_mostra_articulado.php?nid= 4&tabela=leis

https://www.pgdlisboa.pt/ leis/ lei_mostra_articulado.php?nid= 542&tabela=leis

https://repositorio.idp.edu.br/ bitstream/ 123456789/ 462/1/ Direito%20 Publico%2 0 n72005_JJ%20 Gomes%20 CAnotilho.pdf

https://criaon.fcsh.unl.pt/ artigo/ lei-portuguesa- penaliza-condutas- recorrentes-de- agressao-online/

https://revistas.rcaap.pt/ interaccoes/ article/view/ 409

https://portal.oa.pt/ comunicacao/ imprensa/ 2023/11/ 16/ ciberbullying- esta-a -aumentar- e-a-deixar- de-rastos- centenas-de- criancas- e-jovens/

https://www.pgdlisboa.pt/ leis/ lei_mostra_articulado.php?nid= 545&tabela=leis

https://revistas.rcaap.pt/ interaccoes/ article/ view/409

https://www.cnpdpcj.gov.pt/ bullying- ciberbullying-e-seguranca- digital1

https://www.cnpdpcj.gov.pt/ inicio

https://www.legifrance.gouv.fr/ loda/ id/ JORFTEXT000047973978/

USO DE *SPYWARE* POR ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL E INTERVENÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS: NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO

Vitor Honofre Bellotto

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestrando em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Pesquisador e Advogado

Resumo:

O artigo tem por objetivo analisar a legalidade do uso de ferramentas tecnológicas de acesso remoto a dispositivos e contas de usuários de serviços de internet, atividade conhecida como *hacking* governamental, nas atividades de investigação criminal, segurança pública e de inteligência. Para tanto, buscou-se recapitular a dogmática constitucional de direitos fundamentais e os pressupostos que legitimam intervenções em direitos fundamentais; aproximar os conceitos teóricos à nova realidade da proteção de dados e de uso de tecnologias intrusivas e com potencial de devassa na intimidade; e apontar a falta de disciplina legal sobre o tema e as possíveis consequências jurídicas da adoção de técnicas investigativas que não estejam conforme a proteção de direitos fundamentais. Ao longo do texto, foram examinadas as hipóteses de que (i) técnicas de *hacking* governamental potencialmente propiciam a vigilância em massa de cidadãos, sobretudo quando empregadas em atividades de segurança pública e de inteligência, em que não há uma pessoa suspeita delimitada da prática de um ilícito penal; (ii) sociedades democráticas que autorizem essa prática o farão por intermédio do Parlamento, mediante a edição de lei prévia que institua o uso de tecnologia e seus limites, como exigência do princípio da reserva legal para intervenção em direitos fundamentais; e (iii) ainda assim, há situações que podem violar o princípio da proporcionalidade pelo descompasso entre meios e fins no emprego da tecnologia.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; *Hacking* governamental; Investigação criminal; Intervenção em Direitos fundamentais; Legalidade.

Introdução

O acesso à internet se popularizou através de diversos dispositivos portáteis, transformando-os em verdadeiros "microcomputadores" que permitem a conexão imediata e instantânea à rede mundial de computadores. Os aparelhos celulares, antes utilizados principalmente para comunicação por voz, evoluíram para se tornarem multifuncionais, oferecendo uma ampla gama de funcionalidades aos usuários, como aplicações de mensageria instantânea, de e-mail, armazenamento e gerenciamento de arquivos, marcadores de saúde e sinais vitais, cartões de crédito, plataformas de compra etc. (GLOECKNER e EILBERG, 2019).

Ao tempo em que os dados pessoais e informações geradas pelos titulares de dados já ostentam proteção constitucional, tem ganhado tração o fenômeno chamado de *hacking* governamental, em que o Estado, na condição de controlador de dados para fins de segurança pública, inteligência ou persecução penal, adquire sistemas desenvolvidos por empresas privadas para obtenção forçada de dados, mediante a exploração de vulnerabilidades de sistemas, resultando em acessos não consentidos a dispositivos móveis ou, remotamente, a contas de usuários de aplicações de rede mundial de computadores[1].

À primeira vista, a sofisticação dos crimes e a proteção das provas por sistemas de segurança robustos no mercado tecnológico poderiam motivar o uso de ferramentas mais avançadas para a segurança pública. No entanto, o investimento constante para superar essas barreiras cria uma cultura que busca e mantém vulnerabilidades em sistemas conectados, o que pode resultar no uso inadequado por agentes governamentais ou em incidentes de segurança que vazam informações para atores maliciosos.

Existem duas categorias de *hacking* governamental: i) o acesso a dados e comunicações a partir do controle físico do aparelho (por exemplo, um celular apreendido), possibilitando a extração em massa de dados do dispositivo. Esse cenário poderia envolver tanto a quebra de criptografia em aplicações e em discos de armazenamento, ou mesmo o desvio a outros sistemas de segurança, como senhas alfanuméricas, padrões ou autenticação mediante biometria para desbloqueio do dispositivo ou acesso a aplicações; e ii) o acesso remoto a dispositivos, normalmente a partir da exploração de uma vulnerabilidade ainda não conhecida pelo fabricante do sistema vulnerável e que permita o acesso total ou parcial ao aparelho. Para este último caso, também incluímos o uso de ferramentas para interceptação direta do tráfego de informações em redes móveis a partir de uma relativa proximidade do dispositivo alvo (AMARAL, 2023).

1 De acordo com SIMÃO e CARVALHO "spywares são ferramentas que invadem dispositivos e extraem dados sem o conhecimento do usuário, explorando falhas de segurança em sistemas e redes. Isso compromete a segurança das comunicações e ameaça os direitos à privacidade e à liberdade de expressão".

O tema se tornou pujante no Supremo Tribunal Federal, no Brasil, após o ajuizamento da Adin 1.143 pela Procuradoria Geral da República, alegando omissão do parlamento em regular atividades de *hacking* governamental, que deve ser sanada pela via judicial. Posteriormente, a Adin foi convertida em ADPF, ao argumento de que as garantias previstas nos incisos X e XII da CF estariam sendo descumpridos diante da falta de disciplina legal da matéria, cabendo à Suprema Corte definir as balizas para a utilização do meio de obtenção de prova, bem como fixar prazo para que o Legislativo edite lei regulamentadora da matéria. Assim, formulou-se pedido de que o uso de *malware* seja autorizado: (i) mediante ordem judicial; (ii) identificação clara do procedimento investigativo e órgão de persecução envolvido; (iii) assinatura de termo de responsabilidade dos agentes públicos; (iv) garantia de sigilo em caso de transferência de dados; e (v) realização de treinamentos para otimizar a proteção de dados.

Para abordar o problema em toda a sua complexidade, devemos, inicialmente, recapitular a dogmática constitucional e os pressupostos que legitimam intervenções em direitos fundamentais; aproximar os conceitos teóricos à nova realidade da proteção de dados e de uso de tecnologias intrusivas e com potencial de devassa na intimidade; e apontar a falta de disciplina legal sobre o tema e as possíveis consequências jurídicas da adoção de técnicas investigativas que não estejam conforme a proteção de direitos fundamentais.

Ao longo do texto, examinaremos as hipóteses de que (i) sociedades democráticas que autorizem essa prática o farão por intermédio do Parlamento, mediante a edição de lei prévia que institua o uso de tecnologia e seus limites, como exigência do princípio da reserva legal para intervenção em direitos fundamentais; e (ii) ainda assim, há situações que podem violar o princípio da proporcionalidade pelo descompasso entre meios e fins no emprego da tecnologia, e por violarem a substância do direito fundamental; e (iii) deve-se ter especial cautela às técnicas de *hacking* governamental que potencialmente propiciem a vigilância em massa de cidadãos, sobretudo quando a tecnologia empregada ultrapassa a possibilidade de acesso aos dados armazenados, atingindo também informações geradas em tempo real.

Dogmática constitucional da intervenção em direitos fundamentais

A legitimidade de determinada intervenção deve se sujeitar aos estritos limites da autorização democrática, pois é o povo que escolherá o que o Estado pode ou não fazer. Disso decorre importante distinção a ser feita entre as normas autorizativas e normas de competência, sintetizada na máxima "de competências não se derivam autorizações", para expressar que enquanto as normas de competência conferem atribuições às instituições de estado (por exemplo, à Polícia Judiciária a atribuição de investigar crimes), as normas de autorização são aquelas que autorizam intervenções em direitos

fundamentais (GRECO, 2018).

Atividades de extração e de compartilhamento de dados pessoais têm por pressuposto que as informações reveladas pelos dados se encontrem no âmbito de proteção de direitos de status constitucional, e sujeitam-se a três requisitos: a) respeito ao núcleo fundamental do direito sob intervenção; b) a reserva de lei; e) a proporcionalidade entre os meios utilizados pelo Estado na intervenção de direitos fundamentais e os fins perseguidos.

Em relação ao primeiro requisito material, tomemos como conceito de intervenção toda e qualquer ação estatal que impeça ou dificulte o exercício de determinado direito fundamental, razão pela qual se exige justificação especial para tal intervenção. O respeito ao núcleo do direito fundamental afetado significa que a intervenção não pode impedir, por completo, o seu exercício. No caso da restrição de liberdade imposta sob o título de pena decorrente de sentença penal condenatória, a restrição não pode se prolongar a tal ponto de extinguir definitivamente a liberdade do sujeito privado do direito, razão pela qual não se admite, sob essa ótica, a prisão perpétua (GLEIZER e GRECO, 2019).

O princípio da reserva legal está previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal e dele se extrai a exigência de reserva de lei qualificada para justificar intervenções em direitos fundamentais com o propósito de atender finalidades legítimas. São exemplos a exceção ao sigilo de dados e das comunicações telefônicas e telemáticas para fins de investigação criminal, nos termos da legislação ordinária (art. 5º, XII, CF) e a busca e apreensão, que mitiga a inviolabilidade do domicílio, em havendo ordem judicial fundamentada (art. 5º, XI, CF). Os critérios para as regras especiais de autorização serão abordados no decorrer do trabalho.

Os dados pessoais, inclusive nos meios digitais, também são constitucionalmente protegidos como direitos fundamentais (art. 5º, LXXIX, CF), como garantia ao livre desenvolvimento da personalidade. Da mesma forma que a vida, a liberdade individual, e a integridade corporal, o direito à proteção de dados pessoais integra uma esfera de proteção normativa com relação à qual o Estado tem um dever geral de abstenção. Isso equivale a dizer que a proteção aos dados pessoais tem aplicação imediata e que, como regra, tal direito não poderá se sujeitar a intervenções que não estejam expressamente previstas em lei. Em outras palavras, considerando que os direitos fundamentais que asseguram as liberdades individuais - incluindo a autodeterminação informacional e a prerrogativa de decidir sobre o uso os próprios dados - refletem valores antecedentes aos interesses estatais, o Estado tem o dever de justificação especial para os atos de intervenção em tais direitos.

Logo, sendo o povo, por intermédio do Parlamento, o ente legitimado a definir o que o Estado - sob a conformação de Estado Democrático de Direito - pode ou não fazer, mediante o reconhecimento de direitos fundamentais na Constituição e as exceções que atendam a outros interesses cir-

cunstanciais, ganha importância o conceito de normas autorizativas (art. 5º, II, CF). Por meio das normas autorizativas, o Parlamento autoriza intervenções em direitos fundamentais para atender a finalidades legítimas e socialmente desejadas (como a persecução de condutas que atentem contra bens jurídicos penalmente tutelados). Duas consequências podem ser extraídas: em primeiro lugar, normas que instituem competências, como a de investigar delitos pela Polícia Judiciária (art. 144, § 2º, CF), não deflagram normas autorizativas automaticamente. Em segundo lugar, não se admite atos normativos outros que não a lei em sentido estrito, como portarias, resoluções, regulamentos, eis que não há autorização constitucional para agentes não parlamentares criarem medidas interventivas à margem do processo democrático. Não fosse assim, "a existência de direitos fundamentais reduzir-se-ia a nada, possibilitando a qualquer agente estatal realizar juízo próprio sobre a ponderação de seus interesses em relação a direitos alheios" (GLEIZER, 2021).

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira positivou uma lista de princípios, entre eles, o da licitude (art. 6º, I), cuja interpretação sob a ótica da proteção constitucional de dados pessoais, conjugada com a autodeterminação informacional enquanto direito fundamental, "não pode significar outra que não a exigência de reserva de lei". Essa rede principiológica e os efeitos que dela decorrem geram um modelo de persecução penal da "proibição com reserva de permissão" (GLEIZER, 2021), sendo proibidas todas as medidas interventivas em direitos fundamentais não expressamente autorizadas e reguladas por lei e, consequentemente, são insuficientes simples autorizações judiciais sem amparo em lei, apenas com base em um juízo de proporcionalidade feito caso a caso (WEIBLEIN, 2024).

Ao princípio da reserva de lei, acopla-se o mandado de determinação e "qualidade da lei", consubstanciados na ideia de que quanto mais intensa a intervenção estatal no direito fundamental legalmente permitida, maior a necessidade de detalhamento normativo, a fim de que aos cidadãos seja assegurado saber em que circunstâncias e sob quais condições poderão ter seus direitos afetados para satisfazer determinado interesse estatal - como o de elucidar um crime -, bem como haja orientação suficiente aos agentes estatais para que guiar a conduta na aplicação da lei, bem como sujeitar os seus atos a controle judicial. Weiblein chama a atenção para entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão quanto à coexistência da regra da clareza da lei com as inovações tecnológicas, reconhecendo a possibilidade de que de meios de obtenção de prova sejam utilizados a partir de uma interpretação aberta da tecnologia. Assim, a intervenção do legislador somente será necessária quando tal método de interpretação não for suficiente para corrigir a situação. Já o TEDH aplica o preceito da *quality of law*, exigindo que a lei interventiva seja precisa, acessível e proporcional (WEIBLEIN, 2024).

A proporcionalidade "impõe exigências materiais à relação entre os

meios de que se vale o Estado para a persecução de fins" (GLEIZER, 2021), devendo essa relação ser proporcional. Derivam da ideia de proporcionalidade os demais princípios de tratamento de dados, como o da vinculação, o da necessidade de regramento específico para as distintas atividades estatais (persecução penal, segurança pública e inteligência), que veremos abaixo. A proporcionalidade evoluiu como um mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais em três etapas:

> "A ideia da proporcionalidade é verificar, por meio de diferentes critérios, a harmonia entre o propósito (constitucionalmente legítimo) do legislador e o grau de afetação da esfera individual, em uma relação meio-fim. A intervenção tem de ser idônea, necessária e adequada para a promoção desse fim." (GRECO e GLEIZER, 2019).

Estabelecidos esses critérios de legitimidade de intervenções em direitos fundamentais nos Estados que os reconheçam, buscaremos responder às seguintes questões no próximo tópico: (i) a legislação infraconstitucional no Brasil admite a utilização de softwares espiões para fins de produção probatória na persecução penal? (ii) quais direitos fundamentais são afetados com esse tipo de intervenção e quais salvaguardas devem ser observadas?

Compatibilidade do software espião com a legislação brasileira atual

A Convenção de Budapeste, conquanto tenha instituído poderes e mecanismos de acesso a dados em sistemas de computador ou dados nele armazenados - no que se inclui o acesso a dados de celular -, relegou às Partes signatárias a obrigação de regular, por meio da legislação interna, as condições, garantias e hipóteses em que tais procedimentos e medidas interventivas poderão ser utilizados na persecução penal.

No Brasil, a legislação infraconstitucional prevê requisitos específicos para o acesso a dados de comunicação privada, armazenados ou não (art. 2º, III, da Lei nº 9.296/96), registros de conexão à internet e registros de acesso em aplicações (arts. 13 e 15 do MCI) e dados cadastrais (art. 13-A do CPP, art. 17-B da Leo nº 9.613/98 e art. 15 da Lei nº 12.850/13). Além disso, os agentes de persecução penal também recorrem ao instituto da busca e apreensão de dispositivos informáticos para a extração dos dados neles armazenados. Não há previsão legal para acesso a outros tipos de dados sigilosos, como arquivos de áudio, vídeo ou texto salvos sistemas de armazenamento em nuvem, relação de buscas realizadas pelo usuário, histórico de exibição em plataformas de reprodução de vídeo ou áudio, relação de locais frequentados etc.

No processo penal, não é admissível a invocação de um poder geral

de cautela para a inovação em matéria de medidas cautelares que causem intervenção em direitos fundamentais, ainda que a pretexto de proteger interesses estatais, como a melhor eficiência da persecução penal. O princípio da tipicidade, já amplamente enraizada entre os penalistas, também dá concretude ao princípio da legalidade no processo penal, ao exigir forma e procedimento específico para cada intervenção em direito fundamental provocada no decorrer da apuração de crimes, desde prisões provisórias até acessos não consentidos de dados pessoais privados armazenados (BADARÓ, 2014).

Partindo das premissas até aqui desenvolvidas, é possível afirmar que não existe legislação específica que regulamente, para fins de persecução penal, a utilização de ferramentas de tal natureza, o que já demonstra o não atendimento ao primeiro pressuposto da dogmática constitucional em matéria de proteção de dados pessoais nos meios digitais, qual seja, a reserva de lei. Ainda assim, resta-nos responder se o direito afetado por esse tipo intervenção de intervenção corresponde à privacidade (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), ao sigilo das comunicações privadas (art. 5º, XII), ao direito à ou, ainda, se outro direito fundamental não expresso, mas assimilável pela regra expansiva (art. 5º, § 2º)? Parece-nos que um direito fundamental à confiabilidade e à integridade dos sistemas informáticos é a resposta.

O âmbito de proteção do sigilo de telecomunicações se funda na ideia de confiabilidade da comunicação entre indivíduos distantes entre si, assegurando a privacidade à distância e o mesmo nível de confiança que os particulares gozariam em uma comunicação presencial. O livre desenvolvimento da personalidade é o especial fim concretizado com a proteção desse direito fundamental. Igualmente, a inviolabilidade do domicílio - diretamente afetada pela busca e apreensão - garante ao indivíduo o desenvolvimento de sua livre personalidade no espaço físico elementar da vida (GRECO e GLEIZER, 2019). Em outras palavras, o nível de intervenção provocado por um acesso oculto no aparelho celular ou num computador de um cidadão é sensivelmente maior que a interceptação de suas comunicações telefônicas ou à realização de uma busca e apreensão em seu domicílio (SIMÃO e CARVALHO, 2024).

Diante desse quadro de falta de correspondência absoluta entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais com a intervenção provada pela utilização de acesso oculto a dispositivos informáticos, na Alemanha, o BVerfG (correspondente ao STF) entendeu que o direito geral da personalidade[2], conectado aos direitos fundamentais acima, era insuficiente para

2 Os direitos de personalidade tutelam uma miríade de relações multilaterais, conjugando uma série de direitos individuais, como a inviolabilidade do domicílio; o controle sobre as informações de cunho pessoal; a liberdade de autodeterminação, incluindo as decisões sobre o próprio corpo, como o aborto e a eutanásia; assim como questões envolvendo privacidade e vigilância (GRECO e GLEIZER, 2019).

proteger os usuários de sistemas informáticos. Para a Corte alemã

> a infiltração do sistema, que nem sempre possibilita a coleta apenas de dados privados e atinge indiscriminadamente todos aqueles armazenados no dispositivo, não permite, de antemão, verificar o significado dos dados para o afetado e quais outras informações podem ser construídas ao relacionar esses dados entre si. Por isso, haveria o risco de formação de perfis da personalidade do indivíduo usuário do sistema. O acesso a esses sistemas pode alcançar dados potencialmente enormes e expressivos, mesmo antes da execução de medidas dirigidas ao levantamento de dados. Portanto, em relação à gravidade que representa para o direito à personalidade do afetado em relação ao levantamento de seus dados individuais, a proteção conferida pelo direito à autodeterminação não seria suficiente para proteger contra todos os riscos da infiltração online.

É da desconfiança em relação ao uso das tecnologias e do risco de obstaculizar o desenvolvimento intelectual, cultural e de troca de informações entre os indivíduos que fazem uso das novas tecnologias, que surge um direito à confiabilidade e à integridade dos sistemas informáticos, a fim de oferecer resposta satisfatória aos ordenamentos jurídicos que venham a reconhecer hipóteses de intervenção em dispositivos que façam uso desses sistemas. Esse direito tem alcance distinto do direito à autodeterminação informacional, que se limita ao espectro individual e o controle do sujeito sobre as próprias informações pessoais, enquanto aquele se ocupa de assegurar "a proteção tanto dos sistemas quanto dos dados de maneira mais abrangente".

Portanto, eventual lei que venha a ser editada para autorizar deverá estipular requisitos no mínimo substancialmente semelhantes aos das medidas atualmente previstas, isto é, sob autorização judicial, em determinadas hipóteses de cabimento, condicionada à constatação de justa causa (indícios mínimos de autoria e prova de materialidade de infração penal).

Ainda assim, todavia, é possível identificar hipóteses que mesmo amparada em lei formalmente editadas, apresentam vício de inconstitucionalidade material, por minar o núcleo do direito fundamental afetado. É o caso de técnicas de acesso remoto a dispositivos informáticos não só para a coleta de dados pessoais e privados armazenados, mas também que assegurem o controle e a decisão sobre as configurações do aparelho, por exemplo, para adquirir domínio sob o microfone e câmera - o que levaria à uma ação de vigilância por parte do Estado, de maneira prospectiva (em razão de informações que ainda serão geradas) em momentos de absoluta intimidade, como relações sexuais, diálogos de extrema sensibilidade entre advogado-cliente, revelações de segredos familiares entre outras. Esse tipo de ação estatal transforma o dispositivo informático, que não foi desenvolvido nem adquirido pelo usuário para tal finalidade, em verdadeiro instrumento de espiona-

gem, e aniquila a mínima expectativa de confidencialidade e de integridade do sistema informático objeto de proteção desse direito fundamental ora proposto, razão pela qual a vedação ao uso de *spywares* com essa capacidade pode ser absoluta ou, no máximo, reservada a hipóteses de extremo risco à vida ou à liberdade dos cidadãos.

Cautelas técnicas e protocolos de lege ferenda

Conquanto a LGPD preveja a não incidência das disposições legais às atividades de tratamento de dados pessoais para fins de investigação e repressão de infrações penais, aplicam-se a principiologia e os direitos do titular. O atendimento a princípios como finalidade, necessidade, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção e prestação de contas dos agentes de tratamento envolvidos nas dinâmicas e rotinas de *hacking* são preceitos que devem ser sedimentados com base no direito constitucional à proteção de dados pessoais, e com o intuito de mitigar a intervenção na integridade do sistema informático.

Assim, é necessária a adoção de precauções técnicas com o objetivo de minimizar a interferência e evitar acessos não autorizados de terceiros por meio dos mecanismos utilizados pelo investigador. Desde o início, as ações indispensáveis para realizar a infiltração online devem ser conduzidas com mecanismos que revertam automaticamente os efeitos da medida assim que esta seja finalizada.

Igualmente, a preservação da cadeia de custódia da prova exige a tomada de precauções técnicas para prevenir alterações, exclusões ou acessos não autorizados aos dados copiados por terceiros. A inexistência ou a insuficiência de documentação da cadeia de custódia permitirá que se questione a autenticidade e a integridade da fonte de prova, e consequentemente, dos elementos de prova dela extraídos. Havendo dúvidas sobre (i) as pessoas que tiveram contato com a fonte em relação aos atos de coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte, bem como (ii) quanto aos métodos e técnicas empregados em cada etapa desse processo, deve-se desconfiar da origem e de possíveis adulterações da prova, a depender do grau de informação existente.

Portanto, o local de armazenamento dos dados copiados deve contar com medidas de segurança tanto físicas quanto virtuais, protegendo-os contra acessos indevidos, seja por funcionários não autorizados ao caso ou por indivíduos externos. Para assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais da pessoa afetada e a validade das provas coletadas, devem ser seguido protocolos de cadeia de custódia que contemple, no mínimo: a especificação do meio técnico utilizado, o momento de sua aplicação, a identificação do sistema informático, as alterações realizadas que não sejam meramente transitórias, os dados coletados e o departamento responsável pela medida.

A partir desses registros, será possível avaliar posteriormente a proporcionalidade da intervenção, sua forma e alcance, o cumprimento dos prazos, a observância das precauções técnicas, a atribuição de responsabilidades e a qualificação das testemunhas envolvidas (GLEIZER e GRECO, 2019).

Conclusões

As técnicas de *hacking* governamental, como o uso de softwares espiões, potencialmente propiciam a vigilância em massa de cidadãos, sobretudo quando empregadas em atividades persecutórias em detrimento de grupos vulneráveis ou opositores da classe política dominante.

As sociedades democráticas que autorizem essa prática o farão por intermédio do Parlamento, mediante a edição de lei prévia que institua o uso de tecnologia e seus limites, como exigência do princípio da reserva legal para intervenção em direitos fundamentais, a proporcionalidade da medida e o respeito ao núcleo essencial do direito afetado.

Devem ser criadas salvaguardas salvaguardas para: (i) limitações de uso (ultima ratio) para casos graves (proporcionalidade); (ii) integridade dos sistemas informáticos e cadeia de custódia das evidências digitais; (iii) eliminação de dados desnecessários e de pessoas insuspeitas; (iv) auditabilidade dos softwares utilizados e responsabilidades do desenvolvedor e dos agentes de tratamentos em casos de vazamentos ou danos aos titulares; e (v) distinção entre atividades de segurança pública, de persecução penal e de inteligência.

A existência de um direito à integridade e à confiabilidade dos sistemas informáticos, ainda que não positivado, pode ser reconhecido como decorrência dos direitos fundamentais à privacidade, ao sigilo de dados e comunicações privadas, à proteção de dados pessoais. O reconhecimento desse direito visa a proteger o indivíduo não apenas contra invasões à em espaços reservados, mas também contra manipulações em sistemas informáticos privados, de modo que os indivíduos possam confiar em seu uso e, assim, desenvolver livremente suas personalidades na era da digitalização.

Referências

AMARAL, Pedro Mercadores da insegurança [livro eletrônico] : conjuntura e riscos do hacking governamental no Brasil / Pedro Amaral, Mariana Canto, Marcos César M. Pereira; coordenação André Ramiro. Recife, PE: IP.rec, 2022 (p. 6).

BADARÓ, Gustavo Righy Ivahy. Processo penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 705.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal - Notícia sobre a experiência alemã. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto

Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019. https://doi.org/ 10.22197/ rbdp. v5i3.278

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penale na segurança pública - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

GLEIZER, Orlandino. A dogmática dos métodos ocultos de investigação no processo penal. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. IV. São Paulo. InternetLab, 2021, p. 119-129.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol 156/2019, p. 353-393.

GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência), in WOLTER, Jurger. O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal: organização e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana - 1ª ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 36 e ss.

SIMÃO, Bárbara; CARVALHO, Danyelle Reis. A ADPF nº 1143: analisando a legalidade do uso de spywares. In: Direitos fundamentais e processo penal na era digital - 1ª ed. - São Paulo: Internetlab, 2024 - (Doutrina e prática em debate, vol. 7), p. 200-218.

WEIBLEN, Fabrício Pinto. O uso de software espião na investigação criminal: interpretação aberta à tecnologia, (in)admissibilidade e tratamento jurídico adequado. Londrina, PR: Thoth, 2024, p. 42.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E NEUROTECNOLOGIA: FERRAMENTAS PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA ATIVA. UMA CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Líder do Grupo de Pesquisa Autonomia e Direito Privado na Constituição. Membro do Grupo Neurodireitos

Resumo:

O estudo explora a inteligência artificial (IA) e a neurociência como ferramentas para desenvolver capacidades humanas, promovendo a dignidade humana passiva e ativa em prol dos direitos humanos. Trata-se de uma pesquisa exploratória que busca demonstrar a aplicação dessas tecnologias como resposta aos vícios do negócio jurídico, frequentemente ligados a defeitos de percepção, abusos relacionais, falhas morais e vulnerabilidades emocionais. Os objetivos principais são: 1. Analisar como neurotecnologias e IA interagem com o desenvolvimento humano, aprimorando compreensão, conduta, emoções e interações sociais. Destaca-se a necessidade de juristas considerarem tanto as potencialidades quanto os riscos dessas tecnologias. 2. Mostrar a conexão entre a prevenção jurídica dos defeitos do negócio jurídico e as potencialidades das neurotecnologias e IA associando a validade dos negócios a instruções corretas e equilibradas, e relacionando os vícios às dimensões racional, relacional, moral e emocional. 3. Favorecer o entendimento de que o respeito à dignidade humana se reflete em condutas dignas, explorando como IA e neurociência podem promover comportamentos mais corretos e respeitosos. A metodologia envolve uma abordagem multidisciplinar, integrando a teoria dos vícios do negócio jurídico com a análise das potencialidades das neurotecnologias e IA. Inclui revisão bibliográfica, proposição de modelo teórico e associação às potencialidades tecnológicas e conceitos de dignidade humana e direitos humanos. A hipótese central é que a integração dessas tecnologias pode desenvolver pessoas mais livres e responsáveis, aptas para a vida em sociedade e prática negocial.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Neurociência; Vícios do negócio jurídico; Dignidade humana; Direitos Humanos.

Introdução

Nos últimos anos, a rápida evolução das tecnologias emergentes, como a Inteligência Artificial (IA) e a Neurotecnologia, tem desafiado as fronteiras tradicionais do conhecimento humano e da prática jurídica. Estas tecnologias não apenas oferecem novas ferramentas para o desenvolvimento das capacidades humanas, mas também levantam questões éticas e legais significativas. Este artigo explora como a IA e a Neurotecnologia podem ser utilizadas para promover a dignidade humana ativa, contribuindo para a realização prática de condutas mais corretas e respeitosas em favor dos direitos humanos. Além disso, examina como a teoria dos vícios do negócio jurídico pode oferecer uma estrutura valiosa para garantir que o uso dessas tecnologias seja ético e responsável.

Interação das neurotecnologias e da inteligência artificial com o desenvolvimento humano

Aprimoramento das capacidades humanas

A Inteligência Artificial e a Neurotecnologia têm o potencial de aprimorar significativamente as capacidades humanas de pensar, agir, sentir e se relacionar com os outros. Tecnologias como interfaces cérebro-computador e algoritmos de aprendizado de máquina podem melhorar a compreensão e a conduta das pessoas, promovendo interações sociais mais harmoniosas. Segundo Gazzaniga (2005), a neurociência pode oferecer insights valiosos sobre como o cérebro humano processa informações e toma decisões, o que pode ser aplicado para cultivar virtudes e promover o equilíbrio interior.

Exemplos concretos: na área da saúde, a IA é utilizada para desenvolver sistemas de apoio à decisão clínica que ajudam médicos a diagnosticar doenças com maior precisão. Por exemplo, algoritmos de aprendizado profundo são empregados para analisar imagens de ressonância magnética, identificando tumores cerebrais em estágios iniciais que poderiam passar despercebidos por um olho humano. Na educação, plataformas de aprendizado adaptativo utilizam IA para personalizar o conteúdo educacional, ajustando-se ao ritmo e estilo de aprendizado de cada aluno, o que é particularmente benéfico para estudantes com necessidades especiais.

Manipulação e cultivo de virtudes

Assim como no passado se discutia a manipulação subliminar, que envolvia técnicas sutis para influenciar o comportamento humano sem o seu conhecimento consciente, e, mais recentemente, a manipulação por algo-

ritmos, que utiliza dados pessoais para direcionar conteúdos e influenciar decisões, a Inteligência Artificial (IA) e a Neurotecnologia emergem como ferramentas poderosas que podem ser empregadas para cultivar percepções, sentimentos e pensamentos que promovam a harmonização social. Essas tecnologias têm o potencial de transformar a maneira como interagimos com o mundo e uns com os outros, oferecendo novas possibilidades para o desenvolvimento humano.

Luciano Floridi (2013) argumenta que a ética da informação deve considerar não apenas os riscos associados a essas tecnologias, como a invasão de privacidade e a manipulação de dados, mas também as oportunidades que elas oferecem para o aprimoramento das capacidades humanas. A IA e a Neurotecnologia podem ser utilizadas para promover o bem-estar individual e coletivo, desde que sejam guiadas por princípios éticos sólidos que respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais.

Juristas, em particular, devem estar atentos a essas potencialidades para se ajustarem a essa nova dinâmica tecnológica. É essencial que o direito evolua para acompanhar as inovações tecnológicas, garantindo que seu uso seja responsável e benéfico para a sociedade. Isso implica em desenvolver regulamentações que protejam os indivíduos contra abusos, ao mesmo tempo em que incentivam o uso positivo dessas tecnologias para o bem comum.

Exemplos concretos do uso benéfico da neurotecnologia incluem dispositivos de estimulação cerebral, que têm sido utilizados para tratar condições como depressão e ansiedade. Esses dispositivos oferecem alternativas a medicamentos tradicionais, muitas vezes com menos efeitos colaterais, e têm mostrado eficácia em melhorar a qualidade de vida dos pacientes. Além disso, as interfaces cérebro-computador estão sendo desenvolvidas para ajudar pessoas com deficiência a interagir com o ambiente de maneira mais eficaz. Essas interfaces permitem que indivíduos com limitações motoras ou de comunicação controlem dispositivos externos, como computadores e próteses, apenas com seus pensamentos, promovendo maior autonomia e inclusão social.

Essas aplicações demonstram o potencial transformador da IA e da Neurotecnologia quando utilizadas de forma ética e responsável. Elas não apenas oferecem novas soluções para problemas antigos, mas também abrem caminho para uma sociedade mais inclusiva, onde todos os indivíduos têm a oportunidade de participar plenamente e com dignidade. Portanto, é oportuno que continuemos a explorar e desenvolver essas tecnologias, sempre com um olhar atento para os princípios éticos que devem guiar seu uso.

Conexão entre a prevenção jurídica dos defeitos do negócio jurídico e as potencialidades das tecnologias: validade dos negócios e instrução correta

A validade dos negócios jurídicos é um pilar fundamental para a segurança e a confiança nas relações contratuais, estando intrinsecamente ligada ao reconhecimento de uma instrução e deliberação que sejam corretas e socialmente equilibradas. Este princípio assegura que todas as partes envolvidas em um contrato tenham plena compreensão dos termos e condições, e que suas decisões sejam tomadas de maneira livre e consciente. A teoria dos vícios do negócio jurídico, conforme discutido por Santos (2002), enfatiza a importância de garantir que as transações sejam livres de defeitos de percepção, abusos relacionais e falhas morais. Esses vícios podem comprometer a integridade de um contrato, tornando-o anulável ou nulo, e, portanto, é essencial que sejam identificados e mitigados desde o início.

Neste contexto, a Inteligência Artificial (IA) e a Neurotecnologia emergem como ferramentas poderosas que podem desempenhar um papel muito salutar na prevenção desses vícios, ao oferecer soluções inovadoras para uma deliberação mais informada e equilibrada. A IA, por exemplo, pode ser utilizada para analisar grandes volumes de dados de maneira rápida e precisa, identificando padrões que possam indicar a presença de vícios, como erro ou dolo. Algoritmos avançados podem ser programados para detectar cláusulas contratuais potencialmente enganosas ou abusivas, alertando as partes envolvidas antes da assinatura do contrato. Isso não apenas aumenta a transparência nas negociações, mas também protege os interesses das partes, garantindo que os contratos sejam justos e equitativos.

Além disso, a Neurotecnologia pode contribuir para a compreensão das intenções e motivações subjacentes das partes envolvidas em uma negociação. Por meio do monitoramento de respostas emocionais e cognitivas, é possível identificar sinais de coação ou manipulação emocional, que são frequentemente difíceis de detectar apenas por meio da análise documental. Essa abordagem pode ser particularmente útil em contextos de mediação e resolução de conflitos, onde a compreensão das emoções das partes é tão valioso para alcançar um acordo justo e equitativo.

Dimensões racional, relacional, moral e emocional

Os vícios do negócio jurídico, que comprometem a validade e a eficácia dos contratos, estão frequentemente relacionados a quatro dimensões fundamentais da pessoa: racional, relacional, moral e emocional. Cada uma dessas dimensões desempenha um papel condierável na formação de um consentimento verdadeiramente livre e informado, essencial para a integridade das transações jurídicas. A Inteligência Artificial (IA) e a Neurotecnologia emergem como ferramentas inovadoras que podem mitigar esses vícios, ofe-

recendo abordagens sofisticadas para lidar com os desafios inerentes a cada uma dessas dimensões.

Na dimensão racional, os vícios podem surgir de erros de julgamento ou de informações incompletas ou enganosas. A IA pode ajudar a mitigar esses vícios ao fornecer análises racionais e imparciais. Por meio de algoritmos avançados, a IA pode processar grandes volumes de dados, identificar padrões e prever possíveis resultados, oferecendo às partes uma visão mais clara e objetiva das implicações de suas decisões contratuais. Isso não apenas aumenta a precisão das deliberações, mas também promove a transparência e a confiança nas negociações.

Dimensão Relacional: a dimensão relacional envolve a dinâmica entre as partes envolvidas em uma transação. Vícios podem ocorrer quando há desequilíbrios de poder ou quando uma parte exerce influência indevida sobre a outra. A Neurotecnologia pode abordar esses aspectos ao promover uma compreensão mais profunda das intenções e motivações humanas. Por exemplo, tecnologias de monitoramento cerebral podem detectar sinais de estresse ou desconforto durante as negociações, indicando possíveis manipulações ou coações. Isso é particularmente útil em contextos de mediação e resolução de conflitos, onde a equidade e a justiça são fundamentais para alcançar um acordo satisfatório para todas as partes.

Dimensão Moral: na dimensão moral, os vícios podem se manifestar quando as transações contratuais violam princípios éticos ou normas sociais. A IA pode desempenhar uma aliada ao identificar cláusulas ou práticas contratuais que possam ser consideradas moralmente questionáveis. Algoritmos podem ser programados para reconhecer termos que não estão em conformidade com padrões éticos estabelecidos, alertando as partes para a necessidade de revisões ou ajustes. Isso garante que os contratos não apenas cumpram os requisitos legais, mas também respeitem os valores morais da sociedade.

Dimensão Emocional: na dimensão emocional é talvez a mais complexa, pois envolve a percepção subjetiva e as reações emocionais das partes. A Neurotecnologia pode ser utilizada para monitorar e analisar as respostas emocionais durante as negociações, ajudando a identificar possíveis manipulações emocionais ou coações. Por exemplo, sensores de atividade cerebral podem detectar alterações emocionais que indicam desconforto ou hesitação, permitindo que mediadores intervenham de maneira mais eficaz para garantir que as negociações sejam conduzidas de forma justa e equitativa.

Integração e Cooperação Humanas: Ray Kurzweil (2005) sugere que a integração dessas tecnologias pode levar a uma nova era de compreensão e cooperação humanas. Ao combinar as capacidades analíticas da IA com os insights emocionais e relacionais proporcionados pela Neurotecnologia, podemos criar um ambiente de negociação mais equilibrado e justo. Essa integração não apenas melhora a qualidade das deliberações contratuais, mas

também promove uma cultura de cooperação e respeito mútuo, onde as partes são incentivadas a trabalhar juntas para alcançar resultados que beneficiem a todos.

Em contextos de mediação e resolução de conflitos, a aplicação dessas tecnologias pode transformar a maneira como os acordos são alcançados. A Neurotecnologia, por exemplo, pode ser usada para monitorar as reações emocionais das partes durante as sessões de mediação, fornecendo aos mediadores informações valiosas sobre o estado emocional dos participantes. Isso permite que os mediadores ajustem suas abordagens para abordar preocupações emocionais específicas, promovendo um ambiente de negociação mais colaborativo e menos adversarial.

Além disso, a IA pode ser utilizada para analisar a linguagem e o tom das comunicações entre as partes, identificando possíveis sinais de agressão ou manipulação. Ao fornecer feedback em tempo real sobre a dinâmica das negociações, a IA pode ajudar a evitar mal-entendidos e a promover um diálogo mais construtivo.

Em suma, a combinação de IA e Neurotecnologia oferece um potencial significativo para mitigar os vícios do negócio jurídico, abordando as complexidades das dimensões racional, relacional, moral e emocional. Ao promover uma deliberação mais informada e equilibrada, essas tecnologias não apenas melhoram a integridade das transações jurídicas, mas também contribuem para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e cooperativa. É essencial que continuemos a explorar e integrar essas inovações, sempre com um compromisso firme com os princípios éticos e legais que garantem o respeito e a dignidade de todas as partes envolvidas.

Respeito à dignidade humana e conduta digna: promoção de condutas corretas e respeitosas

O respeito à dignidade humana é um princípio fundamental que transcende a mera proteção de direitos, abrangendo também a promoção de condutas dignas e respeitosas que refletem os valores éticos e sociais de uma comunidade. Este conceito implica que, além de garantir que os direitos básicos sejam respeitados, é essencial fomentar um ambiente onde as pessoas sejam incentivadas a agir de maneira ética e respeitosa em suas interações diárias. A Inteligência Artificial (IA) e a Neurociência emergem como aliadas poderosas nesse processo, oferecendo ferramentas inovadoras que podem facilitar o autoconhecimento e o desenvolvimento pessoal, promovendo uma sociedade mais inclusiva e equitativa.

Qual papel pode ter a IA e a Neurociência no Desenvolvimento Pessoal? A IA, com sua capacidade de processar e analisar grandes volumes de dados, pode ser utilizada para personalizar experiências de aprendizado e trabalho, adaptando-se às necessidades e preferências individuais. Brynjolfsson

e McAfee (2014) destacam que essa personalização pode ajudar a criar ambientes que não apenas respeitam, mas também promovem a dignidade humana, ao permitir que cada indivíduo desenvolva seu potencial máximo. Por meio de algoritmos de aprendizado de máquina, a IA pode identificar áreas de melhoria e oferecer feedback personalizado, ajudando as pessoas a se tornarem mais conscientes de suas ações e decisões.

A Neurociência, por sua vez, oferece insights valiosos sobre o funcionamento do cérebro humano, permitindo uma compreensão mais profunda dos processos cognitivos e emocionais que influenciam o comportamento. Ao integrar esses insights com as capacidades analíticas da IA, é possível desenvolver programas que não apenas educam, mas também transformam a maneira como as pessoas percebem e interagem com o mundo ao seu redor.

No ambiente de trabalho, a IA pode ser utilizada para criar sistemas de feedback contínuo que incentivem comportamentos éticos e respeitosos entre os funcionários. Esses sistemas podem monitorar interações e fornecer feedback em tempo real sobre a eficácia da comunicação e a adequação do comportamento, promovendo um ambiente de trabalho mais harmonioso e colaborativo. Além disso, a IA pode ajudar a identificar padrões de comportamento que possam indicar problemas subjacentes, como assédio ou discriminação, permitindo que as organizações intervenham de maneira proativa para resolver essas questões.

Programas de treinamento baseados em IA podem simular situações de dilemas éticos, ajudando os indivíduos a desenvolver habilidades de tomada de decisão moral. Esses programas podem criar cenários realistas que desafiam os participantes a considerar as consequências de suas ações e a refletir sobre os valores éticos que orientam suas decisões. Ao oferecer um ambiente seguro para a prática e o aprendizado, esses programas podem ajudar a construir uma cultura organizacional que valoriza a integridade e o respeito.

Educação Personalizada: na educação, a IA pode ser utilizada para criar currículos personalizados que atendam às necessidades únicas de cada aluno, promovendo a inclusão e a equidade. Ao adaptar o conteúdo e o ritmo de aprendizado às capacidades individuais, a IA pode ajudar a garantir que todos os alunos tenham a oportunidade de alcançar seu pleno potencial, independentemente de suas circunstâncias pessoais. Isso não apenas melhora os resultados educacionais, mas também promove a dignidade humana ao reconhecer e valorizar a diversidade de habilidades e experiências.

O impacto dessas tecnologias na sociedade é profundo e multifacetado. Ao promover o autoconhecimento e o desenvolvimento pessoal, a IA e a Neurociência contribuem para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa, onde todos os indivíduos têm a oportunidade de prosperar. Essa transformação não ocorre apenas no nível individual, mas também se reflete nas instituições e comunidades, que se tornam mais resilientes e adaptáveis

às mudanças.

Além disso, ao incentivar comportamentos éticos e respeitosos, essas tecnologias ajudam a criar um ambiente social onde a dignidade humana é não apenas protegida, mas também celebrada. Isso é particularmente importante em um mundo cada vez mais interconectado, onde as interações transcendem fronteiras culturais e geográficas, exigindo um compromisso renovado com os valores que nos unem como humanidade.

A integração da IA e da Neurociência no desenvolvimento pessoal e social oferece uma oportunidade única para promover a dignidade humana de maneira abrangente e sustentável. Ao fornecer ferramentas que incentivam o autoconhecimento e a tomada de decisão ética, essas tecnologias podem não apenas melhorar a qualidade de vida dos indivíduos, mas também fortalecer o tecido social, promovendo uma cultura de respeito e inclusão.

Integração de tecnologias para o desenvolvimento humano

A hipótese central deste estudo é que a integração da IA e da Neurotecnologia pode contribuir para o desenvolvimento de pessoas mais livres e responsáveis, tornando-as mais aptas para a vida em sociedade e para a prática negocial. Varela, Thompson e Rosch (1991) argumentam que a cognição humana é um processo incorporado e interativo, que pode ser aprimorado por meio da tecnologia.

Exemplos Concretos: programas de reabilitação cognitiva baseados em neurotecnologia estão sendo desenvolvidos para ajudar indivíduos a recuperar habilidades cognitivas após lesões cerebrais. Esses programas utilizam jogos e exercícios interativos para estimular o cérebro e promover a neuroplasticidade, facilitando a recuperação e o desenvolvimento de novas habilidades.

Metodologia, revisão bibliográfica e documental

Este estudo adota uma abordagem multidisciplinar, integrando conceitos da teoria dos vícios do negócio jurídico com a análise das potencialidades da IA e da Neurotecnologia. A revisão bibliográfica e documental abrange obras de referência sobre os vícios dos negócios jurídicos e as aplicações dessas tecnologias.

Exemplo de Autores de Referência na Teoria dos Vícios dos Negócios Jurídicos

- Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: Em sua obra clássica sobre o direito civil brasileiro, Pontes de Miranda destaca a importância de compreender os vícios do negócio jurídico como elementos que comprometem a validade e a eficácia dos contratos. Sua análise detalhada dos defeitos de vontade, como erro e dolo, oferece uma base sólida para a aplicação dessas teorias no contexto das novas tecnologias.

- Caio Mário da Silva Pereira: Outro jurista brasileiro de renome, Caio Mário, em seus estudos sobre direito civil, enfatiza a necessidade de proteger as partes contra abusos e manipulações, destacando a relevância dos princípios de boa-fé e equidade nas relações contratuais.

- Carlos Alberto da Mota Pinto: Jurista português, Mota Pinto contribui com uma análise aprofundada dos vícios do negócio jurídico no contexto do direito civil português, oferecendo insights valiosos sobre como esses conceitos podem ser aplicados para garantir a justiça e a equidade nas transações legais.

Proposição de modelo teórico para estudar o tema

Propõe-se um modelo teórico que relaciona os vícios do negócio jurídico às dimensões racional, relacional, moral e emocional da pessoa, associando-o às potencialidades da IA e da Neurotecnologia, bem como aos conceitos de dignidade humana e direitos humanos. Isso está em curso nos Grupos de Pesquisa Autonomia e Direito Privado na Constituição e no de Neurodireitos.

Conclusão

A integração da Inteligência Artificial e da Neurotecnologia oferece uma oportunidade única para promover a dignidade humana ativa e prevenir os vícios do negócio jurídico. Ao explorar as potencialidades dessas tecnologias, podemos desenvolver uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todos os indivíduos tenham a oportunidade de prosperar. No entanto, é essencial que o uso dessas tecnologias seja guiado por princípios éticos e legais que respeitem e protejam a autonomia e os direitos de todos os indivíduos.

Referências

BRYNJOLFSSON, Erik, and Andrew McAfee. The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies. New York: W.W. Norton & Company, 2014.

FLORIDI, Luciano. The Ethics of Information. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GAZZANIGA, Michael S. The Ethical Brain: The Science of Our Moral Dilemmas. New York: Dana Press, 2005.

KURZWEIL, Ray. The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology. New York: Viking, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation. London: Butterworths, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO, Carlos Alberto Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2005.Science and Human Experience. Cambridge, MA: MIT Press, 1991.

VARELA, Francisco J.; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. The Embodied Mind: Cognitive Science and Human Experience. Cambridge, MA: MIT Press, 1991.

REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL "JUEZ ROBOT" EN ESPAÑA

María Aurora Caparrós Moreno
Estudiante de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
Abogada

Resumen:

El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial señala que los sistemas de IA aplicados a la administración de justicia son considerados como de alto riesgo por la afectación a los derechos fundamentales protegidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ahora bien el legislador europeo ha limitado su uso, permitiendo únicamente que los sistemas de IA sean utilizados para ayudar al juez para la investigación en la interpretación de los hechos y del Derecho, así como para aplicar la ley a un caso concreto, siendo la decisión final una actividad humana. Se analiza en el presente artículo si esta limitación de los sistemas de IA de dictar resoluciones judiciales finales es acorde o no con principios constitucionales como la potestad jurisdiccional, el ejercicio de la misma, la motivación judicial, la tutela judicial efectiva, la imparcialidad, la independencia, el desinterés objetivo y el sometimiento exclusivo a la ley en el ordenamiento jurídico español desde una perspectiva constitucional.

Palabras-clave: Constitución Española; Reglamento de Inteligencia Artificial; Motivación; Independencia; Imparcialidad; Jurisdicción.

El 12 de julio de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la UE el 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 y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828, en adelante RIA[1].

1 DOUE núm. 1689, de 12 de julio de 2024. Este Reglamento constituye la primera regulación a nivel mundial y con rango de ley de esta materia. Entra en vigor el 2 de agosto de 2024 salvo las disposiciones generales y prácticas de IA prohibidas que entrarán en

El objetivo del texto es el establecimiento de un marco jurídico uniforme para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial, en adelante, sistemas de IA, que respeten los valores de una Unión. Promueve la adopción de una inteligencia artificial centrada en el ser humano y fiable.

Esta fiabilidad en los sistemas de IA, tal y como fue definido por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre IA[2] , solo se podrá conseguir desde el respeto de los principios unos principios éticos[3] que son imperativos en el desarrollo, despliegue y utilización de todo sistema de IA, así como de unos requisitos[4] que deben cumplir todas partes que participan en algún momento en el ciclo de la IA.

El sistema de IA es definido en el texto como un sistema basado en una máquina, que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, 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[5].

No menos importante, es la definición de algoritmo como el conjunto ordenado y finito de operaciones que permite alcanzar la solución al problema. Los sistemas de IA, utilizan esas operaciones lógico-matemáticas diseñadas por un ingeniero técnico informático o desarrollador para procesar los datos que previamente fueron almacenados, y así poder ofrecer una respuesta a una cuestión que queremos resolver utilizando los sistemas de IA (Pineros Polo, 2024, p. 63).

Y, por último, no podemos olvidar la figura central, el denominado "Juez-robot" que es definido como "una máquina inteligente que dicta sentencias con base en los algoritmos introducidos en ella y en los hechos y datos del caso real producido" (Gómez Colomer, 2021, p. 258).

Como el RIA aplica un enfoque basado en los riesgos claramente definido, y adapta el tipo y contenido de las normas a la intensidad y el alcance de los riesgos que pueden generar los sistemas de IA[6], la definición de ries-

vigor el 2 de febrero de 2025, y las disposiciones relativas a los sistemas de IA clasificados como de alto riesgo y obligaciones correspondientes que entrará en vigor 2 de agosto de 2027.

2 Establecieron unas Directrices Éticas para una IA fiable, cuyo texto se puede consultar en https://digital-strategy.ec.europa.eu/ en/ library/ ethics-guidelines-trustworthy-ai, ultimo acceso 20 de noviembre de 2024.

3 Principio de respeto de la autonomía humana, principio de prevención del daño, principio de equidad y principio de explicabilidad.

4 Acción y supervisión humana, solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y de los datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y ambienta y rendición de cuentas.

5 Artículo 3.1 RIA.

6 Considerando 26 RIA.

go también es necesaria, así , es definido por el RIA como la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio[7].

Como hemos adelantado, el RIA distingue los sistemas de IA por los riesgos que generan, y establece una distinción entre los sistemas de IA que quedan prohibidos, los sistemas de IA de alto riesgo, los sistemas de IA con normas específicas de transparencia y aquellos que presentan no suponen riesgo o un riesgo mínimo.

Las IA de alto riesgo[8] son aquellas que tienen un impacto significativo

7 Artículo 3.2 RIA.

8 El Reglamento clasifica los sistemas de alto riesgo a:
a) Los sistemas de IA destinados a ser utilizado como componente de seguridad de un producto, o que sea dicho sistema el propio producto, que son contemplados en un determinado ámbito de aplicación de una legislación armonizada de la UE que se encuentra en el Anexo I y que deba someterse al procedimiento de evaluación de la conformidad de terceros con arreglo a dicha legislación. Ejemplo, las máquinas, los juguetes, los ascensores, los productos sanitarios para diagnóstico in vitro, la automoción y la aviación, los equipos para las embarcaciones de recreo, entre otros.
b) Además, a los que se refiere el Anexo III que son: 1) los sistemas que IA de identificación biométrica remota (salvo aquellos que se usan solo con fines de verificación biométrica) y los utilizados para la categorización biométrica en función de atributos o características sensibles ,y los sistemas destinados a ser utilizados para el reconocimiento de emociones; 2) los sistemas de IA que sean utilizados como componentes de seguridad en la gestión de infraestructuras críticas (tráfico, electricidad o agua); 3)los sistemas de IA destinados a ser utilizados en la educación y formación profesional (al acceso a centros educativos, para evaluar los resultados de aprendizaje, evaluar el nivel de educación adecuado que recibirá una persona o al que podrá acceder, seguimiento y detección de comportamientos de estudiantes durante los exámenes); 4) los sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o selección de personas físicas para en lo que respecta a las solicitudes y selección de candidatos, o relaciones de índole laboral, resolución de contratos y/o evaluar rendimientos y comportamientos de las personas; 5) los sistemas de IA destinados a evaluar la admisibilidad de las personas físicas para beneficiarse de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública, (incluida la sanitaria), los destinados a evaluación de riesgos y fijación de precios para contratación de seguros de vida y salud, los utilizados para la evaluación y clasificación de las llamadas de emergencia o para el establecimiento de prioridades en el envío de servicios en situaciones de emergencia, así como los utilizados para evaluar la solvencia con finalidad crediticia; 6) los sistemas de IA que evalúen el riesgo de que una personas sea víctima de delitos, los que evalúen la fiabilidad de las pruebas durante la investigación o en el enjuiciamiento de delitos, evaluación de reincidencia o evaluación de rasgos o características de la personalidad o comportamientos delictivos, y la elaboración de perfiles; 7) los sistemas de IA destinados a la evaluación del riesgo en migración o las que se usen para examinar las solicitudes de asilo, visado o permiso de residencia, y las que se utilicen con el fin de detectar, reconocer o identificar a personas físicas en este contexto (excepción de verificación de documentos de viaje) y 8) los sistemas de IA destinados a ser utilizados por la autoridad judicial, o para ayudar a la autoridad judicial, en la investigación e interpretación de hechos y el Derecho, y a aplicar la ley a unos hechos concretos, o a ser utilizados de forma similar en la resolución alternativa del litigio y los utilizados para influir en el resultado de una elección o referéndum o en el comportamiento electoral de las personas.

en la seguridad, salud, los derechos fundamentales de las personas o influyen sustancialmente en su toma de decisiones. Se les imponen obligaciones reforzadas (evaluación de impacto, gestión de riesgos, gobernanza y gestión de los datos, documentación técnica actualizada, registros de actividad del sistema, información a los usuarios, supervisión por personas).

Los sistemas de IA aplicados a la administración de justicia son considerados como de alto riesgo por la afectación a los derechos fundamentales protegidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[9], en adelante la Carta, entre los que se incluyen el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia[10]. Estos sistemas deben hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades.

Ahora bien, esta clasificación de sistemas de IA de alto riesgo no se predica de todos los sistemas que se apliquen a la administración de justicia, sino a aquellos que vayan a ser utilizados por una autoridad judicial, o en su nombre, para ayudar a las autoridades judicial a investigar en interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos, así la utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana[11].

Esto ya fue adelantado por el Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2021 que recuerda a los Estados Miembros que la utilización de la IA en sus sistemas judiciales "no pueden ocupar el lugar de un ser humano a la hora de dictar sentencia o tomar decisiones"[12].

Así vemos que el legislador europeo ha limitado el uso de estos sistemas y limita su uso a funciones de ayuda al juez para la investigación en la interpretación de los hechos y del Derecho, así como para aplicar la ley a un caso concreto, siendo la decisión final una actividad humana. Aunque ya haya quedado claro que experiencias como la de China[13], India[14] o Estonia[15]

9 DOUE 30 de marzo de 2010.

10 Considerando 48.

11 Considerando 61.

12 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal (2020/2013(INI)), Principio rector 92.

13 En China existen "cortes de Internet" que incluyen jueces robot, programados con inteligencia artificial, si alguien quiere presentar un caso, puede hacerlo online y luego tener una audiencia digital, si bien, aunque buena parte del proceso se encuentra a cargo de jueces robot, hay jueces humanos que pueden intervenir en cualquier momento. Para más información consultar AST (2025).

14 Existen tribunales en línea para resolución de procesos relacionados con indemnizaciones derivadas de siniestros de circulación y otras reclamaciones menores.

15 Existe un programa piloto que decide litigios de menor cuantía (importe inferior a 7.000

no van a ser posibles en la Unión Europea, debemos reflexionar sobre si es acertada o no la decisión del legislador europeo, y ya avanzo desde este momento que, a juicio de esta autora, es correcto, y en este artículo lo haré desde una perspectiva constitucional.

Se hace preciso el análisis de conceptos claves tales como potestad jurisdiccional, la motivación y la tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico español.

Comenzaremos señalando que la jurisdicción es la función estatal consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo, de manera potencialmente irrevocable y a través de órganos que actúan con desinterés objetivo, independencia y sometimiento exclusivo al Derecho (Díez-Picazo Giménez, 2018, p. 649). Así vemos que la jurisdicción es estatal, integra el contenido de la soberanía del Estado, ello quiere decir que la jurisdicción solo puede ser ejercida por órganos del Estado, y que en los casos en que la jurisdicción es ejercida por sujetos u órganos no estatales, el reconocimiento de los efectos de dicha actividad corresponde soberanamente al Estado, además esta aplicación jurisdiccional del Derecho no permite al órgano que la realiza opciones distintas de las predeterminadas por el ordenamiento. Por ello, articular un mecanismo diferente supondría transformar el propio Estado de Derecho donde el sistema de inteligencia artificial formara parte de alguno de los poderes del Estado a fin de residenciar las decisiones (Ariza Colmenarejo, 2022, p. 36.)

A ello se une otra nota característica fundamental de la jurisdicción, la del desinterés objetivo, que significa que la jurisdicción es una forma de heterotutela y no de autotutela, es decir, la actuación del Derecho se debe realizar por un órgano independiente y sometido únicamente al Derecho, de manera irrevocable, por lo que no es jurisdiccional si dicha actuación del Derecho responde a un fin de tutela de los intereses propios del ente en que dicho órgano se integra (Díez-Picazo Giménez, 2018, p. 648)

La Constitución Española[16] recoge en el artículo 117.1 que "la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley , y el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[17] señala que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales".

Por Poder Judicial entendemos el conjunto de órganos encargados de

---

euros), ambas partes suben los documentos e información relevante a la plataforma del tribunal, en función de dichos datos, la IA emite una resolución que puede ser apelada ante un Juez ser humano.

16 BOE núm. 311, de 29/12/1978.

17 BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

ejercer la jurisdicción, o, dicho de otra manera, el conjunto de órganos estatales (o si se prefiere, de titulares de dichos órganos) encargados del cumplimiento de dicha función e investidos, por tanto, de la potestad necesaria a dicho fin. Así, la justicia solo puede ser impartida por "Jueces y Magistrados", es decir, por seres humanos que hayan superado las pruebas de capacitación necesarias, solo ese determinado cuerpo de profesionales que desarrollan su labor al servicio del Estado pueden ejercitar la función jurisdiccional (Pineros Polo, 2024, p. 67), categoría difícilmente compatible con la idea de un sistema de IA.

Este artículo -117 CE- también establece la necesidad de la independencia judicial[18], los jueces son absolutamente soberanos en la ejercicio de la función jurisdiccional, y cuando ejercen su potestad están sometidos única y exclusivamente al imperio de la ley, es decir, están única y exclusivamente sometidos al Derecho (Díez-Picazo, 2018, p. 657) lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, permaneciendo totalmente independientes de cualquier tipo de intromisión externa. Esto implica que los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política, no según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido[19], así la independencia del Poder Judicial se predica de todos y cada uno de los jueces en cuento ejercen tal función[20].

Los sistemas de IA sí pueden ser independientes, si bien, no podemos garantizar que los técnicos-creadores de los sistemas de IA sean independientes tal y como se concibe el concepto constitucional (Pineros Polo, 2024, p. 69) , no podemos olvidar que estos sistemas están siendo diseñados por empresas privadas y que sus productos están siendo protegidos por los derechos de autor, por lo que estos profesionales no gozan de la independencia judicial que se requiere de los jueces y magistrados.

No podemos olvidar que el apartado tercero del artículo 117 de la CE señala que la "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo juzgar lo ejecutado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (…)", esto es lo que la doctrina conoce como principio de reserva de jurisdicción, que implica

18 Independencia judicial que encuentra su eco en los artículos 12 a 14 de la LOPJ. La independencia judicial se garantiza a través de la existencia de una reserva de ley orgánica respecto del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, así como por la existencia del Consejo General del Poder Judicial, la inamovilidad judicial, ya que solo pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados por algunas de las causas previstas en la ley, y por el régimen de incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio de cargo así como que están sometidos a responsabilidad penal, disciplinaria y civil.

19 Sentencia Tribunal Constitucional, Pleno, nº37/2012 de 19 de marzo de 2012, Rec.9689/2009. BOE núm. 88, de 12 de abril de 2012.

20 Sentencia Tribunal Constitucional nº108/1986, de 29 de julio. FJ 6. ECLI:ES:TC:1986:108

que el legislador no puede atribuir potestad jurisdiccional sino a Juzgados y Tribunales y que , por tanto, sería inconstitucional otorgar potestad jurisdiccional a otro tipo de órganos (Diez-Picazo Giménez, 2018, p. 663)

Otro problema que genera la aplicación del sistema de IA en el ámbito de la decisión judicial y que afecta a otro derecho constitucional, es que la IA no argumenta. Argumentar es mucho más que una mera recopilación de jurisprudencia, es conectar la norma con el ideal justo por el que nació, o que se presume que nació, o cuando menos para un resultado que se presume justo, así la argumentación es la fase racional por la que conectamos esa norma con un principio, con un derecho fundamental o con un resultado justo (Carretero Sánchez, 2024, p. 3) Los jueces interpretan la ley para aplicarla la caso concreto, ese acto cognitivo de interpretación o adaptación de la norma general a las circunstancias específicas del caso particular tiene un componente emocional o cierto grado de discrecionalidad judicial inevitable, esta influencia de sentimientos y emociones en el cerebro del juez ayuda a entender el conflicto que debe resolver (Pineros Polo, 2024, p. 73) con el fin de motivar su decisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del caso concreto. No podemos hablar de una "razón" de argumentación en la IA que no vaya más allá de una combinación de datos conforme a un criterio previo, que, como tal, puede no ser el adecuado para el caso concreto (Carretero Sánchez,2024, p. 1)

Así, el razonamiento judicial es sobre todo una cuestión de evaluación, interpretación, de los hechos probados y relevantes de un caso, de las normas legales aplicables y de la interpretación subjetiva de los jueces del concepto de equidad[21], y este trabajo de interpretación es precisamente lo que las técnicas de aprendizaje automático no hacen, ni lo intentan hacer, no intentan formalizar el razonamiento legal, esperan que los modelos capturados por ellos puedan anticipar las decisiones probables de un juez en situaciones similares [22].

La obligación de motivación judicial aparece recogida en la Constitución Española, en adelante CE, concretamente el artículo 122.3 señala "las sentencias serán siempre motivadas", siendo que el Tribunal Constitucional, en adelante TC, ha recordado en múltiples ocasiones que "la motivación de las Sentencias no se refiere ya, como la congruencia, al fallo o parte dispositiva de la misma, sino a los fundamentos que la nutren para dar respuesta a las alegaciones de las partes. Nuestra jurisprudencia ha destacado siempre que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene una función doble ya que se presenta, simultáneamente, como obligación constitucional de los jueces y como derecho de quienes intervienen en el proceso"[23].

Esta doble función de la motivación que señala el TC supone: *primero*,

21 CEPEJ, "Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia…" loc.cit. apartado 76.

22 CEPEJ, Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia…loc. cit., apartado 79.

23 Sentencia Tribunal Constitucional 35/2002 de 11 de febrero. FJ 3. ECLI:ES:2002:35

la obligación de que la potestad jurisdiccional supone el absoluto sometimiento de los Jueces y Magistrados al imperio de la Ley, y *segundo,* el derecho que tienen los justiciables a la tutela judicial efectiva, derecho consagrado en el artículo 24.1 CE[24].

Y esta tutela judicial efectiva incluye "el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes"[25].

Así, la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan[26]

Y como señala el Tribunal Supremo, en adelante TS, "la motivación de las sentencias constituye el íter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE, configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Esta Sala ha venido exigiendo la aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funcionales o finalidades que implícitamente comporta la exigencia de la motivación: la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y a de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS de 5 noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003, entre otras)"[27].

Parece ser que los sistemas de IA pueden producir resultados inteligentes, e incluso mostrar comportamientos asociados a la inteligencia -como aprender de la experiencia- no obstante, el procedimiento por el que programa lleva a cabo dichas tareas no se basa en la replicación de los procesos cognitivos humanos, sino en el empleo de heurísticos (como las correlaciones estadísticas) que permitan llegar a resultados semejantes, soslayando el elemento cognitivo/reflexivo, pero la razón jurídica no solo es, no puede ser,

24 Sentencia Tribunal Constitucional 35/2002 de 11 de febrero. FJ 2.
25 Sentencia Tribunal Supremo 421/2015, de 22 de julio, FJ 6. ECLI:TS:2015:3442.
26 Sentencia Tribunal Constitucional 209/1993 de 28 de junio, FJ 1. ECLI:ES:TC:1993:209
27 Sentencia Tribunal Supremo 303/2015 de 25 de junio de 2015, FJ 5. ECLI:ES:TS:2015:2981.

meramente estadística (Carretero Sánchez, 2024, p. 7) así, estos sistemas no son capaces de argumentar, de motivar el fallo, de dar las consideraciones racionales que han justificado el fallo, vulnerando con ello del deber de motivación de las sentencias, lo que conlleva a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el justiciable tiene que conocer cuáles han sido las razones qué han llevado a la autoridad judicial para dictar el fallo, y en base a ello, poder deducir recurso si a su derecho conviniera.

Y si, en consecuencia, pensamos en una posible impugnación de la decisión que adopta el sistema de IA, el esquema clásico de recursos cae, ya que éste está construido sobre la base de la fiabilidad humana y, por tanto, habría que atribuir este carácter también a la máquina (Ariza Colmenarejo, 2022, p. 39)

Y otro resultado que se produciría a largo plazo si se admitiera que los sistemas de IA pudiesen dictar resoluciones judiciales, es la estandarización de la justicia, además de vulnerar el principio de primacía de la ley, ya que estas herramientas pueden crear una nueva forma de normatividad, que podría completar a la ley y potencialmente conducir, a largo plazo, a una estandarización de decisiones judiciales basadas no ya en el razonamiento caso por caso por los tribunales, sino en un cálculo estadístico puro, vinculado a la compensación promedio otorgada previamente por los tribunales[28].

No podemos dejar de señalar otro riesgo que tendría el uso de estos sistemas, los sesgos y la falta de imparcialidad. Mucho se ha escrito sobre el sesgo algorítmico, que implica la incorporación al sistema de una posible discriminación por razones étnicas, de status económico, de género, de edad, demográfica, religiosas o de otro tipo, normalmente desfavoreciendo a las minorías o grupos que no estén bien representados en los datos que se utilizan como patrones de aprendizaje informático. Lo que implica, que al aplicar el algoritmo cálculos estadísticos sobre los datos para encontrar patrones que le puedan proporcionar información, identificar tendencias y hacer predicciones, el sesgo se va a encontrar también en el aprendizaje automático, pudiendo producir una distorsión del valor sistemático y ofreciendo resultados discriminatorios (Rivas Velasco, 2023) esto afectaría a la imparcialidad de la resolución judicial. Imparcialidad que se define como el derecho de toda persona a un juez que mantenga una actitud de neutralidad con respecto al objeto del litigio y a los litigantes y debe garantizar que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial[29], y que según nuestro TC tiene dos vertientes: la *subjetiva*, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la *objetiva* que asegura que el juez se acerca al *tema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él, lo que debe ponderarse en cada

28 CEPEJ, "Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno", 2018, apartado 7.

29 Diccionario panhispánico del español jurídico.

caso concreto[30].

Otro principio que podría quedar afectado es el derecho a un proceso equitativo o derecho al juicio justo porque carecería de sentido hablar de competencia territorial, como hablar de audiencias y, por tanto, de los principios de oralidad e inmediación judicial (Gómez Colomer, 2022, p. 263).

Por todo ello, aún siendo a priori una herramienta muy útil, la IA nunca podría sustituir al Juez persona física, fundamentalmente por que ello podría lesionar muchos de los principios recogidos en nuestra vigente Constitución de 1978 (López Martínez, 2022, p. 559). Solo un juez humano puede garantizar el respeto por los derechos fundamentales, equilibrar los intereses en conflicto y reflejar los cambios constantes de la sociedad en el análisis de un caso, (Rivas Velasco, 2023), así la IA no dicta sentencias; no puede, ni debe hacerlo (Conde Fuentes,2023, p. 651)

Conclusiones

El legislador europeo ha limitado la posibilidad de que los sistemas de IA dicten autos o sentencias, permitiendo tan solo su uso para ayudar al juez en la investigación de los hechos y del Derecho, así como para aplicar la ley a un caso concreto y ello es acorde con nuestra Constitución, y ello por tres razones fundamentales:

1º porque la jurisdicción solo puede ser ejercida por órganos del Estado determinados en la ley y en los tratados internacionales que actúen de forma independiente y sometidos únicamente al Derecho, requisitos que no son cumplidos por los sistemas de IA actualmente.

2º estos sistemas no tienen la capacidad de argumentar, no tienen la capacidad de interpretar la ley para aplicarla a un caso concreto, no son capaces de motivar, siendo necesario esta motivación para el ejercicio de la tutela judicial efectiva por parte del justiciable, especialmente en el ámbito de los recursos.

3º estos sistemas adolecen de la falta de imparcialidad que se predica de los jueces, y ello por la posible presencia de sesgos en los algoritmos.

Referencias

Obras colectivas

ARIZA COLMENAREJO, María Jesús. Impugnación de las decisiones judiciales dictadas con auxilio de inteligencia artificial. Sonia Calaza López / Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.as). **Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia**. Cizur (Navarra): Aranzadi, 2022, p. 29-54.

AST, Federico. Las Cortes de Internet de China: Hacia el Tribunal de Justicia del Futuro. https://medium.com/astec/las-cortes-de-internet-de-china-hacia-el-tribunal-de-justicia-del-futuro-6521a2834757. Ultima consulta 24 de noviembre de 2025.

30 Sentencia Tribunal Constitucional 121/2021, de 2 de junio. FJ 6.

CONDE FUENTES, Jesús. El juez-robot y la independencia judicial: una aproximación. Fernando Jiménez Conde/Julio Banacloche Palao/ Fernando Gascón Inchausti, f., (dirs.) **Logros y retos de la Justicia Civil en España,** Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 649-665.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Artículo 117. **Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución**", Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Emilia Casas Baamonde, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, octubre de 2018.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis. Unas reflexiones sobre el llamado juez-robot, al hilo del principio de independencia judicial. Silvia Barina Vilar. (dir.), **Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisclinar.** Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.p. 243-265.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis. Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión. Sonia Calaza López / Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.as). **Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia**. Cizur (Navarra): Aranzadi, 2022, p. 257-283.

LOPEZ MARTÍNEZ, Raúl. Riesgos de la aplicación de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia" Sonia Calaza López / Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.as). **Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia**. Cizur (Navarra): Aranzadi, 2022, p. 555-565.

Artículos de revistas

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. **La función limitada de las Inteligencias Artificiales en la argumentación jurídica: persistencia de los principios jurídicos,** Derecho Digital e Innovación, Nº20, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2024, La Ley.

PINEROS POLO, Elena. **El *juez-robot* y su encaje en la Constitución española. La inteligencia artificial utilizada en el ámbito de la toma de decisiones por los tribunales**. Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, vol. 72: 1, 2024, p. 53-78. [Recurso en línea: <https://doi.org/10.18543/ ed7212024>].

RIVAS VELASCO, María José. **Uso ético de la inteligencia artificial en justicia**, Diario La Ley, núm. 10.327, Sección Tribuna, 13 de julio de 2023.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E NEUROCIÊNCIA: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE, DA SINGULARIDADE E DOS DIREITOS HUMANOS

Gustavo Carvalho Chehab

Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

Resumo:

Objeto: O presente estudo procura trazer luzes para assegurar a proteção à Dignidade, à Singularidade e aos Direitos fundamentais da pessoa humana em face do uso abusivo da Inteligência Artificial e da Neurociência. Justificativa: Sistemas de Inteligência Artificial, dotados de técnicas de Neurociência, são capazes de traçar perfis comportamentais, inferir sentimentos, afetos e tendências, induzir consciências e atitudes, manipular escolhas e predizer condutas, atos e ações humanas. Objetivos: Propor formas de proteção aos Direitos Humanos. Metodologia: Como método, propõe-se essencialmente um levantamento bibliográfico sobre a temática, a análise documental da atual legislação na Europa e no Brasil e a análise crítica de soluções encontradas. Resultados: Constata-se a vulnerabilidade de todo e qualquer ser humano a riscos advindos do uso indevido da Inteligência Artificial e da Neurociência, que é potencializada em grupos marginalizados. Propõe-se a incidência de princípios éticos específicos e normativos, que assegurem a centralidade da pessoa humana, o desenvolvimento e utilização responsável da Inteligência Artificial para o bem de todos, respeitando-se a dignidade, a singularidade e os Direitos fundamentais.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Neurociência; Dignidade da pessoa humana; Direitos Humanos; Ética.

Introdução

A Revolução Digital ou 4.0 começou. É um novo tempo que se abre com o desenvolvimento e com o uso da Inteligência Artificial e da Neurociência na Sociedade da Informação. Essas novas tecnologias já estão a mudar as relações pessoais, sociais e econômicas e, por hipótese, são aptas

a tornar vulnerável toda pessoa humana. Nesse cenário, a proteção à Dignidade da Pessoa Humana, à Singularidade de cada indivíduo e aos Direitos fundamentais impõe novos desafios. O presente estudo procura lançar luzes para assegurar os referidos direitos na Era Digital.

Para isso, a investigação propõe-se testar a hipótese de universalização do potencial lesivo, identificando os riscos e as ameaças à pessoa humana, e propor formas de proteção aos direitos fundamentais. Nessa investigação, utilizar-se-á como método um levantamento bibliográfico sobre a temática, a análise documental da atual legislação na Europa e no Brasil e a análise crítica das soluções propostas. Espera-se, com isso, indicar balizas éticas e normativas que sirvam para pautar o uso responsável, confiável e ético dos avanços tecnológicos.

Trata-se de temática atual, urgente e necessária em face à rápida expansão do uso da Inteligência Artificial, associadas a técnicas de Neurociência, nos diversos âmbitos sociais e econômicos.

Inteligência Artificial e neurociência

A ideia de construir máquinas inteligentes nasceu na década de 1950 com Alan Turing e Jonh McCarthy, entre outros pesquisadores (CORTEZ, 2021, p. 18). A inteligência é uma habilidade humana, destinada a aprender, executar técnicas, resolver problemas e alcançar objetivos em contextos incertos e de permanentes mudanças (MANNING, 2020). É exatamente essa habilidade cognitiva humana que a Inteligência Artificial (IA) procura emular (CORREIA e GARCIA, 2023, p. 24) e imitar. Ela deve ser capaz de pensar e agir como humano e de pensar e agir racionalmente (RUSSEL e NORVIG, 2021).

Mais do que solucionar problemas, a Inteligência Artificial é capaz de desenvolver uma aprendizagem automática (*machine learning*) que processa, treina e melhora um algoritmo sem a necessidade de intervenção humana (CORREIA e GARCIA, 2023, p. 24). Seu algoritmo base, geralmente, minera dados (*data mining*), a partir de grandes bancos (*big data*), com a finalidade de identificar e de interpretar padrões, de gerar informação e conhecimento e de desenvolver um algoritmo de aprendizado, que pode ser conjugado com redes neurais para um aprendizado mais profundo (*deep learning*) (TATEOKI, 2022, p. 434). Em um *software* tradicional, o algoritmo gera um resultado com base nos dados colhidos, mas, na aprendizagem automática, os dados e o resultado são inseridos e geram novo algoritmo, que trazem novos resultados e, assim, o próprio algoritmo de treino (*training data*), e não o programador, identifica padrões e correlações e extrai modelos e regras, por meio de conclusões generalizadas (COSTA, 2021, p. 41).

Dentre as diversas tecnologias que compõem o amplo espectro da IA, destaca-se a Inteligência Artificial generativa (ou gerativa), que se utiliza de

transformadores generativos pré-treinados (*Generative Pre-trained Transformer*, GPT) e de modelos de processamentos de linguagem natural (*Large Language Models*) semelhantes à humana, em redes neurais artificiais, e que tem como objetivo gerar conteúdos (textos, imagens, sons, etc.), a partir de solicitações (*prompts*) do usuário (RAMOS, 2023). Trata-se de ferramenta útil para identificar regras, padrões e comportamentos comuns porque procura a correlação lógica entre os dados e o resultado esperado, materializando, como resultado, o algoritmo (a regra geral, o padrão lógico) que os une. É nesse cenário que entra a Neurociência.

A Neurociência estuda o sistema nervoso, seu funcionamento, desenvolvimento e estrutura (LENT, 2008, p. 19-42). A Neurociência, que busca uma melhor compreensão dos cérebros humanos, desempenha um papel fundamental na construção de máquinas inteligentes, não apenas como fonte inspiradora, mas também para o aprimoramento e para o futuro dessa tecnologia (HASSABIS et al., 2017, p. 245-255).

Como o algoritmo de treino procura, por indução, a aprendizagem preditiva ou descritiva (GAMA et al, 2015, p. 10-15), os conhecimentos extraídos da Neurociência são úteis para auxiliar nessa tarefa, particularmente nas áreas de Neuropsicologia, de Neurociência comportamental e de Neurociência cognitiva, ligadas ao estudo do pensamento, aprendizagem e comportamento humano e seus processos psicológicos. Tais ciências podem fornecer elementos (como características comuns, reações, expressões, feições, desvios e distúrbios comportamentais, etc.) que permitem ou aprimorem a identificação, a classificação e a padronização de condutas, de ações e de comportamentos humanos e, até, de pessoas e de tipos de personalidades.

Duas outras características da IA são importantes nesse contexto: sua complexidade e sua opacidade.

A Inteligência Artificial é complexa por causa da metodologia da programação utilizada, da grande quantidade de dados processados e da elevada capacidade de processamento envolvida (PEREIRA, 2023, p. 231). Ela é também opaca em todos seus aspectos, desde a invisibilidade de sua existência e uso - pois, nem sempre as pessoas sabem que estão sendo alvos de sistemas de IA - até a falta de clareza e de compreensão do seu funcionamento (COSTA, 2021, p. 65) e dos resultados obtidos. Em outras palavras, a IA é uma espécie de caixa secreta (PEDRO, 2022, p. 165), pois carece de transparência para entender suas decisões (OLIVEIRA, 2018, p. 113) e de explicabilidade sobre seus resultados (MORAIS e MAFRA, 2023, p. 536).

Essa forma de operar (para obtenção de um algoritmo generalista) e essas características fazem da Inteligência Artificial, particularmente quando conjugada com o conhecimento da Neurociência, uma ferramenta suscetível à violação dos mais diversos Direitos fundamentais.

Riscos e ameaças

Apesar dos inúmeros benefícios pela alta capacidade de processamento de dados, sistemas de IA, alimentados pelo conhecimento de Neuropsicologia e/ou de Neurociência comportamental ou cognitiva são capazes de descrever, classificar e predizer padrões, condutas, comportamentos, perfis, personalidades e pessoas. Mais do que isso, podem emular vozes, imagens, corpos, rostos, mensagens e textos de alguém; induzir ações e condutas; emitir decisões automatizadas; e, enfim, causar os mais diversos danos à pessoa humana, a sua personalidade e a seus Direitos fundamentais.

Com base em informações obtidas em banco de dados (público ou não) e técnicas de Neurociência, a IA pode delinear padrões de comportamento de pessoas, identificar traços de sua personalidade, sugerir tendências futuras e apontar inclinações sexuais, filosóficas, religiosas, políticas (CHEHAB, 2015, p. 82), psicológicas, sociais, etc. Instrumentos como o *profiling* e métodos estatísticos permitem a Inteligência Artificial obter informações sobre hábitos e preferências (DONEDA, 2006, p. 173), predizer condutas, identificar dados afetivos (BERCHT, 2006, p. 112) e reações emotivas e classificar socialmente as pessoas (CHEHAB, 2024, p. 63).

A Inteligência Artificial generativa é eficiente em produzir as mais diversas informações, inclusive emuladas (*deep fake*), preditivas ou irreais (*fakes*), nos mais diversos ambientes e formas (como no metaverso ou por meio de avatares) (CHEHAB, 2024, p. 66). Qualquer indivíduo pode ter seus dados pessoais, como sua voz, feições e imagem, utilizados e manipulados pela IA. Nesse aspecto, todas as pessoas são vulneráveis diante dessa nova ferramenta tecnológica. Obviamente que os grupos tradicionalmente marginalizados e seus integrantes estão sujeitos a um risco mais elevado, inclusive em razão da tendência de enviesamento presente nos atuais sistemas de IA.

O viés algorítmico não intencional, que produz resultados discriminatórios e racistas, pode decorrer de erro estatístico, de generalização, de uso de informação sensível, de impacto diferenciado em seu resultado (MENDES e MATTIUZZO, 2019, p. 47-53), de desvios históricos, de lacunas e de maus modelos de governança (UNIÃO EUROPEIA, 2019, n. 80, p. 22). O programador do algoritmo de treino pode, até mesmo dolosamente, incluir critérios subjetivos que lhe são próprios - que funcionam como vieses -, no tratamento dos dados (DUARTE e NEGÓCIO, 2021, p. 228-229); ignorar fatores culturais, sociais, históricos, temporais e contextuais que afetam os dados coletados e o se processamento (LEAL e PAULO, 2023, p. 169); utilizar uma amostra insuficiente (LEAL e PAULO, 2023, p. 176), com pouca representação estatística (MENDES e MATTIUZZO, 2019, p. 52) ou com dados tendenciosos, falhos ou sensíveis; ou serem mal analisados e utilizados pela IA.

Aliás, há diversos riscos associados ao uso dos dados por sistemas de

IA, principalmente quando eles são inexatos, imprecisos, incorretos, *fakes*, emulados (*deep fake*), pirateados por *hackers*, ou destinados à importunação sexual (como no *sexting*, s*excasting, nudes e porno fakes*), à violência, ao assédio e ao *ciberbullying*.

Sistemas de IA são capazes de tomar decisões automatizadas, sem o controle e supervisão humanos. São aptos a produzirem um gerenciamento algorítmico, com prescrição de tarefas, comandos, ordens, obrigações (BARZOTTO, MISKULIN e BREDA, 2020, p. 212-213) e instruções (FINCATO e WÜNSCH, 2020, p. 51). Nesses casos, utilizam-se de recursos como: i) a gamificação, caracterizada por incentivos psicológicos (ARAÚJO, 2020, p. 55) utilizados para controlar, coordenar, vigiar e promover o engajamento (OLIVEIRA, 2021, p. 2) através de um "jogo" em que se busca um resultado quantificável (SALEN e ZIMMERMAN, 2004); ii) a precificação, que fixa e administra a contraprestação (o preço) do serviço (OITAVEN, CARELLI e CASAGRANDE, 2018, p. 36); e iii) a pontuação (*rating*), o *ranking* e a competição (GUIMARÃES, 2022, p. 190), que busca ganhos de produtividade.

A Inteligência Artificial é capaz de empregar técnicas sutis para afetar a consciência de indivíduos ou grupos, distorcer e deturpar realidade e comportamentos, explorar vulnerabilidades, avaliar (ou melhor, julgar) pessoas e atos, promover o controle social para os mais diversos fins (SILVA, 2024, p. 110). Na China, por exemplo, há um sistema regional de dados em cidades da Província de Xinjiang, que se utiliza de um aplicativo (*Joint Operations Platform,* 体化联合作战平台) para, por meio de Inteligência Artificial, identificar pessoas com características da etnia Uighurs em locais públicos para serem abordadas pela polícia (MIRACOLA, 2019).

Os diversos riscos e ameaças advindos da IA, aliadas a técnicas de Neurociência, são capazes de tornarem invisíveis às singularidades e às particularidades de cada indivíduo, podem atentar a dignidade da pessoa humana, gerar discriminação algorítmica e ofensa aos mais diversos Direitos fundamentais.

Singularidade, dignidade e direitos fundamentais

As aplicações de Inteligência Artificial, conjugada com técnicas de Neurociência, devem, porém, sujeitarem-se à Ordem jurídica e a limites éticos.

Cada indivíduo é único, irrepetível, complexo (NERY, 2008, p. 285), insubstituível e possui características biológicas, físicas, culturais, psíquicas e pessoais que o torna diferente de qualquer outro ser humano. Essa singularidade alcança diversos elementos como etnia/raça, família/parentesco, temporalidade, espacialidade, contexto e história (ALLISON, 2022). A adaptação humana, processo pela qual os organismos respondem às tensões

do meio-ambiente, implica na interrelação entre cultura e biologia, necessária para que cada pessoa organize suas vidas, adapte-se ao seu entorno (KOTTAK, 2017, p. 3) e tenha uma singularidade única em sua existência (FRANKL, 2021, p. 39).

A singularidade da pessoa humana permite cada um tenha sua identidade própria e autonomia para tomar suas decisões e conduzir suas vidas. A ordem jurídica deve assegurar o direito de cada ser humano de fazer suas próprias escolhas e de ser respeitado em sua individualidade e sua singularidade.

A dignidade da pessoa humana compreende o respeito próprio (*self respect*), inerente a cada vida humana, (DWORKIN, 2014, p. 311). A vida humana tem em si, um valor único, que não dependem de atributos pessoais ou de critérios subjetivos. Todo ser humano tem sua própria autonomia (BARROSO, 2013, p. 72), habilidades e aptidões. As situações que o privam de sua liberdade, levem ao desprezo do valor da vida humana ou comprometem sua igualdade perante seus semelhantes atinge diretamente a dignidade da vida humana (MELO e ALVIM, 2023).

Também constitui ofensa à dignidade da pessoa humana sua redução ou instrumentalização (como mera fonte de dados, p. ex.), sua descaracterização ou fragmentação de suas características únicas e pessoais. Não se pode considerar um indivíduo como mero resultado de uma análise algorítmica (ainda que conjugada com ferramentas neurocientíficas), nem haver manipulação indevida de seus elementos constitutivos (como voz, imagem, dados genéticos, etc.).

O desenvolvimento e o uso da Inteligência Artificial e da Neurociência devem resguardar os Direitos fundamentais, particularmente a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem; a igualdade e a não discriminação; a autodeterminação informativa; a liberdade; e a informação.

No âmbito europeu, foi aprovada, sem força vinculativa, a Declaração sobre os direitos e princípios para a década digital, que situa as pessoas no centro da transformação digital e dispõe que a tecnologia deve servir e beneficiar todas as pessoas (n. 1), contribuir para uma sociedade e uma economia justas e inclusivas (n. 2), respeitar os Direitos fundamentais (n. 2, "a"), aumentar o bem-estar das pessoas (n. 8) e permitir-lhes escolhas próprias (n. 9) (UNIÃO EUROPEIA, 2022). Aborda ainda questões sobre identidade digital, transparência e não discriminação algorítmica, vedação de padronizações comportamentais e repulsa à desinformação e à disseminação de conteúdo digital ilícito (SILVA, 2024, p. 78).

Recentemente foi aprovado o Regulamento europeu da Inteligência Artificial (*AI Act*), que, a partir do dimensionamento do grau de risco da IA, proíbe certas práticas de riscos inaceitáveis (título II), impõe restrições a sistemas de risco elevado (título III), fixa obrigações (título IV) e discorre sobre princípios éticos, supervisão, certificação e controle pela autoridade

pública (UNIÃO EUROPEIA, 2024).

Nesse Regulamento, são proibidos sistemas de IA causadores de danos a pessoas por: contornar a consciência ou distorcer substancialmente o comportamento, expor a vulnerabilidade de grupos ou de portador de deficiência, avaliar ou classificar a credibilidade de pessoas com base em comportamento social ou em características pessoais ou de personalidade, identificar à distância pessoas para manutenção da ordem pública para certos objetivos que enumera (UNIÃO EUROPEIA, 2024, art. 5º I, "a", "b", "c" e "d").

São práticas consideradas de elevado risco para o *AI Act*, entre outras: a identificação biométrica e a categorização de pessoas; avaliação de elegibilidade de pessoa para a prestação e serviços públicos de assistência e quanto a sua capacidade de endividamento; na priorização de serviços de emergência; em diversas situações de manutenção da ordem pública e da gestão e controle de migração, asilo e fronteiras e no auxílio na investigação criminal, interpretação dos fatos e do direito e na aplicação das leis pelas autoridades judiciárias (UNIÃO EUROPEIA, 2024, art. 6º, 2 e Anexo III, 1, 5, 6 e 7).

O *AI Act* europeu é um avanço diante do vazio legislativo, mas é insuficiente e, até, inexistente, em diversas áreas de uso da Inteligência Artificial (BAS et al., 2024, p. 58-61), como em questões afetas à responsabilidade civil. Sua plena vigência é protraída no tempo, o que fragiliza a proteção normativa. Além da incompleta regulamentação, o escopo e as soluções legais apresentadas trazem dúvidas e podem levar a conflitos com outras normas europeias (RAPOSO, 2022, p. 88-109). Acrescente-se que a IA é dinâmica e está em constante evolução, o que exigirá também um dinamismo da regulação e das formas de seu controle (COVARRUIAS et al., 2022).

No Brasil, ainda não há uma regulamentação legal para o desenvolvimento e o uso da Inteligência Artificial. Na Câmara dos Deputados, havia, em maio de 2024, 242 propostas legislativas com o tema "Inteligência Artificial" (BRASIL, 2024a) e no Senado Federal, tramitam, de forma conjunta, perante uma comissão especial, os Projetos de Lei n. 5.051 e 5.691 de 2019; 21/ 2020; 872/ 2021; 2.338 e 3.592 de 2023; e, 145, 146, 210, 266, 370 e 1.197 de 2014, alguns já aprovados na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2024b).

Em seu último Relatório Legislativo (complementação de voto), datado de 4/7/2024, o Senador Eduardo Gomes apresentou à Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil no Senado Federal, proposta que estabelece que o desenvolvimento, implantação e uso de sistema de IA tem como fundamentos, entre outros, a centralidade da pessoa humana, o respeito e promoção dos direitos humanos e aos valores democráticos, o livre desenvolvimento da personalidade e liberdade de expressão, entre outros direitos; e dentre seus princípios, a autodeterminação e a liberdade de decisão e de escolha, a supervisão humana efetiva e adequada, a não discriminação, a justiça, equidade e inclusão, a transparência e explicabilida-

de, a auditabilidade, a confiabilidade e a robustez, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, a responsabilização e reparação dos danos, a mitigação de riscos e danos e a observância da ética (BRASIL, 2024c, art. 2º e 3º, p. 14-17).

Da mesma forma que o *AI Act*, a proposta atual que está em discussão no Senado Federal brasileiro categoriza a IA segundo o grau de risco (capítulo III), em excessivo (cujo desenvolvimento e uso são vedados) e de alto risco, em hipóteses semelhantes às descritas acima pelo arts. 5º e 6º e Anexo III da *AI Act* (BRASIL, 2024c, arts. 13-14, p. 26-31). Prevê, ainda, que o desenvolvedor e o implementador da IA devem fazer uma avaliação preliminar dos riscos (art. 12), sem prejuízo da Avaliação de Impacto Algorítmico (capítulo IV, seção IV) e de medidas de Governança (capítulo IV, seção V) (BRASIL, 2024c).

Uma IA confiável depende não apenas de uma solidez técnica e social e de uma legislação que a regulamente, mas também deve estar assentada em valores e princípios éticos (UNIÃO EUROPEIA, 2019, nn. 1-2, 15-16, 26-30, p. 2, 6, 8-10).

São princípios éticos aplicáveis à Inteligência Artificial (e às técnicas de Neurociência):

a) Transparência e explicabilidade, pois o resultado de sistema de IA deve ser explicado, entendido e confiado por todos (GONZÁLEZ et. al., 2024, p. 39);
b) Inclusão (ou justa distribuição), em que todos devem ser beneficiados pela IA e terem suas necessidades consideradas para seu desenvolvimento (RENAISSENSE FOUNDATION, 2020, p. 10);
c) Igualdade e não discriminação, uma vez que a IA não deve alimentar preconceitos, ter vieses ou gerar discriminação (GONZÁLEZ et. al., 2024, p. 39), mas deve resguardar a dignidade humana (RENAISSENSE FOUNDATION, 2020, p. 10);
d) Privacidade e governança dos dados, pela qual a IA deve ser segura, regulada, controlada e assegurar sua integridade e o respeito à privacidade das pessoas e de seus dados (MESSA, 2022, p. 80; GONZÁLEZ et. al., 2024, p. 39);
e) Benefícios e não-malefícios, segundo a qual a IA deve buscar o bem da humanidade, minimizar riscos e evitar causar danos (GONZÁLEZ et. al., 2024, p. 39);
f) Confiança e segurança, para que a IA seja confiável (RENAISSENSE FOUNDATION, 2020, p. 10); segura contra ataques e vulnerabilidades (GONZÁLEZ et. al., 2024, p. 40) e suficientemente robusta para lidar com erros, incoerências, resultados equivocados e tentativas de manipulação (MESSA, 2022, p 80);
g) Colaboração e supervisão humana, porque a IA não deve suprimir completamente a supervisão humana e sua tomada de decisão,

mas ser usada como uma ferramenta colaborativa (e auxiliar) para a tomada de decisões humanas (GONZÁLEZ et. al., 2024, p. 39);

h) Respeito da autonomia humana, pois a IA não pode subordinar, coagir, enganar, manipular, condicionar ou arregimentar injustificadamente as pessoas, mas complementar, acrescer e capacitar as suas competências cognitivas, sociais e culturais (UNIÃO EUROPEIA, 2019, n. 50, p. 14-15);

i) Responsabilidade, segundo o qual deve haver instrumentos que garantam a responsabilidade e a responsabilização do sistema de IA e de seus resultados (UNIÃO EUROPEIA, 2019, n. 87, p. 24.) para quem a projeta ou a implanta (RENAISSENSE FOUNDATION, 2020, p. 10).

A Inteligência Artificial e a Neurociência devem estar centradas na pessoa humana, promover o bem comum de todos e o desenvolvimento socioambientalmente sustentável, observar a singularidade e a individualidade de cada um, preservar a dignidade da pessoa humana e conformar-se com os Direitos fundamentais da pessoa humana, com a legislação que a regulamentar e com os princípios e valores éticas a elas aplicáveis.

Conclusão

A Inteligência Artificial, com seus algoritmos de aprendizagem automática e aprendizado mais profundo, aliada a técnicas neorocientíficas, particularmente da Neuropsicologia e da Psicologia Comportamental, traz diversas ameaças e riscos à singularidade, à dignidade e aos Direitos fundamentais da pessoa humana. Diante da nova realidade tecnológica, todo e qualquer ser humano está em situação de vulnerabilidade, mas os grupos tradicionalmente marginalizados e seus membros estão expostos a um risco maior, inclusive em razão da tendência de enviesamento presente nos atuais sistemas de IA.

A IA é capaz, mesmo sem a intervenção humana, manipular e induzir consciências e pessoas, classificar e discriminar, reproduzir e amplificar enviesamentos, fazer o controle e a exclusão social, invisibilizar indivíduos, diminuir a condição de alguém e violar uma ampla gama de Direitos fundamentais.

A centralidade da pessoa humana, sua singularidade, dignidade e identidade, e o seu desenvolvimento e uso responsável, confiável e ético, voltado para o bem comum de todos e com respeito aos Direitos fundamentais devem nortear a Inteligência Artificial e a Neurociência.

A regulamentação normativa, que está em seu estágio inicial na Europa, é incipiente e insuficiente, mas representa uma evolução e é um ponto de partida que serve como paradigma e fonte de inspiração para as atuais discussões no Parlamento brasileiro. O próprio dinamismo do desenvolvi-

mento da IA dificulta a atuação legislativa em todas as áreas da IA e exigirá constantes atualizações normativas.

A IA e a Neurociência devem observar princípios e valores éticos, que servem de norte para seu desenvolvimento, implantação e uso.

Referências

ALISSON, Gregg. A singularidade do ser humano. 2022. https://cruciforme.com.br/ a-singularidade-do-ser-humano/. Acesso em: 1º nov. 2024.

ARAÚJO, Wanessa M. de. A invisibilidade da vulnerabilidade: o trabalho em plataformas digitais de transporte de bens e passageiros em tempos de pandemia. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Brasília, v. 24, n. 1, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARZOTTO, Luciane C.; MISKULIN, Ana Paula S. C.; BREDA, Lucieli. Condições transparentes de trabalho, informação e subordinação algorítmica nas relações de trabalho. In: CARELLI, Rodrigo de L.; CAVALCANTI, Tiago M.; FONSECA, Vanessa P. da (Orgs). **Futuro do trabalho**: os efeitos da revolução digital no trabalho. Brasília: ESMPU, 2020.

BAS, Guilhem et al. The EU AI Act: a pioneering effort to regulate frontier AI? **Inteligencia Artificial**. Valencia, v. 27, n. 73. 2024.

BERCHT, Magda. Computação afetiva: vínculos com a psicologia e aplicações na educação. **Psicologia & Informática**: produções do III Psicoinfo e II Jornada NPPI. São Paulo: CRP/SP, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Atividade legislativa**: Inteligência Artificial. 2024a. https://www.camara.leg.br/ busca-portal?contextoBusca= BuscaProposicoes&pagina= 1&order= relevancia&aba Especifica=true&q= intelig% C3%AAncia%20 artificial. Acesso em: 1º maio 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Matérias e proposições**: Inteligência Artificial. https://www6g.senado.leg.br/ busca/ ?colecao= Projetos+e+ Mat%C3%A9rias+-+ Proposi%C3%A7% C3%B5es&q= intelig%C3% AAncia+artificial. Acesso em: 1º maio 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial. Projeto de Lei n. 21, de 2020. **Relatório Legislativo**: complementação de voto. Relator Senador Eduardo Gomes. Brasília, 2024c. https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/ documento?dm =9683716&ts =1730837834685& rendition_principal= S&disposition=inline. Acesso em: 4 nov. 2024.

CHEHAB, Gustavo C. **A privacidade ameaça de morte**: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da Informática. São Paulo: LTr, 2015.

CHEHAB, Gustavo C. Inteligência Artificial e Revolução 4.0: impactos da transformação tecnológica na relação de trabalho. In: DELGADO, Maurício Godinho

et al. (Orgs.). **Justiça, trabalho e transformação social**: temas e agendas de pesquisa. Araucária: TST/Enamat, 2024.

CORREIA, Pedro; GARCIA, Bruno C. Inteligência Artificial e Políticas Públicas. In: PEDRO, Ricardo; CALIENDO, Paulo (Orgs.). **Inteligência Artificial no contexto do Direito Público**: Portugal e Brasil. Coimbra: Almedina, 2023.

CORTEZ, Paulo. Inteligência Artificial e Business Analytics. **Boletim SPE**. Lisboa, n. 30, out. 2021.

COSTA, Inês da S. A proteção da pessoa na era dos big data: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas. **Revista Electrônica de Direito**. Porto, v. 24, n. 1, fev. 2021.

COVARRUBIAS, Jersain Zadamig L.; ENRÍQUEZ, Olivia Andrea M.; GUERRERO, Mario G. Enfoques regulatorios para la Inteligencia Artificial (IA). **Revista Chilena de Derecho**. Santiago, v. 49, n. 3, 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Alan; NEGÓCIO, Ramon de V. Todos são iguais perante o algoritmo? Uma resposta cultural do Direito à discriminação algorítmica. **Revista Direito Público**. Brasília, v. 18, n. 100, out./dez. 2021.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FINCATO, Denise P.; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica: caminho para o Direito do Trabalho na encruzilhada tecnológica? **Revista do TST**. São Paulo, v. 86, n. 3, jul./set. 2020.

FRANKL, Victor E. **Sobre o sentido da vida**. Petrópolis: Vozes, 2021.

GAMA, João et al. **Extração do conhecimento de dados**: data mining. 2ª Ed. Lisboa: Silabo, 2015.

GONZÁLEZ, Ariel; et. al. Ethics in Artificial Intelligence: an approach to Cybersecutity. **Inteligencia Artificial**. Valencia, v. 27, n. 73, 2024.

KOTTAK, Conrad Phillip. **Antropología cultural**: espejo para la humanidad. Madrid: McGraw-Hill, 2017.

LENT, R. **A estrutura do sistema nervoso**: Neurociência da Mente e do Comportamento. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

GUIMARÃES, Maria R. Inteligência Artificial, profiling e direitos de personalidade. In: SILVA, Eva S. M. da; FREITAS, Pedro M. (Coords.). **Inteligência Artificial e robótica**: desafios para o Direito do século XXI. Coimbra: Gestlegal, 2022.

HASSABIS, Demis et al. Neuroscience-inspired Artificial Intelligence. **Neuron Review**. N. 95, jul. 2017.

LEAL, Mônia C. H.; PAULO, Lucas M. Algoritmos discriminatórios e jurisdição constitucional: os riscos jurídicos e sociais do impacto dos vieses nas plataformas de Inteligência Artificial de amplo acesso. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 24, n. 3, set./dez. 2023.

MANNING, Christopher. **Artificial Intelligence Definitions**: human-centered Artificial Intelligence of Stanford University. Stanford, 2020. https://hai.stanford.edu/ sites/ default/ files/ 2020-09/ AI-Definitions-HAI.pdf. Acesso em: 29 out. 2024.

MELO, Renan; ALVIM, Marcia Cristina de S. Caminhos para a proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade de dados. **Revista Internacional Consister**. Vila Nova de Gaia, a. IX, n. XVII, dez. 2023. https://revistaconsinter.com/ index.php/ ojs/ 1702#_ftn22. Acesso em: 7 nov. 2024.

MENDES, Laura S.; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Revista Direito Público**. Porto Alegre, v. 16, n. 90, nov-dez/2019.

MESSA, Ana Flávia. Reflexões éticas da Inteligência Artificial. In: SILVA, Eva S. M. da; FREITAS, Pedro M. (Coords.). **Inteligência Artificial e robótica**: desafios para o Direito do século XXI. Coimbra: Gestlegal, 2022.

MIRACOLA, Sergio. **How China uses Artificial Intelligence to control societ**. Jun. 2019. https://www.ispionline.it/ en/ publication/ how-china- uses-artificial-intelligence-control- society-23244. Acesso em: 5 nov. 2025.

MORAIS, José L. B.; MAFRA, Lígia K. Inteligência artificial em decisões judiciais: opacidade versus garantias processuais. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 28, n. 3, 2023.

OITAVEN, Juliana C. C.; CARELLI, Rodrigo de L.; CASAGRANDE, Cássio L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

OLIVEIRA, Renata C. de. Gamificação e trabalho uberizado nas empresas de aplicativos. **Pensata**: Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 61, n. 4, jul./ago. 2021. https://www.scielo.br/ j/rae/ a/ yN9ZkXFfc Nwyxg8T9mQx-GbL/ ?lang=pt#. Acesso em: 3 nov. 2024.

OLIVEIRA, Viviane. Inteligência Artificial: como ampliar sua adoção. **Revista Inteligência competitiva**. Guarulhos, v. 8, n. 3, jul./set. 2018.

PEDRO, Rute. Breves reflexões sobre a reparação de danos causados na prestação de cuidados de saúde com utilização de robots. In: SILVA, Eva S. M. da; FREITAS, Pedro M. (Coords.). **Inteligência Artificial e robótica**: desafios para o Direito do século XXI. Coimbra: Gestlegal, 2022.

PEREIRA, Fernando S. A prova resultante de "software de aprendizagem automática". In: MAGALHÃES, Maria R.; MOREIRA, Luísa E.; ROCHA, Tiago M. (Orgs.). **Direito e Inteligência Artificial**. Coimbra: Almedina, 2023.

NERY, Rosa Maria de Andrade. 2008. **Introdução ao pensamento jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Anatália S. Martins. **Inteligência Artificial Generativa baseada em grandes modelos de linguagem**: ferramentas de uso na pesquisa acadêmica. Natal, 2023. https://doi.org/ 10.1590/ SciELOPreprints.6105. Acesso em: 24 out. 2024.

RAPOSO, Vera Lúcia. Ex machina: preliminary critical assessement of the European Draft Act on artificial intelligence. **International Journal of Law and Information Technology**. Oxford, v. 30, n. 1. 2022.

RENAISSENSE FOUNDATION. **Rome call for AI Ethics**. Vatican: Pontifical Academy for Life, 2020.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence**: a modern approach. 4. Ed., London: Pearson. 2021.

SALEN, Katie; ZIMMERMAN, Eric. **Rules of play**: Game design fundamentals. London: The MIT Press, 2004.

SILVA, Jorge P. da S. **Direito fundamentais para o universo digital**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2024.

TATEOKI, Victor A. O uso da Inteligência Artificial no processo seletivo para contratação de empregados e suas repercussões no Direito do Trabalho. In: ARAÚJO, Adriana R. de; et. al. (Coords.) **O uso de dados pessoais e de Inteligência Artificial na relação de trabalho**: proteção, discriminação, violência e assédio digital. Brasília: MPT, 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial. **Orientações éticas para uma IA de confiança**. Bruxelas, 2019. https://op.europa.eu/ en/ publication- detail/-/ publication/ d3988569-0434-11ea- 8c1f- 01aa75ed71a1. Acesso em: 1º nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Declaração Europeia sobre os direitos e princípios para a década digital**. Bruxelas, 2022. https://eur-lex.europa.eu/ legal-content/ PT/TXT/ HTML/ ?uri=CELEX:32023C0123(01). Acesso em: 4 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Regulamento de Inteligência Artificial**: texto aprovado. Bruxelas, 2024. https://www.europarl.europa.eu/ doceo/ document/ TA-9-2024- 0138_PT.html. Acesso em: 1º nov. 2024.

ANÁLISIS JURÍDICO-FILOSÓFICO EN CLAVE "CRÍTICA" DEL FALLIDO E.U.A.I.ACT: LA "INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA" COMO NUEVO MARCO CONTEXTUAL Y HERRAMIENTA VEHICULADORA ÓPTIMA DEL "MAL BANAL" ARENDTIANO Y SU AFECTACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

Pablo Sáez Hurtado

Escritor, abogado y doctorando en Derecho Internacional Privado y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España

Resumen:

A lo largo de la historia, los D. Humanos y la Condición Humana en el que aquellos despliegan su plena eficacia y «sentido», han sido y serán amenazados a perpetuidad. Frente a tal pugna dialéctica insaciable e irresoluble, el Derecho, el Pensamiento y la Moral han de mantenerse siempre robustos, predispuestos y «vigilantes», en cada una de sus tres vertientes: la preventiva, la reactiva y la restaurativa. *Empero*, el advenimiento en noviembre de 2022 de las herramientas de *software* de inteligencia artificial generativa supuso una quiebra, total y absoluta, de todos los esquemas, planes de actuación, categorías y mecanismos protectores conocidos, por cuanto su poder destructivo -además de inédito-, se presenta como indómito. Bajo tal umbral de responsabilidad, todos los juristas occidentales depositamos nuestras miradas y esperanzas en un ecuánime punto: la piedra de bóveda del marco regulador europeo del fenómeno de la I.A.: la E.U.A.I.ACT. Un reglamento que, lejos de ser la norma del «humanismo tecnológico» que se podría aducir del tenor literal de sus «efectistas» considerandos, muta su naturaleza material» en su *corpus* dispositivo-vinculante en una norma del «Mercado y para el Mercado», que comete la osadía, temeridad e ingenuidad de excluir -entre un sinfín de problemáticas adicionales- a la I.A. generativa del que es el eje vertebrador de su propuesta: el ecosistema «riesgo-control». El fracaso estrepitoso del Derecho -tanto en lo precautorio como en lo reactivo- frente al desafío de la I.A., traslada la salvaguardia de los D. Humanos a un pensamiento conminado por el «mal banal.

Palabras-clave: E.U.A.I.ACT.; L.L.M.s. de Inteligencia Artificial generativa; Banalidad del mal; Hannah Arendt; Derechos Humanos.

Análisis jurídico-filosófico en clave «crítica» del fallido E.U.A.I.ACT

La noche del miércoles, 30 de noviembre de 2022, la ciudadanía europea presenciaba atónita y apesadumbrada el impacto de un neo-chicxulub -o, en su defecto, la eclosión de un asteroide «masivo»-, cuyo potencial y alcance destructivo no se vislumbraba desde el presunto ocaso de los grandes regímenes totalitarios del siglo XX (de un lado, el *Großdeutsches Reich* o la Alemania nacionalsocialista el 8 de mayo de 1945 y, concomitantemente, la conclusión del periodo estalinista de la aciaga Unión Soviética en 1953). Tal súbito advenimiento, no es otro que el de la «liberación» o «lanzamiento» del modelo *transformer* de aprendizaje profundo GPT-3 del distinguido L.L.M.s. o «modelo de I.A. de uso general» (G.P.A.I.) *ChatGPT* de la -para entonces, fundación o *Startup* sin «ánimo de lucro» aparente alguno- mercantil *Open AI* producida en la madrugada de las postrimerías del mes de noviembre de 2022. «Liberación», bajo la modalidad *open-source* -esto es, aparentemente y *prima facie* «gratuito» a efectos «monetarios» (no así, en lo que respecta a los «datos» o «*input*s» con los que poder «nutrir» los algoritmos de su L.L.M.s. o, en su defecto, a la ingente cantidad de eufóricos y plenamente predispuestos «beta-testeadores» que probaron y «mejoraron», con sus continuas interacciones y «reportes», tal ecosistema para, ulteriormente, implementar tales «mejoras» en su modalidad «*premium*» *GPT-4* el 14 de marzo de 2023)- que fue urdida y orquestada por parte del propio director ejecutivo de *OpenAI* sin tan siquiera contar con el «aval» de su propia junta directiva u órgano de administración -el cual, acabo siendo conocedor de tal «liberación» a través del mismo exiguo, impersonal y gélido tweet por parte de su propio CEO que se envió al conjunto de la humanidad con acceso a internet- y que, naturalmente, ni se difirió a un «momento» más idóneo -en el que la humanidad o las instituciones estuviesen «preparadas» para el impacto, por ejemplo- ni tampoco se condicionó a los resultados (aunque esta, a la postre, no fuese «vinculantemente» aplicable) de cualesquiera «evaluaciones de riesgos potenciales» que podrían haberse llegado a efectuar, con efectos y alcance «ad intra» (habiéndose simulado o recreado así, en cierta medida, una ecuánime forma de proceder y actuar ex ante, a la que ya aconteció con carácter previo al «descubrimiento» del fenómeno de la bomba atómica y el pavor por parte de J. Robert Oppenheimer y Albert Einstein de que su virtual «impacto» sobre la superficie terrestre, pudiese llegar a generar un efecto «irreversible» e «imparable» de combustión/prendimiento de la atmósfera -la famosa «ignición atmosférica»-).

Tal extraordinario e irresponsable acontecimiento, no solo supuso un «punto de no retorno» (iniciándose así un proceso irreversible, que tie-

ne como objetivo o propósito último, el «desplazamiento» del hombre de ámbitos que le pertenecían por entero) en la historia de la humanidad, sino que volvió a evidenciar un «fenómeno» que no se reiteraba con tal virulencia y desconsuelo desde los años 50 y que, solo una brillante y extraordinaria mente como la que disponía la filósofa e intelectual Hannah Arendt pudo identificarlo en su contemporaneidad: la palmaria carencia o desnudez de «categorías» y «andamios conceptuales» que nos permitiesen «comprender» con profundidad y ambición los desafíos «existenciales» y «civilizatorios» que el advenimiento y consolidación de las herramientas de software de inteligencia artificial generativa ya están provocando y, sobre todo, generarán (*máxime*, teniéndose en cuenta la inminente «liberación» del nuevo y revolucionario modelo *ChatGPT*-5/«*Orion*», a finales de 2024). Tal lóbrego y pernicioso «déficit», carencia o desnudez omnicomprensiva de categorías, conceptos y recursos intelectuales -parejo, a su vez, a la abrumadora y desesperanzadora inexistencia total (cuando se va a cumplir, inminentemente, dos años del advenimiento de las primeras herramientas de *software* de I.A. generativa) de cualesquiera movimientos intelectuales o académicos que, de un modo holístico y transversal, las confeccionase o, en su defecto, reinterpretarse las existentes, preguntándose sobre la perpetuación de su vigencia con visos de editarla, en caso contrario- no solo nos impide como civilización «hacernos cargo psicológicamente» del avance inexorable irreversible de la técnica -con todas las consecuencias multi-nivel, que ello conllevará- sino que, adicionalmente, es un insondable y muy provechoso resquicio del que se han estado -y están- prevaleciendo las empresas tecnológicas que programaron, entrenaron -conculcando, además, en tal empresa infinidad de derechos de autor, propiedad intelectual, *copyright*, protección de datos e, incluso, en determinados supuestos «secretos industriales» (y, a mayor abundamiento, escudándose en una instrumentalización fraudulenta de las excepciones de minería de datos de la Directiva (UE) 2019/789, de derechos de autor y propiedad intelectual, al sostenerse desde la propia *Open AI* que todo «cuanto hacía» era para fines «científicos y de investigación» por el «bien de la humanidad»- y acabaron, comercializando sin pudor las herramientas de I.A. generativa en el mercado comunitario, occidental y global.

Así las cosas, el advenimiento, consolidación y proliferación de los «modelos de I.A. de "uso general"» o L.L.M.s. de inteligencia artificial generativa es, *de facto y de iure*, el mayor «desafío existencial» al que se ha enfrentado la condición humana y el cosmos/universo de lo jurídico desde el colosal hallazgo de J. Robert Oppenheimer (y, sobre todo, el proceso irreversible de proliferación nuclear que se inició tras el mismo). Y, más allá de la constatación de su naturaleza, inédita, vanguardista y abrumadora -la cual, además de consabida, resulta «inasumible» para la capacidad racional del ser humano, quién no dispone ni del «espacio mental» ni del «espacio temporal» (por su febril y delirante celeridad) para poderla subsumir a términos racionales/

lógico-conceptuales-, las herramientas de software de inteligencia artificial generativa son una amenaza de naturaleza bicéfala contra los derechos humanos. Tal doble dimensión y manifestación de la capacidad destructiva y erosionadora de derechos humanos de los *Large Language Model (L.L.M.s.)*, se cimienta sobre el seguimiento, constatación y observación de una de las principales y más inmediatas consecuencias y corolarios que la «generalización del acceso» de tales programas (con apariencia de meros «*chat-bots*» *open-source software* hasta la primavera de 2023) al máximo número posible de consumidores -en tanto en cuanto, tales programas son el «producto de consumo» definitivo de las grandes empresas tecnológicas de Silicon Valley que, para la garantización de la sostenibilidad y la rentabilidad financiera de tal modelo de negocio, requieren de una «suma» persistente y paulatina de nuevos usuarios y suscriptores, cuyas interacciones también son un recurso valiosísimo e ineludible para el «entrenamiento», escalamiento y mejora de sus divergentes modelos y ecosistemas, tornándose (paradójicamente) todos y cada de sus eufóricos internautas en, lisa y llanamente, una suerte de trabajadores altruistas o beta-testeadores que desde el primer momento, colaboraron indirectamente, a través de sus *prompts*, en el «entrenamiento» de los divergentes modelos disponibles- ha acabado provocando. Esto es, la conversión de tales herramientas de software de inteligencia artificial generativa como un marco contextual, óptimo y definitivo, para la pulverización del pacto tácito de convivencia social que ha venido regiendo y organizando los roles sociales predeterminados en el «*modus vivendi*» europeo y, por extensión, occidental desde la propia proclamación de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y el triunfo de los valores y principios rectores defendidos en el proceso de la revolución francesa (ambos fenómenos barnizados y embebidos en las gloriosas y dignificadoras ideas de la Ilustración).

O, dicho de otro modo, la razón por la cual se sostiene con total rotundidad y vehemencia que las herramientas de inteligencia artificial generativa disponen de una capacidad destructiva de derechos humanos inédita en la historia de la humanidad (es decir, «ex nihilo» y «ex novo» en sí misma) -con la salvedad, únicamente, de las bombas atómicas-, es porque erosionan el «indicador de valor» estructural clásico que ha existido desde el triunfo de las ideas de la Ilustración en occidente y, en base al cual, se ha venido posicionando a cada ciudadano en un rol predeterminado dentro del entramado de la sociedad civil: «el conocimiento». La destrucción del «conocimiento» como indicador objetivo, imparcial, virtuoso y justo -en tanto en cuanto, a través y gracias al triunfo de los principios de la Ilustración, se arrasaron con los «privilegios de clase», permitiéndose así que el «conocimiento» fuese el instrumento rector por antonomasia en base al cual, cualquier persona a través de su esfuerzo, tesón, voluntad, constancia, estudios y buena y firme voluntad podrían llegar a «ascender socialmente» desde la posición que de origen cualquiera, pudiese llegar a ostentar- va mucho más allá de lo que,

superficial y aparentemente, pudiese llegar a relucir, pues sobre tal premisa -que el conocimiento fuese el «indicador» objetivo de enrolamiento social más justo, consensuado, admitido y generalizado- se ha venido cimentando el pacto social tácito más robusto y resiliente de cuantos componían la realidad.

Empero, la naturaleza destructiva de derechos humanos que es inmanente, consustancial e intrínseca a tales programas de *software* multi-propósito o de «propósito general» (puesto que, en su anhelo de «democratizar el conocimiento» y «alcanzar el bienestar general», cuanto se deseaba y se desea desde las corporaciones tecnológicas de Silicon Valley que han «hecho posible lo imposible» es, lisa y llanamente, destruir, debilitar y erosionar el, ya de por sí extraordinariamente languideciente, «*status quo*» social e institucional que existía, con carácter previo a su lanzamiento a finales de 2022), no solamente dispone de esa dimensión *ex novo stricto sensu*, pues a mayores, tales herramientas de inteligencia artificial generativa son, también, un instrumento turbo-alimentador y potenciador de los divergentes mecanismos, instrumentos y cauces clásicos de destrucción masiva que han venido operando, históricamente, durante decenios. Precisamente, y dado que las herramientas de inteligencia artificial generativa representan una grave amenaza «ex nihilo» y, a la par, hiper-potencian los cauces clásicos de destrucción de derechos humanos -sin olvidar, las otras grandes vulneraciones masivas de marcos normativos en las que incurre esta tecnología inédita y destructiva: propiedad intelectual, *copyright*, derechos de autor, protección de datos, ciber-seguridad, secretos industriales y el principio constitucional rector de igualdad que se recoge en el artículo 14 de nuestra Carta Magna-, resulta trascendental e ineludible el estudio, interpretación y análisis del marco jurídico-regulatorio europeo, en tanto en cuanto es el único «dique de contención» o muro irrebasable que podría evitar, *prima facie*, tal interconexión entre tales herramientas y sus, más que manifiestas capacidades destructivas. *Por ende*, y bajo la inspiración de la estructura defendida por parte del transcendental filósofo y pensador alemán G.W.F. Hegel en el desarrollo de las dos «opus magnum» en las que, en buena medida, desarrolló el conjunto de la sistemática del conjunto de su proyecto filosófico -esto es, la combinación entre tesis, antítesis y síntesis-, se sostiene qué todas las premisas argumentales abordadas sobre el porqué de las herramientas de software de inteligencia artificial generativa son un medio erosionador *ex novo y ex nihilo* de derechos humanos y, a su vez, un instrumento o medio capaz de turbo-alimentar e hiper-vitaminar los medios clásicos de destrucción de aquellos que han venido operando históricamente hasta nuestra contemporaneidad, eran la premisa fundacional o tesis cuya contradicción o antítesis serían los divergentes «muros de contención» o «mecanismos de contención» disponibles en el espacio continental europeo para -según el optimismo de cada cual- «mitigar» o «prevenir» tal interconexión entre tales programas de *software* y la destrucción, cada vez más

patente y generalizada, de los derechos humanos. A mayor abundamiento y profundidad, de entre los muchos mecanismos potenciales que podrían haber llegado a «evitar» o «mitigar» -en mi tesis doctoral, distingo entre tres «instancias» de contención de la interconexión aludida: la dimensión «ético-moral» del sujeto «actuante», la dimensión «reflexivo-crítico-conductual» y, a la postre, la dimensión «jurídico-dispositivo-coercitiva»- la interconexión entre los L.L.M.s. o «modelos de I.A. de propósito general» y la destrucción masificada y extrema de los derechos humanos bajo las infinitas nuevas posibilidades que ofrece y propone el avance inexorable y desproporcionado de la técnica, destaca como presunta última salvaguardia de los derechos humanos el muy «insigne» y «ovacionado» reglamento europeo de inteligencia artificial (E.U.A.I.ACT.). *Empero* -por desgracia, habida cuenta del reducido espacio material disponible para el desarrollo de las ideas, no podré en este artículo «profundizar» en exceso en el porqué de cada uno de sus motivos, emplazando pues al lector a ulteriores e inmediatas elucubraciones que serán redactadas subsiguientemente a la presente, con el afán de poder profundizar en todas ellas, con el rigor necesario-, la que incorrecta y colectivamente se presume que es la «primera norma mundial» que regula, de manera holística, transversal y con profundidad -sin «afectar a la innovación», se dice- el fenómeno de la inteligencia artificial para «beneficio» de las «personas afectadas de la unión» es, en realidad, un reglamento condenado *ab initio* por dos motivos de honda transcendencia y consecuencias.

Por todo ello, en las siguientes reflexiones, se ahondará en la que es la «antítesis» de esta disertación -esto es, la respuesta jurídico-normativa a la pregunta de que, si las herramientas de *software* de inteligencia artificial generativa son destructores *ex novo* de Derechos Humanos y, a su vez, turbo-alimentadores e hiper-potenciadores de los «cauces clásicos de destrucción» que han venido operando durante siglos en la erosión de los derechos humanos que son, inherentes y consustanciales, a la propia condición humana-, ubicando en el epicentro del debate a la E.U.A.I.ACT, por cuanto es la «piedra de toque» de todo el ecosistema de «respuestas normativas» que la *mens legislatoris comunitaria* ha diseñado desde, aproximadamente, el año 2017. *Empero* y, respondiendo a lo enunciado con anterioridad, la euforia por la posible «eficacia preventiva o mitigadora» del R.I.A. frente al desafío e interconexión descrito, se desmorona en el preciso momento en el que uno indaga, con profundidad, detenimiento y espíritu crítico-reflexivo en sus palmarias, interesadas, burdas, decepcionantes e irresolubles contradicciones, por cuanto pareciera que, según qué fragmento de su *corpus* legal pudiésemos estar abordando y profundizando, nos encontraríamos ante una norma de divergente condición, objetivos y naturaleza. Así las cosas, el más prístino y cristalino de los motivos por los cuales el reglamento europeo de inteligencia artificial no puede erigirse como la última salvaguardia y esperanza de las «personas afectadas de la unión» y de los «profesionales del derecho» es, lisa

y llanamente, por su verdadera «condición» o, si se prefiere, por la «naturaleza material» que le condiciona.

Así las cosas, lejos de cuanto se viene sosteniendo por parte del «clamor popular», la literatura científica, la doctrina y, sobre todo, el ecosistema de profesionales del derecho especializados en la sinergia entre los programas de software de inteligencia artificial -generativos o no- y su «impacto» en el ordenamiento jurídico español y comunitario, la respuesta a la pregunta vinculada a la antítesis de la presente estructura, es rotundamente clarificadora: ni el reglamento mentado, ni todo su marco normativo de referencia que le es complementario a aquel, dispone de la capacidad de poder mitigar o evitar el impacto erosionador y pulverizador de Derechos Humanos que es, inherente y consustancial, a los grandes modelos de lenguaje de inteligencia artificial generativa(G.P.A.I.). Y, lisa y llanamente, el motivo principal de tan previsible y estrepitoso fracaso (a los efectos precautorios, aludidos) no solo podría vincularse a cuestiones de carácter netamente «técnicas» o, en su defecto, de índole «geopolíticas» -que también-, sino a un elemento fundacional o basamento enraizado de la propia «condición»/«naturaleza material» de la norma que imposibilita y hace, prácticamente imposible, la subsanación de sus defectos más estructurales: que, no estamos ante una norma que contemple su política de gobernanza y regulación del desafío y la coyuntura de la «inteligencia artificial» desde un enfoque regulatorio o «premisa de partida» próxima al movimiento -auto-referencial y «efectistamente» calificado- del «humanismo tecnológico», sino en su defecto ante una norma que no es -por muchas pátinas, *sfumatos*, revestimientos y máculas que se le quisieran llegar a otorgar, incluso con la mejor y más ingeniosa de las prosas-, ni más ni menos que un recurso normativo armonizador de «utilidad» para el mercado de corte industrial que, bajo la creencia de que los programas y soluciones de *software* de inteligencia artificial (ya fuesen éstos, de índole «generativa» o no), son susceptibles de poderse «equiparar» a cualquier otro «bien» o «producto» comercializable en los vértices, operativos y territoriales del mercado de la Unión, exige un *mínimum* de garantías de seguridad

Empero, el motivo cardinal y elemental por el que se sostiene y defiende que el principal «fuste protagónico» de todo el frontispicio y ecosistema normativo-regulatorio europeo del fenómeno irreversible, inédito e inasumible de la inteligencia artificial -el cual, naturalmente es la A.I.ACT.(es decir, el reglamento (UE) 2024/1689), pero que se ve acompasado y complementado jurídicamente por divergentes iniciativas regulatorias y normas consagradas, tales y como serían, verbigracia, el reglamento general de protección de datos (2016/679), la famosísima directiva 2024/2853 sobre «responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos» o, en su caso, la propuesta de «directiva relativa a adaptación de las normas de "responsabilidad civil extracontractual" o "derecho de daños" en materia de inteligencia artificial» a fecha del 28 de septiembre de 2022 (la cual, se encuentra en el

momento de la redacción del presente *paper* en «suspensión» y, a su vez, en persistente proceso de cuestionamiento *ad intra*, como consecuencia de la necesidad de que se efectué una imperiosa reestructuración y actualización del conjunto de su clausulado, ante la entrada en vigor -bajo la modalidad y sistemática progresiva de divergentes *dies a quo*, según cada fragmento o clausulado de la norma- del R.I.A. el pasado 1 de agosto de 2024, pero cuya trascendencia es absoluta y total, en tanto en cuanto establece un régimen de «responsabilidad "subjetiva" o responsabilidad por culpa» para con las «herramientas de software de inteligencia artificial generativa/modelos de inteligencia artificial de "uso general"», con todo lo que tal aseveración conlleva)-, radica en la más que, patente y manifiesta, «insuficiencia regulatoria» que se dimana, abiertamente, de la falta de enfoque, ambición e ingenuidad qué padece y ha padecido la *mens legislatoris comunitaria* a la hora de enfocar su propuesta regulatoria frente al innegable y manifiesto desafío «existencial» que está suponiendo y supondrá el advenimiento, paulatino perfeccionamiento y, sobre todo, la masificación absoluta, abrumadora y omnipresente de la accesibilidad de tales herramientas de *software* de inteligencia artificial generativa sobre las «personas afectadas de la Unión»(a las que, presuntamente, todo el volátil y forzoso andamiaje jurídico mentado, pretendería proteger).

Sin embargo y a mayor abundamiento, cuando uno indaga y profundiza en cuáles podrían ser las divergentes causas, motivos o porqués de tan palmaria, hiriente e irresponsable falta de enfoque, altura de miras regulatoria, ambición en la extensibilidad del alcance de lo subsumido y un sinfín más de defectos, incongruencias, omisiones, imprecisiones terminológicas o faltas de perspectivas y realismo del reglamento europeo de inteligencia artificial, se ve rotundamente frustrado en la búsqueda de motivos mucho más profundos de los que, en una aproximación superficial, uno podría ya deducir. Así las cosas, cuando la frustración del pensamiento por no poder alcanzar «raíz» alguna en la que poder profundizar con detenimiento, predisposición, humildad o anhelo de comprensión -en el curso sobrevenido del desarrollo progresivo de la indagación del porqué el reglamento europeo de inteligencia artificial dispone de tal «condición» y, no de tantas otras qué hubiera podido llegar a alcanzar, habida cuenta de la naturaleza, absolutamente trascendental, de la realidad que estaba siendo «objeto material» de tratamiento regulatorio- prevalece, solo queda una opción certera y justa para con la verdad: reconocer, que el mayor limitador del propio reglamento y el porqué último de su, muy presumible fracaso (en lo que a la contención -visión mitigadora- o la evitación -visión precautoria-de una posible instrumentalización masiva de los L.L.M.s. para erosionar, con una capacidad pulverizadora inédita, los derechos humanos incardinados en el árbol genealógico de la condición humana para su última preservación, se refiere) es su, sorprendente incapacidad de haber renunciado a formar parte del conflicto dialéctico irresoluble que ha transitado, pivotado y condicionado la historia

del derecho de las naciones europeas desde el triunfo y la consolidación de la «modernidad» hasta nuestra contemporaneidad, interpelada y desafiada por una coyuntura existencial análoga a la nuclear. O, dicho de otro modo y sin haberse (aún) abordado la cuestión trascendental concomitante a aquella qué está siendo objeto de estudio y análisis en las presentes pinceladas y qué, evidencia y escenifica con más ímpetu y virulencia -si cabe- de la naturaleza errática y desenfocada de la muy dúctil y líquida propuesta comunitaria de la regulación de la gobernanza de esta disruptiva tecnología -grosso modo, qué las herramientas y programas de software de inteligencia artificial generativas (o, si se prefiere y bajo el *argot* jurídico-técnico del propio reglamento: los «modelos de inteligencia artificial de "propósito general"» (G.P.A.I.) no se encuentra incardinado/regulado *stricto sensu* dentro del ecosistema «riesgo-control» que se plantea en la columna vertebral de su estructura dispositiva(con la salvedad de qué, el «gran modelo de lenguaje» que fuese objeto de estudio, indagación o referencia) pudiese llegar a superar los parámetros, vértices, umbrales o indicadores técnico-estructurales que se establecieron durante los famosísimos trílogos o «diálogos tripartitos» de diciembre de 2023 para que se consúmase la pavorosa y temible categoría del «riesgo sistémico»)-, el mayor garantizador (o aval) de la presumible inoperatividad de la A.I.ACT. para con la evitación de qué tales programas de software pudieran, eventualmente, llegar a convertirse en el canalizador definitivo del anhelo inexorable e irrenunciable del hombre a la autodestrucción de sí mismo y de sus semejantes (como, va de suyo, que también de sus personalísimos derechos fundamentales), radica en su propia condición de «norma del Mercado» o, si se prefiere ahondando la desmitificación, de exigua y mundana norma de armonización de seguridad industrial útil para los «operadores económicos» del artículo 2.

Empero, la razón principal de la más que predecible «hecatombe» instantánea de la E.U.A.I.ACT. *ad intra* y *ad extra* -anulándose así, cualquier posible esperanza realista y congruente de poderse llegar a replicar el, tan ceremonial, reiterado y persistentemente evocado «efecto Bruselas» del que si acabó gozando el R.G.P.D. (en buena medida, por la *vis expansiva* que se aduce e infiere de infinidad de sus disposiciones y clausulado, extraordinariamente tuitivo para con los «usuarios» comunitarios)- no es tan translúcida como, *prima facie* y en abstracto se podría llegar a presumir, requiriéndose pues para ello de una infinidad de lecturas y re-lecturas transversales, en clave retrospectiva y con sentido crítico-reflexivo. *Empero*, una vez es dotado el analista minucioso e inconformista -por no asumir, acrítica y placenteramente (en su disfavor, no se confundan) cuanto se divulga, colectiva y parcialmente sobre un hipotético «hito jurídico» tan significativo y controversial- del R.I.A., del elemento fonográfico más ausente y clandestino de cuantos componen el jeroglífico que es, en sí mismo, este reglamento (elemento, por cierto, que no es susceptible de poderse encontrar en el campo,

asible y acomodaticio de la revisión superficial, inmediata y aparente de su entramado dispositivo) el efecto «ornamental» que, deliberadamente, barniza y pivota en la *summa* total de sus partes se desvanece, estruendosamente. La condena -y el fracaso histórico e imperdonable de cualquier «efecto precautorio»-, pues, del propio R.I.A. no es otra que aquella que se esgrimiría de su propia «naturaleza material» o «condición» (es decir, de su propia ontología -esencia- o núcleo irreductible), no cabiendo frente a aquella enmienda alguna que pudiera evitar que «fuese otra cosa» de lo «que es»: en esencia, un reglamento «armonizador» de divergentes normas técnicas sectoriales -Anexo I- (las famosas «especificaciones comunes») que, a través de su vigilancia, cumplimiento, implementación y seguimiento *ex post*, pretenden garantizar un marco de *mínimums* de «seguridad» (todo ello, inspirado e incardinado en los vértices referenciales del «nuevo marco legislativo») *ex ante* y, con «certificación» habilitante mediante, a su «puesta en marcha y puesta en mercado». En suma, estamos ante una norma del «Mercado» útil para el «Mercado».

Así las cosas, la «fallida», insuficiente, desenfocada e ingenua «punta de lanza» de todo el ecosistema jurídico-normativo comunitario del fenómeno de la inteligencia artificial (E.U.A.I.ACT.) no solo no reconoce ni subsume dentro de su, omnipresente y transcendental ecosistema «riesgo-control» de hasta cuatro escalones divergentes a los modelos de I.A. de «uso general» (I.A. generativa bajo su fenomenología/*argot* jurídico-técnico) -con la salvedad de aquellos «modelos», cuyo número de T-FLOPS al poder llegar a superar los umbrales próximos a los 10^25, se le exigiría a sus proveedores, fabricantes, programadores e importadores el cumplimiento de una «carga obligacional» que fuese pareja a la que se estipula dentro de los vértices conceptuales del «alto riesgo»-, sino que incurre (y en este hilo argumental, se ubica la clave de bóveda de todo el análisis jurídico-filosófico-crítico en el que se profundizará en un *paper* subsiguiente al presente, por su complejidad y transcendencia absoluta) en su composición normativa en, una persistente, nada sutil y flagrante contradicción, entre cuanto se «asevera» y se sostiene en el fragmento normativo «no vinculante»/enunciativo/con valor y alcance nominativo-interpretativo de su *corpus* (bajo, supuestamente, los valores y los principios rectores que serían inmanentes a cualquier norma que se autodefiniese como inspirada en él movimiento calificado como de «humanismo tecnológico») y, lo correspondiente, al *corpus* jurídico-normativo-dispositivo *stricto sensu*. O, dicho de otro modo, una de las problemáticas principales -de entre las muchas, que adolece y presenta el marco regulador europeo sobre el fenómeno de la inteligencia artificial a los efectos de evitar que las herramientas de software la inteligencia artificial generativa puedan llegar a vulnerar o no, de manera masiva, los derechos humanos-, es la propia «naturaleza material» (que no «formal») del que «es» el buque insignia normativo de su estructura (esto es, una norma «útil» para el mercado, consistente en su núcleo irreductible en, nada más y nada menos, que la armonización normativo

-reglamentaria de aquellas normas técnicas sectoriales de «seguridad industrial de los productos» en las que, el legislador europeo desde sus primeros borradores y «hojas de ruta» que se fueron efectuando desde el año 2017, ya presumía que tales tecnologías se iban a acabar implementando, inexorablemente, sobre todos aquellos), pues lejos de cuanto se pudiese llegar a considerar o valorar, a través de una lectura superficial y nimia de su contenido normativo en cómputo global, el reglamento europeo de inteligencia artificial es la última y más, fehaciente y determinante, manifestación histórica de una «dialéctica» insaciable e irresoluble que lleva condicionando y permeando el derecho de las naciones europeas -*ex ante*- y de la propia evolución de las comunidades europeas -*ex post*- desde el triunfo del fenómeno jurídico de la «modernidad»: la «pugna» o el «conflicto» entre la visión y percepción del Derecho como un mecanismo, «útil» y «maleable» para la garantización y el robustecimiento de los marcos operativos e intereses de los divergentes «operadores económicos» que desarrollan su actividad comercial dentro del territorio de la Unión, por encima de todo y de todos y, a su vez, una concepción del derecho como la última salvaguarda o «muro de contención» de los derechos humanos y sus infinitas vulneraciones, incluso, por parte de las propias mercantiles a las que también le beneficiaría.

A este respecto, fue mi maestro el profesor Don Dámaso Javier Vicente Blanco, a través de su magistral, pionera e inédita (en tanto en cuanto, nadie con carácter previo había enfocado la transcendental «controversia de Valladolid» bajo tal perspectiva en clave histórico-jurídica) conferencia internacional de «*Bartolomé de las casas y la génesis de los Derechos Humanos*» en la sede del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en el mes agosto de 2019, quién elocuente y preclaramente, me ilustró sobre la pugna irresoluble que se haya embebida en la evolución del Derecho de las naciones europeas(y, por extensión, en el acervo comunitario actual). Fue, a fin de cuentas, gracias a tal invaluable aportación intelectual y bajo tal óptica y premisa paramétrica, lo que me permitió -de una vez por todas y tras meses de perturbación- comprender de manera definitiva tanto la que «es» la mayor herida de muerte de nacimiento del R.I.A. como también, la que «debe ser» -o eso quiero llegar a «pensar»- la fuente o «causa principal» del porqué todos los presuntos «divulgadores» y «expertos» en el marco jurídico regulador comunitario del fenómeno de la I.A.(tanto del R.I.A. como del conjunto de su marco jurídico colindante), han omitido «deliberada» o negligentemente -esto es, por pura «nesciencia»- efectuar cualesquiera de las «evocaciones» a la palmaria y crucial «contradicción» frontal existente entre las dos perspectivas jurídicas antitéticas que subyacen a cada uno de los dos fragmentos del R.I.A.: de un lado y, bajo la presunta influencia del «humanismo tecnológico» y, por consiguiente, del ángulo o perspectiva del derecho que se puede llegar a aducir de aquel (la visión de lo «jurídico» como una instancia de referencia y de autoridad en el camino del «reconocimiento» y la «garantización» de los

Derechos Humanos bajo la era de la inteligencia artificial y de la cuarta revolución industrial en la que se incardina) y de otro, la consideración del Derecho en toda su dimensión, alcance y complejidad como una reduccionista y vacua «cosificación instrumental» de los divergentes intereses programáticos del Mercado y de los principales agentes económicos que operasen dentro de él (que, a los efectos del «reconocimiento» y del status jurídico-formal que tal «perspectiva» podría llegar a disponer dentro del ecosistema del R.I.A., sería el propio de las disposiciones «vinculantes»).

Por consiguiente, a los infinitos defectos, imprecisiones, lagunas, omisiones, desenfoques e incongruencias regulatorias de los que adolece -eufemísticamente- la que es la mayor decepción jurídica (e irresponsabilidad, por las implicaciones que se podrían llegar a dimanar de su «fracaso») del acervo comunitario del siglo XXI (la E.U.A.I.ACT.) de base, se le debe adherir el que será el porqué de su «condena definitiva» (o total inoperatividad) y, por ende, la fuente material de su estrepitoso e inminente fracaso ante el «desafío de nuestra era» -la gobernanza del fenómeno disruptivo e inédito de la Inteligencia Artificial y la posible (cada día, más minorada e idealista) «evitación a tiempo» de una degradación total de la condición humana bajo la omnipresencia de una realidad sintética, cada vez, más oprimente y con plena capacidad de «desdibujar» con rotundo éxito el principio protagorico del *Homo Mesura* ante la «pandemia de alienación» que domina al *Homo Sapiens* contemporáneo): esto es, la imposibilidad por parte de la *mens legislatoris comunitaria* de, por primera vez en la historia jurídica europea y ante un marco contextual/objeto material regulatorio subyacente de tal transcendencia crítica para la condición humana y el propio «espacio compartido» en el que aquella habita, omitir de la impregnación de tal pugna/dialéctica irresoluble entre las dos visiones del Derecho que llevan contaminando, para desdicha de todos, el cosmos de lo jurídico desde hace siglos. Un acto de «irresponsabilidad» tan profundo y ominoso, cuyas consecuencias civilizatorias y existenciales no tendremos que esperar más que a 2025 para padecerlas: pues, entre titubeos inadmisibles, imprecisiones ignominiosas, vítores efectistas vacíos y «evaluaciones de la conformidad» y «códigos de bunas prácticas», el nihilismo omnipresente que impregna Silicon Valley prevalecerá hasta exponer a la condición humana y sus elementos fundacionales hasta el mayor desafío histórico al que se ha enfrentado desde el presunto ocaso de los abyectos «regímenes totalitarios» que pretendieron su pulverización.

Tal desolador escenario (el de la insuficiencia deliberada del R.I.A. por no saber «renunciar» a su servilismo económico, ante el pavor de que se pudiese llegar a producir la hecatombe definitiva del tejido empresarial tecnológico europeo), solo conduce a la subsiguiente reflexión de carácter movilizatorio: si el Derecho (o la «dimensión jurídico-coercitiva») ha fracasado en su capacidad preventiva o precautoria de una posible interconexión entre las herramientas de software de inteligencia artificial generativa y la destrucción

masiva e inédita de los Derechos Humanos, solo pueden existir dos «barreras de contención» que pudiesen evitarlo (se insiste, en recalcar «cuanto está en juego»): la «dimensión ético-moral» de cada persona (esto es, el código de valores con el que «rige» su devenir existencial) y la «dimensión crítico-reflexiva-conductual» del *cives* comunitario («persona afectada de la unión» en el art. 2). *Empero*, y aquí está el último de los dilemas existenciales y la síntesis de la presente elucubración (que será, complementada *ex post*): nunca en la historia de la humanidad, el «pensamiento crítico» y la «ética» habían alcanzado tal umbral de «auto-aniquilamiento». Su única reminiscencia histórica evocable, fue la más fehaciente expresión de la degradación humana: la Alemania Nazi o el III *Reich* (pero con una distinción clave, bajo el «régimen del terror y de la dominación total» nacionalsocialista, la auto-cosificadora decisión de renunciar a ejercer la «capacidad definitoria más determinante» del *Homo Sapiens* -la de tener la capacidad de entablar un «dialogo interno consigo mismo en solitud» con carácter previo a «actuar» en la «esfera compartida del mundo»- respondía a una decisión de auto-supervivencia, en tanto en cuanto, todo atisbo y resquicio de «libre-pensamiento» era, no solo motivo de persecución constante sino también un sinónimo directo del aseguramiento causal de su propia exterminación y, en nuestros días, el declive y la renuncia masiva al «pensamiento» que padecemos no es un asesinato promovido y urdido desde el poder exógeno, sino auto-infringido por un porqué tan vacuo e infame como es el de la «comodidad» mental; siendo pues, nuestro escenario mucho más desolador y reprochable que el del precedente mentado). Así las cosas y, rescatando el hilo conductor anterior, la síntesis de la presente elucubración es clara: el marco regulador comunitario (antítesis) del fenómeno de la inteligencia artificial resulta, estrepitosa, irresponsable y desconsoladoramente fallido y, por *ende*, nos encontramos ante un escenario hórrido en el que no disponemos de recursos jurídicos, categorías intelectuales o límites vinculantes sólidos y robustos que dispusiesen de la capacidad de «mitigar» o «prevenir» la más que, palpable y empíricamente demostrable, capacidad pulverizadora de las herramientas de software de inteligencia artificial generativa sobre los Derechos Humanos (tesis), quedando absolutamente «desnudos» ante el que es y será el mayor desafío existencial de nuestro siglo.

Empero, el recorrido y las implicaciones son mucho más transcendentales de cuanto, *prima facie*, podría parecer (ya que, si se profundiza, uno puede percatarse de que, cuanto está «en juego», es realmente nuestro modelo «civilizatorio»): pues, la reverberación del ocaso irresponsable e incomprensible del Derecho Europeo en el tratamiento de la «incitación existencial» que ha supuesto el advenimiento de la inteligencia artificial generativa es, lisa y llanamente, el ocaso definitivo de los *mínimums* fáctico-operativos sobre los que se ha erigido la, cada vez más languideciente, apuesta europea por la perpetuación -fuese cual fuese el coste- y el asilo salvaguardador de la Condición

Humana y la dignidad que ha de ser inmanente a aquella, de un sinfín de cada vez más ostensibles y vigorosos anheladores de su total erradicación. La síntesis, pues, es que ante tal umbral de «desnudez», irresponsabilidad, desenfoque, inoperatividad, decadencia, ingenuidad, servilismo y, sobre todo, como consecuencia directa y última del componente más letal del «veneno» insanable que se alza, cada día con mayor contundencia, sobre el firmamento europeo (para desdicha *urbi et orbi*)-un desprecio, total y absoluto, hacía el «pensamiento» y la «ética» que no existía con tal radicalidad ni tan siquiera en el «infierno sobre la tierra» (el III *Reich*)- las herramientas de *software* de inteligencia artificial generativa son el componente y marco contextual, óptimo y definitivo, para que «aquello» que dabas por «superado» con el ocaso de los indecibles «regímenes totalitarios» resucite con un poder y alcance capaz de arrasar con toda forma de vida sobre la tierra: el fenómeno del «mal banal» *arendtiano* (uno, que como las «bacterias de una pandemia» se prevalece sobre su, aparente, intangibilidad, cotidianidad y «banalidad» para arrasar, paulatinamente, todo lo hermoso, bello y digno que el ser humano y la naturaleza ha sido capaz de crear y amparar durante milenios). La «carga» que siempre deberá acompañar a la E.U.A.I.ACT. es la de su irresponsabilidad responsable, por cuanto como consecuencia directa de su fracaso -a sabiendas de que el mundo pivotaba, expectante, a su alrededor-, y bajo el desprecio de los posibles aprendizajes extraíbles de nuestra historia colectiva, ha decidido convertirse en el más útil y fructífero de los cooperadores necesarios de la barbarie, creando un «marco útil» para un Mercado que, pretende, sin pudor alguno, que el hombre «delegue» *in favoris* del *software* aquello que le «hace ser tal» -el «pensamiento» y los «cursos de acción» que han de dimanarse de él- con el objetivo útil de «sustituirle» ante su superfluidad. Solo cabe, ante el ocaso incomprensible e imperdonable del Derecho frente al que «es» el mayor desafío existencial del *homo sapiens* desde el nazismo o la proliferación de lo nuclear, apelar a la responsabilidad individual de cada *cives*. Recordándole que, como consecuencia directa de su «acción» -la inserción del *Prompt* en el L.L.M.s.-, existirá un *output* con capacidad destructiva a un igual. Solo así, bajo el ejercicio individual, indelegable e ineludible del «*stop and think*» *arendtiano* frente a la tentación infinita de la «impunidad» que permea la I.A. generativa, el hombre podrá salvaguardar su «dignidad» y, bajo esa *summa* multiplicativa de cientos, aún la condición humana podrá prevalecer frente al asedio *eichmannocentrista* de la I.A.

MÃES RESPONSÁVEIS POR PESSOAS ATÉ 18 ANOS BENEFICIÁRIAS DO BPC E O APLICATIVO COMO POSSÍVEL FORMA DE FACILITAR O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Marcella do Amparo Monteiro

Doutoranda pela Universidade Veiga de Almeida. Professora. Universitária. Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Associada ao Instituto Empoderar

Resumo:

O presente trabalho é um recorte da pesquisa de doutorado em Direito, ainda em andamento, desenvolvida na Universidade Veiga de Almeida, no Brasil. O objeto da pesquisa cinge-se na verificação dos impactos das regras de concessão do Benefício de Prestação Continuada em relação os responsáveis/cuidadores de beneficiários até 18 anos, no que tange a eventual possibilidade de sair individualmente da condição de hipossuficiente econômico, passando a ter condições de sustentar a si e as suas famílias sem auxílio do Estado, a fim de não mais depender da seara assistencial. A metodologia utilizada é a pesquisa de campo qualitativa com observação participante, consistente na realização de entrevistas informais com os responsáveis pelas crianças e adolescentes beneficiários do Benefício de Prestação Continuada e, em especial, verificar o impacto da utilização do aplicativo "Meu INSS" na rotina dessas famílias em relação a concessão e manutenção do benefício, para perceber se há mudanças no exercício da cidadania pelo uso desta ferramenta da tecnologia. A pesquisa de campo busca identificar os saberes locais para descrevê-los e, ao final, aplicar a comparação por contraste (GEERTZ, 2002, p. 249-253).

Palavras-chave: Maternidade; Carga mental; Cidadania digital; Benefício de Prestação Continuada.

Introdução

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) consta no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 203, inciso V (BRASIL, 1988), disciplinado pela Lei Orgânica de Assistência Social nº

8.742/1993 (BRASIL, 1993) e implementado por política pública assistencial. A norma exige que as famílias possuam renda familiar no valor de um quarto do salário-mínimo para que a criança ou adolescente com deficiência possa receber o Benefício de Prestação Continuada.

Trata-se de benefício assistencial diferente da aposentadoria, em razão da inexigibilidade de contribuição para o INSS, tendo como objetivo oferecer suporte as pessoas em situação de extrema vulnerabilidade econômica, para que tenham o mínimo necessário e essencial para uma vida digna, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. A assistência social no Brasil é implementada por meio de uma série de programas e políticas públicas voltadas para diferentes grupos sociais, dentre eles os beneficiários do BPC.

No decorrer do texto serão abordados aspectos legais para o recebimento do benefício, a fim de traçar um panorama geral e, em seguida, serão descritos aspectos práticos de dados encontrados na pesquisa de campo realizada até o presente momento. Um dos dados parciais percebidos na pesquisa de campo refere-se ao uso da tecnologia na facilitação para concessão e acompanhamento do benefício com a implementação do aplicativo "Meu INSS", criado em 2016. Através dos relatos das mães entrevistadas percebeu-se que a utilização da plataforma de solicitação apareceu como um facilitador na entrega da prestação estatal consistente no procedimento para requerer o benefício e, consequentemente, melhora a efetivação do exercício da cidadania (MARSHALL, 1967) e a redução da carga mental das mães, evitando os deslocamentos físicos em excesso para acompanhar o pleito administrativo.

Os responsáveis foram entrevistados independente do gênero. Todavia, até o presente momento somente um pai de uma criança beneficiária se identificou como cuidador, todas as demais entrevistas foram realizadas com mães, as quais se dedicam diariamente a levar seus filhos para os tratamentos e atividades necessárias. Para este trabalho foram selecionadas as entrevistas de três mães/responsáveis para serem descritas e analisadas. Ao me referir as pessoas entrevistadas utilizarei nomes fictícios, a fim de preservar os nomes originais, mas, ao mesmo tempo, trazer mais acolhimento e manter a identidade de "carne e sangue" (ELBAUM, 2010, p 24) das pessoas que atravessaram o campo e possibilitaram a realização da pesquisa.

Aspectos para concessão do Benefício de Prestação Continuada

O regramento legal do Benefício de Prestação Continuada está previsto no artigo 203 da Constituição da República de 1988 e na Lei nº 8.742/1993, sendo a Lei Orgânica da Assistência Social brasileira e traz a definição, bem como os requisitos para o recebimento do benefício, denominado popularmente como BPC, concedido para pessoas com renda familiar igual ou infe-

rior a um quarto do salário-mínimo. Segundo o artigo 20 da referida legislação, trata-se de uma garantia no valor de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, mediante a comprovação de não possuírem meios de prover a própria subsistência, bem como não a ter provida por sua família (BRASIL, 1993).

> Art. 203 - a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Para efeitos da concessão do benefício, a fim de avaliar a renda limite auferida pela família, o parágrafo segundo do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 1993) entende como família, o cônjuge ou o companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos, os enteados solteiros e os menores tutelados. No parágrafo terceiro do mesmo artigo, a lei define o que considera pessoa com deficiência, conceituando como sendo a pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que necessita lidar com barreiras que obstruem sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os demais indivíduos.

O Benefício de Prestação Continuada é um direito social criado para que esses indivíduos beneficiados tenham acesso ao mínimo necessário para garantir a própria subsistência, o que é relacionado com a possibilidade de o indivíduo ter condições de exercer a cidadania. Para T.H. Marshal (1967), cidadania é um status concedido àqueles membros integrais de uma sociedade, em igualdade de direitos e obrigações. Vale lembrar que o exercício da cidadania deve ser observado não só pelo beneficiário, mas em especial pelo seu principal cuidador e responsável, que em muitas ocasiões se vê impossibilitado de ingressar no mercado de trabalho formal e fica com muitas demandas relacionadas ao trabalho de cuidado e a rotina de atividades do membro da família.

As entrevistas iniciais foram realizadas por indicação de pessoas amigas e familiares, os quais conheciam pessoas responsáveis por crianças ou adolescentes com deficiência beneficiárias do BPC. Dentre elas, a primeira entrevista foi com Sara, mãe de Laura e responsável cadastrada para recebi-

mento do Benefício de Prestação Continuada. Relatou que quando deu entrada para requerer o benefício sem a existência do pleito informatizado não tinha muita informação sobre os procedimentos necessários para o requerimento. Ainda não existia aplicativo ou internet e, segundo Sara, foi uma "peregrinação". O BPC foi por ela requerido quando Laura tinha 13 anos, em 2004, o que perdurou até seus 16 anos para, então, conseguir o benefício que recebe até os dias atuais. Conta que o médico do Sistema Único de Saúde que acompanhava o tratamento de Laura, portadora de síndrome de down, falou sobre a existência do BPC, até o momento desconhecido por Sara. Assim, foi necessário ingressar pessoalmente duas vezes com o requerimento em agências diferentes até conseguir êxito.

Num primeiro momento o benefício foi indeferido, mas na segunda vez conseguiu uma resposta positiva em outra agência do Instituto Nacional do Seguro Social. Entre os dois pleitos transcorreu um período de três anos, mesmo que a deficiência de Laura seja a mesma desde o seu nascimento, sem novas ocorrências.

Sara contou que conseguiu o benefício na segunda tentativa após uma "cartinha" feita pela assistente social informando que o pai de Laura não residia na mesma casa que elas e não as ajudava, ainda que o genitor recebesse um salário-mínimo e meio de renda proveniente de trabalho formal. Relata que "*a assistente social fez uma cartinha*, *nem tempo de trabalhar eu tinha. Quando minha filha começou o tratamento era todo dia e eu ainda tinha outra filha 02 anos e 06 meses mais velha*". Descreve o fato de não haver agendamento pelo número 135 quando iniciou o pedido para obtenção do benefício, mas que agora somente é atendida mediante agendamento e pode acompanhar a situação do benefício pelo aplicativo, o que facilita bastante por não precisar se deslocar até a agência do Instituto Nacional do Seguro Social.

Todavia, relata viver uma nova situação desafiadora, pois apareceu um empréstimo consignado descontado no benefício, que afirma não ter solicitado e finaliza: "*agora eu não aguento mais porque é uma peregrinação que nunca acaba, vou ver um advogado*". Sara trabalha informalmente como costureira e todos os dias ao chegar em casa após o dia de tratamento de Laura, ainda costura para as clientes, mas não contribui para a previdência social diante da vedação da Lei nº 8.742/1993.

Neste relato é possível identificar a categoria nativa (CASTRO, Eduardo) "peregrinação", sendo uma categoria religiosa para salvação, para penitência, no sentido de que o indivíduo precisa sofrer para ser redimido e, eventualmente, ser salvo. Todavia, como a salvação vem de Deus e somente ele pode dar a palavra final, o resultado sempre é imprevisível e o caminho tortuoso. Muito simbólico se compararmos com os rituais de burocracia do nosso Estado frente a avaliação e processamento dos benefícios, ficando o Estado como salvador ou carrasco quando salva ou condena, quando concede ou nega o benefício. Milena Dalla Bernardina traz essa mesma lógica

da burocracia estatal quando trata da posse e do mercado imobiliário (BERNARDINA, 2019, p. 129):

> Para alcançar este objetivo, o cidadão deve passar por uma verdadeira via *crucis*. Lembrando que para os cristãos este era o caminho percorrido por Jesus Cristo, para redimir o mundo dos seus pecados, ao final ele morre e ressuscita para viver a direita de Deus Pai Todo Poderoso, conseguindo assim chegar ao reino dos céus. Com o cidadão que detém a posse e quer adquirir a propriedade não será diferente, ele passará por um caminho de sofrimento, até chegar à redenção, mas ao invés de viver no reino dos céus, passará a ter acesso ao crédito em um mercado formal imobiliário.

Portanto, tanto a peregrinação, quanto a via *crucis* descrevem rituais de eventual "devoção" normalizada nas decisões do Estado para o exercício da cidadania, que ainda se mostrou mais dificultoso em razão do deslocamento até as agências do INSS para receber o BPC antes da existência do aplicativo. A presença do aplicativo reduziu a necessidade de deslocamento físico da mulher mãe, minimizando a carga mental e, deste modo, possivelmente diminuindo a possibilidade de sujeição ou penitência proveniente do Estado que Sara descreveu sentir ao atravessar o caminho para requerer o benefício. A situação somente não restou menos penosa, em razão do desconto indevido do empréstimo, mas este quadro não tem ligação com as inovações tecnológicas e não serão descritas neste artigo. Para fins de explicar para o leitor o que é carga mental:

> (...) o conceito de carga mental pode ser entendido como o trabalho invisível de planejamento e gerenciamento das tarefas domésticas (além das profissionais e pessoais) que normalmente não é percebido considerando a manutenção do funcionamento do lar sem maiores transtornos. Se a comida está na mesa, a dispensa de mantimentos está cheia, a roupa está passada e guardada, a casa está organizada, a louça limpa, não se percebe como tudo foi detalhadamente pensado para permanecer organizado, ainda que não diretamente pela própria mulher, ou delegada e supervisionada por ela. (MONTEIRO, Marcella, 2024, p. 146)

Diante do conceito de carga mental e seus desdobramentos frente as inovações tecnológicas, a segunda entrevista que ora se descreve é a de Lúcia, mãe de Caio, autista suporte 01 e entrevistada após indicação de uma amiga em comum. Durante a entrevista, Lúcia relatou ter tentado duas vezes até conseguir o benefício, pois o primeiro pleito restou indeferido porque a médica perita do INSS fez perguntas para Caio e, como ele respondeu, entendeu que inexistia deficiência capaz de fazer jus ao recebimento do Benefício de Prestação Continuada, mesmo com o laudo médico: "*como a médica*

jogou uma bola no consultório, pediu pra ele entregar. Meu filho pegou e devolveu pra ela. Ela achou que ele não teria direito ao BPC".

Já na segunda perícia agendada por Lúcia, a médica não fez testes com a criança, limitando-se a falar que tinha um neto autista e sabia das dificuldades diárias vividas. Lúcia foi bem enfática ao relatar que havia agendado pelo telefone 135 e, posteriormente, acompanhou a tramitação administrativa pelo aplicativo até sua concessão, demostrando sentir-se confortável com a situação. Afirma ser manicure, auferindo renda no mercado informal sem Carteira de Trabalho anotada. Ao ser perguntada se gostaria de contribuir para ter acesso aos benefícios da previdência, responde positivamente, mas relata que não formaliza o emprego para não perder o BPC de seu filho: "*O governo é engraçado, ele não quer saber quanto você gasta de remédio. Só com remédio é 700 reais por mês, só uma medicação consigo pegar de graça. E a gente precisa comer, comida tá muito caro*".

Neste segundo caso descrito, o de Lúcia, percebe-se que a presença do aplicativo "Meu INSS", mais uma vez, aparece como um instrumento facilitador, sendo possível acompanhar pelo aplicativo até receber o benefício. A segunda característica nesta entrevista que chama atenção é a percepção de que as moralidades e as vivências individuais dos médicos acabam por influenciar na concessão/negativa do benefício.

Em que pese a lei fixe critérios objetivos no sentido de ter uma doença diagnosticada através do laudo médico, percebe-se que as avaliações das peritas vinculados ao Instituto Nacional do Seguro Social nestas descrições apresentaram subjetividades, ao entender que o fato de Caio ter obedecido o comando de entregar a bola tinha descaracterizado a presença do autismo, ainda que seja necessário apresentar o laudo no momento da perícia. No segundo requerimento feito por Lúcia para receber o BPC, a médica entendeu que Caio deveria receber o benefício sem examiná-lo, por possuir um neto autista. Observando as duas situações agora descritas, percebe-se que a forma na qual os benefícios são concedidos ou negados, neste caso concreto, traz insegurança para os administrados quando não identificam os critérios objetivos definidos pela lei sendo aplicados na prática, trazendo, novamente, o aspecto de se sentirem agraciados quando o BPC é deferido, como sendo uma dádiva. O que remete, mais uma vez, a lógica da salvação divina e da imprevisibilidade celestial (MAUSS, Marcel, 2008).

Por fim, passa-se a falar do terceiro caso descrito neste trabalho. Michele, mãe de Clara, diagnosticada com autismo, foi entrevistada numa organização não governamental (ONG) que atende crianças e adolescentes com deficiência de forma gratuita, apenas recebendo contribuições voluntárias das famílias atendidas. Foram entrevistadas diversas mães deste local, mas dentre as mães entrevistadas, Michele parecia entender de tecnologia e ajudava as demais mães da ONG que não tinham familiaridade com os recursos tecnológicos, em especial no manuseio do aplicativo do INSS. Ela relata ser

possível saber o dia e a hora da perícia pelo aplicativo, bem como quando é pra comparecer para fazer a prova de vida (necessário fazer prova de vida a cada dois anos pra continuar recebendo o BPC), mas descreve que, no caso de sua filha, recebeu um e-mail com a informação de concessão do BPC.

Foi possível perceber que Michele auxiliava as outras mães da ONG quando elas tinham dificuldade em utilizar o aplicativo para acompanhar as questões referentes ao BPC ou qualquer outra funcionalidade no "Meu INSS". Em que pese o analfabetismo digital, a utilização do aplicativo se mostra bem presente na rotina dessas pessoas e, foi possível verificar o fato de as mães se auxiliarem mutuamente no letramento digital, criando nova forma de rede apoio apta a exercer a cidadania sob este novo aspecto.

O surgimento da tecnologia pode ser considerado um marco de ruptura na ordem social, trazendo a necessidade de reconfigurar os novos padrões sociais diante de tamanha inovação. A sociedade digital objetiva a criação de uma "aldeia global" (PINHEIRO, 2021, p. 61) e, deste modo, passa-se a exercer a "cidadania digital" (PINHEIRO, 2021, p. 68) através de instrumentos facilitadores de integração social, como peticionamento eletrônico, plesbicito *on line*, aplicativos do Governo, aplicativo do Departamento de Trânsito (DETRAN), aplicativo "Meu INSS" dentre outras inovações que permitem um acesso mais próximo das informações/serviços do Poder Público, desde que o indivíduo seja alfabetizado digitalmente. Nas palavras de Patrícia Peck Pinheiro:

> Por isso, o modelo jurídico começa a se transformar para viabilizar o exercício da cidadania digital, seja através de ferramentas de peticionamento ou plesbicito *on line*, ou ainda para garantir o direito de estar conectado à Internet como um novo direito essencial do Indivíduo. (PINHEIRO, 2021, p. 68)

Antes da evolução do atendimento digital, através da criação dos aplicativos, fazia-se necessário ir até os órgãos públicos de forma presencial, suportar filas até o atendimento, pegar trânsito nas cidades em razão do deslocamento e, na maioria das residências brasileiras, sem rede de apoio paga para auxiliar nos afazeres domésticos. Ou seja, sem empregados domésticos que façam as tarefas inerentes à organização de uma residência, tais como cozinheiros, faxineiros, motoristas, explicadores de dever de casa das tarefas escolares das crianças, dentre outras, ainda era necessário que a mulher mãe organizasse todas as tarefas de manutenção da rotina do ambiente doméstico antes de sair pra resolver presencialmente suas questões atreladas ao exercício da cidadania, em especial neste trabalho, referente aos benefícios administrados pelo INSS, sendo necessário para melhorar o exercício da cidadania que o Estado melhore o acesso da população divulgando informações de forma a trazer mais segurança e implementar políticas públicas que reduzam o analfabetismo digital.

Por fim, durante a apresentação no Simpósio 15 do IX Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra, realizado na Universidade de Coimbra, em Portugal, através da colocação de uma ouvinte, passou-se a refletir o uso do aplicativo "Meu INSS" pelas pessoas em situação de rua, com extrema hipossuficiência econômica. Neste caso, as pessoas de rua se deparam com o aplicativo sendo mais uma barreira de acesso aos programas assistenciais do Estado, pois não possuem smartfone para interagir no ambiente digital. Tal dado merece um estudo aprofundado específico, através do desenvolvimento de um novo caminho de eventual braço da pesquisa e não será analisado neste trabalho.

Considerações finais

O fato de hoje em dia ser possível resolver as pendências através do aplicativo "Meu INSS" e acompanhar os pleitos assistenciais até a concessão ou indeferimento de forma remota apareceu nas entrevistas como um facilitador para o exercício da cidadania das mulheres-mães e, consequentemente, aparece na redução da carga mental diante da desnecessidade de realizar deslocamentos até as agências. Nos três casos descritos, o pedido para dar entrada no benefício foi agendado por telefone, através do número 135, mas o prosseguimento do processo administrativo foi acompanhado pelo aplicativo, demonstrando a instrumentalização da tecnologia a fim de diminuir a sobrecarga materna, denominada carga mental, facilitando a manutenção de uma rotina menos exaustiva, com menos deslocamentos provenientes da burocracia.

Apesar de ser apontado como um facilitador, foi possível identificar duas barreiras que necessitam de melhorias, a fim de garantir o exercício da cidadania com mais efetividade e plenitude. O primeiro aspecto a ser analisado é a melhoria no acesso às informações sobre o Benefício de Prestação Continuada e, principalmente, em relação aos critérios que devem ser obrigatoriamente seguidos pelos médicos peritos, além dos critérios que as responsáveis devem atender após a concessão do benefício, para que não percam a assistência conquistada, mas também para possibilitar que as mães possam dar seguimento nas suas vidas individualmente, com uma margem, ainda que mínima na liberdade de escolha profissional.

Existem indícios iniciais colhidos na pesquisa de campo, ainda em andamento, no sentido de que esta barreira tem mais ligação com o fato de a mulher mãe de um indivíduo beneficiário do Benefício de Prestação Continuada ser capaz de identificar que possui uma vida individual além da função materna, com possibilidades possíveis de exercer uma profissão que deseje sem prejudicar seu filho e a si próprio com o cancelamento do benefício, já que o núcleo familiar hipossuficiente financeiramente certamente depende do valor de um salário-mínimo proveniente do BPC para garantir o próprio

sustento, mas, ao mesmo tempo, fica impedida de tentar uma condição melhor financeira que possibilite sair da miserabilidade.

Ademais, critérios objetivos bem delineados pelo órgão estatal possibilitará ao beneficiário recorrer de perícias que façam uso de aspectos individuais e combater o uso de critérios baseados nas moralidades ou experiências individuais dos peritos, o que certamente atenderá o princípio da dignidade da pessoa humana no aspecto do exercício da cidadania de um grupo com características vulneráveis e dependentes de maior proteção do Estado.

O segundo aspecto encontrado foi o analfabetismo digital das mães, o que se for minimizado tem a tendência de reduzir cada vez mais a carga mental por elas suportada. Portanto, o letramento digital traz a capacidade de exercer a cidadania que atualmente possui ampla dependência dos recursos digitais. Trata-se de uma abordagem que abrange além do mero domínio técnico do uso das ferramentas digitais, mas a capacidade de compreender e comunicar-se em ambientes digitais. Cabe ao Poder Público desenvolver políticas públicas para alfabetizar a população que não nasceu como nativo digital, mas precisa aprender já na fase adulta a interagir digitalmente e, em especial, que o Estado passe a dispor de locais ou centros com funcionários treinados que ajudem os beneficiários da seara assistencial estatal a utilizar o aplicativo "MEU INSS", já que a hipossuficiência financeira, traz muitas vezes, embutida em suas vulnerabilidades, a hipossuficiência técnica no manuseio das ferramentas digitais.

Referências

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BERNARDINA, Milena Dalla. A Via crucis do cidadão capixaba: herança e propriedade. 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988 de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http:// www.planalto.com.br. Acesso em: 15/nov/24.

BRASIL. *Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/ l8742.htm. Acesso em: 21/nov/24.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ wp-content/ uploads/ 2021/10/ protocolo-para- julgamento-com- perspectiva-de- genero-cnj- 24-03-2022.pdf. Acesso em: 06 de julho de 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conselho Nacional de Justiça em números 2022*. Programa de transformação digital. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br. Acesso em: 21 de abril de 2023.

CASTRO, Eduardo. O nativo relativo. Disponível em: https://www.scielo.br/ j/ mana/ a/ ZcqxxhqhZk9936mxW5GRrhq/. Acesso em: 15/nov/2024.

DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

EILBAUM, Lucía. "O bairro fala": conflitos, moralidades e justiça no conurbano bonaerense. Universidade Federal Fluminense: Niterói, 2000.

El PAÍS. *Carga Mental:* a tarefa invisível das mulheres de que ninguém fala. Disponível em: https://brasil.elpais.com/ brasil/ 2019/ 03/01/ politica/ 1551460732_315309.html. Acesso em: 06 de julho de 2024.

HIRATA, H., Kergoat, D. *Novas configurações da divisão sexual do trabalho*. Cadernos de pesquisa, 37, 595-609, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/ j/cp/ a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ/?lang=pt. Acesso em: 06 de julho de 2024.

KANT DE LIMA, Roberto. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro* - Seus Dilemas e Paradoxos. Rio de Janeiro: Polícia Militar do Rio de Janeiro, 1994.

KANT DE LIMA, Roberto. *Entre as leis e as normas*: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. V06, nº 04, 2013, p. 549-580.

KANT DE LIMA, Roberto. *Sensibilidades jurídicas, saber e poder*: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico* [Online], v. II, 2010. Disponível em: https://journals.openedition.org/ aa/885. Acesso em 25.07.20.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaios de Antropologia e de Direito*: acesso á justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KANT DE LIMA, Roberto. *A antropologia da academia: quando os índios somos nós*. Niterói: Editora da UFF, 2011.

LABIAK, Fernanda Pereira; LACERDA Maria do Carmo de Lima Silva; ZWIELEWSKI, Graziele. *Influências das Construções Estereotipadas de Gênero na Carga Mental de Trabalho das Mulheres*. Disponível em: https://sistemas.uft.edu.br/ periodicos/ index.php/ encena/ article/ view/ 16493/ 21727. Acesso em: 06 de julho de 2024.

MAUSS, Marcel. *Da Dádiva à Questão da Reciprocidade*. Revista Brasileira de Sociologia. v. 23, 2008. Disponível: https://doi.org/ 10.1590/ S0102-69092008000100008. Acesso em 17/nov/2024.

MONTEIRO, Marcella do Amparo; LIMA, Michel Lobo Toledo. "*O Amor Acaba":* Um Estudo Sobre as Moralidades Aplicadas nas Decisões das Varas de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2022. v. 54.

MONTEIRO, Marcella do Amparo. *A Tecnologia como facilitador do exercício da cidadania na democracia; uma reflexão sobre a carga mental das mulheres-mães*. Rosa, Beatriz Lima de Castro; ARAÚJO, Kássia S. M. ZInato (orgs). Santo Ângelo; Metrics, 2024, p. 139-155.

NUNES, Mariana Pereira Nunes. "*A tecnologia dá acesso ou distancia?"* (In) Acesso à justiça e virtualização do judiciário. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Veiga de Almeida, 2023.

RODRIGUES, Carla Estela dos Santos. ARAÚJO, Eronides dos Santos, Paulo. *Leis*

civis e penais machistas do século XX e a obra homens traídos. Revista A Barriguda. Campina Grande, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

EQUIDADE ALÉM DOS CÓDIGOS

Simone Salvatori Schnorr

Procuradora Federal. Mestre em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduada em Direito Público na Univ. de Brasília. Ex-Procuradora Federal Regional da 1ª Região. Assessora na Secretaria Adjunta de Infraestrutura da Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Sócia fundadora e Presidente do Instituto Empoderar

Resumo:

Esta pesquisa explora a sub-representação feminina nas áreas de Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática, destacando desafios como estereótipos de gênero, segregação profissional e ausência de modelos femininos, que limitam a permanência e a ascensão das mulheres nessas carreiras. A disparidade de gênero em Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática também é influenciada por fatores individuais, familiares, sociais e escolares, que moldam escolhas de carreira e restringem o desenvolvimento feminino. A fundamentação teórica deste tema evidencia as barreiras estruturais e culturais enfrentadas, abordando conceitos como "*leaky pipeline*", que ilustra o abandono gradual em etapas educacionais e profissionais e o "*efeito tesoura*", que demonstra a redução feminina em cargos de liderança ao avançar na carreira científica. Iniciativas como políticas públicas inclusivas, programas de mentoria e redes colaborativas são apontadas como fundamentais para promover igualdade e ampliar oportunidades. Além de combater barreiras culturais e institucionais, a inclusão feminina em Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática impulsiona a inovação e o crescimento econômico, ressaltando a necessidade de ações concretas para transformar o setor em um ambiente mais diverso, equitativo e sustentável.

Palavras-chave: Mulheres em STEM; Sub-representação; Barreiras culturais e institucionais; Modelos Femininos; Redes de apoio.

Introdução

Este estudo aborda a sub-representação das mulheres nas áreas de Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática (STEM), destacando os desafios históricos, sociais e institucionais que perpetuam essa desigualdade. Apesar do aumento no ingresso feminino nessas carreiras, sua participação,

permanência e ascensão a posições de liderança continuam limitadas (Tonini; Araújo, 2019; Arndt *et al.*, 2023).

É importante iniciar a discussão reconhecendo a sua amplitude, uma vez que gênero não se restringe à anatomia, mas se relaciona à maneira como o indivíduo se identifica ou se expressa socialmente (Miltersteiner *et al.*, 2020).

É possível afirmar, com base em dados da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que a disparidade de gênero em STEM é influenciada por fatores individuais, familiares, sociais e escolares, que moldam a escolha de carreira e limitam o desenvolvimento feminino. Estereótipos arraigados e normas culturais impactam negativamente a percepção das habilidades das mulheres, enquanto a falta de modelos femininos e diferenças salariais reforçam a exclusão. Essas desigualdades refletem-se na baixa representatividade em cursos técnicos e ocupações tecnológicas, exigindo a implementação de políticas inclusivas e iniciativas de incentivo (UNESCO, 2023).

A presente investigação, baseada em análise exploratória, pesquisa bibliográfica e estudo de caso, examina as barreiras que limitam a participação feminina nas áreas de STEM, contextualizando os fatores sociais e estruturais que contribuem para essa desigualdade. A partir de dados da UNESCO e de relatórios especializados, foi investigada a discrepância significativa entre a alta presença feminina no ensino superior e sua baixa representatividade em cursos e ocupações STEM.

Desvendando a sub-representação feminina em STEM: panorama atual e contexto histórico

De acordo com a UNESCO, na publicação "Decifrar o Código: Educação de Meninas e Mulheres em STEM", dentro da população estudantil mundial de mulheres na educação superior, apenas 30% escolheram campos de estudo relacionados a STEM, sendo observadas diferenças por disciplinas. As porcentagens de matrículas de alunas são particularmente baixas em Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) (3%), ciências naturais, matemática e estatística (5%) e em engenharia, produção industrial e construção (8%); as mais altas estão nos cursos de saúde e bem-estar (15%) (UNESCO, 2023).

No Brasil, o panorama não é diferente. O Levantamento de Igualdade STEM (2023), com base nos dados do Censo da Educação Superior de 2018 do Inep, aponta que as mulheres constituíam a maioria tanto no conjunto de estudantes do ensino superior (56%) quanto nos cursos não relacionados a STEM, com 63% de participação. Nos cursos STEM, entretanto, representavam apenas 30% do total, em contraste com 70% de participação masculina. Entre 246 ocupações STEM identificadas pelos pesquisadores, apenas 39

apresentavam maioria feminina, destacando-se áreas como biologia e engenharia de alimentos.

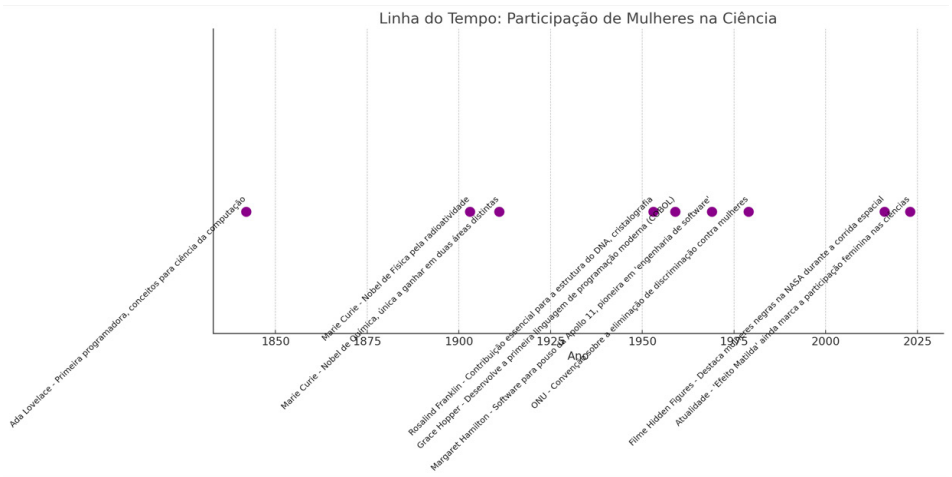
No mesmo sentido, o Relatório de Monitoramento Global da Educação da UNESCO (2023), ressalta como crenças e predisposições influenciam diretamente a participação de estudantes nas áreas de STEM fora do ambiente escolar. O gênero é apontado como um dos principais fatores que determinam a probabilidade de um estudante escolher essas áreas para seus estudos e carreira.

Outro aspecto fundamental neste cenário é a escassez de modelos femininos, o que pode ser fator de limitação do ingresso e da permanência de mulheres nas áreas de STEM. Nesse contexto, a ausência de referências femininas pode ser fator que impacta na escolha e na continuidade das mulheres em carreiras científicas e tecnológicas, de modo que é importante trazer dados da história da ciência para contextualizar e justificar o objeto de estudo.

No contexto histórico, figuras como Ada Lovelace, reconhecida como a primeira programadora, no século XIX, e Grace Hopper, que criou a primeira linguagem de programação, em 1959, são exemplos fundamentais desse legado. Margaret Hamilton, por sua vez, desenvolveu o software que possibilitou o pouso da missão Apollo 11 na Lua e foi pioneira no termo "engenharia de software". Rosalind Franklin também contribuiu de forma essencial ao revelar a estrutura do DNA, mas seu reconhecimento foi obscurecido em favor de seus colegas Watson e Crick, premiados com o Nobel por essa descoberta (Editorial, 2020:492).

Sobre isso, segue uma linha do tempo que resume a participação de mulheres na ciência, conforme discutido no artigo:

Figura 1 - Linha do Tempo: Participação de Mulheres na Ciência



Fonte: Elaborado pela Autora.

A linha do tempo destaca a contribuição das mulheres na ciência: Ada Lovelace, no século XIX, lançou os primeiros conceitos da computação; Marie Curie, no início do século XX, foi a primeira a receber dois Prêmios Nobel em Física e Química; na década de 1950, Rosalind Franklin foi fundamental para a descoberta do DNA, embora Watson e Crick tenham recebido o Nobel; em 1959, Grace Hopper criou a primeira linguagem moderna de programação; e, em 1969, Margaret Hamilton desenvolveu o software da missão Apollo 11 e cunhou o termo "engenharia de software."

O artigo de Vanderlan da Silva Bolzani destaca a persistente desigualdade de gênero na ciência, sublinhada pela histórica foto da Conferência de Solvay, em 1927, onde Marie Curie foi a única mulher entre 29 cientistas, inclusive laureados, como Einstein e Bohr. Desde então, apenas dezessete mulheres ganharam o Nobel nas áreas de Física, Química e Medicina, em comparação a 320 homens premiados, refletindo barreiras estruturais que mulheres enfrentam na ciência. (Bolzani, 2017).

A desigualdade de gênero nas áreas STEM reflete-se diretamente no mercado de trabalho. No Brasil, apesar de as mulheres representarem 44% da força de trabalho em 2018, apenas 31% ocupavam posições em STEM (UNESCO, 2022). Na América Latina e Caribe, o relatório "Uma Equação Desequilibrada" (UNESCO, 2021), desenvolvido em parceria com o British Council e o Banco Mundial, destaca que, para cada quatro homens empregados em STEM, há apenas uma mulher, acentuando as disparidades econômicas. O estudo aponta uma segregação horizontal significativa, com cerca de 70% das mulheres concentradas em áreas como Educação, Saúde e Bem -Estar, enquanto disciplinas como Matemática e Estatística têm apenas 32% de participação feminina, exceto no Uruguai, onde há sobre-representação feminina (British Council, 2021).

Fundamentação teórica

Análise teórica das barreiras de gênero na trajetória profissional

A sub-representação das mulheres em STEM continua sendo um problema persistente, afetado por fatores estruturais e sociais que impactam negativamente a participação feminina. Estudos como o de Tonini e Araújo (2019) e Arndt *et al.* (2023) destacam a segregação horizontal (baixa presença feminina em certas áreas) e vertical (pouca participação em cargos de liderança). Esses estudos sugerem a necessidade de políticas públicas e de apoio institucional para promover a inclusão de mulheres em STEM.

A pesquisa de Barros e Mourão (2020) sobre as trajetórias de cientistas brasileiras revela que, embora não enfrentem discriminações explícitas ao escolherem suas carreiras, elas lidam com desafios relacionados a estereótipos de gênero no ambiente acadêmico. Esses desafios incluem a falta de representação feminina em cargos de poder e a necessidade de adaptação a com-

portamentos estereotipados masculinos para avançar na carreira. A pesquisa também destaca o papel crucial do apoio familiar e de modelos femininos para a escolha e o desenvolvimento da carreira das mulheres.

Teorias como a de Super (1990), que sugere que a trajetória de carreira é moldada por fatores pessoais e contextuais, e o Modelo Transocupacional de Desenvolvimento Profissional de Fernandes, Mourão e Gondim (2019), que valoriza aspectos como motivação, relações sociais e o contexto de trabalho, ajudam a contextualizar as experiências das mulheres em STEM.

Nessa linha de raciocínio, o número reduzido de mulheres em áreas STEM tem sido objeto de pesquisas ao redor do mundo. O artigo de Arndt *et al.* (2023) realiza uma análise abrangente das produções acadêmicas sobre a participação feminina nas áreas de STEM no Brasil. Os autores concluem que, embora existam avanços na inclusão de mulheres em STEM, a sub-representação persiste. Para mitigar essa disparidade, o estudo aponta a necessidade de uma abordagem interseccional que considere gênero, raça e classe, além de um maior apoio institucional, essencial para a permanência e o avanço de mulheres em carreiras científicas.

Já o estudo "Trajetória Profissional de Mulheres Cientistas à Luz dos Estereótipos de Gênero", de Barros e Mourão (2020), concluiu que entre os principais desafios estão a sub-representação feminina em cargos de poder, dificuldades em posições de gestão e a necessidade de adaptação a comportamentos estereotipadamente masculinos para avançar na carreira. Além disso, a ausência de modelos femininos foi apontada como um fator que impacta negativamente a segurança das mulheres para assumir cargos de maior prestígio na ciência. O apoio familiar também emergiu como uma variável significativa, embora algumas pesquisadoras tenham enfrentado resistência devido a percepções de menor prestígio ou estabilidade financeira em certas áreas, como biologia e psicologia.

A pesquisa também destacou microviolências de gênero, como comentários depreciativos e preconceitos velados no ambiente de trabalho, que reforçam as desigualdades enfrentadas. Apesar de avanços na inclusão feminina na educação e na ciência, as autoras concluem que mudanças estruturais e políticas institucionais são fundamentais para enfrentar essas barreiras e promover maior equidade de gênero na academia, especialmente em cargos decisórios (Barros; Mourão, 2020).

Redução progressiva da participação das mulheres nos diferentes estágios da progressão de carreira em STEM

Na sequência, faz-se necessário apresentar uma análise teórica sobre a redução progressiva da participação das mulheres ao longo das etapas de progressão de carreira nas áreas de STEM.

Os principais fenômenos a serem discutidos incluem o "*leaky pipeline*",

que se refere ao abandono das mulheres em diversos estágios educacionais e profissionais devido a barreiras culturais e institucionais, e o "efeito tesoura", que ilustra a discrepância crescente entre homens e mulheres em posições de liderança à medida que avançam na carreira científica. Essas metáforas refletem a dificuldade de retenção e de ascensão de mulheres em STEM, destacando a necessidade de políticas inclusivas e suporte institucional para combater a sub-representação feminina. Estudos específicos analisados, como o de Blickenstaff (2005), e relatórios de 2018 da World Intellectual Property Organization (WIPO), abordam os fatores que contribuem para essa desigualdade, como estereótipos de gênero, falta de modelos femininos, currículos e ambientes de trabalho pouco inclusivos, reforçando a importância de intervenções que incentivem a participação contínua das mulheres em STEM.

O artigo "Patentes em inteligência artificial: as mulheres inventoras brasileiras" investiga a participação das mulheres brasileiras no registro de patentes na área de Inteligência Artificial (IA), destacando a sub-representação feminina no campo. O estudo revela que, embora as mulheres estejam presentes nas fases iniciais de formação em STEM, sua participação diminui significativamente em estágios mais avançados e inovadores, como o desenvolvimento de patentes, fenômeno conhecido como "*pipeline* com vazamento" ou "*leaky pipeline*" (Morandin *et al*., 2024).

O conceito de *leaky pipeline* reflete a menor presença de mulheres em níveis avançados de pesquisa e inovação, como na obtenção de patentes. O relatório da WIPO utiliza uma metodologia para identificar inventoras por meio de seus nomes, destacando a sub-representação feminina na inovação tecnológica global, em linha com os dados brasileiros.

Já o artigo de Jacob Clark Blickenstaff, intitulado "Women and Science Careers: Leaky Pipeline or Gender Filter?" (2005), investiga as causas da sub -representação feminina nas áreas de STEM. Blickenstaff, utilizando as metáforas de "*leaky pipeline*" (tubulação com vazamentos) e "*gender filter*" (filtro de gênero), ilustra como as mulheres são gradualmente excluídas de carreiras em STEM em diferentes estágios educacionais e profissionais (Blickenstaff, 2005).

Blickenstaff identifica fatores influentes na evasão feminina em STEM, incluindo: 1) diferenças biológicas, que ele descarta como justificativa para a menor representação feminina, argumentando que não há evidências suficientes de que diferenças cognitivas expliquem essa disparidade; 2) preparação acadêmica inadequada, observando que mesmo meninas bem preparadas tendem a desistir de carreiras em STEM mais do que meninos; 3) falta de modelos femininos, ressaltando a importância, embora não exclusiva, de modelos de sucesso para inspirar jovens mulheres; 4) currículo e pedagogia enviesados, que favorecem homens e, muitas vezes, contêm exemplos sexistas e atividades que destacam o sucesso masculino; 5) um ambiente escolar

desfavorável, caracterizado por isolamento, intimidação e, em alguns casos, assédio, que contribue para a evasão feminina.

O autor também explora críticas feministas, apontando que a própria estrutura da ciência é frequentemente construída em torno de uma lógica masculina, o que torna a área menos atrativa para mulheres. Algumas teóricas, como Sandra Harding, sugerem que a ciência poderia ser mais inclusiva se fosse construída a partir de uma "perspectiva de gênero feminino" (Blickenstaff, 2005).

Blickenstaff diferencia-se ao afirmar que nenhum fator isolado é responsável pela exclusão feminina em STEM, propondo que uma combinação de fatores sociais, culturais, pedagógicos e estruturais contribui para o fenômeno. Ele defende reformas que vão além de condições mais justas para mulheres e meninas, sugerindo mudanças nos métodos pedagógicos, nos materiais didáticos e no reconhecimento das influências sociais e políticas sobre a ciência. Essa abordagem inovadora reconhece a complexidade da questão e rejeita soluções simplistas, defendendo uma reforma ampla que envolva todos os níveis do sistema educacional (Blickenstaff, 2005).

Um outro fenômeno que envolve a presença de mulheres em STEM é o **efeito tesoura ou "*scissor effect*"**. De maneira similar ao *leaky pipeline*, o efeito tesoura "corta" as mulheres para fora de suas carreiras à medida que estas avançam na mesma, ou seja, quanto mais avançam, constata-se uma gradativa perda de espaço que não advém necessariamente da meritocracia (Brito, Pavani, & Lima Jr., 2023). O efeito tesoura considera a inversão da predominância de um grupo sobre outro, isto é: as mulheres seriam maioria durante a etapa de formação, o que se modifica à medida em que se observam as posições de destaque ao longo da carreira (Boffi; Oliveira-Silva, 2021).

O artigo "O efeito-tesoura para mulheres na ciência" (2023) analisa a redução progressiva da presença feminina nos níveis mais altos da pesquisa científica no Brasil, apesar do aumento no ingresso em cursos de pós-graduação. Embora mulheres representem a maioria em programas de mestrado e doutorado, elas compõem apenas 42% do corpo docente, evidenciando o "efeito-tesoura" na transição para posições estáveis de docência. Disparidades são agravadas pela falta de políticas inclusivas, como o apoio à maternidade, e pela desigualdade no acesso a bolsas de produtividade, com homens recebendo quase o dobro dos recursos. Esses dados reforçam a necessidade de ações estruturais para mitigar a sub-representação feminina na ciência (Gorziza; Buono, 2023).

Estratégias para permanência: empoderamento feminino, sororidade, redes de apoio e autoestima feminina

As iniciativas para promover a permanência de mulheres nas áreas de

STEM têm ganhado relevância à medida que se reconhecem os desafios históricos enfrentados por elas nesses campos. Estudos como o "Women in IT Report" (NCWIT), de 2016, destacam a eficácia de programas de mentoria e redes de apoio como ferramentas fundamentais para a retenção e promoção de mulheres em carreiras tecnológicas. Baseadas no princípio da ação afirmativa, essas iniciativas buscam corrigir desigualdades históricas por meio de políticas ativas de inclusão e apoio.

Pesquisas como o artigo "Enfrentando as estatísticas: estratégias para permanência de mulheres em STEM" (Boffi; Oliveira-Silva, 2021) ressaltam a importância de intervenções que começam ainda na infância, com o incentivo educacional e a desconstrução de estereótipos de gênero. Na vida adulta, programas de mentoria e apoio no ambiente de trabalho são identificados como cruciais para fortalecer o senso de autoconfiança e permitir o avanço profissional das mulheres. Esse esforço contínuo deve ser acompanhado por políticas públicas que promovam a equidade de gênero em todas as etapas da formação e desenvolvimento profissional.

O estudo de Paz (2015) sobre o grupo "/MNT - Mulheres na Tecnologia" destaca o papel crucial de redes colaborativas na promoção da inclusão e equidade de gênero em TICs. As iniciativas do grupo incluem a construção de uma consciência feminista, fortalecimento de redes de apoio e incentivo à capacitação técnica, proporcionando maior segurança e competitividade às mulheres no mercado. Além disso, o "/MNT" amplia a representatividade feminina em eventos e debates tecnológicos, criando um ambiente que favorece a permanência e o protagonismo das mulheres na área.

Considerações finais

A pesquisa evidencia que, para reverter a desigualdade de gênero historicamente enraizada em STEM, ações afirmativas tornam-se indispensáveis. Programas de mentoria, redes de apoio, políticas inclusivas e iniciativas de incentivo são estratégias essenciais para promover equidade e retenção. Essas medidas devem ser sustentadas por uma reforma ampla e integrada, abrangendo todos os níveis do sistema educacional e envolvendo governos, instituições de ensino e o setor privado. Conforme apontado por Blickenstaff (2005), a sub-representação feminina em STEM resulta de uma complexa combinação de fatores sociais, culturais, pedagógicos e estruturais, demandando soluções abrangentes e interseccionais e rejeitando abordagens simplistas ou isoladas.

O aconselhamento educacional é essencial para expandir as possibilidades de escolha em STEM antes que estereótipos de gênero se consolidem. O Projeto Pequenos Cientistas (*Little Scientists*), iniciado na Alemanha, exemplifica essa abordagem ao promover o ensino de STEM para estudantes do ensino pré-primário. Esse projeto já foi implementado em mais de 29 mil

escolas na Tailândia (UNESCO, 2023).

Redes e coletivos de mulheres desempenham um papel transformador ao criar comunidades de apoio mútuo, fortalecendo a confiança e proporcionando um espaço para troca de experiências e soluções criativas. Esses grupos ajudam a reverter processos excludentes, promovendo inspiração e protagonismo feminino em ambientes historicamente dominados por homens.

Um exemplo prático que ilustra iniciativas para fomentar a equidade de gênero na área tecnológica é o Grupo Mulheres no Direito Digital e nas Novas Tecnologias, vinculado ao Instituto Empoderar. Este grupo organizou o Simpósio Temático dedicado a discutir os desafios de gênero na era da tecnologia, criando um espaço acadêmico para o debate e a valorização de pesquisas realizadas por mulheres estudiosas do tema. Ao promover o protagonismo feminino e ampliar a visibilidade de suas contribuições, a iniciativa busca não apenas fortalecer a representatividade, mas também garantir o acesso ao espaço de fala e ao reconhecimento acadêmico, essenciais para a construção de um campo mais inclusivo e equitativo.

Iniciativas internacionais e nacionais têm sido essenciais no combate à sub-representação feminina em STEM, promovendo equidade de gênero por meio de ações afirmativas e incentivo à educação. Destacam-se o programa SAGA, da UNESCO, que fomenta políticas inclusivas, e iniciativas como o EducaSTEM2030, no Brasil, e o Projeto Pequenos Cientistas, que enfrentam estereótipos desde a infância. No Brasil, programas como o Meninas Digitais e o Meninas na Ciência incentivam a inclusão feminina em tecnologia, enquanto o Pacto Global da ONU propõe metas para aumentar a liderança feminina até 2030. Essas ações reforçam o compromisso com a equidade e o desenvolvimento sustentável.

Na verdade, o estudo demonstra que a inclusão feminina em STEM transcende a superação de barreiras culturais e institucionais, gerando impactos significativos na inovação e no crescimento econômico sustentável. Com efeito, há evidências de que ampliar a participação de mulheres em setores estratégicos pode aumentar o Produto Interno Bruto (PIB) e corrigir vieses em tecnologias emergentes, como IA (Morandin *et al.*, 2024; WIPO, 2018).

Nesse sentido, estimativas na Europa, por exemplo, sugerem que o aumento da participação feminina pode incrementar o PIB em cerca de R$ 3,2 bilhões até 2027 (Achutti, 2015). Dados da ONU Mulheres também ressaltam a importância de aumentar a participação feminina em campos emergentes, como a IA, onde apenas 22% dos profissionais no mundo são mulheres, o que contribui para a manutenção de vieses de gênero nos sistemas de IA e limita as oportunidades de crescimento profissional para as mulheres (ONU Mulheres, 2023).

Nesse contexto, adotar uma abordagem interseccional que considere gênero, raça e classe é fundamental para promover ambientes mais inclu-

sivos e equitativos. A construção de espaços inclusivos e equitativos é não apenas necessária, mas essencial para transformar estruturas sociais e profissionais. As mulheres, ao ocuparem esses espaços, questionam estereótipos e reforçam seu papel central na sociedade, rompendo barreiras e desafiando paradigmas que limitam seu potencial.

Referências

ARNDT, Gilmara Joanol et al. Mulheres em STEM: produções acadêmicas no contexto brasileiro. **Interfases**, n. 018, p. 133-148, 2023.

BALBÉ, Alice; BOTELHO, Claudia; CABECINHAS, Rosa. Mulheres cientistas? A representação das mulheres na ciência nos livros didáticos de história em Portugal. **cadernos pagu**, n. 67, p. 2-18, 2023.

BARROS, Suzane Carvalho da Vitória; MOURÃO, Luciana. **Trajetória profissional de mulheres cientistas à luz dos estereótipos de gênero. Psicologia em Estudo**, v. 25, p. 1-16, 2020.

BLICKENSTAFF, Jacob Clark. Women and science careers: leaky pipeline or gender filter? In.: **Gender and Education**, v. 17, n. 4, p. 369-386, 2005. Disponível em: https://doi.org/ 10.1080/ 09540250500145072. Acesso em: 28 out. 2024.

BOFFI, Letícia Carolina; OLIVEIRA-SILVA, Ligia Carolina. Enfrentando as estatísticas: estratégias para permanência de mulheres em STEM. **Gerais**: Revista Interinstitucional de Psicologia, v. 14, p. 1-27, 2021.

BOLZANI, Vanderlan da Silva. Mulheres na ciência: por que ainda somos tão poucas? **Ciência e cultura**, v. 69, n. 4, p. 56-59, 2017.

BRITO, Carolina; PAVANI, Daniela; LIMA JR, Paulo. Meninas na Ciência: atraindo jovens mulheres para carreiras de Ciência e Tecnologia. **Revista Galileu**, v. 16, n. 1, 2023. DOI: https://doi.org/ 10.22409/ rg.v16i1.744.

CNPq. Estatística e Indicadores. **Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico,** 2018. Disponível em: https://www.cnpq.br. Acesso em: 28 out. 2024.

GORZIZA, Amanda; BUONO, Renata. O Efeito-Tesoura para mulheres na Ciência. **Revista Piauí**, 19 jun. 2023. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/ o-efeito- tesoura-para- mulheres-na- ciencia/. Acesso em: 04 set. 2023.

IGUALDADE STEM. **Levantamento do Igualdade STEM**. 2023. Disponível em: https://www.igualdadestem.com/. Acesso em: 15 nov. 2024.

MILTERSTEINER, R. K. *et al.* Liderança feminina: percepções, reflexões e desafios na administração pública. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 18, n. 2, p. 406-423, abr. 2020.

MORANDIN, Janaina Lais Pacheco Lara; DE MOURA, Ana Maria Mielniczuk *et al.* Patentes em inteligência artificial: as mulheres inventoras brasileiras. **Liinc em Revista**, v. 20, n. 1, p. e7016- e7016, 2024.

NCWIT. **Women In Tech**: The Facts. Disponível em: https://wpassets.ncwit.org/ wp-content/ uploads/ 2021/ 05/ 13193304/ ncwit_women- in-it_2016- full-re-

port_final- web06012016.pdf.Acesso em: 28 out. 2024.

OECD. The ABC of Gender Equality in Education: Aptitude, Behaviour, Confidence. **OECD**, 2015. Disponível em: https://www.oecd.org. Acesso em: 28 out. 2024.

PAZ, Mônica de Sá Dantas. Entre o movimento de mulheres da/nas TIC's e os feminismos: uma análise do grupo /MNT - Mulheres na Tecnologia. **Contemporanea**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 1-18, 2015. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/ index.php/ contemporaneaposcom/ article/ view/14023. Acesso em: 15 nov. 2024.

UNESCO. **Decifrar o Código**: Educação de Meninas e Mulheres em STEM. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/. Acesso em: 28 out. 2024.

UNESCO. **Relatório de Monitoramento Global da Educação**. 2023. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ ark:/ 48223/ pf0000386147_por. Acesso em: 28 out. 2024.

UNESCO. **UNESCO Mobilization and Advocacy Initiative for Girls and Women's Education in Science, Technology, Engineering and Mathematics in Brazil**. 2023. Disponível em: https://www.unesco.org/ en/articles/ educastem2030. Acesso em: 28 out. 2024.

UNESCO e British Council. Relatório "**Uma equação desequilibrada**: Aumentar a Participação das Mulheres STEM na LAC". 2021. Disponível em: https://www.britishcouncil.org.br/ mulheres-na-ciencia/ relatorio-unesco- america-latina. Acesso em: 28 out. 2024.

WIPO. Gender Profiles in Worldwide Patenting: An Analysis of Female Inventorship. **World Intellectual Property Organization**, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int. Acesso em: 28 out. 2024.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E IA: FUNDAMENTALIDADE DO ALCANCE DA EDUCAÇÃO DIGITAL COMO FERRAMENTA DE INCLUSÃO DE GÊNERO

Kassia Zinato Santos Machado Araujo

Mestre em Direito Público - Universidade Nova de Lisboa, Especialista em Direito Digital, Pós graduada em Direito Público, Bacharel em Direito. Servidora pública STF. Assessora na Secretaria Adjunta de Estado e Justiça/SAJ/Casa Civil da Presidência da República do Brasil

Resumo:

O debate acerca da proteção de dados pessoais na alimentação de ferramentas de inteligência artificial generativa para fins de treinamento ganha relevância crescente à medida que as tecnologias digitais e tais ferramentas de inteligência artificial desempenham papel predominante em diferentes esferas da vida social e profissional das pessoas. A replicação de padrões discriminatórios, e excessivamente masculinos, reflete limitação histórica da sub-representação feminina em espaços de inovação tecnológica. Além disso, com a coleta de dados pessoais de forma limitada ou condicionada, quanto à alimentação de inteligências artificiais generativas, a proteção de dados torna-se um pilar fundamental para garantir a privacidade e a não discriminação de gênero nos resultados das pesquisas futuras. A evolução das tecnologias reflete uma sociedade mais justa na medida em que a educação digital permitir inserir mulheres em todos os estágios desse processo evolutivo. O presente artigo analisa o alcance da educação digital como ferramenta de inclusão de gênero, pela evolução história da participação feminina nas ciências, a fim de promover, por meio da educação digital, um desenvolvimento tecnológico equitativo e sem visões discriminatórias em sistemas de inteligência artificial. Assim, a análise do direito fundamental à proteção de dados pessoais, dos vieses discriminatórios de gênero encontrados na maioria das ferramentas tecnológicas desenvolvidas por inteligência artificial, das motivações para ingresso e permanência de mulheres nas áreas de tecnologia, bem como seus principais obstáculos são o recorte da presente pesquisa que buscará demonstrar o alcance da educação digital como ferramenta de inclusão de gênero na pesquisa científica brasileira.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Direitos fundamentais; Inteligência Artificial; Gênero; Educação digital.

Importância da interseção entre proteção de dados pessoais, inteligência artificial e inclusão de gênero

Alcançar o uso da educação digital como ferramenta de inclusão de gênero na construção da "era digital" e de dados em inteligências artificiais que não repitam padrões discriminatórios e gerem resultados mais inclusivos e diversificados, de forma segura e protegida (direito fundamental à proteção de dados pessoais) tem sido um dos maiores desafios do mundo contemporâneo desde o advento da internet.

Apesar de notícias apontarem que "*o papel da mulher na sociedade é cada vez mais diversificado e relevante*"[1] a alimentação de dados (inclusive pessoais) das tecnologias desenvolvidas na atualidade ainda possui um viés discriminatório de gênero significativo[2]. Isso ocorre, em grande parte, pela ausência de mulheres na criação, desenvolvimento e manutenção de ferramentas de inteligência artificial generativa que apresentam resultados com perfil de seus gestores de dados.

A proteção constitucional dos dados pessoais envolvidos na inteligência de dados é aplicada à privacidade inerente à construção de ferramentas tecnológicas que disponibilizam tais informações. Afinal, segundo prelecio-na Ingo Sarlet, *"assim como se dá com os direitos fundamentais em geral, também o direito fundamental à proteção de dados pessoais apresenta uma dupla dimensão subjetiva e objetiva, cumprindo uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional*". (SARLET, 2021)

Por isso, há uma forte intersecção entre o impacto do viés discriminatório, provocado pela ausência do gênero feminino nos sistemas, escondida muitas vezes pela falsa "proteção de dados", que na verdade são ocultados, e não protegidos, visto que não inseridos em tais sistemas. Logo, a educação digital pode ser ferramenta de inclusão feminina nesse espaço, a fim de permitir que mulheres interessadas e habilitadas ocupem posições de relevância na construção de importantes iniciativas inerentes à "era digital". E seja possível a presença feminina nos espaços e o gênero feminino nas referências e nos resultados de buscas de inteligências artificiais generativas.

---

1 Artigo do Brasil Escola, sobre "O papel da mulher na sociedade", cuja referência completa está ao final.

2 Evento realizado por ocasião da 8ª edição do Ciclo de Encontros Virtuais: Liderança Digital pra Mulheres, cuja abordagem foi o tema: "Vieses discriminatórios em inteligência artificial", feita pela pesquisadora em direito e tecnologia, com enfoque em Privacidade e Proteção de Dados e Governança da Inteligência Artificial, Bianca Kremer. Referência bibliográfica completa ao final.

A presença feminina em áreas de pesquisa, desenvolvimento e manutenção de tecnologias

Segundo pesquisa da CNN Brasil, a participação feminina na ciência brasileira cresceu 29% em 20 anos, segundo relatório publicado em março de 2024. (CNN, 2024)[3]

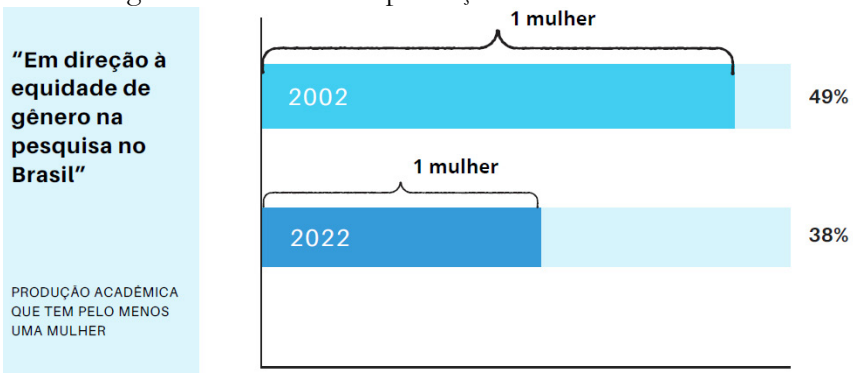
Desta forma, observa-se que a gradação tem sido possível, apesar de lenta.

Representatividade das mulheres pesquisadoras: análise do hanking internacional de produção acadêmica feminina

Argentina e Portugal lideram a primeira colocação com 52% de publicações científicas que contêm pelo menos uma mulher como autora. O Brasil está na terceira colocação, dentre os países com maior participação feminina na ciência, entre as nações analisadas (18 países mais a União Europeia).

O documento mostra ainda que há um caminho em direção à equidade de gênero na pesquisa no Brasil, pois entre 2002 e 2022 o percentual de publicações em que há mulheres tem sido mais significativo. Em 2002, esse percentual era de 38%, e em 2022, o percentual já atingia 49% da produção científica brasileira.

Figura 1 - Mulheres na produção acadêmica no Brasil.



A questão da ocultação dos dados e da não inclusão do gênero feminino: mulheres nas áreas de ciências e exatas ao longo da história

Conforme há o crescimento das tecnologias digitais e das ferramentas de inteligência artificial, há também, a crescente e desafiadora missão de manter protegidos os dados pessoais que alimentam essas ferramentas tec-

3 Dados do relatório da Elsevier-Bori, divulgado em março de 2024, e referido pela CNN em sua noticia, uma das fontes de pesquisa desse artigo, referenciada de forma completa ao final.

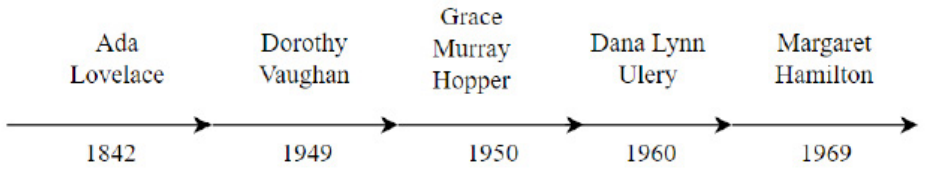
nológicas avançadas. Omitir informações sobre as mulheres é um desses desafios.

Visões de gênero são refletidas nas decisões, respostas e interações com essas ferramentas. Em regra, há baixo índice referencial ao gênero feminino. Proteção ou ocultação de dados?

A inteligência artificial reforça a desigualdade de gênero no mundo da ciência, segundo a Organização das Nações Unidas. Atualmente, um em cada três pesquisadores é mulher, apesar de elas representarem a metade da população mundial. Para alterar esse quadro, a ONU instituiu, em 2015, o Dia Internacional das Mulheres e Meninas nas Ciências, comemorado no dia 11 de fevereiro[4].

Apesar de ter sido uma mulher, a primeira programadora na história da tecnologia, em 1842, o caminho hoje é referência masculina. Ada Lovelace, a primeira mulher programadora, foi pioneira e escreveu o primeiro algoritmo a ser processado por uma máquina. A próxima referência na área, acontece quase um século depois, com Dorothy Vaughan, em 1949, a primeira supervisora negra na história da NASA, sendo expoente do pioneirismo na introdução dos computadores para cálculos de rotas nos projetos aeroespaciais desenvolvidos pela NASA, nos Estados Unidos. De lá pra cá, as distâncias de referência estão cada vez mais curtas (CURSINO e MARTINEZ, 2021).

Figura 2 - Referenciais femininos na história da computação.



Viés de gênero em sistemas de IA generativa: breves reflexões sobre a representatividade de gênero nos resultados das pesquisas

Será que se mais mulheres estivessem presentes e representassem maior número entre cientistas, pesquisadores e profissionais em áreas de ciências exatas seria possível promover inclusão mais efetiva de mulheres no desenvolvimento dessas tecnologias?

Pensamos que à luz do desenvolvimento de máquinas que processam dados, sob uma perspectiva computacional de machine learning, talvez sim. Pois por trás da aparente autonomia e inteligência, há um sistema computacional que processa dados, de forma a ser treinado pra isso. É a pessoa hu-

4 Referência feita pelo repórter Lucas Léon, sobre mensagem divulgada pelo Secretário-geral das Nações Unidas, Antônio Guterres, que destacou o papel da inteligência artificial na desigualdade entre homens e mulheres no mundo científico e da tecnologia. Dados íntegra da reportagem ao final deste artigo.

mana que realiza esses treinamentos e ensina a máquina a "pensar", executar tarefas. Ela funciona por comandos e processamento de dados que lhe são alimentados, pois o objetivo do aprendizado de máquina é encontrar a melhor resposta, que é aquela que contém menos erros[5].

Portanto, ter mulheres nessa atividade, ao longo de todo o processo, poderia trazer um perfil de gênero mais equitativo aos resultados de buscas, respostas, realização de tarefas.

A replicação de padrões discriminatórios reflete uma limitação histórica: a sub-representação feminina em espaços de inovação tecnológica. E isso inclui a coleta e o processamento de dados: muitas vezes pessoais, para alimentação e manutenção das ferramentas de inteligência artificial.

Representatividade da mulher em áreas de desenvolvimento tecnológico

Ainda há menos mulheres na graduação em engenharia (28%) quando comparado ao percentual de homens (72%). O mesmo ainda ocorre com a área de ciência da computação, em que mulheres representam apenas 40% dos que conseguem se formar.

Talvez as mulheres não sejam tão estimuladas quanto os homens, considerando a premiação do Nobel de ciências, por exemplo. Pois, segundo relatório da ONU, em 120 anos, apenas 6% dos 947 finalistas eram mulheres, ou seja, apenas 56 mulheres. Segundo a Agência Brasil, 94% eram homens. (LÉON, 2022)

Este mesmo relatório ainda afirma que as pesquisadoras tendem a ganhar menos que os homens e terem carreiras mais curtas que eles.

Segundo Camila Achutti:

> Eliminar o preconceito de gênero na IA começa com a priorização da igualdade de gênero **desde a concepção dos sistemas de IA**. Isso inclui a **avaliação rigorosa** dos dados para identificar deturpações, a **utilização de dados representativos de diversas experiências** de gênero e raça, e a **formação de equipes de desenvolvimento mais diversas e inclusivas**. (ACHUTTI, In IT FORUM, 2024)

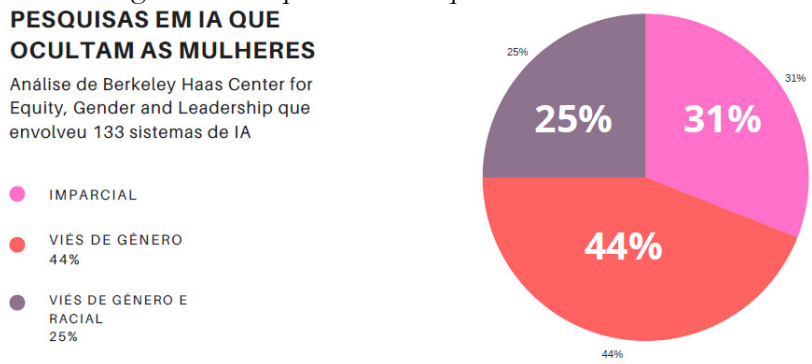
Essa reflexão é importante para nos fazer pensar sobre como a falta de diversidade pode afetar os resultados produzidos pelas máquinas. Mais que isso, o quanto isso pode impactar na representatividade de gênero nas pesquisas feitas por inteligências artificiais generativas, mais especificamente, em suas devolutivas de resultados e interações.

Segundo pesquisas da *Berkeley Haas Center for Equity*, envolvendo 133

5 Segundo técnicas de aprendizado de máquina por Processamento de Língua Neural (PLN).

sistemas desse tipo de inteligência artificial, mais de 44% das devolutivas de resultados continham viés de gênero, cerca de 25% continham viés de gênero e de raça e apenas 31% apareciam como imparciais. (IT FORUM, 2024).

Figura 3 - Pesquisas em IA que ocultam mulheres.



Importante pauta sobre ética na inteligência artificial, que envolve líderes de estado, principalmente, quando da regulação de seu uso, consequências, limites e demais condições é o debate sobre a ocultação das mulheres nas pesquisas feitas por inteligências artificiais, especialmente as generativas. Afinal isso está relacionado com diversidade, inclusão digital, educação, isonomia, igualdade de gênero e paridade social.

Nessa linha, a reportagem da IT FORUM, destaca que Camila ACHUTTI, uma ativista pela inclusão de mulheres na tecnologia, em palestra no evento W20, que aconteceu em junho de 2024, enfatizou sobre "*a importância de garantir que os algoritmos não agravem desigualdades já existentes*". Segundo ACHUTTI: "*A nossa grande luta é por uma inteligência artificial justa, transparente e ética*". Nos termos da reportagem, a ativista ainda enfatizou a "*necessidade de regulamentações que assegurem uma coleta de dados coerente e desagregada por gênero*". (IT FORUM, 2024).

Estudo sobre iniciativas brasileiras para inclusão e manutenção de mulheres nas áreas de pesquisas tecnológicas

Para melhor demonstrar na prática como existem casos concretos de projetos que fomentam a participação feminina em iniciativas tecnológicas direcionada à atuação com inteligências artificiais, de modo a comprovar que a educação digital é o mais eficiente caminho para a inclusão de gênero nessa tecnologia, nesse item iremos apresentar uma tabela com alguns projetos de sucesso conhecidos e comentar os principais resultados de pesquisa envolvendo 16 deles.

Trata-se de pesquisa feita pela Universidade de Passo Fundo, que resultou no artigo intitulado "Iniciativas brasileiras para ingresso e permanência de mulheres na área de computação: um mapeamento sistemático da litera-

tura", publicado pela Revista Brasileira de Computação Aplicada e divulgado em agosto de 2024[6].

O estudo para essa pesquisa elaborou a tabela a seguir, que mostra o panorama atualizado de iniciativas brasileiras voltadas ao ingresso e permanência de mulheres na área da computação:

Figura 4: Sumário de iniciativas brasileiras para ingresso e permanência das mulheres em TI

Projeto/Iniciativa	Financiado (S/N)	Tipo de abordagem
Meninas Digitais no Cerrado (Farias et al., 2021)	S	Capacitação
Curso Online em Massa Aberto (MOOC) de robótica educacional (Plaza et al., 2020)	N	
Programa Cunhanta Digital, no Amazonas (Lobo De Aguiar Gomes et al., 2019)	S	
Projeto Include meninas.uff (Avelino et al., 2019)	S	
Projeto Meninas Digitais de Mato Grosso (de Lima et al., 2022)	S	
Projeto Emílias da Universidade Tecnológica Federal do Paraná; Projeto TIChers; (Guzman et al., 2020)	S	
Projeto Elas na Robótica (Lima et al., 2021)	S	
Movimento Empresa Júnior (MEJ) (Borges et al., 2021)	N	
Projeto Meninas na Ciência da Computação, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). (Sales, 2020)	S	
Reprograma (Follador, 2021)	N	
Projeto StoryGirls (Saburido et al., 2021)	N	
Mulheres na STEM (Oliveira et al., 2018)	S	
Entrevista (Ferreira and Bueno, 2023)	N	L/P de Informação
Questionário (Kohl and Prikladnicki, 2022)	S	
Entrevista (do Nascimento Guercy and Ishitani, 2021)	S	
Questionário + Entrevista (Reznik et al., 2023)	N	
Portal elas-na-computação (Ribeiro et al., 2019)	N	
Evento Hackathons para as mulheres (Paganini et al., 2023)	N	Evento competitivo
Tutoria das Gurias (Bordin et al., 2020)	S	Mentoria

Fonte: Revista Brasileira de Computação Aplicada (2024), v.16, n.2, p. 60-74.

Isso demonstra que há demanda e interesse da população feminina em projetos dessa natureza. Isso demonstra que há iniciativas frutíferas no sentido de minimizar a desigualdade de gênero presente e já desde tempos, visível e invisibilizadas pelas políticas públicas estatais.

Veremos a seguir uma síntese dos principais fatores impeditivos para o ingresso e permanência de mulheres nas áreas da computação, bem como um conjunto de recomendações para novas iniciativas visando promover a entrada e a permanência das mulheres na área da computação.

Principais obstáculos para ingresso e permanência das mulheres em áreas de tecnologia da informação

Segundo estudos da Revista Brasileira de Computação Aplicada, de Julho/2024, as abordagens para atrair mulheres para a área da computação foram classificadas em duas grandes áreas: objetivas e subjetivas.

6 O referido trabalho informa que "o mapeamento aqui realizado apresenta um papel complementar o corpo de conhecimento existente na literatura, ao oferecer um arcabouço de informações para estudantes e profissionais, visando promover a igualdade de gênero na área de computação. Neste contexto, a pesquisa aqui realizada pode servir de base para produção de outros estudos primários, agregando informações relevantes sobre as iniciativas para o ingresso e permanência de TI". Contudo, nos serve muito para analisar os mesmos aspectos nas demais áreas correlatas e desenvolvedoras de ciência tecnológica para uso e desenvolvimento de robôs (inteligências artificiais).

Os principais aspectos levantados na abordagem feita às mulheres foram: a influência de terceiros, aspectos educacionais, aspectos de mercado, limitações socioculturais e aspectos emocionais e psicológicos. Observa-se que há aspectos objetivos e subjetivos que somados formam esse conjunto de elementos que precisam ser considerados para entender as razões que levam as mulheres a entrar e não permanecer, ou sequer entrar para formação e atuação profissional nas áreas de tecnologia da informação[7].

Ações motivadoras para ingresso e permanência das mulheres em áreas de tecnologia da informação

Para definir as ações que foram consideradas motivadoras para a entrada e permanência das mulheres a pesquisa agrupou os estudos em duas grandes grupos: abordagens objetivas e abordagens subjetivas. No primeiro grupo foi observada ênfase em propostas práticas, em atividades que envolvessem capacitação, como oferta de cursos por exemplo. No segundo grupo, há mais uma abordagem relacionada ao levantamento e disponibilização de informações, como espaços para compartilhamento de experiências, de desafios.

Tanto nas abordagens objetivas quanto nas abordagens subjetivas é possível observar que o impulsionamento se dá quando há espaço para educação, formação, capacitação técnica na área. Possivelmente, a partir do conhecimento, a mulher se sente capaz e empoderada profissionalmente para disputar seu espaço no mercado de trabalho, na pesquisa e nos projetos que envolvam esse tipo de conhecimento.

Logo, observa-se que essa pesquisa de campo comprova que a educação digital, por meio do conhecimento acerca das tecnologias não apenas estimula o interesse e o ingresso, mas também a permanência das mulheres nessa área, o que por consequência, as faz presentes na criação, desenvolvimento e monitoramento de projetos que desenvolvem novas tecnologia.

É por isso, que podemos dizer que a educação digital é sim, uma importante e fundamental ferramenta para a inclusão de gênero no Brasil, especialmente quando se fala de áreas predominantemente masculinas, como a área das ciências exatas e das novas tecnologias.

Conclusão

A educação digital desempenha um papel fundamental na inclusão de mulheres no processo de desenvolvimento tecnológico, podendo reduzir

7 Trecho da pesquisa destaca que a "escassez de modelos femininos reconhecidos e bem sucedidos na área também limita a identificação das meninas na carreira" (p. 7). Por isso esse artigo trouxe referência das entregas de Prêmios Nobel, em alusão à essa abordagem encontrada na pesquisa que é relevante para o resultado atual em termos de atuação feminina na área do desenvolvimento de novas tecnologias.

uma geração de padrões discriminatórios de gênero nas IAs. Razão pela qual deve-se estimular participação feminina nas áreas de tecnologia e assim, gerar padrões de representatividade para que meninas almejem tais ocupações profissionais

A proteção constitucional de dados pessoais em ferramentas tecnológicas é crucial para garantir que a privacidade e os direitos das mulheres sejam respeitados, sem a reprodução de estereótipos, nem vieses de gênero nas pesquisas e resultados. E, portanto, deve ser prática considerada em modelo de *"privacy by design"* desde o início da concepção de modelos de ferramentas tecnológicas, especialmente as inteligências artificiais.

O empoderamento feminino por meio da educação digital, de redes de apoio e programas de incentivo podem aumentar a participação e permanência de mulheres na construção de sistemas de IA, atuação área de TI e consequentemente, promover desenvolvimento digital mais inclusivo e diverso. Pois ainda há resistências sociais a serem superadas pelas mulheres para se manterem nas ocupações em áreas de STEM, que precisam ser repensadas e avaliadas como futuras políticas públicas inclusivas de mulheres e sua permanência na ocupação dessas áreas de desenvolvimento, pesquisa e atuação em tecnologia no Brasil.

O alcance a disponibilidade do letramento digital para inclusão de gênero, sem ocultação de dados, mas legítima preocupação com a sua proteção é ferramenta essencial para construção de uma democracia digital ética, transparente e equitativa. A educação de base, a formação universitária, a disponibilização de cursos livres e as pós graduações são indispensáveis para que mais mulheres, que a partir de suas redes de apoio, mentorias e suporte, possam superar a barreira do conhecimento na área de tecnologia e não apenas ingressarem, mas poderem se desenvolver e evoluir nessas carreiras.

À medida que as tecnologias evoluem para refletir uma sociedade mais justa, a educação digital é chave para inserir mulheres em todos os estágios desse processo de construção. Afinal, a mulher exerce outros tantos papéis importantes em diferentes esferas da vida social e em outras áreas profissionais, não apenas como suporte, mas ativamente na construção, formação e desenvolvimento. É chegada a vez, e a hora, das áreas que envolvem tecnologia e informação.

Referências

ACHUTTI, Camila. **Garantir que algoritmos não exacerbem desigualdades**. Entrevista ao *IT Forum*, 2024. Reportagem de Pamela Sousa, em 20/6/2024. Disponível em: https://itforum.com.br/ noticias/ garantir-algoritmos- nao-exacerbe-desigualdade-w20/. Acesso em 28/9/2024.

Conferência Nacional de CT&I. 5ª edição. Notícias. **Elas na Ciência: pesquisadoras apontam desafios da participação das mulheres na CT&I**. Ago/2024. Disponível em: https://5cncti.org.br/ noticias/ elas-na- ciencia-pesquisadoras-

apontam-desafios- da-participacao- das-mulheres- na-cti/. Acesso em 29/9/2024.

CURSINO, Ariana R. e MARTINEZ, Juliana F.P. **Análise estatística descritiva e regressão da inserção das mulheres nos cursos de TI nos anos de 2009 a 2018.** Anais do XV *Women in Information Technology (WIT)*, 2021. [online]. *SBC Open Lib*: Porto Alegre/RS, Brasil, p. 21-30. Disponível em: http://doi.org/ 10.5753/ wit.2021.15838. Acesso em 02/11/2024.

KREMER, Bianca. **Vieses discriminatórios em IA**. Palestra. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ciclo de Encontros Virtuais, 8ª edição, 2023. Disponível em: https://www.csjt.jus.br/ web/ csjt/-/ vieses- discriminat%C3%B3rios- em-ia %C3%A9- abordado-em- encontro-de- lideran%C3%A7a- digital-para- mulheres%C2%A0. Acesso em 1º/6/2024.

LÉON, Lucas Pordeus. **ONU: inteligência artificial reforça igualdade de gênero na ciência**. Reportagem, 2022. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/ radioagencia- nacional/ pesquisa-e-inovacao/ audio/ 2022-02/ onu-inteligencia- artificial-reforcadesigualdade- de-genero- na-ciencia. Acesso em 30/9/2024.

MENDES, Rafael Pereira da Silva. **O papel da mulher na sociedade**. Reportagem: Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/ sociologia/ o-papel- mulher-na- sociedade.htm. Acesso em 2/6/2024.

MARACCINI, Gabriela. **Participação feminina na ciência brasileira cresce 29% em 20 anos, diz relatório**. Reportagem, Mar/2024. Disponível em: https:// www.cnnbrasil.com.br/ tecnologia/ participacao- feminina-na- ciencia-brasileira-cresce-29- em-20- anos-diz- relatorio/. Acesso em 30/9/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais como direito subjetivo.** [online]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/ 2021- ago-15/ direitos- fundamentais-direito- protecao-dados- pessoais-direito-subjetivo. Acesso em 2/6/2024.

SOARES, Kely do Nascimento, de SOUSA RIBEIRO, Paula Vitória. e SILVA NETO, Manuel Gonçalves da. **Iniciativas brasileiras para ingresso e permanência de mulheres na área de computação: um mapeamento sistemático da literatura.** Revista Brasileira de Computação Aplicada, vol.16, n.2 (ago. 2024), p. 60-74. DOI: https://doi.org/ 10.5335/ rbca.v16i2.15491. Disponível em: https://seer.upf.br/ index.php/ rbca/ article/ view/ 15491/ 114118038. Acesso em 29/9/2024.

TV Brasil. Caminhos da Reportagem. **Quebrando o Código: Mulheres e Inteligência Artificial.** Set/2024. Disponível em: https://tvbrasil.ebc.com.br/ caminhos- da-reportagem/ 2024/ 09/ quebrando- o-codigo- mulheres-e- inteligencia -artificial. Acesso em 29/9/2024.

WASSERM, Renata. **Elas na IA: uma questão de gênero**. [online]. Disponível em: https://jornal.usp.br/ wp-content/ uploads/ 2024/05/ 9-Renata- Wasserm. pdf. Acesso em 22/8/2024.

A POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO AO ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ATRAVÉS DAS MÍDIAS SOCIAIS: ANÁLISE DO COMPORTAMENTO ORGANIZACIONAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Águeda Cristina Galvão Paes de Andrade
Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas
Membro do Grupo de Pesquisa Constituição, Desigualdades e Políticas Públicas

Resumo:

Neste trabalho busca-se explorar a influência das mídias sociais na política pública de enfrentamento ao assédio sexual nas relações de trabalho, dentro do âmbito da Administração Pública, analisando a divulgação das informações sobre assédio sexual nas redes sociais e seus efeitos na capacidade de conscientização dentro da cultura organizacional. Passando pelo conceito do assédio sexual, o trabalho aborda a formação da política do enfrentamento ao assédio sexual na agenda governamental e a influência do comportamento humano nos movimentos sociais que deram origem a essa política pública. Com base nos dados obtidos nos painéis de controle da Controladoria-Geral da União, a pesquisa procura analisar as mudanças do comportamento organizacional na Administração Pública através de companhas institucionais e alterações legislativas que foram provocadas pelo movimento de combate ao assédio sexual disseminado nas mídias sociais. O objetivo é identificar a influência da mídia social institucional como mecanismo de enfrentamento ao assédio sexual no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: Assédio sexual; Mídia social; Comportamento organizacional; Administração pública.

Introdução

O presente trabalho busca explorar a influência das mídias sociais na política de enfrentamento ao assédio sexual nas relações de trabalho, dentro do âmbito da Administração Pública, analisando a divulgação das informações sobre assédio sexual nas redes sociais institucionais e seus efeitos na capacidade de conscientização dentro da cultura organizacional.

A pesquisa aborda as possíveis mudanças de comportamento dentro do ambiente do trabalho, em especial na Administração Pública brasileira, através de companhas institucionais e alterações legislativas que foram provocadas pelo movimento de enfrentamento ao assédio sexual nas mídias sociais. O objetivo é identificar a influência da mídia social na mudança do comportamento organizacional no âmbito da Administração Pública.

A justificativa para pesquisa está na necessidade de enfrentar o assédio sexual através de uma política de mudança de comportamento organizacional que encontra barreiras na cultura machista existente no Brasil, na prática violência de gênero mascaradas como "brincadeiras" e "piadas" visando incapacitar e inferiorizar as mulheres como profissionais dentro no âmbito de trabalho.

Como uma forma de enfrentar esse tipo de violência praticado principalmente contra as mulheres, a Administração Pública implementou a política pública do enfrentamento do assédio sexual institucionalizada através da publicação da Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023.

O assédio sexual também é apresentado como problema grave a ser tratado no âmbito das relações de trabalho, em especial na Administração Pública.

O constrangimento, que traz em seu significado a existência de violência física ou moral, prejudica o meio ambiente de trabalho, que deve ser saudável de forma a viabilizar o exercício de direito fundamental, que é o direito ao trabalho.

A Convenção 190, da Organização Internacional do Trabalho-OIT, adotada na Conferência Internacional em junho de 2019, reconhece o direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio e fornece uma estrutura comum para a ação.

O trabalho também busca analisar como o comportamento do assédio passou da fase de banalização para a categoria de política pública de enfrentamento no âmbito da Administração Pública.

Assim, em primeiro lugar, a pesquisa busca identificar o que é o assédio sexual e a sua relação com o ambiente organizacional.

Para identificar o conceito de assédio sexual dentro da política pública brasileiro, serão abordadas as formas apresentadas pelo Estado para coibir a violência de cunho sexual, desde a criminalização da conduta (art. 216-A, do Código Penal) até a publicação da Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023, que instituiu o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais crimes contra a dignidade sexual no âmbito da Administração Pública.

A partir dessa identificação, passa-se à análise da influência do comportamento humano nos movimentos sociais que influenciaram a formulação da política pública de enfrentamento ao assédio sexual na agenda da política de governo brasileiro.

Através de uma breve análise sobre a tomada de decisão, busca-se en-

tender como mudanças sociais influenciaram a conscientização do assédio como uma violência a ser enfrentada através do desenvolvimento de política pública.

Para o estudo de formulação de política pública de enfrentamento ao assédio público na Administração Pública foi utilizado o Modelo de *Multiple Streams* de Kingdon que fundamenta a mudança da agenda governamental no resultado da convergência entre três fluxos: problemas, soluções ou alternativas e política.

Por fim, tendo como marco a publicação a publicação da Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023, a pesquisa também analisa a importância das informações sobre assédio sexual divulgadas através de mídias sociais e seus efeitos na mudança de comportamento organizacional da Administração Pública.

Utilizando os dados dos painéis de controle da Controladoria-Geral da União (CGU), no período anterior e posterior a publicação da Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023, através das análises das denúncias e das instaurações de processos administrativos disciplinares, busca-se entender o impacto na conscientização do assédio sexual como uma violência nas relações de trabalho a ser enfrentada tanto pela sociedade como pela Administração Pública.

Como metodologia, nesse trabalho será adotada a análise exploratória e pesquisa bibliográfica.

Metodologia

A metodologia proposta neste estudo visa descrever o raciocínio utilizado na pesquisa realizada dentro da realidade proposta.

Será utilizada a pesquisa qualitativa porque ele trabalha com os fenômenos humanos, delineando os seus significados. Minayo (2001) observa que a pesquisa qualitativa *"ocupa, nas Ciências Sociais, com um nível de realidade que não pode ou não deveria ser quantificado"* (p. 21).

O método escolhido é o dialético. Assim que afirma Vergara (2019) *"seu foco é, portanto, o processo. Dentro dele, o entendimento de que a sociedade constrói o homem, e ao mesmo tempo, é por ele construída*" (p. 4).

As informações serão obtidas através de pesquisa bibliográfica na qual serão objeto de consulta as publicações em geral, como materiais inseridos em livros, teses e dissertações, artigos, legislação, periódicos especializados e materiais disponibilizados na internet, sobre temas relacionados à atuação dos órgãos públicos na prevenção e repressão ao assédio sexual nas relações de trabalho.

A análise exploratória será necessária para entender se houve ou não uma mudança comportamental na Administração Pública, no caso da pesquisa, com base nos dados encontrados nos painéis de controle da Controladoria-Geral da União, antes e depois da publicação da Medida Provisória nº 1.140, de 27 de outubro de 2022 convertida na Lei nº 14.540, de 3 de abril

de 20233 e se essa mudança está relacionada também a divulgação sobre o assédio sexual nas mídias sociais.

Referencial teórico

Assédio sexual

A Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho - Convenção190/2019, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - é o primeiro tratado internacional definindo os padrões legais sobre violência e assédio no mundo do trabalho, incluindo o assédio sexual.

Para a OIT, o conceito de violência e assédio abrange "*um conjunto de comportamentos, práticas ou ameaças inaceitáveis, de ocorrência única ou repetida, que objetivem, causem efetivamente ou sejam suscetíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e o assédio com base no gênero.*"

A Convenção (N.º 190) apela aos países signatários a aplicação da lei, aos meios de recurso e à assistência como componentes essenciais de qualquer tentativa de pôr termo à violência e ao assédio (artigo 10.º C190 e paras. 14-22 R206).

Como observado no trabalho da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre assunto, a Convenção da OIT apresenta um conceito amplo abarcando várias condutas e práticas lesivas nas relações de trabalho:

> Nesse contexto, o conceito de violência e assédio abrange um conjunto de comportamentos, práticas ou ameaças inaceitáveis, de ocorrência única ou repetida, que objetivem, causem efetivamente ou sejam suscetíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e o assédio com base no gênero. Logo, a C190 adota um conceito amplo de violência e assédio, permitindo abarcar uma gama diversificada de condutas e práticas lesivas ao meio ambiente de trabalho (p. 2)

O Brasil, apesar de ser país signatário, ainda não ratificou o texto e, portanto, não há a obrigatoriedade de incorporar o teor da convenção às legislações nacionais. Contudo, isso não significa que o Brasil não tenha o compromisso moral de seguir as orientações da Convenção nº 190. A assinatura da Convenção Internacional significa, ao menos, o compromisso de incorporá-la internamente.

No Brasil, as alterações legislativas para o enfrentamento ao assédio sexual, começaram com o Código Penal que o define como conduta humana que causa constrangimento alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função (art. 216-A, incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001).

Posteriormente, com a alteração produzida pela Lei nº 14.612, de 3 de

julho de 2023, o assédio sexual foi tipificado como infração disciplinar no (art. 34) no Estatuto da Advocacia.

Apesar de não ter conceituação própria, a Consolidação das Leis Trabalho prevê a rescisão do contrato de trabalho quando o empregador ou seus prepostos praticar contra o empregado ato lesivo da honra e boa fama (art. 483) de forma que a conduta considerada como assédio sexual, pode ser combatida através da rescisão contratual.

A par do enquadramento penal a ser analisado pela autoridade que detêm competência para fazê-lo, o ato atentatório a liberdade sexual, quando praticado dentre das instituições públicas federais e por servidor público deve ser objeto de análise pela autoridade administrativa competente para apurar a existência de infração funcional, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, e na Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990, que trata sobre as normas de conduta dos servidores públicos civis da União.

Ainda no âmbito da Administração Pública, a Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023 instituiu o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais crimes contra a dignidade sexual no âmbito da Administração Pública, através da divulgação institucional e capacitação dos servidores públicos colocando o combate ao assédio sexual na agenda da política pública brasileira.

A influência do comportamento humano nos movimentos sociais

A política pública de enfrentamento ao assédio sexual ganhou destaque na agenda da política de governo brasileiro como fenômeno decorrente do movimento social de conscientização do assédio como uma violência a ser combatida.

Como será discutido mais adiante, as mudanças que conseguem atrair a atenção do governo introduzidas na dinâmica política interferem na influência do fluxo de problemas e do fluxo político.

O surgimento dessas mudanças decorre de determinados comportamentos humanos que influenciam o curso do fluxo até então existente.

RICHARD e SUNSTEIN (2021) afirmam categoricamente que *"os humanos são com frequência influenciados por outros humanos, mesmo quando não deveriam"* (p. 83).

Ao analisar as grandes mudanças sociais na ótica da tomada de decisão, os autores destacam que o início surge em uma espécie de impulso social:

> Grandes mudanças sociais, tanto no mercado quanto na política, começam com um *nudge* social pequeno e fortuito. Uma pessoa de destaque talvez dê uma opinião ou participe de uma ação, e isso funciona como um sinal verde, uma permissão para que outras façam o mesmo. Ou pode ser que a opinião ou ação parta de

> alguém que não é tão proeminente, mas tenha comprometimento e consiga atrair a atenção do público, e com isso acabe causando uma grande mudança num negócio ou até numa cultura (p. 83-84).

Para os autores (2021), o motivo da facilidade da influência dos humanos por outros é a conformidade, com a tendência de se manter fiel a padrões estabelecidos mesmo quando é necessário adotar novos. Esse fenômeno é conhecido como conservadorismo coletivo (p. 91), como ocorre com a cultura machista.

Como explica BIROLI (2018) as diferenças codificadas como "*naturalmente"* femininas ou masculinas decorrem da atribuição distinta de habilidades decorrente de normas masculinas e que são utilizadas para justificar as desvantagens econômicas entre mulheres e homens (p. 35).

Em uma cultura machista, a violência contra as mulheres é resultado de múltiplos fatores. Como explica a autora (2018) *"os obstáculos para que as mulheres deixem relacionamentos e lares violentos têm como componente importante, embora não exclusivo, o fato de que sua posição relativa implica, pelos padrões sociais expostos nas seções anteriores, condições materiais e cotidianas desvantajosas e de maior vulnerabilidade relativamente aos homens, sobretudo quando têm filhos pequenos"* (p. 739).

Observa KERR (2024) que a cultura tem reflexo tanto na sociedade como no ambiente corporativo e *"não se resume aos valores e comportamentos 'lindos' escritos na parede, logo na entrada do escritório. Mas sim a tudo o que é vivenciado e experienciado no dia a dia pela liderança e ensinado a todas as pessoas*" (p. 54).

Sobre a origem da cultura do assédio nas empresas, ensina KERR (2024) que essa cultura traz conceitos enraizados de que mulheres são objetos e propriedades dos homens:

> No dia a dia das empresas, a palavra mais usada em referência a situação de assédio sexual é "brincadeira", sempre para tentar minimizar a gravidade da questão. No entanto, todo contato físico indevido é assédio sexual. E um ponto alarmante: em muitos casso, as mulheres, que são as principais vítimas do assédio, acabam sendo responsabilizadas pela violência que sofrem (108).

Como assinalam DE SÁ *et al* (2022) "*a cultura patriarcal, baseada no sexismo e no machismo, possui alguns resquícios de valores patriarcais que estão por trás as violências organizacionais vivenciadas pelas mulheres no mercado de trabalho"*.

Também está intrínseco na cultura organizacional as violências conhecidas como *mansplaining*, *manterrupting, gaslighting* e *bropriating* que são praticadas isoladamente ou em combinação tendo em vista que são prática decorrente da cultura machista, de superioridade masculina, enfim, da herança patriarcal.

DE SÁ *et al* (2022) apresentam as definições autoexplicativas dessa forma de violência:

> O mansplaining cujo significado literal para o português é "Homem Explicar, ou seja, "homem que explica" conhecido vulgarmente também como 'macho palestrinha', ocorre à partir de o momento em que um homem se propõe a discorrer sobre alguma coisa que é evidente para ela.
> [...]
> O manterrupting que significa homem interrupção, ou seja, "homens que interrompem", é muito comum quando uma mulher está em seu momento de fala e um homem a interrompe de maneira recorrente e sem necessidade não permitindo que ela conclua seu raciocínio. O Gaslighting que significa "a luz do cadeeiro a gás" se trata de uma violência psíquica ainda mais degradante para as mulheres que as demais, pois nesses casos o homem trata a mulher de forma com que ela duvide se si mesma, mesmo em situações que a mulher sabe que está correta, ou seja ele faz com que a mulher não acredite em seu próprio raciocínio lógico ou em sua percepção dos fatos. Já o bropropriating que pode ser traduzido como "irmão que se apropria", decorre de situações em que o homem utiliza a criação de uma mulher como se fosse sua, seria então o roubo das ideias femininas, uma vez que não considera dar créditos a verdadeira autora da ideia (NÓBREGA et al., 2019) (p. 199/200).

São violências relacionadas ao comportamento discursivo dos homens em relação aos discursos das mulheres visando diminuir sua importância, invalidá-lo e silenciá-las, principalmente no âmbito do trabalho.

Como destacam DE SÁ *et al* (2022) o machismo eu sua forma discursiva está muito presente no mercado de trabalho, sendo em muitos casos não percebidos pelos homens, uma vez que na grande maioria dos casos são eles que reproduzem esse tipo de violência, sendo em contrapartida um elemento muito conhecido pelas mulheres trabalhadoras (p. 201)

Por outro lado, a quebra do conservadorismo coletivo é possível através de *nudge* social pequeno e fortuito que vai crescendo e ganhando protagonismo através das mídias e redes sociais, como é a situação do enfrentamento ao assédio sexual.

Formulação de política pública do enfrentamento ao assédio sexual

Kingdon, em seu Modelo de *Multiple Streams,* considera as políticas públicas como um conjunto formado por quatro processos: (i) estabelecimento de uma agenda de políticas públicas; (ii) consideração das alternativas para formulação de políticas públicas; (iii) a escolha dominante entre o conjunto de alternativas possíveis e (iv) implementação da decisão.

Como explica Capella (2006), no Modelo de *Multiple Streams* de Kingdon, a situação social percebida só configura problema quando os formuladores de políticas acreditam que devem fazer algo a respeito e isso acontece

por meio de 3 (três) mecanismos básicos: (i) indicadores; (ii) eventos, crises e símbolos e (iii) *feedback* das ações governamentais.

A política, de acordo com Kingdon é o resultado produzido pelas coalizações construídas, pelo processo de barganha e negociação política construídas pelo clima ou humor nacional, pelas forças políticas organizadas e pela mudança de dentro do próprio governo.

Por meio desses mecanismos são identificados dois fluxos: o fluxo de problemas e o fluxo político. E por meio das circunstâncias chamada de *policy windows* esses fluxos se convergem.

Assim um novo problema consegue atrair a atenção do governo (por meio de indicadores, eventos ou feedback) ou surge quando mudanças são introduzidas na dinâmica política (principalmente mudanças no clima nacional ou mudanças dentro do governo).

A oportunidade para que a mudança se processe é gerada pelo fluxo de problemas e pelo fluxo político e dos eventos que transcorrem no interior do processo e é nesse ponto que surgiu e aconteceu a política pública de enfrentamento ao assédio sexual na Administração Pública transformando em agenda *setting*.

O programa teve seu nascedouro na Advocacia-Geral da União, através da Procuradoria-Geral Federal, com o Projeto para prevenção e Combate ao Assédio Sexual nas Instituições Federais de Ensino Superior (Portaria PGF n. 790, de 05 de setembro de 2019, publicado no Boletim de Serviço nº 39 de 30 de setembro de 2019) tendo em vista a constatação de divergência de entendimento dos órgãos setoriais das Corregedorias na análise de condutas que podiam ser consideradas como assédio sexual, bem como a dificuldade de conduzir os processos administrativos instaurados para apurar a conduta ilícita.

Posteriormente, o Presidente da República publicou a Medida Provisória nº 1.140, de 27 de outubro de 2022, que instituiu o Programa de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual no âmbito dos sistemas de ensino federal, estadual, municipal e distrital.

A medida provisória foi convertida na Lei nº 14.540, de 2023, que instituiu o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e à violência sexual no âmbito da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual, distrital a municipal.

Em termos legislativos a política de enfrentamento ao assédio sexual na Administração Pública foi concretizada com a publicação da Lei nº 14.540, de 3 abril de 2023, através das amplas divulgações nas mídias e redes sociais, de materiais de conscientização, como cartilhas educativas nos diversos órgãos de Administração Pública.

Mídia e rede social

As mídias sociais são definidas como um canal de descentralização e veiculação de informações. São meios de produção de conteúdo permitindo a interação de seu público.

COGO e DUTRA (2011) ensinam que as mídias penetram todas as instâncias da vida social, estão no foco das discussões sobre globalização, mundialização da cultura e aceleração dos fluxos informacionais, sendo apontadas como protagonistas de mudanças nas interações sociais e nas formas de reconhecimento (p. 76).

As redes sociais são consideradas um espaço *on line* cujo principal objetivo é aproximar pessoas com interesses em comum, através da interação de ideias e interesses. São conceituadas por COGO e DUTRA (2011) como organizações sociais que permitem a potencialização de recursos e a contribuição para a resolução de problemas a partir de uma lógica de não homogeneização dos grupos sociais, mediante a estruturação de vínculos entre grupos com interesses e preocupações comuns (p. 81).

As autoras (2011) observaram que há uma multiplicação das possibilidades de produção, com a proliferação de sites pessoais, *weblogs* e sites com temáticas específicas na web, fazendo vislumbrar espaços de experimentação comunicativa por aqueles que dispõem de acesso à *internet* com a oportunidade de criação e publicação de conteúdo e geração de intercâmbios e sociabilidades (p. 90).

Para a concretização dos objetivos da Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023, a Administração Pública tem utilizado a teia de informações que trazem as mídias e redes sociais como mecanismo de prevenção da prática do assédio sexual e disseminação das campanhas educativas sobre as condutas e os comportamentos que caracterizam o assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, com vistas à informação e à conscientização dos agentes públicos e da sociedade, de modo a possibilitar a identificação da ocorrência de condutas ilícitas e a rápida adoção de medidas para a sua repressão.

Um exemplo é a divulgação do Guia Lilás - Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal nas páginas oficiais da CGU no *facebook* e no *instagram*.

Análise de dados

Neste trabalho foi utilizado dados dos painéis de controle da Ouvidoria - Geral da União e da Corregedoria-Geral da União no período anterior e posterior da Medida Provisória nº 1.140, de 27 de outubro de 2022 convertida na Lei nº 14.540, de 3 de abril de 2023.

Os dados foram obtidos na página de Centrais de Painéis da Controladoria-Geral da União.

Com base na análise das denúncias e das instaurações de processos administrativos disciplinares, busca-se entender o impacto na conscientização do assédio sexual como uma violência nas relações de trabalho a ser enfrentada tanto pela sociedade como pela Administração Pública.

Em uma análise comparativa dos dados constantes da Central de Painéis da Controladoria-Geral da União e tendo como referência temporal a promulgação da Medida Provisória nº 1.140, de 27 de outubro de 2022, podemos observar uma mudança no número de manifestações/denúncias sobre assédio sexual na Ouvidoria e um aumento do quantitativo de apurações disciplinares nas condutas de conotação sexual pela Corregedoria-Geral da União.

Dentro da série história de 2016-2022, no canal da Ouvidoria - Geral da União foram registradas 1.216 manifestações relacionadas a denúncia de assédio sexual, sendo 1.066 habilitadas.

Após 2022 até 2024, foram apresentadas 940 manifestações, sendo 686 habilitadas. Não há elementos para entender se essa diminuição tem um aspecto positivo ou não.

No tratamento pela Corregedoria - Geral da União, até 2022 foram instaurados 56 processos disciplinares para apurar condutas de conotação sexual. Após esse período e até novembro de 2024, foram instaurados 2.257 processos administrativos, a maioria no Instituto Federal da Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (111 processos disciplinares).

De acordo com o relatório temático de denúncias de assédio sexual no sistema de Ouvidorias produzido pela Controladoria-Geral da União, as Instituições de Ensino são os espaços mais destacados de denúncias de assédio sexual:

> Nestes espaços se concentram 53% da força de trabalho da administração pública federal, sendo ambientes que além do corpo de servidores e alunos, convivem muitas pessoas da comunidade no entorno das Instituições de Ensino. Neste segmento, a análise realizada permitiu distinguir os relatos de assédio sexual que envolviam professores e alunos dos demais.
> O recorte de gênero das manifestações com relatos de assédio sexual analisadas apresenta ampla predominância de casos em que o denunciado é do gênero masculino ou a vítima do gênero feminino (p. 9).

Considerando o recorte temporal realizado, pode-se considerar que o aumento das denúncias recebidas pela Ouvidora-geral da União decorre de medidas relativas à prevenção e ao combate ao assédio considerando as dinâmicas específicas presentes nesses segmentos, como a edição da Medida Provisória n°1.140/2022, que inicialmente instituiu um Programa de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual na Administração Pública.

Contudo, não é possível afirmar que o recebimento de um número expressivo de denúncias de assédio sexual signifique a ocorrência de situações de assédio tendo em vista que será necessária a apuração dos fatos *a posteriori*.

Considerando apenas o ano de 2022 (após a promulgação da Medida Provisória nº 1.140, em 27 de outubro de 2022), foram instaurados 54 processos administrativos disciplinares, tendo a Caixa Econômica Federal como líder na instauração.

As conclusões de um estudo elaborado pela Controladoria-Geral da União - CGU, no período compreendido entre 1/1/2015 a 31/10/2019, apontam que o percentual de punição dos processos disciplinares de assédio sexual instaurados é de 38,78%, podendo chegar a 51,35% "se desconsiderados os processos cuja análise acabou prejudicada e aqueles cujo agente foi submetido a outro feito disciplinar".

Quanto a penalidade aplicada, o estudo *"mostrou que 42,10% das penas decorrentes de tais processos foram de suspensão, seguida da de demissão, com 31,58%, e por fim, de advertência, com 26,32%"*.

Infelizmente há pouca informação sobre os denunciantes e reclamantes, bem como não há como afirmar que os dados refletem de forma indubitável a realidade dos efeitos da política de enfrentamento ao assédio sexual considerando a ausência de marcação precisa sobre os procedimentos administrativos disciplinares instaurados em razão das denúncias de condutas atribuídas como assédio sexual

Além disso deve ser considerado que o enfrentamento do assédio sexual como política pública é algo recente e ainda enfrenta o receio das vítimas de denunciar o assediador com medo de possível retaliação tendo em vista a cultura organizacional machista que ainda existe dentro das empresas e da Administração Pública.

Como observa DE SÁ *et al* (2022) *"apesar de a cultura patriarcal não ser mais explícita como inicialmente na colonização, ainda assume comportamentos sutis dentro da sociedade brasileira atual, objetivando reafirmar a superioridade masculina e a inferiorização feminina."* (p. 204) e isso impacta tanto no número de denúncias como no julgamento dos processos administrativos disciplinares.

Conclusão

Como pauta da agenda governamental da política pública, para o enfrentamento ao assédio sexual, foi constatado a inclusão de medidas voltadas à conscientização a respeito das variadas formas e manifestações de assédio, o que inclui a ampla capacitação de gestores com vistas à prevenção e identificação das condutas consideradas como assédio, responsabilização na hipótese da ocorrência de situações de assédio e a divulgação de informações educativas através das mídias sociais institucionais.

O avanço é grande tendo em vista a importância do assunto na pauta

governamental, com a instituição da política pública de enfrentamento ao assédio sexual, institucionalizada através da Lei nº 14.540, de 2023, como o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e à violência sexual no âmbito da Administração Pública.

O assédio sexual é um problema grave a ser tratado no âmbito das relações de trabalho, em especial na Administração Pública. É visto como uma forma de atentado contra a dignidade da pessoa humana, atingindo a liberdade sexual, que pode gerar consequências danosas à vítima, muitas vezes, irreversíveis, devendo prática tal ser fortemente combatida no âmbito da cultura organizacional, ainda impregnada pela herança machista do patriarcado.

Para isso, a Administração Pública tem se utilizado também das mídias e redes sociais para divulgação do programa de enfrentamento ao assédio sexual na Administração Pública, com orientações para prevenção, assistência e meios para realização de denúncia, entre outras informações úteis para o enfrentamento dessas práticas abusivas.

A divulgação do programa pode ser um fator responsável pelo aumento nas denúncias sobre assédio sexual na Ouvidoria - Geral da União e uma evolução na apuração disciplinar nas condutas de conotação sexual pela Corregedoria-Geral da União.

O programa de enfrentamento ao assédio sexual tem a importância por envolver não só a parte sancionatória, mas também a parte educativa, até chegar um patamar de educar pela conscientização.

Essa política pública é a primeira etapa da mudança da cultura organizacional em relação as condutas consideradas como assédio sexual.

Ainda é necessário organização dos dados a respeito das denúncias e processos disciplinares instaurados para apurar a prática de assédio sexual.

Para mudança de programa de cultura organizacional livre de assédio é necessário ainda um levantamento a respeito da percepção das situações de assédio em suas mais variadas formas no âmbito institucional.

O meio ambiente saudável de trabalho no âmbito das empresas e da Administração Pública requer respeito e igualdade de condições, independente de gênero e isso depende da mudança da cultura organizacional, com divulgação de informações educativas a respeito das condutas consideradas como assédio sexual, esclarecimento que sua prática não será tolerada e as denúncias serão recebidas de forma segura e sem retaliação.

Referências

BIROLI, Flávia. **Divisão Sexual do Trabalho**. Gênero de Desigualdades. Rio de Janeiro: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia. **Divisão Sexual do Trabalho e Democracia**. Revista de Ciências Sociais, vol. 59, no 3, Rio de Janeiro. 2016.

CAPELLA, Ana Cláudia N. **Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas**. Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais, 61. 2006.

COGO, D., & DUTRA Brignol, L. (2011). **Redes sociais e os estudos de recepção na internet**. *MATRIZes*, *4*(2), 75-92. https://doi.org/ 10.11606/ issn.1982-8160.v4i2p75-92

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**. Estudo temático assédio sexual: Tratamento correcional do assédio sexual no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR).** Disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/ bitstream/ 1/ 76960/ 1/ Estudo_Tem%C3%A1tico_Ass%C3%A-9dio_Sexual_2020.pdf.pdf

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Relatório temático: Denúncias de Assédio Sexual no Sistema de Ouvidorias do Poder Executivo Federal (SisOuv**). Disponível em https://www.gov.br/ ouvidorias/ pt-br/ central-de- conteudos/ relatorios/ relatorios- tematicos/ assedio- sexual-2022.pdf

CONVENÇÃO 190, da Organização Internacional do Trabalho-OIT. Disponível em https://normlex.ilo.org/ dyn/ normlex/ es/ f?p=NORMLEXPUB:12100:0::-NO::P12100_ILO_CODE:C190

DE SÁ, Stephany Mary Assis et al. **Manifestações da violência organizacional contra as mulheres no mercado de trabalho nacional**. Revista Brasileira de Administração Científica, v. 13, n. 4, p. 189-205, 2022.

KERR, C. **Cultura Organizacional, Livre de Assédio. Literare Books Internacional**: São Paulo: Literare Books. 2024.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Vozes.2001.

PASQUELETO, Olívia de Quintana Figueiredo (coordenadora). Grupo de Pesquisa Trabalho e Desenvolvimento (GPTD) FGV Direito SP. **Uma introdução à Convenção nº 190 da OIT Combate ao assédio e violência no trabalho**. Disponível em https://repositorio.fgv.br/ items/ c3accc93- 9173-44ba- 9b17-a631f-0fb3922

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. Nudge: **Como tomar melhores decisões**: Edição ampliada e definitiva (Portuguese Edition). Objetiva. 2021.Edição do Kindle.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 16ª ed. São Paulo: Atlas. 2019.

OS LIMITES NO USO DA IA PARA RECRIAÇÃO DE IMAGENS DE PESSOAS FALECIDAS

Martha Leal

Advogada e Vice-presidente do Instituto Nacional de Proteção de Dados, Pós-graduada em Direito Digital pela FMP-RS. Mestre pela Universidad Internacional Iberoamericana Europea de Atlântico e Universidad UNINI México. Data Protection Officer ECPB pela Maastricht University

Resumo:

O artigo examina os limites éticos e legais do uso de inteligência artificial (IA) na recriação de pessoas falecidas, destacando desafios associados a possíveis violações a direitos de personalidade do representado digitalmente pela tecnologia através de "deepfakes". A análise aborda a proteção pós-morte prevista pelo Código Civil Brasileiro e que garante a preservação da honra objetiva e da imagem. Entretanto, dilemas surgem quando herdeiros autorizam usos que podem distorcer o legado do falecido, como exemplificado na campanha publicitária da Volkswagen, que recriou a cantora Elis Regina em um contexto comercial criticado por desrespeitar seu histórico político. Além disso, o artigo reflete sobre a dificuldade de se definir limites para o uso ético dessas tecnologias, considerando tanto os interesses comerciais quanto a preservação da identidade histórica e cultural. Casos como o da cantora Madonna, que proibiu o uso de IA para fins póstumos, evidenciam o receio de artistas em relação à manipulação indevida de suas imagens e legados. Conclui-se que o avanço tecnológico desafia conceitos tradicionais de direitos autorais e de personalidade, demandando novas abordagens legais e éticas para equilibrar interesses comerciais, a dignidade dos representados e a preservação de memórias históricas.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Recriação de pessoas falecidas; Limites legais; Uso ético.

Introdução

O presente artigo se propõe a analisar os limites éticos e legais no uso da inteligência artificial aplicados a pessoas falecidas. Testemunha-se, dia a dia, o avanço e a sofisticação da tecnologia e sistemas de Inteligência artificial em uma velocidade surpreendente e tão qualificada no que tange ao

estado da arte, que não raro, torna-se difícil distinguir a realidade do cenário que nos é apresentado.

No atual panorama em que vivemos a tecnologia é capaz de recriar e criar cenários envolvendo imagens e vozes de pessoas com tamanha perfeição que seria possível afirmar que, salvo pelo conhecimento prévio de que os atores já não se enquadram na categoria de pessoas naturais, a identificação do que é ou não realidade, seria tarefa árdua.

Campanhas publicitárias cada vez mais estão fazendo uso de forma inovadora da inteligência artificial, criando avatares digitais de alta qualidade e que replicam características de pessoas reais, possibilitando uma versão digital de atores e modelos que pode ser utilizada repetidamente e em diferentes cenários e contextos. A reprodução de pessoas se torna possível através da tecnologia de deepfake ou modelos avançados de reconstrução facial que logram êxito na recriação digitalmente de celebridades ou pessoas históricas em diferentes cenários e interações. Entretanto, tais práticas atraem implicações legais e éticas que exigem um olhar aprofundado, pois o campo do direito para fins de atendimento da sua missão principal que é a promoção da justiça e garantia de direitos precisa se esforçar para acompanhar a velocidade dos desafios impostos pela tecnologia.

Nessa linha, o objetivo do presente ensaio é explorar os limites na reprodução de contextos e imagens após a morte, mesmo em casos que contem com a autorização dos herdeiros, sob o olhar dos direitos de personalidade. Convida-se à reflexão por parte do leitor, se os direitos de imagem de uma pessoa falecida são válidos após a sua morte, e se, a reprodução digital poderá violar os direitos fundamentais, mesmo diante da permissão quanto ao seu uso por parte dos herdeiros legais? Para além desta provocação, em sendo a privacidade e a dignidade direitos protegidos "pós mortem", quais os limites para que a reprodução inadequada ou desrespeitosa da vida vivida pelo falecido possa afrontar esses princípios?

Sem dúvida, será necessário a análise sob o olhar das leis vigentes e que incidem sobre o problema que se apresenta e que trazem aspectos legais, tais como, a Constituição Federal, Código de Processo Civil, entre outras normas, as quais serão abordadas para fins de subsidiar

posicionamentos divergentes com relação ao uso lícito ou não, de imagens criadas por sistemas que utilizam inteligência artificial.

Do quadro legal existente

Situa-se o presente tema no campo dos direitos morais do autor, vinculados a sua personalidade, prevalecendo em face aos direitos patrimoniais (COSTA NETTO, 2023; LIMA, 2024).

Convém transcrever, trecho da obra de Carlos Alberto Bittar ao abordar os direitos morais do autor:

> [...] são direitos de natureza pessoal, cabível a ideia para as pessoas jurídicas[...] perpétuos ou perenes, não se extinguindo jamais; são inalienáveis, não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser o criador, pois deles não pode dispor, são imprescritíveis, comportando, pois, exigência por via judicial a qualquer tempo; e, por fim, são impenhoráveis, não suportando, pois, constrição judicial (a lei fala em inalienabilidade e irrenunciabilidade, art. 27, realçando, em outro passo, a inacessibilidade dos direitos - art. 49, inciso I) (BITTAR, 2015, p. 66).

Quando adentramos no campo da sucessão de direitos morais do autor, nos endereçamos a Lei 9.610/98 a qual estabelece em seu art. 24º., 4º., a transmissão aos herdeiros do autor, e ao Estado sobre as obras que se encontram sobre domínio público.

Os direitos morais, portanto, estão intrinsicamente relacionados aos direitos personalíssimos, sendo irrenunciáveis, indisponíveis e instransponíveis.

Importante registrar, que no que diz respeito ao dispositivo legal ora referido, que o tema não encontra unanimidade, uma vez que, existem críticas quanto a transmissão dos direitos morais do autor aos herdeiros, uma vez que com a morte deste, restaria apenas os direitos patrimoniais a serem transmitidos (ZANINI, 2020, p. 113-132).

Situar a discussão relacionada as provocações que o uso da tecnologia com sistemas de inteligência artificial, através de deepfakes, para reproduzir pessoas falecidas em diversos cenários e contextos, é de suma relevância e perpassa necessariamente pelo enfrentamento do caráter de transmissibilidade desses direitos "pós mortem".

Os direitos personalíssimos, aqueles ligados à dignidade da pessoa humana, tais como a honra, a imagem, o nome, a privacidade, entre outros, não se extinguem com a morte, embora a sua proteção e titularidade possam assumir diferentes configurações.

No caso de uma pessoa falecida, os herdeiros podem zelar pela proteção desses direitos, resguardando a memória, imagem e o nome da pessoa falecida, e no caso de autores, o direito de ser reconhecido como criador da obra, o chamado direito de paternidade.

A honra, no quadro legal nacional, é reconhecida como um direito personalíssimo e protegido por diversos dispositivos legais, abaixo referidos:

> **Constituição Federal de 1988**
> Art. 5º., incisos V e X:
> Inciso V - Garante o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.
> Inciso X - Afirma que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando indenização no caso de violação (BRASIL, 1988).

Código Civil (Lei n. 10.406/2002)
Art. 11. - Estabelece a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade.
Art. 12. - Permite que os titulares ou seus representantes legais exijam a cessação de ameaça ou lesão aos direitos de personalidade.
Art. 17. - Proíbe o uso do nome de um indivíduo a situações que o exponha ao desprezo público.
Art. 20. - Regula o uso da imagem de uma pessoa, protegendo-a contra exposições indevidas, que incluem ofensas à honra (BRASIL, 2002).
Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)
Art. 319, inciso VII - Permite o pedido de tutela jurídica para a reparação de danos causados à honra.
Art. 773 - Admite sanções contra quem utiliza o processo de forma abusiva para lesar a honra de terceiros.
Marco Civil da Internet (Lei no. 12.965/2014)
Art. 7º., incisos I e II - Assegura aos usuários de internet a proteção da intimidade, honra e imagem (BRASIL, 2015).

Verifica-se, pois, que a proteção a honra é amplamente respaldada pelas normas legais, abrangendo tanto a honra subjetiva, aquela que representa a reputação do indivíduo perante a sociedade, quanto a honra subjetiva, traduzida pelo sentimento individual de dignidade.

No caso em questão, endereça-se a problemática trazida pelo uso de *deepfake* na reprodução de imagens e criação de cenários de forma que não retrate o legado do falecido, na violação a honra objetiva, uma vez que após a morte de um indivíduo os aspectos ligados ao sentimento individual não são mais aplicáveis, pois são intransmissíveis e cessam com o falecimento. No entanto, a honra objetiva, permanece passível de proteção, especialmente no que diz respeito à memória e a sua reputação perante a sociedade. A manipulação de imagens poderá a depender do contexto denegrir a reputação do indivíduo que não se faz mais presente no mundo físico.

O uso de inteligência artificial para recriar contextos envolvendo pessoas falecidas levanta questões éticas e legais significativas e que demandam um olhar cuidadoso e bastante crítico, direcionado àquele que já não se faz mais presente fisicamente para se fazer representar, a se considerar possíveis excessos por parte dos herdeiros, e também, no interesse da sociedade, a medida em que, ao se produzir ambientes digitais com contextos distorcidos de fatos históricos do passado, compromete-se, também, a memória dos indivíduos e a preservação histórica.

O manejo das imagens de pessoas falecidas e a criação de novos cenários poderá ser percebida, a depender do panorama, como uma violação ao direito da dignidade humana? A autorização dos herdeiros no uso das imagens criadas por inteligência artificial seria suficiente para legitimar esse tra-

tamento? Na hipótese do questionamento ao último questionamento, quem teria legitimidade para opor-se ao uso indevido da imagem, levando-se em conta que, os herdeiros não teriam interesse, haja vista a autorização para fins comerciais?

Outro ponto de suma importância está no risco de manipulação indevida das imagens, o que pode levar a disseminação de desinformação ou a criação de conteúdos que deturpem a história e as características da pessoa representada.

O caso Elis Regina e a campanha publicitária da Volkswagen

Exemplo disso, foi vivenciado, em julho de 2023, com o lançamento da campanha publicitária comemorativa de seus 70 anos no Brasil, a qual utilizou inteligência artificial para recriar a imagem da cantora Elis Regina, falecida em 1982. No vídeo, a cantora apareceu dirigindo uma Kombi clássica e cantando um dueto da canção "Como nossos Pais", de Belchior, ao lado de sua filha, Maria Rita. A produção fez uso de técnicas de "deepfake" para criar uma montagem realista dos rostos das cantoras.

Apesar da peça publicitária ter emocionado os espectadores com o encontro virtual entre mão e filha, elogiando os potenciais da inteligência artificial em possibilitar a sensação de reviver pessoas já falecidas e recriar situações novas, houve muitas críticas sobre a ética ao utilizar inteligência artificial neste contexto, questionando se tal prática respeitaria a integridade e a imagem do indivíduo.

No caso específico desta campanha publicitária, alguns aspectos de cunho social se destacaram: i) a Elis Regina vivenciou em seu passado uma relação complexa com o regime militar, tornando-se uma crítica da ditadura; ii) em 1969, a sua declaração de que o país vivia uma tortura, gerou atritos com o regime militar, posicionando a artista como contrária ao regime político, à época; iii) a Volkswagen, teria um relacionamento muito próximo com o regime militar, sendo que, em 2020, a multinacional fez um acordo milionário (VENDRUSCULO, 2020) concordando em pagar uma indenização por sua colaboração com o regime, tendo o montante sido destinado a iniciativas de memória histórica, direitos humanos e compensação a trabalhadores prejudicados.

Levando em conta o cenário exposto, a recriação da Elis Regina na campanha da Volkswagen, por técnicas de inteligência artificial, trouxe à tona a conexão histórica entre a pessoa representada pela tecnologia e o seu passado, gerando muitas críticas e questionamentos sobre o possível desrespeito à sua memória.

A particularidade do posicionamento político da cantora adicionou uma camada extra de complexidade ao debate em questão, pois para muitos, o uso da imagem no contexto comercial foi dissociado de seus valores e le-

gado político, desrespeitando a sua memória e distorcendo a sua identidade (VENDRUSCULO, 2020).

Portanto, a partir deste exemplo, é possível visualizar a importância de se considerar o contexto histórico, cultural e ideológico de figuras públicas ao se decidir como as suas imagens serão utilizadas após a sua morte.

Nessa toada, diversos artistas manifestaram publicamente sua oposição ao uso de suas imagens e obras por sistemas de inteligência artificial, após a sua morte. As preocupações giram em torno de direitos autorais e integridade artística.

A cantora Madonna, a título ilustrativo, tomou medidas para proteger o seu legado póstumo, atualizando o seu testamento e estabelecendo diretrizes claras sobre o uso da sua imagem e obras após a sua morte. Entre as disposições, a cantora proibiu expressamente a utilização de tecnologias como hologramas e inteligência artificial para recriar sua imagem e voz em futuras produções (MADONNA PROÍBE USO..., 2023).

Portanto, é possível vislumbrar através destes movimentos provocados pelo avanço de tecnologias emergentes, uma preocupação crescente e justificável entre artistas sobre o uso de suas identidades por meio de inteligência artificial, podendo comprometer a integridade das suas obras e o legado profissional.

Por fim, voltando ao caso da cantora Elis Regina, importante registrar que contou com autorização dos herdeiros, o que torna a situação mais complexa em termos éticos, posto que, a família pode ter um entendimento diferente do posicionamento político e ideológico da pessoa representada e até mesmo ser movido por interesses comerciais que vão de encontro ao legado de quem não se encontra mais aqui para defender os seus direitos.

Conclusão

Segundo Luciano Floridi (2014) a transformação da sociedade pela tecnologia da informação, em especial o uso da inteligência artificial, desafiará conceitos tradicionais de direitos autorais, levantando questões sobre quem detém os direitos sobre conteúdos criados ou assistidos por inteligência artificial.

Pois bem, transcorrido uma década da previsão de Floridi (2014), o momento atual, com a evolução das técnicas que utilizam "deepfake" e a sua plena receptividade pela sociedade conceitos jurídicos clássicos são desafiados e clamam por uma nova abordagem que pressupõe, ao menos, o reconhecimento de que até pouco tempo atrás a sociedade não imaginaria a possibilidade de ser eternizado digitalmente.

Portanto, diante deste cenário, como poderia o indivíduo que faleceu em um contexto cujo avanço tecnológico jamais poderia ter sido por ele previsto, possibilitando-o que se manifestasse previamente com relação a sua

vontade em ser ou não, reproduzido pela eternidade digital? E, considerando este contexto atual, como proceder quando a violação da honra de uma pessoa falecida ocorrer pelos próprios familiares, que em regra, deveriam ser os legítimos para atuar em proteção desta memória?

Apesar deste cenário ser bastante novo ao direito, nos parece crível que em sendo a honra de um indivíduo um direito personalíssimo, a preservação da sua memória, poderá em casos específicos, em que a violação a esses direitos se der pelos próprios herdeiros, nos socorrermos do disposto no art. 12 do Código Civil (BRASIL, 2002), e que permite que qualquer pessoa interessada defenda os direitos da personalidade do falecido.

Importante ressaltar que além da dignidade da pessoa falecida, há valores culturais e históricos que podem legitimar a defesa do patrimônio cultural, moral e histórico associado ao representado digitalmente pela tecnologia, por terceiros como o Ministério Público, associações ou instituições relacionadas a área de atuação daquele que hipoteticamente teria sofrido a violação dos direitos, a depender da relevância e do contexto do caso.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ Ato2015-2018/ 2015/ Lei/ L13105.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ LEIS/ 2002/ L10406compilada.htm. Acesso em: 30 nov. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ Leis/ L9610.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

FLORIDI, Luciano. The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality. London: OUP Oxford, 2014.

LIMA, Joyce de Mello. Direito autoral: conceitos e institutos de proteção. In: WACHOWICZ, Marcos et al. Anais do XVII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Curitiba, 2024. Disponível em: https://gedai.ufpr.br/ wp-content/ uploads/ 2024/ 04/ Anais- XVII-CODAIP_2024_ebook- final.pdf. Acesso em: 30 nov. 2024.

MADONNA proíbe uso de inteligência artificial para shows póstumos. In: PARADISO RIO, 13 jul. 2023. Disponível em: https://paradisorio.fm/ news/ 4969/ MADONNA- PRO%C3%8DBE- USO-DE- INTELIG%C3%8ANCIA- ARTIFICIAL- PARA-SHOWS- P%C3%93STUMOS. Acesso em: 28 nov. 2024.

VENDRUSCULO, Stephanie. Volkswagen assina acordo milionário de reparação por colaborar com ditadura e abre precedente histórico. El País, 24 set. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/ brasil/ 2020-09-24/ volkswagen- assina-acordo- milionario-de- reparacao-por- colaborar-com- ditadura-e- abre-precedente-historico.html. Acesso em: 27 nov. 2024.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O direito do autor. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 15, n. 2, p. 113-132, 2020. Disponível em http:// revista.direitofranca.br/ index.php/ refdf/ article/ view/ 861/0. Acesso em: 30 nov. 2024.

A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES DE TRATAMENTO PELO VAZAMENTO DE DADOS: DA PREVENÇÃO AO RESSARCIMENTO COMO MEIOS DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

João Gabriel Marques Costa

Pesquisador bolsista vinculado ao Programa Unificado de Bolsas da Universidade de São Paulo Candidato à Dupla Titulação em Direito junto à Università degli Studi di Camerino

Resumo:

A era digital trouxe consigo o desafio de proteger dados pessoais, tarefa essencial à promoção dos direitos humanos. Nesse contexto, a divulgação não autorizada, acidental ou intencional, de dados pessoais para uma audiência não destinada, conhecida cotidianamente como "vazamento de dados", tem se tornado um dos fenômenos mais complexos e prementes enfrentados pelas organizações, governos e indivíduos. Assim, com base nesse incidente de segurança, o presente artigo pretende investigar a natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais em face da violação dos direitos humanos dos titulares afetados pelo vazamento, buscando compreender as suas causas, impactos e propor um quadro preventivo geral. Em perspectiva de direito comparado, as disposições da Lei n° 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) serão confrontadas com as do Regulamento n° 2016/679 (General Data Protection Regulation - GDPR) da União Europeia (UE), principal modelo que a inspirou, de modo a permitir uma análise das soluções empregadas nesses casos por ambas as normas.

Palavras-chave: Vazamento de dados; Agentes de tratamento; Segurança dos dados; Responsabilidade civil; Prevenção e ressarcimento de danos.

O vazamento de dados enquanto fenômeno

O avanço tecnológico e a crescente interconexão das pessoas e empresas através da internet têm gerado um imenso volume de operações com dados pessoais, os quais são coletados, armazenados e utilizados pelas diversas organizações, públicas ou privadas, para diversos fins, tais como a

publicidade direcionada, identificação de necessidades dos consumidores e otimização de processos de produção e vendas (Véliz, 2021). Essa nova era, denominada capitalismo informacional, tem como principal característica a utilização de dados pessoais e da tecnologia para a obtenção de vantagens econômicas e competitivas.

Tal afirmação encontra fundamento na teoria de Manuel Castells, segundo o qual a lucratividade e a competitividade são os "verdadeiros determinantes da inovação tecnológica e do crescimento da produtividade" (Castells, 1999, p. 136 e ss.). Para ele, não existe algo como a busca da tecnologia por ela mesma, mas apenas a criação de novos meios para a geração de capital. A partir disso, pode-se afirmar que, no quadro atual, os dados pessoais são o motor da inovação tecnológica, visto que alimentam grandes sistemas informáticos, possibilitam o treinamento dos modelos de inteligência artificial generativa e tornam a publicidade cada vez mais direcionada, dentre outros usos que denotam o caráter comercializável a eles atribuído.

No entanto, sob a ótica do binômio direitos-deveres (de Cicco, 2020), para que um determinado agente econômico possa utilizar esses dados com a finalidade de ampliar os seus lucros ou produtividade, deverá necessariamente, por outro lado, zelar pelos direitos humanos e fundamentais dos titulares, garantindo que eles não sejam violados em face dos riscos inerentes ao exercício das suas atividades. Isso implica empregar meios diretos para prevenir os danos, reduzir riscos e, nos casos em que for necessário, ressarcir os prejuízos causados.

Nesse contexto, os vazamentos de dados emergem como um fenômeno comum e perigoso[1], que impõe ameaças significativas à sociedade e coloca em risco os direitos humanos dos indivíduos. A nível conceitual, esse fenômeno pode ser definido como a divulgação não autorizada, acidental ou intencional, de dados pessoais para uma audiência não destinada. Não existe restrição quanto aos dados que são objeto material do vazamento, podendo variar desde nomes, endereços e números de identificação até dados sensíveis de cunho financeiro, político, médico, religioso, dentre outros (Wheatley; Maillart; Sornette, 2016, p. 1-2).

Sob o perfil legislativo, a LGPD tutela esse fenômeno como um incidente de segurança, conforme descrito pelo artigo 46, pois estabelece que os agentes de tratamento devem adotar medidas aptas a proteger os dados de "acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito". No GDPR, por sua vez, pode ser enquadrado como uma violação de dados, nos termos do item 12) do artigo 4°, que menciona expressamente a proteção dos dados pessoais contra a divulgação, seja de modo

1 Hodiernamente, são tantas as notícias envolvendo vazamento de dados pessoais sensíveis que se cunhou a expressão *Another day, another leak*. Em tradução livre: Mais um dia, mais um vazamento.

acidental ou ilícito.

O vazamento de dados pode ocorrer por diversas razões, dentre as quais se destacam os (i) ataques cibernéticos[2] (hacker attacks), a (ii) negligência na adoção de medidas de segurança, (iii) falhas em sistemas de TI, (iv) atos cometidos por insiders ou até mesmo o (v) erro humano. No plano dos efeitos, ainda que não tenha por objeto dados pessoais sensíveis, é fato que o vazamento pode proporcionar consequências devastadoras aos titulares, como prejuízos financeiros, discriminação e até mesmo ameaças às suas integridades físicas.

Por outro lado, também pode acarretar danos possivelmente irreparáveis à imagem e reputação de uma empresa, levando à perda da confiança dos consumidores, redução nas vendas, desvalorização de ações e à adoção de medidas judiciais. Além disso, existem custos substanciais associados à investigação, mitigação e reparação dos danos decorrentes do vazamento, que envolvem despesas com auditorias de segurança cibernética, notificação de vítimas e órgãos de controle, compensação por danos e eventuais sanções administrativas.

Diante de todos esses riscos, torna-se de fundamental importância não apenas diagnosticá-lo enquanto fenômeno, mas também investir ao máximo na formação de um quadro preventivo geral. Afinal, sob a perspectiva do Direito, quando se implementa um vazamento, é consequência recorrente a violação a diversos direitos fundamentais e humanos, que nem sempre estão simplesmente ligados à privacidade, à proteção de dados ou à autodeterminação informativa[3], podendo-se incluir também no rol de direitos violados a saúde, o trabalho, a liberdade religiosa, de expressão, de imprensa, a intimidade, a imagem, a honra, etc. Logo, é fundamental que os instrumentos normativos na matéria sejam desenvolvidos de maneira eficaz não só para reparar os danos causados, mas também para preveni-los.

Diante do exposto, o presente trabalho pretende analisar (i) como funcionam os modelos de responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais no direito brasileiro e no direito da UE; (ii) se trata-se de uma hipótese de dano moral presumido *(in re ipsa)*; (ii) como deve ser classificada a responsabilidade nesses casos (na divisão tradicional, objetiva ou subjetiva);

---

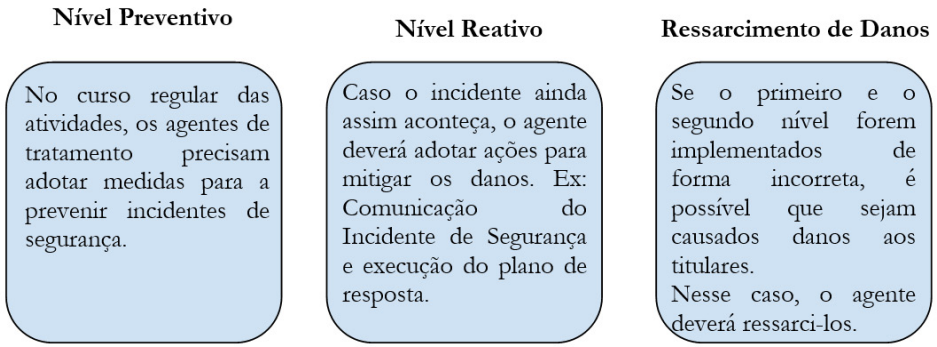
2 Ataques cibernéticos podem ocorrer por diversas razões, como protestos políticos, dinheiro ou simplesmente pelo tumulto. Exemplo notável desses ataques são aqueles coordenados pelo grupo Anonymous, conhecido por realizar ações de hacktivismo em prol de causas como liberdade de expressão e privacidade. No trabalho de Stefano Rodotà, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli* (2014, p. 114 - 115), existe um interessante mapeamento de todos os ataques do grupo até a data de publicação do livro.

3 Na emblemática decisão do julgamento do censo (*Volkszählungsurteil*), o Tribunal Constitucional Alemão definiu o direito à autodeterminação informativa (*informationelle selbstbestimmung*) com as seguintes palavras: o "direito do indivíduo de decidir por si mesmo quando e dentro de que limites seus assuntos pessoais podem ser divulgados" (BVerfG, 1983, Headnote 1).

e, por fim; (iv) como um agente pode evitar ao máximo a ocorrência um vazamento de dados e reduzir a sua responsabilidade perante ele.

Tutela no direito brasileiro

Para compreender como a LGPD responde aos problemas impostos pelo vazamento de dados, é fundamental ater-se aos supramencionados incidentes de segurança. O quadro geral funciona em três níveis: os agentes de tratamento devem cumprir obrigações (i) a nível preventivo; (ii) a nível reativo e, nos casos aplicáveis; (iii) a nível de ressarcimento de danos. Essa lógica encontra previsão entre os arts. 42 e 49 da LGPD.



Fonte: Elaboração própria

No âmbito preventivo, a LGPD impõe aos controladores e operadores o dever de adotar "medidas de segurança, técnicas e administrativas adequadas para proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas", conforme previsto pelo art. 46. Essas medidas devem ser continuamente atualizadas e, se corretamente implementadas, o agente de tratamento poderá reduzir o seu grau de responsabilidade pelo incidente. Segundo o § 1° do mesmo artigo, a qualidade das medidas adotadas deve ser avaliada considerando a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia.

No nível reativo, o art. 48 dispõe sobre a necessidade de elaborar um plano de respostas e de agir rapidamente diante de um incidente de segurança que possa gerar risco ou dano relevante aos titulares. Nesse caso, o controlador deve notificar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e, nas hipóteses indicadas pela Lei, os próprios titulares afetados, informando a natureza dos dados envolvidos, os potenciais riscos aos titulares e as medidas empregas para mitigar os danos, dentre outras informações previstas no § 1°.

Por fim, a nível de ressarcimento de danos, os arts. 42 a 45 regulam a responsabilidade civil dos agentes de tratamento. No art. 42, existe uma

cláusula geral de responsabilidade baseada na ideia de que os agentes de tratamento devem reparar os danos causados a qualquer um em decorrência de violações à LGPD - fórmula semelhante àquela de responsabilidade objetiva prevista pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No entanto, a LGPD inova em relação à normativa consumerista ao prever, no seu art. 43, a não responsabilização do agente nos casos em que conseguir comprovar que, embora tenha "realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados". Em outras palavras, pode-se dizer que, caso o agente tenha executado todas as medidas previstas pela Lei a nível preventivo e reativo, não será responsabilizado porque não a violou. Esse, indubitavelmente, configura um regime de responsabilidade muito diverso daqueles estabelecidos pelos arts. 927 e ss. do Código Civil e pela legislação consumerista.

Destarte, existe significativa controvérsia doutrinária sobre a natureza de tal modalidade de responsabilização. Segundo a posição de Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau Meireles (2019), a opção adotada pela LGPD seria aquela da responsabilidade subjetiva, de modo que, para haver responsabilidade do agente, deve haver prova de sua culpa em relação ao evento danoso - nexo de causalidade. Essa culpa, por sua vez, seria fundamentada (I) na não implementação de medidas de segurança para o tratamento adequado dos dados - o que evidencia clara desconformidade com os princípios da segurança e da prevenção, instituídos pelos art. 6°, VII e VIII, da LGPD; e (II) no descumprimento das obrigações impostas na lei, violando o princípio da responsabilização e prestação de contas, previsto pelo art. 6°, X, da LGPD.

Essa posição se respalda justamente nas excludentes do art. 43, em especial as dos incisos II e III, que parecem indicar hipóteses tipicamente relacionadas às hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, a saber: a comprovação de que não houve qualquer violação à legislação ou de que o evento danoso é de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Porém, segundo as autoras, nos casos em que os dados objetos do incidente forem sensíveis, o regime seria aquele da responsabilidade objetiva, variando o modelo conforme o caso concreto.

Em posição contrária, partindo da premissa de que a LGPD tem como um dos seus principais fundamentos a diminuição de riscos de dano e da cláusula geral de responsabilidade do art. 42, Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes (2018) entendem que o regime ao qual os agentes de tratamento estão submetidos trata-se daquele da responsabilidade civil objetiva, haja vista que a atividade de tratamento de dados gera um risco potencial intrínseco de dano a direitos fundamentais.

Todavia, a teoria sustentada por Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (2019), a da responsabilidade dita "proativa", parece melhor descrever o caráter especial desse regime. Nesse modelo, o eixo axio-

lógico da responsabilidade do agente se desloca da reparação do dano para a sua prevenção de forma eficaz. Afinal, é este o cerne do princípio da responsabilização e prestação de contas do art. 6°, X, da LGPD: que o agente seja capaz não só de ressarcir os danos causados, mas também de demonstrar que fez de tudo para preveni-los e cumprir a LGPD. Por conseguinte, tal regime aponta para uma configuração da responsabilidade civil que incorpora elementos tanto da responsabilidade subjetiva quanto da objetiva.

Tutela no direito da UE

Como a normativa da UE em matéria de proteção de dados inspirou fortemente a LGPD brasileira[4], não é de se assustar que diversos aspectos de tutela sejam muito semelhantes, quando não absolutamente idênticos. Pode-se dizer que o GDPR utiliza a mesma estrutura: organiza a tutela das ora "violações de dados" a nível preventivo, reativo e de ressarcimento de dados. Essa estrutura se reflete particularmente nos arts. 24, 32, 33 e 82, que serão analisados a seguir.

Sob o aspecto preventivo, o art. 24 (1), prevê uma das obrigações mais importantes do GDPR, por força da qual os agentes de tratamento devem aplicar medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o Regulamento. Tal obrigação é respaldada no princípio da *accountability*, previsto pelo art. 6 (2), que obriga os agentes a desenvolverem meios de demonstrar conformidade com os demais princípios do GDPR.

Ademais, o art. 32 do Regulamento exige que o responsável pelo tratamento e o subcontratante implementem medidas técnicas e organizacionais adequadas para proporcionar segurar um grau de segurança proporcional aos riscos associados ao tratamento. No mesmo artigo, o Regulamento estabelece como parâmetros de avaliação das medidas:

a) o nível de atualidade da tecnologia,
b) os custos de implementação,
c) a natureza e o contexto do tratamento de dados, e
d) os riscos potenciais para os direitos e liberdades individuais.

Agora, a nível reativo, o art. 33 trata da notificação de violações de dados pessoais à autoridade de supervisão competente. Ele determina que o controlador comunique qualquer incidente de segurança que possa resultar em riscos aos direitos e liberdades dos titulares à autoridade de controle, preferencialmente no prazo de 72 horas após tomar conhecimento da violação. Semelhante ao que está previsto na LGPD, a notificação deve incluir informações pertinentes à compreensão do cenário, como a natureza da violação, categorias e número aproximado de dados e titulares afetados, possí-

4 Tanto que diversos autores comparatistas tratam esse caso como um exemplo claro de transplante jurídico.

veis consequências, medidas tomadas ou propostas para diminuir os efeitos do incidente etc. Além disso, quando o incidente puder representar um risco elevado aos direitos dos titulares, o responsável pelo tratamento também deve comunicar diretamente os indivíduos afetados, salvo se medidas mitigadoras eficazes já tenham sido implementadas.

No que tange ao ressarcimento de danos, o art. 82 do GDPR estabelece o direito dos titulares a serem indenizados por danos materiais e imateriais decorrentes de violações do regulamento. Interessante ressaltar que, diferentemente do que fez a LGPD, o GDPR prevê uma cláusula geral de responsabilidade contra violações do Regulamento, e não contra qualquer hipótese de dano causado a outrem. Os efeitos dessa opção normativa reforçam ainda mais o caráter proativo desse modelo responsabilidade civil, já que qualquer sanção deverá ser baseada no descumprimento de alguma determinação da normativa. O Regulamento também prevê excludentes, permitindo que o agente se exima da responsabilidade caso demonstre não ter qualquer relação causal com o evento que originou a violação.

O modelo de responsabilidade proativa

Tanto a estrutura normativa utilizada pela LGPD quanto a adotada pelo GDPR apontam para um modelo proativo de responsabilidade civil, isto é, o eixo axiológico da responsabilidade se desloca do ressarcimento de danos para a sua prevenção de forma eficaz. No entanto, a LGPD, ao prever na cláusula geral do art. 42 o dever de ressarcir contra quaisquer danos causados aos titulares, parece ter se importado a redação da legislação consumerista. Em razão disso, permitiu que parte da doutrina interpretasse essa disposição como indicativa de um modelo de responsabilidade objetiva, embora, analisando-a em conjunto com as excludentes do art. 43, ela ainda assim aponte para o modelo proativo.

Por outro lado, o GDPR é mais coeso dispor na cláusula geral de responsabilidade sobre a proteção dos titulares contra violações do regulamento, o que se relaciona diretamente com o princípio de *accountability* estabelecido pelo art. 6 (2). Assim, a norma define um modelo amplamente preventivo, a fim de salvaguardar direitos fundamentais e humanos dos titulares.

Por conseguinte, quando um agente de tratamento é investigado por um vazamento de dados, o principal parâmetro adotado pela autoridade de controle ou pelo poder judiciário ao avaliar a necessidade de eventual sanção deve ser se o incidente se implementou ainda que o agente tenha adimplido as suas obrigações legais, ou não. Ou seja, a autoridade verificará se (i) foram empregadas medidas de segurança aptas para prevenir o vazamento, (ii) se houve comunicação do incidente em prazo adequado e (iii) se o agente foi transparente e executou um plano de resposta versado à máxima redução de danos possível no caso. Assim, caso todos os requisitos tenham sido preen-

chidos, o agente poderá ser isento de responsabilidade, ainda que o vazamento tenha causado danos diretos aos titulares.

Dessa forma, ao estabelecer uma responsabilidade de perfil proativo, a LGPD e o GDPR incentivam os agentes a investirem em uma cultura de segurança e conformidade, focalizada ao máximo na ideia de prevenir os vazamentos. Há quem diga que uma estrutura tão rígida pode frear a inovação e desincentivar investimentos, o que não deixa de ser verdade. Contudo, é fato que os avanços tecnológicos da sociedade atual têm imposto uma necessidade urgente de regular as operações econômicas que envolvem dados pessoais[5] e esta é certamente uma abordagem que não só visa proteger os titulares contra violações, mas que também cria um ambiente regulatório que valoriza a transparência, a confiança e o respeito aos direitos fundamentais.

Dano moral presumido por vazamento de dados: análise na jurisprudência brasileira e da União Europeia

Quanto à questão de se o vazamento de dados enseja reparação por danos morais *in re ipsa*, é fato que não existe previsão expressa nem na LGPD nem no GDPR - mesmo sob um perfil geral. Contudo, é notável que, como esse fenômeno tem se tornado cada vez mais recorrente, tanto a jurisprudência brasileira quanto a da UE tem se pronunciado sobre a matéria.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, em sede do AREsp 2.130.619/SP (2022/ 0152262-2), que o vazamento de dados não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável, apenas se os dados envolvidos forem sensíveis ou se o titular conseguir comprovar que o incidente feriu diretamente a sua personalidade.

No caso comento, a autora havia descoberto que seus dados pessoais, que estavam sob controle da empresa ré, foram vazados e acessados por terceiros. Esses dados incluíam nome completo, RG, data de nascimento, gênero, endereço, números de telefone, e detalhes do contrato de fornecimento de energia elétrica, como consumo estimado e tipo de instalação.

Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença em recurso de apelação, condenando a concessionária ao pagamento de R$ 5.000,00 por danos morais, ao entender que houve falha na prestação de serviços e violação à privacidade da autora. O STJ, por sua vez, deu provimento parcial ao recurso, reconhecendo que o vazamento de dados pessoais comuns, por si só, não gera dano moral presumido. Ressaltou que, para haver indenização, é necessária a comprovação de um dano efetivo decorrente da exposição das informações. Veja-se:

5 Nesse contexto, a professora Carissa Veliz (2021) utiliza a expressão "abutres de dados" para se referir a empresas que coletam, analisam e comercializam informações pessoais dos usuários, muitas vezes sem o seu consentimento explícito, para tirar proveito econômico.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. DADOS COMUNS E SENSÍVEIS. DANO MORAL PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO.

I - Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada por particular contra concessionária de energia elétrica pleiteando indenização por danos morais decorrentes do vazamento e acesso, por terceiros, de dados pessoais.

II - A sentença julgou os pedidos improcedentes, tendo a Corte Estadual reformulada para condenar a concessionária ao pagamento da indenização, ao fundamento de que se trata de dados pessoais de pessoa idosa.

III - A tese de culpa exclusiva de terceiro não foi, em nenhum momento, abordada pelo Tribunal Estadual, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ. In casu, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte ter alegado devidamente em suas razões recursais ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte. Tal não se verificou no presente feito. Precedente:

AgInt no REsp 1737467/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe 17/6/2020.

IV - O art. 5º, II, da LGPD, dispõe de forma expressa quais dados podem ser considerados sensíveis e, devido a essa condição, exigir tratamento diferenciado, previsto em artigos específicos. Os dados de natureza comum, pessoais mas não íntimos, passíveis apenas de identificação da pessoa natural não podem ser classificados como sensíveis.

V - O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações.

VI - Agravo conhecido e recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

AREsp 2.130.619/SP (2022/0152262-2). Órgão julgador: Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Relator: Ministro Francisco Falcão. Data do julgamento: 07/03/2023. Data de publicação: 10/03/2023.

(grifos nossos)

Tal entendimento é pacífico na jurisprudência brasileira e foi reforçado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2303666-33.2022.8.26.0000, no qual foi estabelecido que:

> FASE DE ADMISSIBILIDADE DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) **PRETENSÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA NATUREZA DOS DANOS MORAIS EM CASO DE CONSUMIDORES QUE TIVERAM DADOS PESSOAIS VAZADOS POR FORNECEDORES DE SERVIÇOS - INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DANO MORAL CONSIDERADO "IN RE IPSA" APENAS NAS HIPÓTESES DE O VAZAMENTO ENVOLVER DADOS SENSÍVEIS DO CONSUMIDOR, ASSIM CONSIDERADOS PELO INCISO II DO ART. 5º LEI Nº13.709/2018 (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, LGPD.** DEMANDAS, ALIÁS, CUJA DIVERGÊNCIA NÃO ENVOLVE APENAS QUESTÃO EXCLUSIVAMENTE D DIREITO, EM RAZÃO DE CONTROVÉRSIA FÁTICA SOBRE A NATUREZA DOS DADOS EFETIVAMENTE VAZADOS NOS CASOS CONCRETOS SUBMETIDOS AO JULGAMENTO DO TRIBUNAL - AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE PREVISTO NO ART. 978, § ÚNICO, DO CPC.
> IRDR n° 2303666-33.2022.8.26.0000. Relator(a): Andrade Neto. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: Turma Especial - Privado 3. Data do julgamento: 23/02/2023. Data de publicação: 23/02/2023:
> (grifos nossos)

Na União Europeia, por outro lado, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em sede do Caso C-340/21, fixou entendimento diverso. Esse caso originou-se de um ataque hacker à Agência Nacional de Receitas da Bulgária (NAP) em julho de 2019, que levou ao vazamento de informações fiscais e previdenciárias de milhões de contribuintes búlgaros. Os contribuintes afetados processaram a NAP por não cumprir os princípios da proteção de dados pessoais estabelecidos pelo GDPR, especialmente pela não implementação de medidas técnicas e organizacionais adequadas para garantir a segurança dos dados.

Um dos reclamantes envolvidos alegou ter sofrido danos morais devido ao medo de futuras violações de dados e pediu indenização. O tribunal de primeira instância rejeitou o pedido, argumentando que o acesso ilegal por terceiros não era imputável à NAP, que cabia ao reclamante provar a inadequação das medidas de segurança adotadas pela agência e negou a compensação por danos morais. Irresignado, o reclamante apelou da decisão

para a Suprema Corte Administrativa da Bulgária, que promoveu o reenvio prejudicial das questões que tocavam o regulamento ao TJUE. Sobre a questão dos danos morais por medo de futura utilização indevida, o Tribunal emanou a seguinte decisão:

> **6) O artigo 82.o, n.o 1, do Regulamento 2016/679 deve ser interpretado no sentido de que: o receio que um titular dos dados sinta de uma eventual utilização abusiva dos seus dados pessoais por terceiros, na sequência de uma violação deste regulamento é suscetível, por si só, de constituir «danos [ ] imateriais», na aceção desta disposição**".
> Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Terceira Secção) de 14 de dezembro de 2023. Caso C-340/21 (VB contra Natsionalna agentsia za prihodite). Identificador ECLI: ECLI:EU:C:2023:986.

Assim, na jurisprudência da União Europeia, "o receio que um titular dos dados sinta de uma eventual utilização abusiva dos seus dados pessoais por terceiros, na sequência de uma violação deste regulamento é suscetível, por si só, de constituir «danos [ ] imateriais", o que aponta para a configuração do dano moral presumido. No Brasil, é considerado *in re ipsa* apenas em casos de vazamento de dados sensíveis, mas não em casos de vazamento de dados "comuns". Nesses, o titular deve comprovar diretamente ter sofrido danos morais.

Conclusão

O vazamento de dados pode ser definido como a divulgação não autorizada de informações pessoais, de forma acidental ou não, para uma audiência não destinada. Trata-se de um fenômeno multicausal perigoso e recorrente, que pode acarretar consequências graves tanto para os titulares quanto para as empresas. A partir desse fenômeno, o presente estudo analisou os modelos de responsabilização dos agentes de tratamento, buscando compreender tanto as suas estruturações na LGPD e no GDPR, bem como as suas naturezas. Ademais, tratou da admissibilidade da hipótese de dano moral presumido nesses casos. As conclusões obtidas serão expostas a seguir:

Quanto aos modelos de responsabilidade, pode-se concluir que, tanto no direito brasileiro e no direito da UE, eles são estruturados em três níveis: (i) preventivo, (ii) reativo e (iii) de ressarcimento de danos. O primeiro consiste na adoção de medidas de segurança aptas a prevenir os incidentes. No segundo, busca-se mitigar os danos causados por uma violação que se implementou por meio de um plano de respostas, notificando a autoridade competente e, quando aplicável, os titulares. Por fim, quando as duas primeiras fases não foram suficientes, cabe ao agente ressarcir os danos causados, salvo nas hipóteses de exclusão de responsabilidade.

Em seguida, quanto à natureza da responsabilidade nos casos de vazamento de dados, não é possível categorizá-la exatamente como objetiva ou subjetiva. Na verdade, trata-se de uma responsabilidade de perfil proativo, um modelo intermediário que se baseia na análise do comportamento do agente de tratamento e das medidas que empregou antes, durante e após o incidente. Nesse sistema, o enfoque avaliativo recai sobre a conformidade dos agentes com os deveres e princípios estabelecidos pela legislação.

Por fim, com relação à admissibilidade de dano moral presumido (*in re ipsa*) pelo vazamento de dado, notou-se que existem diferenças significativas entre as posições assumidas pela jurisprudência brasileira e da União Europeia. No Brasil, a presunção de dano moral só incide se forem objetos do vazamento dados sensíveis. Para os casos de dados "comuns", o titular deverá comprovar ter sofrido danos diretos. Por outro lado, na União Europeia, o receio que o titular tenha de uma futura utilização indevida dos dados já é suscetível de gerar um dano moral indenizável.

Diante do exposto, torna-se imperioso reconhecer que a prevenção dos vazamentos de dados, visando a salvaguarda dos direitos fundamentais e humanos dos titulares, exige uma postura ativa e contínua dos agentes de tratamento. Para isso, e tomando por base a contribuição de Vanegas (2020), é possível recomendar a implementação de um conjunto de medidas estratégicas, como:

a) Implementação de medidas de segurança adequadas à operação do agente;
b) Realização de auditorias internas regulares, que identifiquem e corrijam vulnerabilidades nos sistemas;
c) Adoção de boas práticas de Tecnologia da Informação e Segurança da Informação (TI/SI), alinhadas aos padrões internacionais e normativos;
d) Minimização de dados pessoais tratados, reduzindo ao essencial as informações coletadas e armazenadas;
e) Desenvolvimento de planos de ação e resposta a incidentes, que incluam protocolos eficientes para diminuir os efeitos de vazamentos;
f) Cooperação proativa com os titulares dos dados e com as autoridades de controle, assegurando transparência e agilidade na comunicação de incidentes.

Esse modelo visa não apenas mitigar a ocorrência dos vazamentos de dados, mas também promover um ecossistema de governança de dados que compatibiliza as operações econômicas dos agentes com a salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais dos titulares. Sem dúvidas, trata-se de uma ampla ruptura com os preceitos tradicionais da responsabilidade civil.

Referências

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Diário Oficial da União, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo em Recurso Especial n° 2.130.619 - SP (2022/0152262-2)**. Processual Civil e Administrativo. Indenização por Dano Moral. Vazamento de Dados Pessoais. Dados Comuns e Sensíveis. Dano Moral Presumido. Impossibilidade. Necessidade de Comprovação Do Dano. Relator: Min. Francisco Falcão, 07 de março de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (Turma Especial - Privado 3). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n° 2303666-33.2022.8.26.0000**. Relator: Andrade Neto. Comarca: São Paulo.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVerfG). **Decisão do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1983 - 1 BvR 209/83 -, parágrafos 1-214**. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/ SharedDocs/ Entscheidungen/ EN/ 1983/ 12/ rs19831215_1bvr020983en.html>. Acesso em: 19 maio 2024.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede***:* A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

DE CICCO, Maria Cristina. **Os deveres na era dos direitos entre ética e mercado** - I doveri nell'era dei diritti tra etica e mercato. Camerino: Editoriale Scientifica, 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau, Término do tratamento de dados, In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, Editora RT: São Paulo, 2019.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados: o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista De Direito Do Consumidor**, v. 120, 2018.

MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer XX***,* n° 3, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito "proativo". **Civilistica**, ano 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**: quali i diritti, quali i vincoli. Roma-Bari: Laterza, 2014.

SERRAVALLE, Serena. Il danno da trattamento dei dati personali nel GDPR. **Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que

revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, Luxemburgo, v. 59, 4 de maio de 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. **Judgment of 14 December 2023, Natsionalna agentsia za prihodite** *(C-340/21)* ECLI:EU:C:2023:986. Disponível em: https://curia.europa.eu/ en/ content/ juris/ c2_juris.htm. Acesso em 06 abr. 2024.

VANEGAS. Juan Sebastien. La violazione dei requisiti di sicurezza informatica di cui all'articolo 32 del GDPR. **Rivista Italiana di Informatica e Diritto**, 2020, ISSN 2704-7318.

VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder**: porque e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

WHEATLEY, Spencer; MAILLART, Thomas; SORNETTE, Didier. The extreme risk of personal data breaches and the erosion of privacy. **The European Physical Journal** *B*, v. 89, n. 7, 2016. DOI:10.1140/ epjb/ e2015-60754-4. Acesso em 03 abr. 2024.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E POLICIAMENTO PREDITIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA[1]

Eliomar Silva Albernaz

Mestrando e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Candido Mendes. Professor de graduação em Direito da Faculdade Anhanguera de Belo Horizonte e Contagem/MG. Bolsista CAPES. Advogado

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos da utilização da Inteligência Artificial (IA) em sistemas de segurança pública, com foco nos direitos humanos afetados pelo policiamento preditivo. Considerando que a coleta e processamento de grandes volumes de dados levanta preocupações sobre a privacidade, à não discriminação e ao devido processo legal, o estudo examina o policiamento preditivo, tecnologia controversa que suscita debates acalorados no meio jurídico. A partir de uma abordagem fundamentada na criminologia crítica, buscou-se compreender como a racionalidade algorítmica pode perpetuar desigualdades históricas e práticas discriminatórias, especialmente contra grupos vulneráveis, afetando direitos como a presunção de inocência e a igualdade perante a lei. A pesquisa, de caráter preliminar, utiliza metodologia bibliográfica para investigar os fundamentos e implicações do policiamento preditivo, evidenciando sua relação com o sistema de justiça criminal e o poder econômico, explorando como a evolução tecnológica, sem a devida regulamentação e controle, pode exacerbar práticas discriminatórias e violações de direitos fundamentais. A hipótese é que o uso indiscriminado da IA para identificar potenciais criminosos e áreas de alta incidência criminal pode reforçar desigualdades históricas e violar direitos humanos, comprometendo princípios basilares como a dignidade da pessoa humana. Embora o uso de tecnologias avançadas seja frequentemente apresentado como uma solução eficiente para a prevenção da criminalidade, o estudo conclui que sua implementação exige uma regulamentação rigorosa e mecanismos de controle que garantam a proteção dos direitos humanos, sob pena de aprofundar desigualdades estruturais e comprometer o bem-es-

1 O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

tar coletivo.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Policiamento preditivo; Direitos Humanos; Criminologia crítica.

Introdução

A Inteligência Artificial (IA) emerge como uma das tecnologias mais transformadoras do século XXI, impactando a segurança pública com o policiamento preditivo. Algoritmos e análises complexas de dados antecipam crimes, identificando padrões e tendências a partir de grandes volumes de dados, visando a prevenção. Essa tecnologia promete aprimorar o combate à criminalidade, mas sua eficiência deve ser balanceada com os direitos humanos. A adoção de mecanismos de policiamento preditivo coloca em discussão questões relacionadas à função do poder econômico na construção da figura do infrator, podendo afetar garantias fundamentais como a presunção de inocência e a legalidade das investigações, bem como a privacidade e a igualdade (ARRUDA, 2021).

A efetivação de políticas de segurança pública tem despertado grande interesse na sociedade brasileira nos últimos anos. Dada a ausência de respostas eficazes e a insuficiência de uma atuação policial que se dê apenas após a ocorrência dos fatos, os governos buscam soluções que não apenas reprimam práticas criminosas, mas também tenham a capacidade de prevenir novos ilícitos (ARAUJO, 2023).

O policiamento preditivo busca identificar padrões comportamentais e tendências criminais a partir da coleta e processamento de grandes volumes de dados históricos, frequentemente em tempo real, com o objetivo de prever e prevenir atividades ilícitas. Essa abordagem tecnológica promete aprimorar as estratégias de prevenção e combate à criminalidade, permitindo que as forças de segurança ajam de forma proativa e, teoricamente, mais eficiente, embora essa eficiência precise ser cuidadosamente balanceada com a proteção dos direitos humanos.

Dentro desse panorama, o policiamento preditivo desponta como uma das áreas de maior aplicação da IA, utilizando algoritmos e análises complexas de dados para antecipar crimes e ocorrências policiais. Como aponta Gless, a aplicação de algoritmos no policiamento preditivo gerou intensa discussão a respeito da identificação equivocada de indivíduos como potenciais criminosos, simplesmente por sua origem étnica, devido a vieses presentes nos dados utilizados para treinar esses sistemas (GLESS, 2020).

Para compreender o funcionamento dessa tecnologia, é crucial entender o papel dos algoritmos. Eles são, em essência, sequências de instruções lógicas e estruturadas, executadas por computadores ou outros sistemas automatizados. Baseados em princípios matemáticos, os algoritmos são proje-

tados para lidar com problemas complexos em uma ampla gama de disciplinas, desde a ciência da computação e a inteligência artificial até áreas como economia, engenharia, medicina e ciências sociais. Contudo, a qualidade e representatividade dos dados utilizados são cruciais, pois vieses podem levar a resultados discriminatórios.

No contexto do policiamento preditivo, os algoritmos analisam dados históricos de criminalidade, buscando correlações e padrões que possam indicar áreas de risco, perfis de potenciais criminosos e momentos de maior probabilidade de ocorrência de crimes.

O policiamento preditivo, portanto, configura-se como uma abordagem moderna que busca otimizar a alocação de recursos de segurança pública, visando uma maior eficiência e economia no combate ao crime. No entanto, a implementação dessa tecnologia levanta questões complexas e controversas, com implicações sociais e econômicas significativas. A promessa de uma sociedade mais segura por meio da previsão de crimes contrasta com preocupações legítimas sobre vieses algorítmicos, discriminação e a potencial violação de direitos humanos.

A crescente utilização de tecnologias avançadas, em especial da IA, traz inegáveis benefícios para a sociedade, desde a otimização de processos e os avanços na medicina até melhorias na educação e o aumento da eficiência em diversos setores econômicos. Contudo, essas inovações também geram consequências importantes, tanto positivas quanto negativas, que demandam uma análise cuidadosa. No âmbito das ciências criminais, o impacto da IA se estende por todo o sistema de justiça, influenciando a definição de crimes, o processo penal, a execução das penas e até mesmo a probabilidade de reincidência criminal.

Além disso, a utilização de IA no policiamento preditivo levanta questões éticas fundamentais, como a privacidade dos dados coletados e processados, a transparência dos algoritmos utilizados e a possibilidade de vieses discriminatórios.

A vigilância constante e a possibilidade de perfilamento ameaçam o direito de cada pessoa de controlar informações a seu respeito e de tomar decisões livremente. Como afirma Zuboff, o direito à privacidade pode ser entendido como a capacidade de cada pessoa de controlar quem tem acesso às suas informações pessoais, enquanto o direito à autonomia refere-se ao poder do indivíduo de gerir os dados que influenciam os aspectos essenciais de sua vida em sociedade (ZUBOFF, 2021). A ausência de uma regulamentação adequada e de mecanismos de controle eficazes pode amplificar os riscos associados a essa tecnologia, comprometendo direitos e liberdades individuais. Desse modo, para garantir que os benefícios da IA sejam maximizados e os riscos minimizados, é essencial um debate amplo e transparente sobre os limites éticos e jurídicos de sua aplicação.

Nesse contexto de desafios e oportunidades, este artigo se propõe a

examinar os principais desafios jurídicos e éticos enfrentados pela aplicação da Inteligência Artificial no policiamento preditivo, com a hipótese central de que a implementação do policiamento preditivo sem a devida regulamentação e transparência pode exacerbar desigualdades e violar direitos humanos. Busca-se, sobretudo, ressaltar a importância de um marco regulatório abrangente e cuidadosamente elaborado, que garanta o respeito aos direitos humanos e aos princípios fundamentais da justiça social.

A prevenção de direcionamentos sistemáticos contra grupos historicamente marginalizados e a promoção do bem-estar coletivo devem ser os pilares de qualquer política pública que envolva o uso de IA em segurança pública. Somente por meio de uma análise crítica e ética, que considere as complexidades sociais e potenciais consequências dessas tecnologias, será possível garantir que a inovação tecnológica contribua para a construção de uma sociedade mais justa e segura para todos.

Inteligência Artificial, racionalidade algorítmica e policiamento preditivo

A Inteligência Artificial se apresenta como um campo tecnológico que se concentra no desenvolvimento de sistemas capazes de realizar tarefas que normalmente exigem uma inteligência humana, como aprendizado, processamento, identificação de padrões e tomada de decisões. Essa área abrange as mais diversas abordagens como a Lógica Fussy, as Redes Neurais Artificiais, os Algoritmos, além de outras (LIMA, 2014).

Dentro desse contexto, o termo Inteligência Artificial pode ser compreendida como um campo da ciência da computação que se dedica a criar máquinas ou sistemas computacionais capazes de realizar tarefas que normalmente exigem inteligência humana, imitando ou simulando a capacidade humana de pensamento, aprendizado, tomada de decisões e resolução de problemas (ABBOTT, 2020). Trata-se, dessa forma, de um campo multidisciplinar que envolve diversos ramos da ciência da computação, como aprendizado de máquina (machine learning), especialmente o aprendizado profundo (deep learning) processamento de linguagem natural, visão computacional e robótica (SICSÚ; SAMARTINI; BARTH, 2023).

Esses sistemas são projetados para imitar a capacidade de aprendizado, pensamento e tomada de decisões dos seres humanos através de tarefas inteligentes, utilizando algoritmos e técnicas avançadas de processamento de dados. No entanto, a aplicação da IA em contextos como o policiamento preditivo levanta questões cruciais sobre direitos humanos, especialmente em relação à privacidade, à não discriminação e ao devido processo legal.

Nesse cenário, a chamada inteligência fraca se refere a sistemas especializados projetados para realizar tarefas específicas com alto desempenho, mas sem possuir uma inteligência geral. Exemplos disso são assistentes vir-

tuais, sistemas de recomendação e carros autônomos. Por outro lado, a IA forte, também conhecida como IA geral ou superinteligência, busca desenvolver sistemas capazes de executar qualquer tarefa intelectual que um ser humano possa realizar. Essa área ainda é objeto de pesquisa e debate, e muitos cientistas e filósofos levantam questões éticas e preocupações sobre o desenvolvimento de uma IA superinteligente.

Assim, o ponto central das chamadas inteligências artificiais é a coleta e o processamento de um grande volume de dados que possibilitem o reconhecimento de padrões com a utilização de exemplos rotulados para o aprendizado de máquina, possibilitando a classificação ou prevenção de certos resultados ou identificar padrões por conta própria, de forma a possibilitar a previsão e o planejamento de ações estatais capazes de solucionar questões complexas relacionadas às mais diversas áreas, inclusive na segurança pública, através de um planejamento eficiente. Nesse sentido, o aprendizado de máquina pode ocorrer de forma supervisionada, por reforço ou não supervisionada (LIMA, 2014).

A IA busca desenvolver máquinas capazes de adquirir conhecimento a partir de dados e experiências, assim como aprimorar seu desempenho ao longo do tempo. Nesse cenário, é possível identificar diferentes abordagens dentro da IA, incluindo aprendizado de máquina, redes neurais artificiais inspirados no funcionamento do cérebro humano, capazes de processar e transmitir informações, amplamente utilizadas para tarefas como reconhecimento de imagens, processamento de voz e tradução automática, lógica, processamento de linguagem natural e visão computacional (MACCULLOCH, 2014).

A aplicabilidade de novas tecnologias é a mais ampla possível, tendo o potencial de transformar diversos setores, como medicina, transporte, manufatura, finanças, segurança pública, tomada de decisões governamentais e muitos outros. Assim, a IA busca criar algoritmos e modelos que garantam que as máquinas processem e compreendam informações, reconheçam padrões, tomem decisões e executem tarefas de forma autônoma.

Levando-se em conta que as novas tecnologias em ascensão, como a nanotecnologia, a biotecnologia, a informática e o cognitivismo, estão se desenvolvendo em ritmo cada vez mais acelerado, trazendo inúmeras implicações nas relações interpessoais e intergovernamentais, é preciso um olhar crítico com vistas à preservação dos direitos humanos, principalmente em relação àqueles que fatalmente serão mais afetados (FERRY, 2018).

A Inteligência Artificial (IA) utiliza técnicas sofisticadas para analisar dados e aprimorar seu desempenho continuamente. Esses sistemas, em vez de dependerem de programação explícita para cada tarefa, aprendem com os dados, identificando padrões e ajustando seus modelos preditivos. Esse avanço se deve ao aumento da capacidade computacional, ao desenvolvimento de algoritmos mais complexos e à crescente disponibilidade de dados

online.

Apesar dos grandes avanços e benefícios da IA, existem preocupações relevantes acerca de seu uso. Questões éticas, de privacidade, discriminação, transparência, impactos no mercado de trabalho, nas ciências criminais e nos processos democráticos precisam ser consideradas. É crucial equilibrar o desenvolvimento da IA com seu uso responsável, garantindo transparência e ética nas decisões para evitar vieses e o reforço de estigmas sociais.

A ideia de uma racionalidade algorítmica, capaz de tomar decisões mais eficientes e precisas que humanos por meio da análise de grandes volumes de dados, encontra limitações na prática. Algoritmos, criados por humanos, refletem as visões e vieses de seus criadores. Dados enviesados ou incompletos, como históricos de policiamento que refletem práticas discriminatórias do passado, geram decisões igualmente enviesadas ou imprecisas, levantando questões éticas e sociais importantes.

No contexto do policiamento preditivo, esses vieses podem levar à discriminação de grupos vulneráveis e à violação de direitos humanos, como o direito à igualdade, à não discriminação, à privacidade e à liberdade de locomoção. A ausência de regulamentação e mecanismos de controle eficazes agrava esses riscos, confirmando a hipótese de que o policiamento preditivo, sem a devida regulamentação, pode perpetuar e intensificar desigualdades sociais.

Ainda que eficientes em tarefas específicas, os algoritmos nem sempre capturam a complexidade do mundo real, como as nuances do comportamento humano e os fatores sociais que influenciam a criminalidade. Eles dependem de dados precisos e modelos adequados, e dados incompletos ou tendenciosos levam a resultados distorcidos. No policiamento preditivo, essa limitação pode levar à identificação errônea de indivíduos como potenciais criminosos, baseada em dados insuficientes ou preconceituosos.

Ainda que eficientes em tarefas específicas, os algoritmos nem sempre capturam a complexidade do mundo real, como as nuances do comportamento humano e os fatores sociais que influenciam a criminalidade. Eles dependem de dados precisos e modelos adequados, e dados incompletos ou tendenciosos levam a resultados distorcidos. No policiamento preditivo, essa limitação pode levar à identificação errônea de indivíduos como potenciais criminosos, baseada em dados insuficientes ou preconceituosos.

Como aponta Baratta, a criminalização primária envolve a seleção de comportamentos e indivíduos a serem submetidos ao sistema penal. A utilização de algoritmos treinados com dados históricos, que refletem os vieses e a seletividade já presentes no sistema, pode exacerbar esse processo, direcionando a ação policial para grupos já marginalizados. O sistema penal funciona como uma "peneira", selecionando determinados indivíduos enquanto outros permanecem impunes, e a IA, ao replicar esses vieses, corre o risco de automatizar e aprofundar essa seletividade(BARATTA, 2011).

A automatização, por fim, pode excluir aspectos subjetivos e intangíveis relevantes em certas tomadas de decisão, como o contexto social de um indivíduo, seu histórico de vida e outros fatores que não podem ser facilmente quantificados e inseridos em um algoritmo.

A vigilância ou análise preditiva (ou Analytics), vista como uma abordagem que combina técnicas de vigilância e análise de dados para prever eventos futuros, encontra ampla aplicação na segurança pública (JUNIOR, 2021). No policiamento preditivo, a análise dados históricos e em tempo real para identificar padrões e tendências criminais, visa a prevenção e o direcionamento de recursos policiais. No entanto, essa prática levanta sérias preocupações com os direitos humanos, especialmente o direito à privacidade, à não discriminação e à presunção de inocência.

A análise preditiva, ao tentar antecipar comportamentos e classificar indivíduos como potenciais criminosos, pode levar a práticas discriminatórias e à violação de direitos humanos. É crucial garantir que a vigilância preditiva seja utilizada de forma responsável e transparente, com mecanismos de supervisão e controle que protejam os direitos individuais e coletivos. A eficiência na prevenção criminal não pode justificar a violação de direitos fundamentais e a criação de um estado de vigilância excessiva.

Outra preocupação é a falta de transparência e a difícil compreensão do funcionamento dos algoritmos. Muitas vezes, os algoritmos são altamente complexos e seus resultados difíceis de serem explicados ou interpretados, até mesmo por profissionais altamente capacitados. Isso pode gerar desconfiança e dificultar a prestação de contas em casos de erros ou consequências negativas, comprometendo o direito ao devido processo legal e a possibilidade de contestar decisões baseadas em algoritmos opacos. Dessa forma, é fundamental garantir que os algoritmos sejam acompanhados e utilizados de forma transparente, responsável e com supervisão adequada.

As novas tecnologias, especialmente no campo das ciências criminais, apresentam desafios significativos para os estados democráticos de direito. A rápida evolução da IA e sua aplicação em áreas como o policiamento preditivo levantam questões cruciais sobre a proteção dos direitos humanos. A utilização de algoritmos para prever comportamentos criminosos pode levar à violação de direitos fundamentais, como o direito à privacidade, à não discriminação e ao devido processo legal. A opacidade dos algoritmos e a possibilidade de vieses discriminatórios exigem uma discussão aprofundada sobre os limites da intervenção tecnológica na segurança pública e a necessidade de mecanismos de controle e responsabilização. A busca por maior segurança não pode justificar a criação de um estado de vigilância massiva que comprometa os direitos e liberdades individuais.

A crescente integração de novas tecnologias no campo das ciências criminais, especialmente no policiamento preditivo, levanta questões urgentes sobre a proteção dos direitos humanos. A utilização de IA para prever com-

portamentos e direcionar ações policiais pode levar a vieses discriminatórios, violação da privacidade e comprometimento do devido processo legal. A possibilidade de erros algorítmicos e a falta de transparência nos sistemas de policiamento preditivo exigem uma regulamentação cuidadosa para garantir a responsabilização e evitar abusos. Além disso, é fundamental considerar os riscos de utilização indevida dessas tecnologias para fins discriminatórios ou repressivos, o que pode agravar desigualdades sociais e violar direitos fundamentais.

Um debate crucial surge a partir da crescente autonomia dos sistemas de inteligência artificial no policiamento preditivo. Algoritmos complexos podem tomar decisões com consequências significativas para os indivíduos, como a identificação de alguém como potencial criminoso ou o direcionamento de ações policiais para determinadas áreas. A questão central é: quem é responsável quando esses sistemas autônomos cometem erros ou violam direitos humanos? A dificuldade em atribuir responsabilidade a programadores ou operadores, dada a complexidade e a capacidade de aprendizado desses sistemas, representa um desafio para a responsabilização e a proteção dos direitos fundamentais em um contexto de crescente automação das decisões policiais (SOUSA, 2020).

A aplicação de novas tecnologias, como as descobertas da neurociência, no contexto da investigação criminal levanta questões importantes sobre os direitos humanos. Se essas tecnologias forem utilizadas no policiamento preditivo para avaliar a predisposição de indivíduos à criminalidade, por exemplo, haveria sérios riscos à presunção de inocência e à vedação da autoincriminação. A possibilidade de obter informações do cérebro de um indivíduo, mesmo sem o seu consentimento explícito, poderia violar direitos fundamentais e comprometer a integridade do processo legal. É fundamental que o uso de tais tecnologias seja rigorosamente regulamentado para garantir a proteção dos direitos humanos.

A utilização de sistemas de inteligência artificial para avaliar a periculosidade e a possibilidade de reincidência, com o objetivo de calcular a pena, levanta sérias preocupações no âmbito dos direitos humanos. A aplicação desses sistemas no policiamento preditivo pode levar à discriminação de determinados grupos sociais, perpetuando vieses presentes nos dados utilizados para treinar os algoritmos. Além disso, a automatização do cálculo da pena compromete princípios fundamentais do direito penal, como a individualização da pena e o devido processo legal, que exigem uma análise humana e contextualizada de cada caso. A busca por maior eficiência no sistema de justiça criminal não pode justificar a violação de direitos fundamentais (CARVALHO, 2022).

Nos Estados Unidos, a utilização do sistema COMPAS para avaliar o risco de reincidência de condenados levanta sérias preocupações sobre os direitos humanos. Assim como no policiamento preditivo, o uso de algorit-

mos opacos para avaliar indivíduos pode perpetuar vieses discriminatórios e levar a decisões injustas. A falta de transparência na metodologia do COMPAS impede que os réus exerçam plenamente seu direito à ampla defesa e ao contraditório, comprometendo a imparcialidade e a fundamentação das decisões judiciais. Este exemplo ilustra os riscos da utilização de IA no sistema de justiça criminal sem as devidas salvaguardas para a proteção dos direitos fundamentais.

O caso State vs. Loomis exemplifica os desafios legais e éticos do uso de IA no sistema judicial. Condenado a seis anos de prisão, Loomis argumentou que o uso do COMPAS violou seu direito a uma sentença individualizada, pois a falta de transparência do sistema o impediu de contestar os critérios que o classificaram como de alto risco. Embora a Suprema Corte de Wisconsin tenha mantido a condenação, a justificativa de que Loomis teria recebido a mesma pena sem o uso do COMPAS é questionável, dada a impossibilidade de verificar a influência do algoritmo na decisão judicial. Este caso, assim como as preocupações com o policiamento preditivo, demonstra os riscos da utilização de sistemas opacos de avaliação de risco, que podem perpetuar vieses discriminatórios e comprometer o devido processo legal.

Situação ainda mais alarmante no uso do COMPAS relaciona-se aos recentes estudos que demonstram uma tendência da inteligência artificial de atribuir notas mais altas a pessoas negras do que a pessoas brancas (ANGWIN, 2016). Essa discriminação algorítmica resulta em penas mais severas para indivíduos negros, perpetuando o racismo histórico do sistema de justiça criminal americano. Assim como no policiamento preditivo, a utilização de dados enviesados para treinar algoritmos pode levar a resultados discriminatórios, reforçando desigualdades sociais e violando direitos fundamentais.

Em suma, a aplicação da inteligência artificial no policiamento preditivo apresenta desafios significativos para a proteção dos direitos humanos. A opacidade dos algoritmos, o risco de vieses discriminatórios e a falta de responsabilização ameaçam princípios fundamentais como a presunção de inocência, o devido processo legal e a igualdade perante a lei. A busca por segurança e eficiência não pode justificar a implementação de tecnologias que comprometam os direitos humanos. É preciso garantir que o desenvolvimento e a aplicação da IA no contexto da segurança pública sejam compatíveis com a proteção dos direitos humanos. Estar fora desse contexto informacional é estar alijado de sua capacidade de exercer qualquer tipo de influência no desenvolvimento da atual sociedade globalizada.

Conclusão

O policiamento preditivo, alimentado pelo potencial da inteligência artificial, emerge como uma ferramenta transformadora na busca por segurança pública. A promessa de antecipar e prevenir crimes, otimizar recursos e

proteger comunidades é inegavelmente atraente. No entanto, essa nova tecnologia traz consigo desafios complexos que exigem uma análise cuidadosa e uma abordagem ética rigorosa.

A opacidade dos algoritmos, frequentemente tratados como "caixas pretas", levanta preocupações sobre a falta de transparência e a impossibilidade de contestar as decisões tomadas com base em seus resultados. A utilização de dados históricos enviesados pode perpetuar e amplificar discriminações existentes, afetando desproporcionalmente grupos minoritários e comunidades vulneráveis. A coleta massiva de dados e a vigilância constante ameaçam a privacidade individual e o direito à liberdade de ir e vir, pilares de uma sociedade democrática.

Para que o policiamento preditivo seja uma ferramenta a serviço da justiça e não um instrumento de opressão, é fundamental estabelecer mecanismos de controle e regulamentação. A transparência nos algoritmos e nos dados utilizados é essencial para garantir a responsabilização e permitir a contestação de decisões. Auditorias independentes e regulares devem ser conduzidas para identificar e corrigir vieses discriminatórios. A participação da sociedade civil na definição das políticas de uso da IA em segurança pública é crucial para assegurar que a tecnologia seja aplicada de forma ética e respeitosa aos direitos humanos.

O futuro da segurança pública na era da IA não se resume a uma escolha entre eficiência e liberdade. O desafio reside em encontrar o equilíbrio entre a inovação tecnológica e a proteção dos valores democráticos. A construção de um futuro em que a tecnologia fortaleça a justiça e a igualdade exige um diálogo amplo e contínuo, com a participação de especialistas, governos, comunidades e defensores dos direitos humanos. Somente assim será possível uma garantir que a IA seja uma aliada na construção de sociedades mais seguras e justas para todos.

Referências

ABBOTT, Ryan; SARCH, Alex. **Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction**. In: DEAKIN, Simon; MARKOU, Christopher (Ed.). Is Law Computable?: Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 177-204. Oxford: Hart Publishing, 2020.

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff et al. **Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks**. ProPublica, 23 mai. 2016. Disponível em: https://www.propublica.org/ article/ machine-bias- risk-assessments- in-criminal- sentencing. Acesso em: 05 dez. 2024

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José; ALBUQUERQUE, Lucca Fernandes de**. Policiamento preditivo na era da vigilância: a busca de um modelo constitucional e democrático**. Revista Questio Iuris, vol. 16, n. 1, 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ quaestioiuris/ article/ view/ 64599>. Acesso em 30 mai. 2024.

ARRUDA, Ana Júlia Pozzi; RESENDE, Ana Paula Bougleux Andrade; FERNANDES, Fernando Andrade. **Sistemas de Policiamento Preditivo e Afetação de Direitos Humanos à Luz da Criminologia Crítica**. Revista de Direito Público, v. 18, n. 100, out-dez, 2021, p. 664-689. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/ direitopublico/ article/ view/ 5978>. Acesso em 05 dez. 2024.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596687. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/ #/ books/ 9786555596687/. Acesso em: 05 dez. 2024.

FERRY, Luc. **A Revolução Transumanista**. Tradução de Éric R. R. Heneault. Barueri: Manole, 2018.

GLESS, Sabine. **Policiamento preditivo: em defesa dos "verdadeiros positivos"**. Trad. Heloisa Estellita e Miguel Lima Carneiro. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/ revdireitogv/ article/ view/ 81697>. Acesso em 05 dez. 2024.

JUNIOR, Orlando da S. **Análise e modelagem preditiva**. São Paulo. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786589881063. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/ #/ books/ 9786589881063/. Acesso em: 05 dez. 2024.

KENSKI, Vani Moreira. **Educação e tecnologias: Um novo ritmo da informação**. 8. ed. Campinas: Papirus, 2012.

LIMA, Isaías. **Inteligência Artificial**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788595152724. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/ #/books/ 9788595152724/. Acesso em: 05 dez. 2024.

LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. **Viés e Racismo no Policiamento Preditivo: Casos Estadunidenses e os Reflexos de Conexão com o Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/ content/ dam/ openweb/ documents/ pdf/Brazil/ revistas-especializadas/ rdtec-7- vies-e- racismo-no- policiamento- preditivo.pdf> . Acesso em 30 mai. 2024.

MACCULLOCH, Warren S.; PITTS, Walter. **A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity**. Bulletin of Mathematical Biophysics, v. 5, p. 115-133, 1943. Disponível em: https://www.cambridge.org/ core/ journals/ journal- of -symbolic- logic/ article/ abs/ warren- s-mcculloch- and-walter- pitts-a- logical-calculus- of-the- ideas-immanent- in-nervous- activity- bulletin-of- mathematical-biophysics- vol-5- 1943-pp- 115133/ 7DFDC43EC1E5BD05E9DA85E1C41A01BD. Acesso em: 05 dez. 2024.

SICSÚ, Abraham L.; SAMARTINI, André; BARTH, Nelson L. **Técnicas de aprendizado de máquina** . São Paulo: Editora Blucher, 2023. E-book. pág.1. ISBN 9786555063974. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/ reader/ books/ 9786555063974/. Acesso em: 05 dez. 2024.

SOUSA, Susana Aires. **"Não fui eu, foi a máquina": Teoria do Crime, Responsabilidade e Inteligência Artificial**. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (Coord.). A Inteligência Artificial no Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2020.

[E-book]

State v. Loomis. Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. Harvard Law Review, v. 130, p. 1530, 10 mar. 2017. Disponível em: https://harvardlawreview.org/ 2017/ 03/ state-v-loomis/ . Acesso em: 05 dez. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE E POSSIBILIDADES JURÍDICAS

Amanda Scalisse Silva

Graduada em Direito (2017) e Mestre em Direito Político e Econômico (2019) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Escola de Engenharia e Gestão do Grupo Etapa. Advogada

Resumo:

A persecução de crimes que envolvam provas digitais suscita novos desafios em razão da ausência de fronteiras físicas na *internet*. Tais elementos são normalmente armazenados em servidores localizados em diferentes países, mas podem ser acessados de qualquer lugar. Contudo, a lógica fundamental que norteia a jurisdição criminal continua a mesma: respeito à soberania dos Estados e ao princípio da territorialidade. Assim, caso haja prova digital armazenada em território estrangeiro, para acesso pelas autoridades de persecução penal brasileiras, é preciso solicitar a cooperação jurisdicional do Estado em que o ato de obtenção se praticará. As autoridades brasileiras só poderão fazer a requisição de transferência internacional de dados diretamente nas hipóteses previstas na Convenção de Budapeste e no Marco Civil da Internet, quais sejam: i) dados abertos armazenados em computador, desde que o aparelho esteja localizado nos Estados signatários da Convenção de Budapeste; ii) dados sigilosos armazenados em computador, desde que o aparelho esteja localizado nos Estados signatários da Convenção de Budapeste e haja consentimento legítimo e voluntário de pessoa que tenha autoridade legal para revelar os dados; iii) dados cadastrais armazenados por provedores de conexão e aplicações da *internet*, desde que a empresa possua atividade no Brasil; e iv) dados pessoais e de comunicação armazenados por provedores de conexão e aplicações da *internet*, desde que as atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento dos dados solicitados tenham ocorrido em território nacional. O método utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo, testando-se e comprovando-se as hipóteses sugeridas através de análise bibliográfica e legislativa.

Palavras-chave: Transferência internacional de dados; Processo penal; Jurisdição penal; Era digital; Territorialidade.

Limites da jurisdição e da competência material do juiz brasileiro

A jurisdição é uma das facetas do poder do Estado e da soberania nacional, consubstanciando-se no poder/função de aplicação da lei no caso concreto para a justa composição de conflitos[1]. Assim, a partir constituição dos Estados modernos, o âmbito e os limites da jurisdição são definidos pela legislação de cada país segundo critérios de conveniência e viabilidade e em atenção ao interesse nacional, à soberania de outros Estados e às convenções internacionais.

GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO (1996, p. 149/150) destacam que:

> Quem dita os limites internacionais da jurisdição de cada Estado são as normas internas desse mesmo Estado. Contudo, o legislador não leva muito longe a jurisdição de seu país, tendo em conta principalmente duas ponderações ditadas pela experiência e pela necessidade de coexistência com outros Estados soberanos: a) a conveniência (excluem-se os conflitos irrelevantes para o Estado, porque o que lhe interessa, afinal, é a pacificação no seio de sua própria convivência social); b) viabilidade (excluem-se os casos em que não será possível a imposição autoritativa do cumprimento da sentença).
>
> A doutrina, sintetizando os motivos que levam à observância dessas regras, alinha-os assim: a) existência de outros Estados soberanos; b) respeito a convenções internacionais; c) razões de interesse do próprio Estado.

No direito processual penal, a aplicação da lei no espaço foi construída

1 CHIOVENDA (1969, p. 3) define jurisdição como sendo "*função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar da existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*". Em outras palavras, entende o doutrinador que a jurisdição é a função estatal que declara direitos preexistentes, ou seja, é a atuação prática dos comandos legais. Já CARNELUTTI (1952, p. 62) defende ser a jurisdição a função que busca a "*justa composição da lide*". CARNELUTTI (1952, p. 62) constrói todo o seu conceito em torno da lide, que o mesmo define como sendo o "*conflito de interesses qualificado pela pretensão deum dos interessados e pela resistência do outro*", sendo a pretensão a intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio. Alguns consideram os conceitos de CHIOVENDA e CARNELUTTI antagônicos e, outros, defendem que são complementares. Estes últimos, dentre os quais está FILHO (1998, p. 137), definem a jurisdição como "*poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide*". Tendo em vista que não interessa ao presente artigo limitar o conceito de jurisdição, mas compreender seus limites, ambas perspectivas conceituais serão consideradas.

a partir do conceito de territorialidade, pois, como o direito penal (direito material) se rege estritamente pelo princípio da territorialidade, não se impondo além dos limites do Estado, e como as sanções de direito penal não podem ser impostas senão através do processo, segue-se que o juiz de um Estado soluciona as pretensões punitivas exclusivamente de acordo com a norma penal pátria; ou, em outras palavras, a jurisdição penal tem limites que correspondem precisamente aos de aplicação da própria norma penal material (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 1996, p. 136).

Esses limites são traçados no Código Penal. Nos termos do artigo 5º, a lei brasileira aplica-se, sem prejuízo de tratados e regras de direito internacional, aos crimes cometidos dentro do território nacional (BRASIL, 1940), sendo que, segundo o artigo 6º, considera-se o local do crime tanto onde foi praticada a ação ou omissão criminosa, como o lugar em que se produziu ou deveria ter sido produzido o resultado, conforme a teoria da ubiquidade (BRASIL, 1940).

Portanto, ainda que o artigo 7º do Código Penal preveja hipóteses excepcionais de extraterritorialidade da aplicação da lei brasileira (BRASIL, 1940), a aderência ao território é a regra.

Princípio da territorialidade e jurisdição penal para produção de provas cautelares digitais

Uma vez reconhecida a jurisdição do juiz brasileiro para a persecução dos crimes que foram praticados ou que produziram resultado no Brasil, tem-se que esse juiz será também dotado de jurisdição e competência para autorizar a produção de provas de índole cautelar necessárias para a instrução de investigações e processos voltados à apuração de tais delitos.

É o caso da quebra de sigilo de dados telemáticos, de especial relevância para o presente artigo, que, por constituir meio de obtenção de prova cuja execução acarreta violação à intimidade e ao sigilo de comunicações privadas, depende de autorização judicial para que possa ser executada[2].

A regra de aderência territorial, tratada no tópico anterior, funciona sem dificuldades em investigações tradicionais. Crimes são cometidos em um território por pessoa que está ou esteve dentro dos limites geográficos desse e têm como vítima pessoa que também está no mesmo lugar. Assim,

2 PEZZOTTI (2022) esclarece que "*No plano infraconstitucional, o diploma que trata da "quebra de sigilo de dados telemáticos" é a Lei n. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, cujo art. 7º, III, registra a inviolabilidade e o sigilo de "comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial". Sabe-se que a regra, portanto, é a inviolabilidade tanto das comunicações (art. 5º, XII, CF; Lei n. 9.296/1996) quanto dos dados (art. 5º, X, CF; Lei n. 12.965/2014, art. 7º, III), mas tais garantias são passíveis de mitigação por ordem judicial. Como ponto comum, o afastamento de ambas as formas de sigilo - dos dados e das comunicações - submete-se à reserva de jurisdição. Apenas por decisão do Poder Judiciário, preenchidos os requisitos legais, pode- -se autorizar o acesso a dados digitais de terceiros - seja por interceptação de fluxo comunicacional, seja por coleta física ou remota*".

o Estado em que está inserido esse território terá jurisdição para persecução das condutas criminosas nele ocorridas e para autorizar a produção das provas cautelares necessárias para a elucidação dos fatos.

O local do delito corresponde, portanto, ao lugar em que está a prova, de modo que as regras da legislação penal brasileira são suficientes para a fixação da competência jurisdicional.

Contudo, o princípio territorial puro pode parecer não funcionar para provas digitais. Tais elementos, ainda que relacionados a crimes com repercussões locais, são normalmente armazenados por empresas localizadas em diferentes países e que seguem critérios coorporativos que priorizam os interesses da companhia responsável por sua produção/armazenagem. Dessa forma, independentemente do local onde o servidor que armazena os dados esteja fisicamente, se conectado a qualquer tipo de rede, as informações poderão ser acessadas de qualquer lugar do mundo.

Assim, faz-se necessário diferenciar a jurisdição do juiz brasileiro para a persecução criminal da jurisdição para a produção de prova quando os elementos probatórios relacionados aos fatos apurados se encontram no exterior.

Tais provas são chamadas de transacionais, definidas por BECHARA (2009, p. 26) como aquelas cuja fonte de prova encontra-se dentro dos limites da soberania de outro Estado, e que, portanto, requerem a cooperação e o auxílio deste para a obtenção dos dados ou elementos probatórios. Em razão desta limitação funcional é que se impõe o recurso ao instrumento da cooperação jurídica internacional para a produção da prova.

Tem-se, desse modo, que, em virtude do princípio da territorialidade, todo e qualquer ato de interesse para um processo que deva ser praticado fora dos limites territoriais em que o juiz exerce sua jurisdição, depende da cooperação do juiz do lugar.

Nesse sentido, o artigo 13 da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) dispõe que "*A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça*".

Referido dispositivo legal, que se aplica ao direito brasileiro como um todo, dialoga com os já discutidos princípios da soberania e da aderência ao território.

Na mesma linha, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) determina, em seu artigo 783 e seguintes, que, havendo algum ato a praticar fora dos limites territoriais do próprio país, é preciso solicitar a cooperação jurisdicional da autoridade do Estado em que o ato se praticará, o que será feito por carta rogatória, a qual tramitará através do Ministério da Justiça e será enviada ao país estrangeiro por via diplomática, após legalizada e traduzida.

Assim, ainda que a persecução de crimes que envolvam elementos digitais possa suscitar novos desafios em razão da ausência de fronteiras físicas

na *internet*, a lógica fundamental que norteia o instituto da cooperação jurídica internacional em matéria penal continua a mesma: caso haja elemento de estraneidade, a soberania dos Estados deverá ser observada, sob pena de violação do princípio da territorialidade.

Transferência internacional de dados sigilosos e as possibilidades de requisição direta pelas autoridades de persecução penal brasileiras

Em relação à transferência internacional de dados, a regulação da matéria encontra-se em tratado internacional promulgado pelo Brasil e pela legislação interna.

A Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético (BRASIL, 2023a) determina, em seu artigo 32, que uma Parte poderá, sem autorização de outra Parte: i) acessar dados de computador disponíveis ao público (fonte aberta), independentemente de onde os dados estejam geograficamente localizados (alínea a); ou ii) acessar ou receber, por meio de um sistema de computador em seu território, dados de computador armazenados no território de outra Parte, se a Parte obtiver o legítimo e voluntário consentimento de uma pessoa que tenha autoridade legal para revelar os dados à Parte interessada, por meio de um sistema de computador (alínea b).

Portanto, em relação aos dados armazenados em computador, os Estados signatários do tratado autorizam que as demais Partes os acessem diretamente, desde que haja consenso voluntário da pessoa legalmente autorizada a fornecer tais informações. Ou seja, se a pessoa que controla os dados sigilosos consentir, os órgãos de persecução penal das Partes poderão acessar as informações armazenadas em outro Estado signatário.

Contudo, além da evidente limitação de aplicação somente às Partes do tratado, tem-se que a medida depende do consentimento da pessoa que é autorizada legalmente a revelar os dados, entrave agravado pelo fato de que, na maioria dos países, como no Brasil, as informações protegidas pelo sigilo só podem ser transferidas com autorização do titular dos dados ou de autoridade judiciária. Assim, o referido dispositivo, que não prevê a possibilidade de requisição judicial, não possui eficácia quando a transferência pretendida envolva informações protegidas pelo sigilo.

No tocante aos dados armazenados por provedores de serviços digitais, o artigo 18 da Convenção de Budapeste (BRASIL, 2023a) orienta que cada Estado signatário adotará as medidas legislativas e outras providências necessárias para dar poderes a autoridades competentes para ordenar: i) a qualquer pessoa residente em seu território a entregar dados de computador especificados, por ela controlados ou detidos, que estejam armazenados num sistema de computador ou em qualquer meio de armazenamento de dados de computador (alínea a); e ii) a qualquer provedor de serviço que

atue no território da Parte a entregar informações cadastrais de assinantes de tais serviços, que estejam sob a detenção ou controle do provedor (alínea b).

Ou seja, segundo o tratado em questão, os dados de qualquer natureza poderão ser entregues diretamente às autoridades de um Estado Parte por pessoas residentes em seu território que os controle ou os detenha, mas somente os dados cadastrais de assinantes de serviços poderão ser entregues de maneira direta por empresas provedoras que atuem no território.

É importante ressaltar que, ao tratar do fornecimento de informações pelos provedores, não há menção ao local em que os dados cadastrais estão armazenados, bastando que a pessoa jurídica possua atividade no território do Estado Parte que faz a solicitação.

Ademais, não há referência ao fornecimento de informações sigilosas pelos provedores de serviços digitais, o que, conforme já mencionado, depende de autorização judicial, de modo que, nesse caso, o referido dispositivo legal não possui aplicação.

No âmbito interno, o artigo 11 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) regula o fornecimento de dados pessoais ou de comunicações armazenados por provedores de conexão e de aplicações da *internet*, traçando os limites da jurisdição brasileira para a requisição direta de tais informações a partir do local de coleta, armazenamento, guarda e tratamento dos dados:

> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.
> § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.
> § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.
> § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.
> § 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Da redação do *caput* do referido artigo decorre que, se as operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento ocorrerem fora do território

nacional, a legislação brasileira não será aplicável.

Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC/51 (BRASIL, 2023b), que declarou a constitucionalidade do artigo 11 do Marco Civil da Internet com base no entendimento de que:

> Pelo que se observa, o art. 11 do Marco Civil da Internet, que encontra respaldo no art. 18 da Convenção de Budapeste em termos de deveres acordados pelo Estado brasileiro com os demais países do mundo a nível internacional, é norma específica em relação às regras gerais do MLAT, das cartas rogatórias e da cooperação jurídica internacional, e estabelece a aplicação da legislação brasileira e a jurisdição nacional sobre atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados e comunicações eletrônicas ocorridas em território nacional, desde que pelo menos um dos atos ou terminais se encontrem em território nacional e ainda que a pessoa jurídica portadora dessas informações esteja localizada ou armazene tais informações no exterior.

Apesar de o artigo 18 da Convenção de Budapeste (BRASIL, 2023a) tratar, como visto anteriormente, apenas do fornecimento de dados cadastrais armazenados por empresas provedoras de serviços digitais, de modo que não se aplica à hipótese de transferência de informações pessoais e de comunicação, entende-se que o artigo 11 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) é suficiente para subsidiar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pois deixa claro que a legislação brasileira e a jurisdição nacional aplicam-se somente às atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados e comunicações eletrônicas ocorridas no território nacional.

Desse modo, para obtenção de informações sigilosas, ainda que a empresa provedora tenha atividade no território nacional, será necessário pedido de cooperação internacional para a autoridade judiciária do local em que os atos de coleta, armazenamento, guarda e tratamento ocorreram, a única que possui jurisdição e competência para autorizar o afastamento do sigilo dos dados.

Por outro lado, mesmo que os provedores tenham sede e armazenem os dados no exterior, a legislação brasileira será aplicada e, portanto, os Tribunais do Brasil terão jurisdição para solicitar informações sigilosas diretamente, quando as atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento ocorrerem em território nacional, desde que pelo menos um dos atos ocorram ou terminais se encontrem no país.

Conclusão

Tem-se, de maneira sintética, o seguinte cenário em relação à possibili-

dade de requisição direta de transferência internacional de dados pelas autoridades de persecução penal brasileiras:

Natureza do dado	Requisitos para a obtenção pelas autoridades brasileiras	Fundamento legal
Dados abertos armazenados em computador	1) Computador localizado em Estados signatários da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético.	Artigo 33, alínea a, da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético
Dados sigilosos armazenados em computador	1) Computador localizado em Estados signatários da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético; 2) Consentimento legítimo e voluntário de pessoa que tenha autoridade legal para revelar os dados.	Artigo 33, alínea b, da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético
Dados cadastrais armazenados por provedores de conexão e aplicações da internet	1) Atuação no território brasileiro pelo provedor que controle ou detenha a informação.	Artigo 18, alínea b, da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético
Dados pessoais e de comunicação armazenados por provedores de conexão e aplicações da internet	1) Atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados e comunicações eletrônicas ocorridas em território nacional, desde que pelo menos um dos atos tenha sido realizado ou um dos terminais se encontrem em território nacional.	Artigo 11 do Marco Civil da Internet + ADC 51, STF

Fora as hipóteses acima, a transferência internacional de dados para a persecução penal, em respeito aos princípios da soberania e à aderência ao território para fixação da jurisdição criminal, bem como ao artigo 13 da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) e ao artigo 783 e seguintes do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), dependerá da cooperação da autoridade do Estado em que a prova será produzida, o que será feito por carta rogatória que tramitará através do Ministério da Justiça e será enviada ao país estrangeiro por via diplomática.

Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini (Cooperação jurídica internacional em matéria penal. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BRASIL. Decreto n. 11.491, de 12 de abril de 2023. Promulga a Convenção sobre o Crime Cibernético, firmada pela República Federativa do Brasil, em Budapeste, em 23 de novembro de 2001. Brasília, DF, 12 de abril de 2023, DOU 13 de abril de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às

normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. DOU 9 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasilia/DF, 23 de abril de 2024, DOU 24 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 51, Relator GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23-02-2023, publicado 28-04-2023.

CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. v. II. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1952.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. 3ª ed. Trad. José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal.5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. Interceptação telemática, quebra de sigilo de dados e a resistência das big techs: alternativas disponíveis aos órgãos de persecução penal e ao poder judiciário. In: Técnicas avançadas de investigação / organizadores: Galtiênio da Cruz Paulino, João Paulo Santos Schoucair, Octahydes Ballan Junior, Tiago Dias Maia. - Brasília: ESMPU, 2022. 2 v, p. 237/281.

LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DISCURSO DE ÓDIO PUBLICADO NA INTERNET

Leticia Soares Batista

Graduanda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo em Dupla Diplomação pela Univesità degli studi di Camerino

Cintia Rosa Pereira de Lima

Professora livre-docente em Direito Civil Existencial e Patrimonial pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente artigo tem como objeto o sistema brasileiro de proteção à liberdade de expressão, em especial a possibilidade de responsabilização civil por discurso de ódio veiculados através das redes sociais. O tema possui grande relevância, pois é frequentemente pauta de discussões no Supremo Tribunal Federal, bem como no Congresso Nacional, onde tramita o Projeto de Lei n. 2.630/2020, apelidado pelos seus críticos de PL da Censura, pois tem o objetivo de aprimorar a regulação das mídias sociais. Destarte, o principal objetivo da pesquisa é entender se a liberdade de expressão no Brasil é protegida de maneira absoluta ou não, e ainda, quais seriam seus limites. Foram utilizados métodos de microcomparação em relação aos modelos constitucionais dos Estados Unidos e da Alemanha, para entender diferentes modos de proteção a este direito fundamental. Em sequência, o método dedutivo foi utilizado para entender em qual medida o modelo brasileiro se assemelha aos dois ordenamentos anteriores. Assim, entendeu-se que o modelo brasileiro assemelha-se mais com aquele europeu que o modelo americano. Partindo desta hipótese, através do método indutivo, foi analisada a jurisprudência do STF sobre os limites da liberdade de expressão, em especial o RHC 82.424/RS, conhecido como Caso Ellwanger, bem como a ADO 26, ainda em fase recursal, sobre a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Por fim, utilizando-se do método indutivo e dialético, foi analisado o sistema de responsabilização civil por conteúdo publicado na internet, em especial o microssistema criado pelo Marco Civil da Internet de um ponto de vista crítico.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Marco civil da internet; Direito digital; Responsabilidade civil.

Introdução

Diante do atual cenário de profunda polarização política, a liberdade de expressão tem sido tema de debate ao redor do mundo. No Brasil, tornou-se relevante após a atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente no o âmbito do Inquérito n. 4.874, conhecido como Inquérito das Milícias Digitais, no qual se investiga a possibilidade de limitação por conteúdo veiculado na internet.

Concomitantemente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.630/2020, que tem o objetivo de aprimorar a regulação das mídias sociais, e foi apelidado pelos seus críticos como PL da Censura, por enxergarem no projeto legislativo uma tentativa governamental de controlas as mídias sociais. Neste sentido, defende-se uma aproximação com o modelo americano de proteção da liberdade de expressão, que seria próximo a uma liberdade absoluta.

Contudo, o modelo americano parece contrastar com ideais presentes na Constituição brasileira, sobretudo em relação ao combate de crimes raciais. Assim, buscou-se entender os fundamentos históricos e políticos, bem como a evolução jurisprudencial que construiu o sistema de liberdade de expressão adotado hoje pelos Estados Unidos.

Do outro lado, buscou-se compreender o modelo de tutela à liberdade de expressão adotado na Alemanha, por ser diametralmente oposto àquele adotado nos Estados Unidos, à medida em que se estabelece a liberdade de expressão também como um direito fundamental, mas com limites definidos constitucionalmente e desenvolvidos pela jurisprudência.

A partir da micro-comparação entre ambos os modelos, foi possível a análise do sistema brasileiro. Para isso, utilizou-se como base o RHC 82.424/RS, caso emblemático que define os limites da liberdade de expressão no Brasil, mais conhecido como "Caso Ellwanger", além da ADO n. 26, ainda em fase recursal, sobre a equiparação da homofobia e a transfobia ao crime de racismo.

Por fim, foram tecidas considerações a respeito do sistema de responsabilização civil por conteúdo publicado na internet, analisando em especial o microssistema criado pelo Marco Civil da Internet, comparando-o com as normas de responsabilidade objetiva adotadas anteriormente pelo Código Civil.

Desenvolvimento

Embora seja possível falar da defesa da liberdade de expressão nas mais diversas épocas e sociedades, deve-se reconhecer o contexto atual no

qual tais discussões se inserem. Isto porque a defesa da liberdade de expressão ganha força no contexto de guerras religiosas que marcam a Europa dos séculos XVI e XVII, principalmente pela defesa da liberdade religiosa e a liberdade de imprensa, que caracterizou o processo de colonização dos Estados Unidos da América. A essa altura, era consenso entre os intelectuais da época que a uniformidade de ideias era obsoleta, sendo necessário a convivência com o diferente (SCHÜLER, 2021).

É em 1859, com a publicação do ensaio "Sobre a Liberdade" de John Stuart Mill, que a liberdade de expressão ganha os contornos do conceito atual. Mill (2011) defende que a liberdade de expressão não deve ser limitada pelo Estado por se tratar de medida tirana. Em injusta síntese, o autor entende que as ideias podem ser inteiramente verdadeiras ou inteiramente falsas, mas, em sua maioria, são apenas parcialmente verdadeiras, de modo que uma ideia parcialmente verdadeira é substituída por outra ideia parcialmente verdadeira, mais adequada às necessidades do tempo.

Destarte, para Mill, a retirada de ideias da circulação seria um roubo à humanidade, pois "(s)e a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro - o que constitui um benefício quase igualmente grande" (MILL, idem).

Para além da sua importância para evolução do pensamento político e filosófico, o pensamento de Mill influenciou diretamente na interpretação da 1ª Emenda da Constituição norte-americana pelo juiz Oliver Wendell Holmes, criador do conceito "livre mercado de ideias". Trata-se de uma comparação entre a tutela da liberdade de expressão garantida pela 1ª Emenda e a defesa do livre mercado. Assim, melhor teste para veracidade de uma ideia é a sua capacidade de obter aceitação na competição do mercado do discurso, sem intervenção estatal (MOZETIC et al, 2021).

A interpretação é coerente com a norma, a medida em que a 1ª Emenda da Constituição americana[1] prevê uma liberdade negativa, ou seja, a proibição do Congresso de limitar a liberdade de expressão (LONGHI, 2020). É importante destacar que, historicamente, a liberdade de expressar qualquer ideia, foi um importante instrumento para conquista de direitos civis e políticos, especialmente a desobediência civil no contexto da luta contra a segregação racial (SARMENTO, 2006).

Contudo, é errado conceber o modelo americano como uma promoção absoluta da liberdade de expressão. A proteção contra obscenidades, pornografia, difamação, ou linguagem ofensiva ainda é garantida (FACCHINI, 2021). Além disso, destaca-se a relevância da doutrina das *fighting words*,

1 "**O Congresso não fará lei** relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta, ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos" (grifos nossos).

isto é, a restrição ao discurso público somente quando há imediata incitação à violência (SARMENTO, idem). Na prática, essa doutrina permite que a organização Ku Klux Klan, responsável pela difusão dos ideais de segregação racial e superioridade branca, continue ativa. Por exemplo, a queima de cruzes, um dos seus símbolos, só é proibida quando constituí uma clara e imediata ameaça às pessoas negras, porém, a queima de cruzes no jardim de uma família negra não foi considerada ilegal, visto que não produzia um perigo atual (SARMENTO, idem).

Nesse contexto, afirma-se que, nos Estados Unidos, o discurso é visto como modo de autorrealização individual, logo, limitar o contato com discursos tidos como discriminatórios limitaria a potencialidade de cada ser humano, de forma tal que o Estado estaria violando a identidade de cada indivíduo (GROSS, 2017). Assim, a queima de cruzes não seria um risco à comunidade negra, mas uma manifestação legítima, enquanto exercício da liberdade de expressão do indivíduo. Portanto, na visão norte americana, todas as ideias têm o mesmo valor, e o direito de expressa-las é tutelado como pressuposto para a democracia, sendo possibilidade de repressões estatais entendida como uma espécie de censura.

Destarte, em relação ao controle de discursos de ódio veiculado por meio das redes sociais tendo em vista a proibição constitucional expressa de limitar a liberdade de expressão tendo em vista a lei, não há controle estatal para além do controle jurisprudencial com base na doutrina das *fighting words*. Assim, o controle sobre o conteúdo na veiculado na internet é feito sobretudo segundo os termos de serviço dos próprios sites, que não são sujeitos a restrição imposta pela 1ª Emenda e, consequentemente, podem limitar o conteúdo que veicula no site.

Por exemplo, desde 2014 há iniciativas privadas para combater os discursos de ódio propagado na internet (SILVA *et al*, 2019). A perda das redes sociais pelo então ex-presidente Donald Trump em razão dos seus comentários acerca da invasão ao Capitólio no dia 06 de janeiro de 2021[2] talvez seja o mais emblemático caso de como as redes sociais são legitimadas a controlar o conteúdo veiculado nos seus sites e, consequentemente, controlam o exercício da liberdade de expressão de seus usuários.

Ao encarar a liberdade de expressão com uma questão individual e não coletiva, o modelo americano ignora a importância do Estado para tutelar minorias históricas e culturais, que são oprimidas socialmente e, por isso, não participam do livre mercado de ideias com as mesmas condições que ideias dominantes e, não raramente, opressoras. A doutrina das *fighting words* limita demasiadamente a possibilidade de repressão por discursos danosos, restringindo somente aos discursos em que o dano é concreto. Finalmente,

2 Notícia da CNN Brasil. Disponível online em: <https://www.cnnbrasil.com.br/ internacional/ trump- faz-primeira-postagem- no-facebook- desde-janeiro- de-2021/>. Acesso em 22 de agosto de 2023

na ausência de intervenção estatal, a tutela da liberdade de expressão por discurso na internet recaí aos próprios sites provedores de serviço de rede sociais, onde se aplica a doutrina de contratos privados. Atualmente, investiga-se a responsabilidade das redes sociais por influenciarem o debate político[3].

De maneira diametralmente oposta ao modelo americano, na Alemanha, sedimentou-se o sistema positivo de defesa da liberdade de expressão, ou seja, o exercício desta só é possível dentro dos limites expressos na lei (LONGHI, 2019). Para a doutrina, a inclusão de limites à liberdade de expressão já nos parágrafos do artigo que a garante é reflexo imediato do Holocausto e do passado nazista (BARBOSA-FOHRAMANN E SILVA JR, 2019).

Isto porque, embora a Alemanha reconheça a importância da liberdade de expressão, para a livre troca de informações e ideias, criação de opiniões e, assim, sustentar a democracia, este direito fundamental geralmente é desfavorecido frente a outros direitos fundamentais, tais como os direito de personalidade e, principalmente a dignidade humana. (MORAES E PAMPLONA, 2019). Ademais, os parágrafos primeiro e terceiro do referido artigo estabelecem a "tríade de limitações ou reservas qualificadas", isto é, as três previsões para restrições da liberdade de expressão: previsões de leis gerais, proteção dos jovens e ao direito da honra pessoal (BARBOSA-FOHRAMANN E SILVA JR, idem).

Neste contexto, o ordenamento alemão combate diretamente o discurso de ódios por meio, inclusive, do uso da lei penal. São dos tipos distintos, o insulto coletivo, punível pelo artigo 185 do Código Penal, e o incitamento ao ódio, disciplinado no artigo 130, com funções diversas: enquanto o primeiro coíbe ofender um grupo numericamente menor usando características que o distingue da maioria, o segundo é direcionada a proteger a paz pública (MORAES E PAMPLONA, idem).

Vale acrescentar que, a perturbação da paz pública como limite estabelecido pela lei alemã é muito mais facilmente atingível que a ameaça direta de violência como requisito para doutrina das *fightiing words*. Enquanto essa última busca tutela um risco iminente à ordem pública, como gritar fogo em um cinema[4], o ordenamento alemão estaria preocupado com o "perigo de um

3 Sobre isso, investiga-se a influência do Facebook na criação de "bolhas sociais" teria influenciado diretamentamente a eleição do ex-presidente Donald Trump nos Estados Unidos e a votação britânica para saída do Reino Unido. Para saber mais, acesse: <https://g1.globo.com/ economia/ tecnologia/ noticia/ entenda- o-escandalo- de-uso- politico-de- dados-que- derrubou-valor- do-facebook- e-o- colocou-na- mira-de- autoridades.ghtml>. Além disso no Brasil, destaca-se o embate entre Elon Musk e Alexandre de Moraes travado na rede social X, controlada pelo primeiro: <https://www.bbc.com/ portuguese/ articles/ c06lk7k2j0ko> Ambos os links foram acessados em 28.11.2024

4 O exemplo clássico de ameaça de perturbação da ordem iminente para doutrina das *fighitng words* seria gritar fogo em uma sala de cinema cheia, sem que, contudo, haja um perigo real (SARMENTO, 2006).

perigo", pois a Alemanha veria o discurso de ódio primeiramente como uma ferramenta de opressão (BRUGGER, 2009). De maneira análoga, enquanto nos Estados Unidos a negação de fatos históricos é tida como inofensiva, a negação do Holocausto, ainda que genérica, segundo a jurisprudência alemã, é criminalmente condenável (BRUGGER, idem).

Destaca-se que o modelo alemão de tutela positiva da liberdade de expressão é referência para muitos outros países, inclusive para Comissão Internacional de Direitos Humanos (MORAES E PAMPLONA, 2019). Em relação ao discurso de ódio propagado na internet, a Lei Geral de Fiscalização das Redes alemã (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG*), de 2018, provocou o surgimento de leis similares em toda a Europa (FACCHINI NETO e RODRIGUES, 2021).

Segundo Brega (2023), principal objetivo da lei é atribuir às redes sociais a função e a responsabilidade pela análise do conteúdo postado. Assim, a *NetzDG* cria duas obrigações distintas: a obrigação de indisponibilizar o conteúdo manifestamente ilegal em 24h e o dever do Site e Rede Social de criar meios para os usuários denunciar os conteúdos alegadamente ilegais, que seja facilmente reconhecível, diretamente acessível e permanentemente disponível. Em casos em que a legalidade do conteúdo for discutível, o prazo pode ser estendido para até 7 dias, devendo o conteúdo ser bloqueado ou deletado logo em seguida.

Neste contexto, afirma-se que o ordenamento alemão adotou o sistema do *notice and take down*, pois a obrigação da retirada do conteúdo a partir do momento da notificação da vítima (LONGHI, 2020). Embora parte minoritária da doutrina critique essa posição por transferir o controle de legalidade ao privado (BREGA, idem), é evidente que, tendo em vista a capacidade de multiplicação das redes, o controle de conteúdo exercido pelas próprias redes sociais é muito mais eficiente, evitando maiores exposições da vítima.

Corrobora com este argumento o estudo realizado com os relatórios dos sites de redes sociais do primeiro ano de vigência da lei, quando se constatou que é mais comum a análise do conteúdo somente com base nas políticas e diretrizes dos sites do que com base na *NetzDG* (HELDT, 2019). Uma das razões seria a dificuldade de interpretação, tendo em vista que boa parte da análise do conteúdo ainda recaí sobre o capital humano (BOTELHO FRANCISCO et al, 2019).

Além disso, do ponto de vista econômico, o bom funcionamento de uma rede social depende da livre circulação do seu conteúdo. A popularização da internet constitui uma revolução como forma de comunicação somente porque permitiu que qualquer pessoa manifestasse seus pensamentos de forma pública e com grande capacidade de alcance. Assim, em um primeiro momento, não há um interesse dos provedores de serviços na internet de restringir o conteúdo publicado[5] (HELDT, 2019).

5 Não se exclui a possibilidade de que seja exercido um controle discreto do conteúdo que

Por fim, passa-se a análise do sistema brasileiro de liberdade de expressão. É de muita importância que a liberdade de expressão conste no rol de direitos fundamentais (art. 5º), sobretudo tendo em vista o período de Ditadura Militar que antecedeu a Constituição de 1988, marcado pelo controle governamental sobre as mídias e telecomunicações. Além disso, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como um dos fundamentos da República (art. 1º) e a não discriminação, como seu objetivo (art. 3º).

Neste contexto, destaca-se a ADPF 130, a qual julgou a receptividade da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, decidindo pela sua inconstitucionalidade face da nova Constituição, sobretudo em razão da impossibilidade de censura prévia de material jornalístico, devendo eventuais responsabilidades por danos morais ou materiais causados deverão ser apuradas *a posteriori* e de forma proporcional ao dano suportado (LONGHI 2019).

Paralelamente, o RHC 82.424/RS, popularmente conhecido como "Caso Ellwanger", fornece o entendimento mais consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre discriminação e discurso de ódio. Tratava-se de um revisionista histórico que negava o Holocausto e, por isso, foi condenado pelo crime de racismo. No *Habeas Corpus*, a defesa argumentou que o crime de racismo era restrito ao preconceito contra negros e, discorrendo o livro sobre judaísmo, não poderia ser enquadrado como tal.

Miguel Reale Júnior (2010), além de ter apresentado um parecer jurídico para o caso, reconstruiu a argumentação dos votos dos ministros, destacando que, embora utilizando-se de fundamentos jurídicos, filosóficos e sociológicos diversos, prevaleceu o enquadramento da discriminação contra o povo judeu como crime de racismo, tendo em vista a posição privilegiada dos princípios da dignidade humana e de igualdade, em relação ao princípio da liberdade de expressão. Entre os votos vencidos, apenas um declarou a prevalência da liberdade de expressão sobre os demais princípios constitucionais, isto é, no voto do ministro Carlos Ayres Brito, que já havia demonstrado opinião similar no julgamento que revogou a Lei de Imprensa, enquanto os demais foram contrários por acreditarem na impossibilidade do pensamento circulado em livro gerar um real incitamento ao ódio contra judeus.

Desde esse momento, o ministro Celso de Mello declara a impossibilidade do direito de liberdade de expressão de ser interpretada de forma absoluta, afim de permitir a prática de crimes em desrespeito às garantias constitucionais de terceiros. Mais recentemente, na ADO 26, que visa a declaração

---

é mostrado para o usuário. A maneira em que os algoritmos promovem determinados conteúdos em detrimento de outros e as possíveis consequências políticas, sociais e econômicas destas escolhas não é de maneira alguma ignorada pelas autoras. Contudo, entende-se que trata-se de um assunto que merece dedicação exclusiva, por fugir do escopo do presente artigo.

de omissão do Congresso acerca da inexistência de criminalização da homofobia, o ministro proferiu voto coerente com o expresso anteriormente, defendendo o alargamento do conceito de racismo para compreender qualquer tipo de discriminação contra grupos minoritários:

> "O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito."

Tal definição pode ser problemática na medida em que se torna o tipo penal racismo, inicialmente destinado a combater preconceitos raciais, muito amplo, abarcando genericamente qualquer manifestação de poder que vise oprimir um grupo histórico e culturalmente vulnerável. A diferença da norma alemã, não são claros os requisitos de enquadramento, por exemplo, a definição de minoria ou de opressão. Contudo, tal pensamento, embora de inegável relevância, parece não sair do plano teórico, tendo em vista certo receio dos Tribunais em condenar indivíduos ao crime de racismo (MAGALHÃES, 2021)[6].

Mais interessante é a possibilidade de responsabilização civil por discurso de ódio, tendo em vista a sua evolução desde 1988. Neste ponto, o Código Civil de 2002 trouxe uma inovação importante ao prever a possibilidade de responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na internet (art. 182), em consonância com o já disposto no Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual o provedor de serviços se enquadraria como fornecedor e o usuário, como consumidor, assim o primeiro seria objetivamente responsável por reparar danos causados ao segundo por danos suportados pelo segundo (LIMA, 2015).

Entretanto, notou-se uma resistência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de aplicar a responsabilidade objetiva dos provedo-

6 Contatou-se no estudo que os Tribunais estaduais, seguindo o exemplo do STF, costumam desclassificar o crime de racismo, aplicando o crime de injúria racial. A Lei nº 15.532/2023, buscou enfrentar o problema, incluindo a injúria "em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional" na lei que tipifica o racismo (Lei nº 7.716/1989), contudo a aplicação da nova norma pelos tribunais,

res de serviço, por entender que somente seriam responsáveis por conteúdo gerado por terceiros se não agissem imediatamente para tornar inacessível o conteúdo após tomarem conhecimento, ainda que extrajudicial, do dano causado (LIMA, idem).

O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/14, alterou profundamente o sistema de responsabilização do provedor de serviços por conteúdo publicado por terceiros, pois esses só poderiam ser retirados após notificação judicial. Assim, distingue-se do sistema alemão, pois consolida o sistema de *judicial notice and takedown*, ou seja, o provedor só seria responsável pela exclusão do conteúdo após notificação judicial indicando precisamente o conteúdo a ser deletado (LONGHI, 2019).

Destarte, o referido artigo é hoje objeto de ação de inconstitucionalidade, sobretudo por conferir uma tutela à vítima menor do que o sistema anteriormente vigente. Ao priorizar o princípio da neutralidade da rede, garantindo maior controle do judiciário em relação a limitação da liberdade de expressão do usuário, a norma ignora o potencial de multiplicação das redes, e o risco de maior exposição da vítima.

Especialmente, em relação aos discursos de ódio, a norma privilegia a liberdade de expressão em detrimento dos demais princípios constitucionais, em indo em sentido oposto à tendência que se mostrou no Supremo Tribunal Federal privilegiar os princípios de dignidade humana, igualdade e não-discriminação, assim, fornecendo maior proteção aos grupos minoritários.

Em sede de conclusão, resta evidente que a liberdade negativa do modelo americano não prevaleceu na jurisprudência consolidada do STF, embora ainda exerça influência política muito forte no país, tendo resultado na situação de antinomia do artigo 19 do Marco Civil da Internet, ainda pendente de resolução.

Por outro lado, ainda que siga o modelo da Alemanha, os limites presentes para o exercício da liberdade de expressão no Brasil não são postos de maneira clara e precisa como fez a jurisprudência alemã, deixando o país mais vulnerável para abusos e discricionaridades. Atualmente, essa questão se põe em maior relevância, dada o prosseguimento dos inquéritos que investigam crimes de ódio contra o Supremo Tribunal Federal, em uma situação em que o acusador se confunde com a figura do juiz. Dada a sensibilidade do tema, merece melhor aprofundamento em momento mais oportuno.

Conclusão

A liberdade de expressão é direito fundamental dentro de uma sociedade democrática. Atualmente, os ordenamentos ocidentais seguem alternativamente dois modelos principais de tutela: a liberdade negativa dos Estados Unidos, onde a intervenção estatal para a defesa desse direito deve ser a menor possível, ou a liberdade positiva do modelo alemão, em que o direito à li-

vre expressão é garantido constitucionalmente, desde que seja exercido dentro dos parâmetros constitucionais, legais e jurisprudenciais estabelecidos.

Neste contexto, indagou-se a respeito do modelo adotado no Brasil, tendo em vista as recentes manifestações políticas que buscam maior proximidade com o modelo estadunidense. Contudo, restou demonstrado que, segundo o posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e nem sequer preponderante, sendo privilegiados os princípios da dignidade humana e o dever de não-discriminação. Assim, constatou-se que o modelo alemão teria, de fato, maior influência.

Entretanto, em relação ao sistema de responsabilização contra discurso de ódio proferido na internet, notou-se que o Marco Civil da Internet trouxe verdadeira involução para tutela dos direitos das vítimas, pois adotou o sistema de *judicial notice and takedown*, o qual exige a notificação judicial para retirada do conteúdo lesivo, em contrariedade à *NetzDG*, bem como da posição jurisprudencial consolidada no Brasil anterior a lei, em que bastava a notificação do próprio usuário. Assim, defende-se a inconstitucionalidade da norma por garantir menor proteção à vítima ao privilegiar a liberdade de expressão dos usuários em relação a outros princípios, como o dever de não discriminação, em contraste a interpretação majoritária dos tribunais superiores.

Por fim, ressalta-se que se trata de um tema muito delicado, com intersecções com outras áreas do conhecimento, e de muita atualidade. Logo, são necessários outros estudos para delimitar a influência política e social para tais limites, a influência do uso de algoritmos no exercício da liberdade de expressão de usuários.

Referências

ALMEIDA, Jonathan de Oliveira. Teffé, Chiara Spadaccini. **Humor e responsabilidade na internet**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães e ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 231-330

BRASIL. Marco Civil da Internet. **Lei nº 12.964 de 8 de abril de 2014**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2011-2014/ 2014/ lei/ l12965.htm >. Acesso em: 23 jun 2023

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2011-2014/ 2014/ lei/ l12964.htm>. Acesso em: 23 jun 2023

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ Leis/ L8078.htm >. Acesso em: 25 jun. 2023

BARBOSA-FOHROMANN, Ana Paula e SILVA JR., Antônio Reis **O discurso de ódio na internet.** In: MARTINS, Guilherme Magalhães e LONGHI, João Victor

Rozatti. Direito Digital: direito privado e internet. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 3-34.

BRUGGER,Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?** Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

BREGA, Gabriel Ribeiro. **A regulação de conteúdo nas redes sociais:** uma breve análise comparativa entre o NetzDG e a solução brasileira. Revista Dirieto GV: São Paulo, v. 19, ed. 2305, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/ j/ rdgv/ a/ qwwzmCyw5FmFQmTpRw3HCQh/ ?format=pdf&lang=pt> Acesso em 20 de jul de 2023

FACCHINI NETO, Eugênio. RODRIGUES, Maria Lúcia Boutros Buchain. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: o direito brasileiro à procura de um modelo**. Espaço Jurídico Journal of Law Espaço Jurídico Journal of Law, v. 22, n. 2, 2021, p. 481-516. DOI: 10.18593/ejjl.29220. Disponível em: https://periodicos.unoesc.edu.br/ espacojuridico/ article/ view/ 29220. Acesso em: 31 ago. 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; GUGLIARA, Rodrigo; LONGHI, João Victor Rozatti. **Proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação:** entre dados e danos. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

GROSS, Clarissa Piterman. **Pode dizer ou não?** Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária. 2017. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. DOI :10.11606/ T.2.2017.tde-28082020-013457. Acesso em: jul de 2023

HELDT, Amélie. **Reading between the lines and the numbers:** an analysis of the first NetzDG reports. Internet policy review, 2019, v..8, n.2 DOI: https://doi.org/ 10.14763/ 2019.2.1398.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet** (Lei n. 12.965/14). Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 110, p. 155-176.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuelly Pezatti Franco de; PEROLI, Kelvin. **O necessário diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados para coerência do sistema de responsabilidade civil diante de novas tecnologias**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães e ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Indaiatuba: Foco, 2020

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuelly Pezatti Franco de; PEROLI, Kelvin. **A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiros antes e depois do Marco Civil da Internet (**Lei nº 12.965/14). Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 155-176, jan/dez, 2015, p. 160 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ rfdusp/ article/ view/ 115489/ 113071> Acesso em 08 de ago de 2023

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade (tradução Pedro Madeira.)** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 [Ed. Especial]

LONGHI, João Victor Rozatti. **Marco Civil da Internet no Brasil:** breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p 109-146.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **#ÓDIO**: responsabilidade civil nas redes sociais e a questão do *hate speech*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães e ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 231-330

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, v. II: Teoria Geral das Obrigações (Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama)Rio de Janeiro: Forense, 2017, ed.29.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Limites à Liberdade de Expressão**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/ sitedocente/ admin/ arquivosupload/ 4888/ material/ a-liberda de-de- expressao-e- o-problema- do-hate- speech-danielsarmento.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2017

SCHREIBER, Anderson. **Marco civil da internet: avanço ou retrocesso**. In: FILHO, Adalberto Salomão; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; LUCCA, Newton de. Direito Civil & Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 363-404

SILVA, Luís Rogério Lopes., Botelho-Francisco, Rodrigo Eduardo, Alisson Augusto de Oliveira, Pontes, Vinicius Ramos (2019). **A gestão do discurso de ódio nas plataformas de redes sociais digitais: um comparativo entre Facebook, Twitter e Youtube**. Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação, 2019, v. 12, n. 2, p. 470-492. DOI: 10.26512/ rici.v12.n2.2019.22025. Disponível em: https://periodicos.unb.br/ index.php/ RICI/ article/ view/ 22025. Acesso em: 31 ago. 2023.

SILVA, Peterson Roberto da. **O conceito de "Liberdade de expressão"**. Em Tese, Florianópolis. 2018, vol.15, n. 2, p. 275-300. Disponível em: 23 <https://periodicos.ufsc.br/ index.php/ emtese/ article/ view/ 1806- 5023.2018v15n2p275> Acesso em: 31 ago. 2023.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet: construção e aplicação**. Editar Editora Associada: Juíz de Fora, 2016. p. 67-110 Disponível em: https://itsrio.org/ wp-content/ uploads/ 2017/ 02/ marco_civil_construcao_aplicacao.pdf. Acesso em: 20 de jul de 2023.

EM DIREÇÃO A UMA CIÊNCIA FEMINISTA

Andréia Moreira da Silva
Universidade Federal do ABC. Psicanalista, psicóloga, pós-graduada em psicopedagogia e mestra em Ensino das Ciências

Resumo:

Esse trabalho é fruto de uma pesquisa para uma dissertação de mestrado, concluída em 2018. Pensar na possibilidade de uma ciência feminista é também pensar sobre a historicidade da (s) mulher (es), é ponderar a mulher como sujeito e refletir sobre sua forma de se relacionar com o universo e com os Outros de forma dinâmica. É fomentar a construção de saberes que consideram as características das várias formas de ser mulher, bem como as diferenças do advir mulher, de acordo com a sua localização social, considerando raça/etnia e classe. A proposta deste trabalho, é caminhar em direção à construção de uma ciência feminista com a finalidade de repensar e de (re) construir a história das mulheres, a própria feminilidade, tornando-a uma história mais plural, rompendo as desigualdades. Dentro da premissa de que a ciência pode romper constructos sociais e promover acesso às conquistas feministas para a toda população, tentaremos ponderar que, através da história da ciência, podemos entender, questões inerentes à vida - como a sexualidade e a construção de papéis sociais como o do homem e da mulher. Por meio do conhecimento de suas peculiaridades sociais, econômicas, ambientais, culturais e o respeito à diversidade, podemos entender os impasses em direção à equidade de gênero e ir além. Acreditamos que as oficinas de sexualidade e gênero são práticas educativas diferenciadas que priorizam o contato e participação de grupos populares, propondo uma ruptura de saberes hierarquizados, valorizando saberes que se apresentam nas narrativas das/dos adolescentes.

Palavras-chave: Gênero; Sexualidade; Feminismo; Educação.

Neste artigo iremos discutir alguns conceitos teóricos sobre gênero, sexualidade e adolescência, que fundamentaram as oficinas de sexualidade e gênero do Programa "Se Liga na Parada".

O termo oficina, para a educadora Vera Maria Candau (1995), refere-se a um espaço de construção coletiva do conhecimento, de análise da realida-

de, de confronto e troca de experiências. A autora defende uma metodologia de trabalho que prevê a formação coletiva, com momentos de interação e troca de saberes a partir da horizontalidade na construção do saber inacabado, tomando como base o pensamento de Paulo Freire no que diz respeito à dialética/dialogicidade na relação educador e educando. Uma teoria que na prática se desenvolve muito bem, pois os adolescentes sentem-se parte do conhecimento, o cotidiano deles faz toda a diferença para a roda de conversa, sentem-se mais confiantes para se colocarem, fazerem observações e questionamentos. O educador não é o portador do saber, é um veículo de acesso a esse saber, que se importa em escutá-los e aprende com esses adolescentes.

As oficinas se desenvolvem através de diferentes momentos. Parte-se de uma dinâmica de acolhida que visa promover o reconhecimento mútuo e facilitar a interação entre os participantes. Procura-se provocar um movimento em que a análise possa ser aprofundada, sempre em articulação com suportes teóricos diversificados. A preocupação pela concretização de compromissos que levem a trabalhar na prática cotidiana os aspectos abordados está presente no desenvolvimento de todas as oficinas. (CANDAU, 1995, p. 11).

Essas atividades de educação para a sexualidade, no formato de oficinas, se desenvolviam junto às/aos adolescentes, ocorriam na maior parte do tempo nas escolas públicas estaduais, bem como nas escolas municipais na educação de jovens adultos (EJA), na FUNDAÇÃO CASA como parte do projeto pedagógico. Através de oficinas, com o propósito de prevenção em saúde e sexualidade das/dos adolescentes, englobando gênero, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e gravidez na adolescência.

De acordo com a Organização Pan-americana da Saúde, adolescência é o período da vida onde a idade varia entre 10 e 19 anos.

> "A adolescência é marcada, entre outras características, pela busca de autonomia sobre as decisões, emoções e ações, pelo desenvolvimento de habilidades e a vivência da sexualidade". É um período em que adolescentes exploram mais intensamente sua identidade sexual e de gênero. "Em muitos casos, as buscas e experimentações dessa faixa etária possibilitam uma maior exposição às violências e aos comportamentos de riscos, tais como o abuso de álcool e de outras drogas, que podem resultar em uma maior suscetibilidade às doenças sexualmente transmissíveis (ISTs) e em uma gravidez não desejada. Frequentemente, problemas de saúde mental, como depressão e ansiedade, aparecem pela primeira vez durante a adolescência" (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2017, p. 7-8).

Para a elaboração das oficinas, entendemos o conceito de sexualidade e gênero da seguinte forma. O gênero inicialmente designava lugares sociais

onde cada qual deve ter sua função social definida segundo seu corpo biológico. Mulheres e homens, ao longo dos séculos, ocuparam lugares sociais naturalizados pelo sexo masculino ou feminino, lugares esses que marcaram e validaram desigualdades baseadas nas capacidades biológicas de cada sexo, tidas como naturais.

Entendemos o termo gênero para além das determinações sociais do que é ser homem e mulher:

> Resulta daí que o gênero não está para a cultura como sexo está para a natureza; ele também é meio discursivo/cultural pelo qual "a natureza sexuada" ou "um sexo natural" é produzido e estabelecido como "pré-discursivo", anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura. (BUTLER, 2004, p. 25).

Para evidenciar o contrário, concebemos o gênero aqui como forma de resistência, subvertendo a lógica de que homens e mulheres têm seus papéis sociais definidos de antemão, seus destinos traçados ao nascerem do sexo masculino ou feminino. Defendemos que esses papéis não são fixos, podem ser construídos e desconstruídos de acordo com a subjetividade de cada um, que é atravessada pelos discursos sociais próprios de seu tempo, como nos aponta Butler (2010): "O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado […] tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. " (P. 25). Como nos aponta a autora, o termo gênero, que designa e naturaliza como feminino e masculino, pode ser o aparato pelo qual esses termos possam ser descontruídos e desnaturalizados. Portanto, apreendemos o quão importante é essa discussão para o ensino das sexualidades e para as pesquisas feministas.

O termo gênero precisou ser apropriado pelas feministas para ter a expressão de luta que observamos hoje. Como aponta Lattanzio (2011), o termo gênero embora tenha sido empregado primeiramente por uma mulher atenta às causas feministas, só foi validado cientificamente por um homem.

A precursora do chamado feminismo político, Mary Wollstonecraft, já denunciava em 1792, em seu livro A Vindication of the Rights of Woman, que as diferenças intelectuais e de papel social entre homens e mulheres resultava da educação diferenciada dispensada a cada uma dessas classes, contrariando as teorias de sua época de que tal desigualdade era resultado de fatores biológicos ou mesmo de desígnios de Deus (LATTANZIO, 2011).

No entanto, foi somente na década de 1950 que o psicólogo John Money e colaboradores introduziram pela primeira vez a noção de gênero no corpo conceitual científico e para ele ficou o crédito da primazia do conceito de gênero. O termo gênero só foi resgatado novamente pelas mulheres e passou a ter legitimidade de ciência na teoria feminista em 1975, no texto

The traffic in women: notes on the Political Economy of sex, de autoria de Gayle Rubin. Ou seja, foram necessários dois séculos para que novamente o termo pudesse ser apropriado pelas mulheres.

Nesse momento, a embrionária teoria feminista enxergou a importância do conceito de gênero para sua tentativa de desnaturalização das relações de poder estabelecidas entre os sexos, importando-o para seu arcabouço teórico. Tal movimento foi tão intenso que hoje, ao se pensar o gênero, automaticamente se atribui tal conceito à teoria feminista, campo que ficou também conhecido como "gender studies" (LATTANZIO, 2011, p. 14-15).

Por sexualidade entendemos algo atrelado ao gênero e inerente a todas as pessoas, "a própria essência da atividade humana" (ROUDINESCO; PLON, 1997, p. 704), experimentada das mais abrangentes formas possíveis. É o que há de mais íntimo no sujeito, sua constituição, o que nos remete a um universo de possibilidades relativas e pessoais com o corpo e seu sistema sensorial para experimentação de prazer e desprazer, bem como a fala, a mente e os aparatos sociais e discursivos sobre a sexualidade que atravessam essa experiência das sexualidades.

A característica elementar da sexualidade é que existem muitas formas de defini-la devido ao seu aspecto simbólico, como podemos observar no que nos aponta Marina (2007):

> Chamo de sexualidade o universo simbólico construído sobre uma realidade biológica: o sexo. Trata-se de uma complicada mescla de estruturas fisiológicas, condutas, experiências, sentimentalizações, interpretações, formas sociais, jogos de poder. Para utilizar uma metáfora linguística: o sexo é o significante, e a sexualidade, o conjunto de significados - afetivos, práticos ou ideológicos - que lhe atribuímos. (p. 23)

A discussão entre sexualidade e gênero era frequentemente trazida nas oficinas com as/os adolescentes, pois existia naquele momento uma preocupação nossa e das escolas públicas e municipais para incluir a temática sexualidade no âmbito do ensino. Além disso, nós e as coordenadoras pedagógicas percebíamos a necessidade de um espaço para que as/os adolescentes pudessem discutir o assunto.

As instituições que foram contempladas com Plano Municipal de Saúde da Juventude, entendiam a importância de estar em acordo com os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs) no tocante ao ensino da sexualidade e gênero.

De acordo com os Parâmetros Curriculares Nacionais, que faziam parte do currículo escolar no período em que as oficinas foram ministradas (2013 a 2017), defendia-se a importância do papel do ensino das sexualidades pois:

> A escola, ao propiciar informações atualizadas do ponto de vista científico e ao explicitar e debater os diversos valores associados à sexualidade e aos comportamentos sexuais existentes na sociedade, possibilita ao aluno desenvolver atitudes coerentes com os valores que ele próprio eleger como seus. (BRASIL, 1997, p. 300).

Destacamos novamente a forma como as decisões políticas estão atreladas à educação para a sexualidade, só que agora de forma antidemocrática. Partidos conservadores pressionaram o governo e em 2017 foi lançada a Base Nacional Comum Curricular (BNCC). Nesta, o Ministério da Educação (MEC) suprimiu a palavra gênero, bem como a temática da diversidade sexual do currículo escolar.

Aos alunos do 8° ano do ensino fundamental o conteúdo em discussão ficou restrito à disciplina de Ciências, ficando reduzida a "mecanismos reprodutivos e sexualidade" (BRASIL, 2017, p. 344), onde consta que o aluno deve ter habilidades para "selecionar argumentos que evidenciem as múltiplas dimensões da sexualidade humana (biológica, sociocultural, afetiva e ética). " (BRASIL, 2017, p. 345). Assim, as questões que vinham em destaque anteriormente para gênero e respeito às diversidades, bem como as questões políticas e de cidadania ficaram de fora.

O que podemos observar a posteriori é que existe uma perda do espaço democrático, já não importa o saber da população, e o poder, representado pelo Estado, não é constituído em nome da população, não opera partindo da demanda do povo, como no caso dessas/es adolescentes que reivindicaram um espaço de fala para discutir a sexualidade.

Porém, no momento de nossa pesquisa (2013 a 2017) a possibilidade de se discutir o tema sexualidade nas escolas não apenas como algo do campo do conhecimento, mas como resultado de uma conquista ao longo de gerações, dos movimentos populares, de mudanças culturais que precisavam ser incorporadas como parte da aprendizagem. Essa trajetória foi longa intensificando desde a década de 1970, como nos aponta o seguinte argumento:

> [...] a discussão sobre a inclusão da temática da sexualidade no currículo das escolas de ensino fundamental e médio vem se intensificando desde a década de 70, provavelmente em função das mudanças comportamentais dos jovens dos anos 60, dos movimentos feministas [...] (BRASIL, 1997, p. 291).

As sociedades mudaram, as famílias se transformaram e comportam uma geração de adolescentes cheias/os de uma multiplicidade de valores, crenças e comportamentos sexuais diversos. Compreender o outro nessa perspectiva singular de escolhas relativas à sexualidade é papel de um ensino democrático atento ao seu tempo, "[...] reconhecer como determinações

culturais as características socialmente atribuídas ao masculino e ao feminino, posicionando-se contra discriminações a eles associadas; identificar e expressar seus sentimentos e desejos, respeitando os sentimentos e desejos do outro [...]. " (BRASIL, 1997, p. 311). Assim, o trabalho sobre sexualidade na escola era importante, pois problematizava, questionava e consentia a ampliação do leque de conhecimentos e de opções aos alunos, como pautado nos PCNs daquele período.

Existia uma preocupação com a valorização do saber desses jovens, havia a construção de um saber com eles, e não só para eles, havia a possibilidade de um diálogo para a construção de um conhecimento. Com base nessa perspectiva de diálogo, de troca de saberes, para trazer um debate atual, um lugar de fala, as oficinas de sexualidade e gênero foram pensadas. Segundo Ribeiro (2017) "Pensar o lugar de fala seria romper com o silêncio instituído para quem foi subalternizado, um movimento no sentido de romper com a hierarquia..." (RIBEIRO, 2017, p. 90).

Essas atividades do "Se Liga na Parada" aconteciam de forma complementar ao currículo escolar e as oficinas de sexualidade e gênero faziam parte dessas atividades. Constituíam uma atividade ampliada e complementar, no formato que utiliza um sistema de ensino não formal. A educação não formal, apesar das impressões contrárias, não constitui um sistema distinto e separado de educação, paralelo ao sistema formal de educação. "É qualquer atividade educacional organizada, sistemática, desenvolvida fora do âmbito do sistema formal, que visa oferecer tipos selecionados de aprendizagem a subgrupos específicos da população, tanto adultos como crianças" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, 2010, p. 13).

A educação não formal é um facilitador da aprendizagem neste formato de oficinas, uma vez que não está pautada na avaliação do conteúdo absorvido pelo aluno e sim na problematização e transversalidade do conteúdo, compreendendo os diferentes objetos de conhecimento, possibilitando a referência a sistemas construídos na realidade dos alunos. Não é um saber pronto a ser incorporado, é uma discussão que amplia a capacidade de se questionar frente a sua realidade.

As oficinas eram estruturadas no formato de rodas de conversa para discutir gênero e sexualidades, priorizando a transversalidade do diálogo.

Metodologia das oficinas de sexualidade e gênero

As oficinas consentiam em uma estratégia para possibilitar que as/os adolescentes conseguissem falar sobre sexualidade sem tanta inibição, com mais proximidade da sua realidade. Era algo voltado para a vivência, de caráter piloto, um diálogo, um espaço para sentir como essa determinada parcela da população estava visualizando os aspectos das sexualidades e gênero.

Apresentamos a organização das oficinas por instituição, quantidade de participantes, sexo e idade e total de encontros.

Escola Estadual Antônio Adib Chammas. Grupos de 15 a 20 adolescentes homens e mulheres, na faixa etária de 13 a 15 anos, cursando o 9° ano do ensino fundamental totalizando dois encontros.

Escola municipal Antônio Virgílio Zaniboni, para jovens adultos (EJA) Grupos de 25 alunos/nas homens e mulheres com idades variadas (idade mínima de 16 anos), cursando o ensino fundamental totalizando dois encontros

FUNDAÇÃO CASA (Santo André - SP). Grupos de 25 adolescentes, homens entre 14 a 18 anos, cumprindo medida sócio educativa, totalizando três encontros.

Embora as oficinas tivessem um formato e uma metodologia a ser seguida, muitas vezes a demanda de discussão caminhava para um lado de aproveitar a presença de uma técnica (psicóloga) para tirar dúvidas, falar sobre os afetos e sentimentos ou uma consulta, já que muitos não conseguiam chegar aos consultórios por inúmeros motivos, como falta de dinheiro para o transporte.

Por serem menores, era preciso que os responsáveis os acompanhassem até os médicos dos postos de saúde para pedir um encaminhamento, mas os pais nem sempre podiam/queriam, por vergonha de pedir para passar em atendimento psicológico, entre outros fatores. Como única referência de atendimento psicológico para adolescentes na rede pública do município, observei muitas vezes que havia vagas para atendimento que não eram preenchidas por esses aspectos citados anteriormente.

Assim, o espaço das oficinas era também uma forma de oferecer acolhimento a essas/esses adolescentes que não conseguiam sair de suas comunidades.

Havia uma estratégia de trabalho para o desenvolvimento das oficinas com quatro etapas: trinta minutos para apresentação pessoal, trinta minutos para apresentação audiovisual (que variava entre curta metragem, animação, vídeos disponíveis nas redes sociais ou clipes de músicas), cinquenta minutos para a troca de ideias e escuta da narrativa das/dos adolescentes (que inicialmente era sobre a temática do audiovisual, sexualidades e gênero) e dez minutos de impressões pessoais sobre a oficina.

Apresentamos as etapas da oficina, objetivo de cada etapa e tempo de duração.

Primeira parte 30 minutos de apresentação pessoal e interação entre o grupo 30 minutos. Segunda parte apresentação audiovisual 30 minutos. Terceira parte troca de ideias, debate e escuta da narrativa doo e das adolescentes 50 minutos. Finalização e impressões pessoais da oficina 10 minutos.

As oficinas aconteciam no formato de roda, onde todos sentavam-se em círculos, formados por eles/elas com as carteiras e cadeiras da institui-

ção, como a ideia era uma conversa não havia necessidade de anotações, apenas falavam as impressões pessoais acerca do assunto, se assim o quisessem fazer.

Desenvolvimento da primeira etapa da oficina: apresentação pessoal. Iniciava-se a conversa dizendo meu nome, profissão e porque estava ali, discorrendo do que se tratava aquela roda de conversa.

Posteriormente a minha apresentação pessoal, era solicitado que elas/eles dissessem o nome, a idade e algo de que gostavam muito. O fato de incluir algo pessoal como o "gosto", era para marcar a singularidade delas/deles nesse primeiro momento, indo um pouco além dos aspectos sociais como o nome e a idade.

Sempre era lembrado que não havia obrigatoriedade na roda de conversa, se não quisessem não precisavam falar, que podiam apenas dizer o nome, ou não dizer nada só escutar e observar.

A segunda etapa tem como objetivo de comunicar através da exposição audiovisual algo no tocante da sexualidade e gênero, para provocar o debate e favorecer a crítica.

Desenvolvimento da segunda parte da oficina: exposição audiovisual. Apresentação de um curta metragem, animação, vídeos disponíveis nas redes sociais ou clipes de músicas. O hip-hop, o rap, o grafite e as manifestações artísticas da comunidade e do entorno da instituição são priorizados na escolha do audiovisual. Observar as reações dos/das participantes durante a exposição audiovisual, consideramos importante entender que reações elas/eles apresentam durante a apresentação. Essa observação ajuda a fomentar as reflexões da terceira etapa.

Essa etapa é muito importante pois buscamos trazer para a exposição audiovisual materiais que contenham elementos que sejam culturalmente parte da realidade das/dos adolescentes, como o hip hop, o funk, o rap ou um meme de internet, elemento muito apreciado pelas/pelos adolescentes - a expressão meme é usada para descrever um conceito de imagem, vídeos e gifs relacionados ao humor, que se espalha via Internet de forma viral. Utilizar esse material cria uma linguagem acessível para as/os adolescentes, observamos com as oficinas que, posteriormente elas/eles não apresentam resistência com propostas de discussões mais profundas, pois estamos falando de algo que é parte da realidade delas/deles, com uma linguagem familiar de domínio comum da/do adolescente.

O funk era uma das demandas que a escola trazia com alguma urgência para uma reflexão junto as/os adolescentes. Muito comum nas festas frequentadas por eles/elas, o estilo musical trazia em suas letras uma sexualidade que preocupava a escola. Sob o ponto de vista da educação a coordenação, professores e responsáveis questionavam de qual forma a sexualidade retratada nas músicas influenciava a sexualidade dos/das adolescentes.

Infelizmente não chegamos a trabalhar esse tema nas oficinas descritas

nessa pesquisa, no entanto a partir dessa demanda da escola Antônio Adib Chammas, propomos uma oficina na Casa da Palavra com a Comissão de Funk de Santo André, onde destacamos a importância de estar atentos/as às letras das músicas e seu caráter que muitas vezes traziam a violência contra a mulher e a submissão do sexo feminino como algo natural.

A terceira etapa da oficina é onde a narrativa das/dos adolescentes é amparada, momento onde o debate se constrói.

Desenvolvimento da terceira parte da oficina: impressões pessoais sobre o tema. Após o momento da apresentação audiovisual, as/os adolescentes eram convidadas/dos a refletir sobre o que haviam entendido, sempre valorizando a fala e o conhecimento deles, uma troca de ideias. Nessa etapa eram provocados/das com perguntas, como "quais suas impressões? ", vocês concordaram com o que assistiram? ", "o que acharam do que acabaram de ver? ".

Em seguida, buscávamos acrescentar novas perspectivas sobre a sexualidade com problematizações baseadas na escuta do que eles traziam como dúvidas e questionamentos.

A terceira etapa tem como objetivo ampliar os conhecimentos sobre o tema. A fala das/dos adolescentes é valorizada, todo trabalho que antecede essa etapa serve de base para que o/a adolescente consiga articular em palavras seus conhecimentos, sentimentos, medos e possam estar abertos para ampliar os conhecimentos sobre a sexualidade e gênero, sem descartar as narrativas já existentes, o objetivo é que essas narrativas sejam ressignificadas com novos elementos propostos no debate.

Desenvolvimento da quarta e última parte da oficina: fechamento. Para encerrar a roda de conversa, pedíamos que falassem sobre as suas impressões pessoais sobre o que tinha acontecido na oficina. Depois que todos diziam suas impressões, solicitávamos que tentassem dizer com uma única palavra sobre a experiência que acabaram de vivenciar, e terminávamos com ovações.

Essa parte final era algo que sempre nos chamava a atenção, pois a maior parte deles saíam eufóricos, gritando e rindo, e ficavam algumas/alguns adolescentes por mais tempo. Isso foi uma constante e essas/esses que ficavam eram adolescentes que sofriam alguma opressão de gênero ou que tinham dúvidas sobre a própria sexualidade ou algo que traziam como problemático. Virgindade, bissexualidade ou homossexualidade, dificuldade de aceitação do corpo eram assuntos que muitas vezes queriam trazer para falar particularmente. Respondia prontamente as dúvidas, e sobre aquilo que não era possível, eu pedia para me procurarem na unidade de saúde onde fazia atendimento psicológico individual, voltado para adolescentes. Muitas das observações que motivaram a pesquisa que fizemos junto às (aos) adolescentes foram nesses "pós-oficinas".

Essas oficinas tinham por objetivo fazer com que a/o adolescente fos-

se provocada (o) a pensar sobre a própria sexualidade de uma forma individual.

Referências

ALVES, A. R. C. O conceito de hegemonia: de Gramsci a Laclau e Mouffe. Lua Nova, São Paulo, 80: 71-96, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/ pdf/ ln/ n80/ 04.pdf Acesso em: 12 mar. 2017.

ARAÚJO, E. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: DEL PRIORE, M. (Org.). História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2013. p. 45-77.

BARSTED, L. L.; PITANGUY, J. (Orgs.). O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. Disponível em: <http://onumulheres.org.br/ wp-content/ themes/ vibecom_onu/ pdfs/progresso.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BAUMAN, Z. Modernidade e ambivalência. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAUMAN, Z. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOURDIEU, P. A Dominação Masculina. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2016.

BRASIL. Parâmetros curriculares nacionais: pluralidade cultural, orientação sexual. Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1997.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação; Ministério da Justiça; UNESCO, 2007.

BRASIL. Pensando Gênero e Ciência. Encontro Nacional de Núcleos e Grupos de Pesquisa, 2009-2010. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ações garantem orientação sobre sexualidade responsável. 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/ saude/ 2015/03/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BUTLER, J. P. Bodies that matter: on the discursive limits of sex. London: Routledge, 1993.

BUTLER, J. P. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CANDAU, V. M. et al. Oficinas pedagógicas de direitos humanos. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

CANDAU, V. M. F.; SACAVINO, S. B. Educação em direitos humanos e formação de educadores. Educação, vol. 36, n. 1, p. 59-66, jan./abr. 2013. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ ojs/ index.php/ faced/ article/ download/ 12319/8741 Acesso em: 12 abril, 2017.

CARVALHO, M. P. S. As observações kantianas sobre o belo sexo. In: TIBURI, M.; MENEZES, M.; EGGERT, E. (Orgs.). As mulheres e a filosofia. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2002.

CONCHÃO, S. Masculino e feminino: A primeira vez - a análise de gênero sobre a sexualidade na adolescência. São Paulo: Hucitec, 2011.

DAVIS, A. Mulheres, raça e classe. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, M. O. L. S. Teoria e método dos estudos feministas: perspectiva histórica e hermenêutica do cotidiano. In: COSTA, A. O.; BRUSCHINI, C. (Orgs.). Uma questão de gênero. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

DUARTE, Constância Lima. Nísia Floresta / Constância Lima Duarte. - Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010.

ELIA, L. O conceito de sujeito. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

FARIA, L. H. P. A contação de história como estratégia de ensino em educação não formal: análise do Projeto Batuclagem (UFABC). Dissertação (Mestrado em Ensino, História e Filosofia das Ciências e da Matemática). Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do ABC. Santo André-SP, 2016.

FERREIRA-LEMOS, P. P. Sujeito na Psicanálise: o ato de resposta à ordem social. In: SPINK, M. J. P.; FIGUEIREDO, P.; BRASILINO, J. (Orgs.). Psicologia social e pessoalidade. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais; ABRAPSO, 2011. p. 89-108.

FERRO, Maria Fernandez De Moura. Política Externa e Temas Sociais: Uma análise da trajetória da posição do Brasil nas Conferências Mundiais da ONU Sobre a Mulher. Monografia (Bacharelado- Relações Internacionais) - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC Centro Sócio Econômico Departamento de Economia e Relações Internacionais, 2016.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FREUD, S. A interpretação dos sonhos. In: _____. Obras Completas (Vol. IV). Rio de Janeiro: Imago, 1980. (Publicado originalmente em 1900)

GUIMARÃES, C.; OLIVER, G. S. Ciência feminista, história e epistemologia. In: MOURA, B. A.; FORATTO, T. C. M. (Orgs.). Histórias das ciências, epistemologia, gênero e arte: ensaios para a formação de professores. São Bernardo do Campo -SP: Editora UFABC, 2017. p. 237-253.

HARAWAY, D. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. Cadernos Pagu, vol. 5, p. 07-41, 1995. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ ojs/ index.php/ cadpagu/ article/ view/1773/ 1828 Acesso em: 12 mar. 2017.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES ESTRUTURANTES NO BRASIL

Jaci Rene Costa Garcia[1]

Doutor em Direito pela UNISINOS, Advogado. Professor vinculado ao Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio/Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado do Curso de Direito da Universidade Franciscana

Resumo:

A investigação tem por objetivo tratar sobre violações dos direitos fundamentais a partir da recepção do Estado de Coisas Inconstitucional e das primeiras decisões estruturantes produzidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Fixada a origem na Corte Constitucional Colombiana, desde 2015 faz-se presente em decisões do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa está em identificar a produção de decisões estruturantes no Supremo Tribunal Federal, orientadas pela identificação do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), bem como a força de mobilizar os poderes e a sociedade a partir da afirmação dos direitos fundamentais. Como se trata de pesquisa quali-quantitativa, foram identificados alguns dados iniciais numa primeira busca no sítio do Supremo Tribunal Federal, utilizando para busca a expressão "estado de coisas inconstitucional", sendo encontrados 213 acórdãos sobre o tema. No atual momento, sob o filtro da classe ADPF, foram identificados 24 acórdãos que estão sendo analisados qualitativamente a partir da busca sobre: [i] data da decisão, [ii] mérito da discussão, [iii] conteúdo da decisão estruturante. Por fim, utilizou-se do método de abordagem dedutivo visando explicitar os conteúdos das decisões e, ao analisar sob a égide do conceito de constituição dirigente, identificou-se [i] uma atuação proativa do Tribunal baseada em razões construídas sob a orientação do texto constitucional e, como efeito prático, [ii] a mobilização dos poderes com

1 O artigo registra uma apresentação oral sobre o tema no Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra realizado nos dias 08, 09 e 10 de outubro de 2024, constituindo-se em resultado parcial de pesquisa vinculado a um projeto de pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra em desenvolvimento pelo autor.

vistas a efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria da Constituição; Direito constitucional; Direitos fundamentais; Constituição dirigente; Decisão estruturante.

Introdução

Investiga-se a relação entre os conceitos de Constituição Dirigente e Decisão Estruturante, tendo como ponto de orientação analítico o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). O rastreio do ECI na América Latina parte de decisões da Corte Constitucional Colombina (CCC) e tem encontrado ressonância no Direito Brasileiro, especificamente em situações de violação massiva dos direitos fundamentais. As decisões advindas desse instituto (ECI) são produzidas no âmbito de aplicação do direito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), impactando os demais poderes, implicando, também, ao estabelecer uma pauta de atendimento prioritário, numa relação entre Constituição e Democracia.

Na atual fase da pesquisa, busca-se compreender a evolução do conceito de Constituição Dirigente em relação aos novos desafios no âmbito da hermenêutica constitucional, ou seja, investigar se uma concepção proativa na busca da concretização dos direitos fundamentais, a partir de decisões estruturantes pelas Supremas Cortes, é compatível com o conceito desenvolvido pelo Professor Canotilho. Busca-se, com a presente investigação, um contato com a teoria constitucional desenvolvida para buscar uma análise teórico-crítica dos problemas enfrentados envolvendo questões jurídicas, políticas e sociais relevantes para o direito e a sociedade brasileira.

Com isso, situa-se a pesquisa no âmbito da teoria da constituição. Delimita-se o tema também explicitando para onde a pesquisa não deve avançar. Procura-se reenviar o conceito de Constituição Dirigente às decisões estruturantes envolvendo os problemas complexos decorrentes do ECI, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dando-se uma limitação de conteúdo e forma à pesquisa. Forte nessa orientação, pretende-se apresentar questões complexas e sistêmicas, envolvendo o conceito de ECI no direito brasileiro, bem como o impacto efetivo (ou apenas simbólico[2]) das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, buscando os contornos (limites) da atuação do Ju-

2 Toma-se a expressão no sentido atribuído por Marcelo Neves na obra A Constitucionalização Simbólica. Neves explica que a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas. As funções instrumentais representam a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. A expressão "legislação simbólica" reproduz o predomínio da ação simbólica no que se refere ao sistema jurídico, da atividade legiferante e do seu produto, em detrimento da função jurídico-instrumental (NEVES, 2007, p. 22-23).

diciário numa democracia constitucional[3]. Prospecta-se a pesquisa em dois capítulos: [i] no primeiro, parte-se de uma busca das ações no controle concentrado que envolveram o conceito de ECI, especificando-se aquelas que produziram como resultado decisões estruturantes; [ii] no segundo, buscar aquelas que apreentam explícita ou implicitamente as notas do conceito de "constituição dirigente", com o ganho reflexo de demonstrar o transconstitucionalismo, ou seja, um diálogo conceitual e normativo entre Estados Constitucionais.

O estado de coisas incontitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal: uma primeira análise quali-quantitativa das decisões

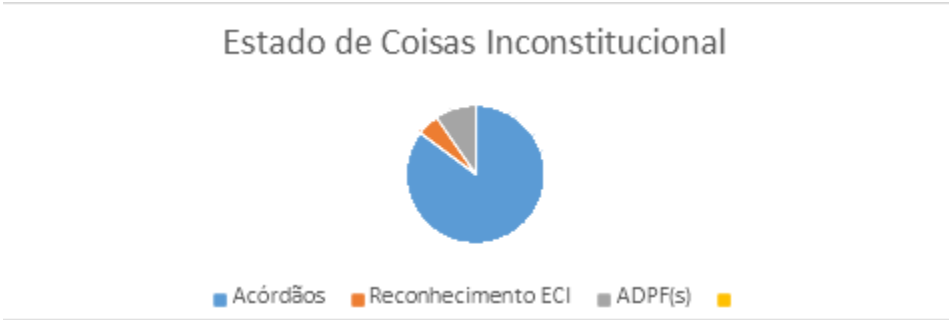
Parte-se da consideração de que o Direito Constitucional Brasileiro deriva de direitos fundados no constitucionalismo do segundo pós-guerra, sendo herdeiro dessa tradição que aposta nos direitos fundamentais como regra contramajoritária, espécie de cláusula que veda retrocessos e retira do poder político a deliberação sobre certas pautas, Com isso, também não é questionável no âmbito da pesquisa o papel que o Direito assume no novo constitucionalismo, espécie de lugar de uma razão apta a vencer o poder com base em argumentos, em fundamentação apoiada em norma substancialmente valorativas eintersubjetivamente compartilhadas. Nesse cenário há um constitucionalismo aberto ao diálogo com a sociedade e com um consitucionalismo além fronteiras. No ponto da pesquisa, traz-se a identificação desse constitucionalismo nas decisões do STF.

Numa primeira busca no sítio do Supremo Tribunal Federal (em junho de 2024), utilizando como tema da busca "estado de coisas inconstitucional", foram encontrados 213 acórdãos e 6.105 decisões monocráticas. Da amostragem abrangente, possível inferir a existência de muitas discussões envolvendo o ECI. No interesse da pesquisa no atual momento, sob o filtro da classe ADPF[4], foram identificados 24 acórdãos que passam a ser analisados qualitativamente a partir da busca sobre: [i] data da decisão, [ii] mérito da discussão, [iii] conteúdo da decisão estruturante. Na sequência da pesquisa, serão avaliados [iv] a mobilização efetiva dos demais poderes e instituições e [v] a afetação de futuras ações (pesquisa quantitativa de citações no STF das ADPFs analisadas).

Segue a visualização dos dados:

3 Parte da pesquisa que se situa num projeto maior de Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos desenvolvido na Universidade de Coimbra (2024/2025).

4 No Brasil o ECI tem aparecido como uma técnica de decisão na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Percebe-se que é o resultado da interpretação extensiva atribuível ao objeto da ADPF autônoma na descrição do art. 1º da Lei 9.882/1999: A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. (Brasil, 1999)



Fonte: Elaborado pelo autor

Das vinte e quatro ADPFs selecionadas pelo sistema de busca do Tribunal (STF), 12 (doze) ADPFs deixaram de ser analisadas por não recepcionarem o instituto e/ou não envolverem decisões estruturantes e/ou terem sido julgadas improcedentes: ADPF nº 97, ADPF nº 334, ADPF nº 404, ADPF nº 590, ADPF nº 607, ADPF nº 635, ADPF nº 686, ADPF nº 742, ADPF nº 782, ADPF nº 782, ADPF nº 818 e ADPF nº 850. Ainda, em face da limitação de um artigo acadêmico, passam a ser sinteticamente analisadas nesta pesquisa as ADPFs nº 347, nº 743, nº 746, nº 857 e 976.

A ADPF nº 347, com protocolo em 27/05/2015, teve o exame do mérito em 04/10/2023, sendo que a questão de fundo envolveu[5] um pedido para que a Corte reconhecesse que o sistema prisional brasileiro configurava um estado de coisas inconstitucional, em face da violação massiva de direitos fundamentais dos presos, com vistas à promoção de uma decisão estruturante capaz de impor ao Poder Público a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria da situação carcerária e ao enfrentamento da superlotação de suas instalações. No interior da discussão, o Tribunal considerou: [...] Há duas ordens de razões para a intervenção do STF na matéria. Em primeiro lugar, compete ao Tribunal zelar pela observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição [...] Além disso, o descontrole do sistema prisional produz grave impacto sobre a segurança pública [...]" (Brasil, 2015).

5 Tese: 1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

A decisão na ADPF nº 347 abre no Brasil o trato do ECI que teve como referência a Corte Constitucional da Colômbia (CCC), especificamente a sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004. O povo colombiano se encontrava em um quadro grave de violência entre 1960 e 1990, com embates entre as grandes facções do narcotráfico, que dominaram o país por longos anos. A violência institucionalizada naquele país fez com que muitas pessoas abandonassem seus lares e suas atividades econômicas, gerando um grande movimento migratório dentro do território colombiano. A Sentencia T-025, de 2004, envolveu 108 pedidos de tutelas formulados por mais de 1000 núcleos familiares deslocados, a maioria composta por grupos vulneráveis como mulheres, menores, minorias étnicas e idosos.

Com isso, a decisão em comento sistematizou os fatores que devem ser considerados para que se caracterize a existência do Estado de Coisas Inconstitucional:

> [...] (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Colombia, 2004).

Na linha da Corte Colombiana, na ADPF nº 347 em comento, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e determinou a adoção de medidas e uma atuação cooperativa das diversas autoridades, determinando a elaboração de planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal. A decisão mobiliza as instituições e, ao mesmo tempo, indica que realizará o controle para que se dê a supervisão da efetividade das medidas.

Passado o registro inicial da internalização do conceito no Brasil, as ADPFs nº 743, nº 746 e nº 857, com julgamento unificado em 20/03/2024, gravitaram em torno da questão ambiental, identificando o Tribunal a transversalidade do tema que envolveu os "incêndios" na Amazônia e Pantanal, considerando que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado reclama a atuação coordenada de diversos órgãos e entidades da Administra-

ção Pública. Como identificou que haviam medidas em fase de implementação pelo novo Governo, a decisão foi de parcial procedência, indicando a necessidade de uma atuação concertada de todo o Poder Público.

Cita-se fragmento da decisão:

> [...] o Governo Federal, em articulação com os demais entes e entidades competentes, apresente, no prazo de 90 dias, a complementação do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento da Amazônia Legal - PPCDAm, com propostas de medidas concretas, para: [...] vi) o Governo Federal elabore relatórios semestrais sobre as ações e resultados das medidas adotadas na execução do PPCDAm, a serem disponibilizados publicamente em formato aberto; vii) o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, integrante do CNJ, monitore os processos com grande impacto sobre o desmatamento, em conjunto com este Tribunal (Brasil, 2024).

Inobstante a "parcial procedência", identificou-se que o não reconhecimento do ECI foi um gesto simbólico, com potencial importante no contexto da matéria debatida, mas sem efeito determinante à decisão propriamente, pois esta se deu nos moldes das decisões proferidas quando reconhecido o ECI. Em síntese, o STF não reconhece, mas produz uma decisão estruturante que responde aos pedidos e mobiliza os poderes em busca de solução. A decisão final também considera que os quatro anos sem o Plano de Ação contribuíram para o grave quadro de omissão inconstitucional delimitado pelas ações constitucionais. A partir dos elementos colhidos, inobstante a gravidade reportada, percebem os julgadores que o meio ambiente sofre efeitos da desregulamentação (2019/2022), mas que passa novamente a estar na pauta de proteção do atual governo.

Ato seguimte, passa-se a uma breve referência a ADPF nº 976. O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 976, atendendo a um pedido em medida cautelar[6], enfrentou o tema do estado de coisas inconstitucional (ECI) concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil. Na ação interposta, foram apontadas omissões estruturais violadoras de preceitos fundamentais.

No contexto dessa discussão constitucional restou evidenciada a au-

6 Os fundamentos da decisão se encontram no voto proferido medida cautelar na ADPF nº 976. Em 22 de agosto de 2023, o plenário do STF, em sessão virtual, por unanimidade, referendou a decisão que concedeu parcialmente a cautelar, tornando obrigatória a observância, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, imediata e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, fixando, em apertada síntese, a "formulação pelo poder executivo federal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, do plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política nacional para a população em situação de rua" (Brasil, 2023).

sência de política pública eficaz em face dos dados apresentados, revelando uma omissão estatal capaz de atrair a adoção de técnicas utilizadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com intuito de mitigar as afrontas aos direitos fundamentais, em razão do estado de inconstitucionalidade permanente. A situação vivida pelas pessoas em situação de rua atrai o que Campos (2016) chama de não atendimento ao mínimo existencial, vinculando uma escala de valores constitucionalmente assegurados, afirmando que o "mínimo existencial é a melhor prova de como a omissão na garantia de direitos básicos pode ser tida por inconstitucional mesmo na ausência de qualquer dispositivo constitucional específico". (Campos, 2016, p. 72)

A ADPF 976 atendeu todos os pressupostos elencados pela CCC: [i] a população de rua no Brasil encontrava-se numa situação de vulnerabilidade massiva e generalizada de direitos fundamentais; [ii] a omissão das autoridades que se prolongava no tempo, deixando de cumprir obrigações para a garantia e promoção dos direitos da população; a necessidade - com vistas à superação das violações de direitos - da colaboração de diversos órgãos, envolvendo mudanças estruturais, dependentes da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou mesmo a formulação de novas políticas; por fim, [iii] a potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tivessem seus direitos violados buscassem individualmente o acesso no Judiciário. Situada a discussão, passa-se a relacionar com a teoria de base.

O constitucionalismo dirigente e a recepção do ECI pela teoria da constituição: uma abordagem teórico-prática

Com a Constituição próximo de completar trinta e seis anos, investigar no presente as tarefas constitucionalmente impostas e incumpridas pelos Poderes e, *pari passu*, sublinhar o protagonismo do Supremo Tribunal Federal em face das violações dos direitos fundamentais, leva a repensar o campo de significação (ou ressignificação) do conceiro de Constituição Dirigente no contexto das decisões estruturantes no Brasil. Como hipótese da pesquisa, aproxima-se o conceito de dirigismo constitucional das decisões estruturantes em sede de ECI, com vistas a uma melhor compreensão da decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras de Canotilho, a Teoria da Constituição é mais do que uma teoria política e uma teoria científica do direito constitucional, "aspira ainda a ser estatuto teórico da *teoria crítica e normativa da constituição*". Nesse papel ambicionado pela teoria da constituição, esta pode se converter em "*fonte de descoberta das decisões*, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários *modelos constitucionais* (Canotilho, 2003, p. 1334).

Partindo dessa consideração que amplia o papel da Teoria, passa-se a

analisar o modelo constitucional brasileiro, bem como o exercío da vontade do Juiz Constitucional, brilhantemente problematizado por Hesse[7] (1991) na relação entre vontade de poder *versus* vontade de constituição - que permanece bastante tensionado no âmbito político-jurídico brasileiro. Nesse sentido, o ECI pode ser mais um fator que provoca uma desacomodação das forças, colocando em evidência a máxima kantiana de que "a razão tem mais força do que o poder".

Para cotejo, segundo Campos (2015), o Estado de Coisas Inconstitucional caracteriza-se por ser:

> Um mecanismo jurídico caracterizado pela presença de um juiz constitucional muito ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais que repercutem sobre o desfrute dos direitos fundamentais. Um juiz constitucional que vai além de resolver casos particulares, e assume uma verdadeira dimensão de estadista, destacando-se como um agente de transformação, cujas decisões exigem a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas dirigida à superação das violações de direitos fundamentais.

As decisões estruturantes examinadas, acolhendo a evolução do conceito na experiência colombiana - seguiram aquilo que se definiu como ativismo dialógico, uma abertura de um "juiz ativo" que tem como características: [i] as sentenças dialógicas tendem a abrir um processo de acompanhamento que incentiva a discussão de alternativas de políticas públicas para resolver o problema estrutural detectado; [ii] as detalhamentos das políticas a serem implementadas surgem durante o processo de monitoramento e não necessariamente com a decisão; [iii] as ordens impostas também não exigem a precisão no resultado, mas impõem deveres às autoridades constituídas na implementação de políticas públicas que promovam a proteção aos direitos violados; [iv] as implementações das políticas públicas são fiscalizadas através de monitoramentos periódicos e públicos; [v] em face do monitoramento, as decisões dialógicas tendem a envolver um amplo além do próprio Tribunal e dos entes obrigados, a decisão engloba também os demais afetados ou que tenham interesse demonstrado no resultado estrutural da decisão (Osuna, 2015, p. 114 a 116).

Relacionar o conceito de Constituição Dirigente[8] (considerando sua

7 Uma das variáveis da pesquisa está relacionada ao ato de conversão da vontade de constituição em vontade de poder, deixando o STF de cumprir o papel de guardião da constituição para fazer "um pouco mais" - com todos os nefastos reflexos que haverão de surgir (ver Konrad Hesse). Sobre Hesse, há um texto importante que correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg em 1959 no qual sobressai essa questão. O texto possui uma versão em língua portuguesa no Brasil: A força normativa da Constituição, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

8 De forma sintética, o Professor Canotilho desenvolve a sua teoria da Constituição Di-

evolução), torna-se pertinente especialmente pelo reconhecimento dos constitucionalistas brasileiros das valiosas contribuições do Professor José Joaquim Gomes Canotilho desde as discussões que envolveram a Constituição do Brasil de 1988. Retomando-se a decisão na ADPF nº 976, a figura do juiz constitucional, no caso brasileiro, chamado para resguardar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, buscou mitigar os efeitos de dano maciço e sistêmico aos direitos fundamentais, a partir de uma decisão que "empurra" o poder político para a realização dos valores constitucionais[9], servindo como norte para a ação de todos os poderes constituídos. No caso específico, a produção de uma decisão estruturante para problemas complexos, por hipótese, poderia representar uma superação, aquilo que o Professor Canotilho apontava em entrevista ainda em 2009: O Judiciário se alicerça sobre o poder garantidor do Estado Democrático de Direito. Pode se enredar num escândalo, enfrentar contestações ou tensões, mas são efeitos residuais relativos ao próprio funcionamento do sistema judicial no Brasil. É difícil esperar de um poder que funciona de forma antiquada transformações sociais modernizadoras [...] (Conjur, 2009). Nessa linha, a decisão estruturante no ECI aparece como uma "racionalização da pré-compreensão constitucional", dinamizando a efetivação da força normativa da Constituição "esquecida" num determindo contexto social relevante.

Na ADPF nº 976 restou bem demonstrado que o STF procurou contemplar o problema na sua totalidade, intelecção própria à identificação do ECI, [i] relacionado a um quadro de violação massiva, generalizada e sis-

---

rigente que passa a ser conhecida pela comunidade jurídica no ano de 1982, a partir da publicação do livro Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, estabelecendo a estrutura e função indispensáveis a uma Constituição para alcançar a vida político-social de uma determinada sociedade. A Constituição Dirigente seria caracterizada pela existência de um plano normativo de ação para o Estado realizar os seus fins a partir de imposição de tarefas a serem implementadas, sem descuidar do conteúdo programático que orientaria o legislador e as políticas a efetivar os direitos dos cidadãos. Um texto estruturante e ativo. Percebe-se que a preocupação de efetivação da Constituição estaria ligada ao estabelecimento de uma relação de convalidação do Estado Democrático de Direito como um verdadeiro Estado de Justiça Social. Por meio do programa de pós-doutorado, pretende-se avançar na evolução desse conceito no próprio autor e verificar a sua contemporaneidade nos países periféricos, especialmente à luz das decisões estruturantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

9 Percebe-se, com relativa facilidade, que o ECI envolve um protagonismo do Poder Judiciário. A recepção dessa visão proativa encontra um ambiente propício no pensamento presente no Supremo Tribunal Federal, que pode ser exemplificado em manifestação de Luís Roberto Barroso quando aponta que "para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra." (Barroso, 2015, p. 42) Barroso produz uma defesa da necessidade de um protagonismo do Judiciário, pois identifica que "em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos". (Barroso, 2015, p. 41)

temática de direitos fundamentais, [ii] a afetação de um número significativo pessoas; [iii] a ausência de coordenação nas ações, envolvendo falhas nas medidas administrativas, orçamentárias, judiciais e legislativas. Essa falha estatal estrutural identificada pela ADPF nº 976, implicou na norma decisão que pretendeu restaurar essas violações de direitos com a expedição de ordens dirigidas a uma pluralidade de atores[10]. A decisão, de imediato, mobilizou os Poderes, tendo uma resposta administrativa ainda em 2023 (Resolução nº 7 de 31 de outubro de 2023), acrescida da edição de norma jurídica criando condições objetivas para uma resposta ao problema estrutural (Lei 14.821/2024), determinando a adoção de políticas públicas para a efetivação de direitos e objetivos constitucionais referentes a essa população, bem como uma (re)organização das ações dos atores envolvidos nas políticas públicas constitucionalizadas. O STF na ADPF 976 empurra os demais poderes numa pauta de extrema relevância, identificando-se, com a pesquisa, alguns passos importantes na redução dessa verdadeira mazela social.

Com extrema vivacidade, a decisão segue o delineado pelo dirigismo constitucional Canotilhano, ou seja, numa omissão do Estado no seu dever de prover políticas públicas para concretizar os direitos constitucionais, a decisão estruturante realiza o ideal compromissório e dirigente assumido pelos direitos fundamentais. Ao fim e ao cabo, passa a ser instrumento de realização da democracia constitucional. Ainda que não seja uma resposta definitiva, nesse aprofundamento do caso, demonstrou-se que o Judiciário mobilizou também atores políticos importantes, como a edição de uma Lei Federal[11] em tempo recorde, sobressaindo como um efeito prático da decisão na ADPF nº 976, com vistas a efetivação dos direitos fundamentais violados. Sabe-se que uma decisão estruturante tem o potencial de mobilizar a estrutura do Estado na direção do que restou decidido, demonstrando-se com a nova legislação, um acionamento dos poderes e dos entes federados visando priorizar políticas destinadas à população em situação de rua. A relação entre a Corte Brasileira e a Corte Colombiana traz à baila o conceito de diálogo permamente sobre os direitos fundamentais para além do próprio Estado,

10 Vale destacar a edição da Lei nº 14.821/2024 já referida, deu início do cumprimento à decisão judicial pelo Legislativo, envolvendo o comprometimento dos diversos atores. Vale referir que antes mesmo da edição da Lei, ainda em outubro de 2023, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome (MDS), foi editada a Resolução nº 7, de 31 de outubro de 2023, com objetivo expresso no seu art. 1º: "Pactuar as prioridades para o plano de ação e monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), em resposta à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 976/2023".

11 Como um exemplo de efetividade da decisão na ADPF 976, em 16 de janeiro de 2024, entrou em vigor a Lei nº 14.821 que instituiu a "Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua), destinada a promover os direitos humanos de pessoas em situação de rua ao trabalho, à renda, à qualificação profissional e à elevação da escolaridade" (Brasil, 2024).

abarcando questões de interesse do transconstitucionalismo e do interconstitucionalismo[12]. No Brasil, Marcelo Neves traz lição importante sobre tais relações, apontando que o entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas seria um modelo de articulação favorável em matéria de direitos humanos, apostando que seria uma forma de "reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos." (Neves, 2009, p. 264).

Embora as percepções de Neves carreguem uma tradição do modelo sistêmico de Luhmann, recorda-se que o próprio Canotilho faz uma revisão das funções da Constituição e, na parte final do Direito Constitucional e Teoria da Constituição, em função da necessária integração da policontextualidade (produção discursiva plural dos diversos sistemas sociais), aproxima-se de uma análise aberta, afirmando que "a constituição é agora uma gramática aleatória (mas gramática!) fornecedora de regras mínimas garantidoras da própria integridade dos sistemas sociais interactivos e de uma dimensão de justiça no seio da complexidade social." (Canotilho, 2003, p. 1454).

Nessa linha, Canotilho (2005) tem demonstrado a necessária abertura[13] dos textos normativos, defendendo que

> [...] a constituição dirigente de direitos fundamentais só pode continuar a dirigir se se revelar uma ordem aberta quer a novos quadros normativos de interconstitucionalidade (ex.: Constituição europeia) quer a novas experiências constitutivamente conformadoras da sociedade contemporânea (sociedade de informação, sociedade de risco). Neste contexto falam alguns autores (LADEUTE, CALIESS, HOFFMMAN-RIEM) do direito como um "direito que aprende" e tem necessidade de aprender. No núcleo desse direito deverá incluir-se o direito constitucional e, dentro deste, a clássica "constituição dirigente dos direitos fundamentais. (2005, p. 84-85)

A citação acima demonstra a reorientação da teoria, uma vez que claramente reconhece a complexidade da sociedade contemporânea, reforçando

12 Estas questões serão objeto de aprofundamento em trabalhos futuros, uma vez que claramente há um diálogo entre Constituições e entre modelos de compreensão do texto constitucional e de orientação de aplicação da norma constitucional.

13 Aqui haverá necessidade de novos aprofundamentos com textos do constitucionalismo alemão, em especial, com a teoria de Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1997 (1ª edição do original Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation, 1975).

a concepção de abertura e de diálogo entre os quadros normativos, um direito que aprende, como o Direito Brasileiro aprendeu com a Corte Colombiana e passou a praticar o enfrentamento das violações massivas dos direitos fundamentais.

Conclusão

Das decisões estruturantes do Supremo Tribunal Federal analisadas, com especial ênfase na ADPF nº 976, sobressai a omissão dos poderes em relação a concretização das normas constitucionais, tendo o Tribunal reafirmado a Constituição brasileira como um regramento compromissório e dirigente, na medida em que assume a proteção dos direitos fundamentais e produz ações com a finalidade de realização desses direitos. Nesse aspecto, o Tribunal indica ações tanto para o executivo quanto para o legislativo, considerando que há um poder-dever de respeitar o conjunto de princípios e direitos cristalizados no texto constitucional.

Como corolário do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, *exsurge* a hipótese assumida pela pesquisa: a teoria do dirigismo constitucional orientando a aplicação da Constituição brasileira, como ocorreu nas ADPFs nº 347, nº 743, nº 746, nº 857 e 976. Nesse sentido, essa hipótese se confirma, ou seja, a partir de uma Constituição verdadeiramente dirigente a aplicação judicial dos direitos protegem de forma efetiva os direitos fundamentais.

A pesquisa envolve uma perspectiva promissora, pois possui atualidade e envolve uma investigação científica sobre uma relação teórico-prática, com possibilidade de aplicação em áreas em que o estudo da Teoria da Constituição é chamado a participar. Nessa linha, o estudo buscou contribuir, por um lado, para elucidar os processos de compreensão a partir da relação dos postulados teóricos (Constituição Dirigente, em especial) em relção à prática basileira e, noutra perspectiva, como um ganho acessório e não menos importante, a produção acadêmica relacionando teoria e prática constitucionais.

Com isso, pretendeu-se apresentar um primeiro estudo sobre o conceito de Constitucionalismo Dirigente considerando a produção das decisões estruturantes em face do estado de coisas inconstitucional (ECI), com vistas a: [i] levantar as decisões estruturantes no Direito Brasileiro sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), realizando uma análise quali-quantitativa dessas decisões; [ii] realizar uma primeira aproximação, identificando os indicativos conceituais do conceito de Constituição Dirigente em relação às decisões estruturantes envolvendo o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Como resultado da aproximação proposta, entende-se possível ampliar a compreensão do fenômeno das decisões estruturantes proferidas no enfrentamento do ECI pela Corte Constitucional brasileira, levando em a concepção de abertura e de permeabilidade do texto constitucional, uma

constituição dirigente de direitos fundamentais que tem a necessidade e está disposta a aprender. O cenário brasileiro contemporâneo mostra-se viável ao aprofundamento do estudo ora proposto, devendo-se passar por pontos ainda a descoberto no atual momento da pesquisa, tais como: [i] a necessidade de ampliação do diálogo institucional, [ii] a democracia constitucional e [iii] a concretização dos direitos fundamentais (ECI) e a legitimidade do atuação do Poder Judiciário brasileiro no contexto considerado.

Referências

BARROSO, L. Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 203-249.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Relator Ministro Marco Aurélio, set. 2015. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/ paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 976/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, jul. 2023. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 743**. Relator: Min. **Relator(a):** Min. André Mendonça, mar. 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em 10 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ leis/ l9882.htm. Acesso em 10 de ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.821, de 16 de janeiro de 2024. **Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua)**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/ norma/ 38165569/ publicacao/ 38169832. Acesso em 20 de março de 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodvum, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos**. *Direito Público*, *2*(7). DIREITO PÚBLICO nº 7, 2005, p. 80-89. Disponível em https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/ direitopublico/ article/ view/1360

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Problemas estão nas ruas, não na Constituição.** Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/ 2009-out-25/ fimde-entrevista- jose-joaquim- gomes-canotilho- constitucionalista- portugues Acesso em: 08/04/2024.

COLOMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia. 1991.** https://siteal.iiep.unesco.org/ sites/ default/ files/ sit_accion_files/ siteal_colombia_2000.pdfAcesso em 10 de abril de 2024.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº T - 025**, de 22 de janeiro de 2004, Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/ 2004/ t-025-04.htm. Acesso em: 11/04/2024.

GARCIA, Jaci Rene Costa. **Direito Constitucional e teoria da decisão: a razão prática e suas implicações na construção das respostas**. Disciplinarum Scientia. Série: Sociais Aplicadas, Santa Maria, v. 15, n. 1, p. 63-80, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**, 1997 (1ª edição do original Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation, 1975).

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo, com especial referencia a la experiência latinoamericana**. In: Bogdandy, Armin von; Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Antoniazzi, Mariela Morales (orgs.). **La justicia Constitucional y su internacionalización hacia um Ius Constitucional e Commun en América Latina?**. México: Universidade Autónoma de México, 2010.

OSUNA, Néstor. **Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia**. In: BAZÁN, Víctor (Editor Acadêmico). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estruturales, nº 5. Colômbia: Unión Gráfica, 2015.

TEORIA CRÍTICA FRANKFURTIANA, CONSERVADORISMO, VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS CONTEMPORÂNEOS

Gessione Alves da Cunha
Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Licenciado em Filosofia, Pedagogia e Ciências Sociais. Mestre e Doutor em Educação

Resumo:

Esta pesquisa teórica, fundamentada no método dialético da Teoria Crítica frankfurtiana, investiga o conservadorismo, a violência e os Direitos Humanos no contexto brasileiro contemporâneo. Vinculada à linha de pesquisa "Educação, Sociedade e Cultura" da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, a investigação aborda o conservadorismo como categoria epistemológica que conecta os campos filosófico, sociocultural, econômico e político. Parte-se da premissa de que o conservadorismo contemporâneo no Brasil, influenciado pela ideologia neoliberal burguesa, intensifica a violência e viola os Direitos Humanos, conforme analisado por Adorno e outros teóricos frankfurtianos. Os objetivos da pesquisa incluem: (1) compreender o percurso histórico da Teoria Crítica e do conservadorismo; (2) analisar as manifestações do conservadorismo na sociedade brasileira atual; e (3) examinar as conexões entre radicalismo de direita, violência e violações dos Direitos Humanos. Os resultados preliminares indicam que o radicalismo de direita no Brasil, caracterizado por extremismos políticos e autoritários, promove uma cultura de barbárie, reforçando as previsões da Teoria Crítica sobre as consequências sociais do extremismo. A pesquisa documentou casos concretos de violação dos Direitos Humanos e demonstrou como o conservadorismo contemporâneo contribui para o aumento da violência, demandando políticas públicas efetivas e maior mobilização da sociedade civil. Este estudo contribui para a compreensão crítica das dinâmicas ideológicas que ameaçam os Direitos Humanos e reforça a urgência de intervenções sociais e políticas para mitigar os impactos negativos do conservadorismo radical.

Palavras-chave: Teoria Crítica Frankfurtiana; Conservadorismo; Violência; Direitos Humanos.

Introdução

O presente artigo, de caráter teórico e fundamentado no método dialético da Teoria Crítica frankfurtiana, insere-se na linha de pesquisa "Educação, Sociedade e Cultura" do Programa de Pós-graduação em Educação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. A investigação aborda o tema *Conservadorismo, Violência e Direitos Humanos*, analisando suas inter-relações no contexto contemporâneo, com ênfase no Brasil.

O conservadorismo, entendido como uma categoria epistemológica, estabelece conexões com os campos filosófico, sociocultural, econômico e político. No cenário atual, observa-se sua articulação com a ideologia neoliberal burguesa, contribuindo para fenômenos como o radicalismo de direita. Segundo Adorno (2020), o extremismo conduz à violência, à barbárie e às rupturas com os Direitos Humanos, confirmando as previsões da Escola de Frankfurt sobre as consequências sociais do radicalismo.

Diante disso, torna-se indispensável analisar a violência e os Direitos Humanos sob a perspectiva do conservadorismo e de suas manifestações extremistas, particularmente no contexto brasileiro. Este artigo tem como objetivo geral investigar o impacto do conservadorismo na sociedade brasileira contemporânea, considerando os processos de radicalização e banalização dos Direitos Humanos. Como objetivos específicos, busca-se: compreender o percurso histórico da Teoria Crítica e do conservadorismo, identificar as manifestações do conservadorismo no Brasil e examinar as conexões entre radicalismo de direita, violência e violações dos Direitos Humanos.

A pesquisa parte da hipótese de que o conservadorismo contemporâneo, influenciado pela ideologia neoliberal, intensifica a violência e a violação dos Direitos Humanos. Ademais, argumenta-se que o radicalismo de direita promove uma cultura de barbárie, evidenciando a necessidade de políticas públicas e mobilização social para enfrentar os desafios impostos por essas ideologias extremistas.

O percurso histórico da Teoria Crítica Frankfurtiana e do conservadorismo

A Teoria Crítica frankfurtiana tem suas raízes no Instituto de Estudos Marxistas, fundado entre 1919 e 1920, cujo foco inicial foi a história do socialismo e do movimento operário, consolidando-se como uma referência nesse campo (Nobre, 2004). Posteriormente, transformado no Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*), e mais conhecido como Escola de Frankfurt a partir da década de 1950, o grupo de intelectuais que o integrou destacou-se pelas análises críticas que influenciaram profundamente o pensamento do século XX. O Instituto surgiu como uma resposta às limitações percebidas na abordagem marxista ortodoxa, especialmente no contexto alemão, em meio às transformações intensas das sociedades capitalistas no iní-

cio do século XX.

Neste sentido, os intelectuais da Escola de Frankfurt ampliaram significativamente o alcance de suas análises, inicialmente voltadas à crítica da ortodoxia marxista, ao preverem eventos extremos do século XX, como as Guerras Mundiais, a ascensão do Nazismo na Alemanha, o Fascismo na Itália e seus desdobramentos, incluindo o Holocausto e outros genocídios. Críticos tanto do capitalismo quanto do socialismo soviético, esses pensadores foram além de suas intenções originais, desafiando também a sociedade burguesa da época. Segundo Jay (2008), seu objetivo era confrontar a incapacidade das teorias predominantes de explicar os acontecimentos imprevisíveis daquele período. Nesse contexto, como aponta Scarel (2016, p. 16), os frankfurtianos questionaram a sociedade moderna, que, ao adotar modelos filosóficos conciliatórios e objetivistas, abandonava perspectivas mais humanizadoras e emancipatórias.

Em face disso, segundo Adorno (1995a; 2009), os neomarxistas materialistas superestimaram o mundo material ao priorizarem uma transformação revolucionária baseada em práticas ativistas. Essa abordagem, no entanto, negligenciou a autorreflexão indispensável para o desenvolvimento de uma consciência verdadeiramente crítica, o que, por sua vez, comprometeu a realização de uma transformação social profunda e qualitativa. Nesse sentido, a Teoria Crítica da Escola de Frankfurt enfatiza a importância de refletir dialeticamente sobre os limites de uma militância combativa e imediatista, promovendo um processo autorreflexivo como condição para a mudança efetiva.

Isto posto, é fundamental distinguir a Teoria Crítica, em seu sentido estrito, de outras abordagens teóricas. No pensamento de Horkheimer, especialmente no ensaio "Teoria Tradicional e Teoria Crítica" (1937), destaca-se a dicotomia entre a teoria tradicional, alinhada à tradição cartesiana, e a Teoria Crítica, de caráter dialético. Enquanto a Teoria Tradicional busca uma compreensão estática, normativa e linear da sociedade e da cultura, a Teoria Crítica, segundo Horkheimer e seus colegas da Escola de Frankfurt, adota uma abordagem dinâmica e reflexiva, voltada a questionar as estruturas de poder e dominação. Como observa Matos (2006, p. 12), a Teoria Crítica opõe-se "a todo pensamento da identidade, da não contradição, típico da filosofia desde Descartes."

A Teoria Tradicional, segundo Horkheimer (1980), baseia-se na ciência empírica e na objetividade, tratando o conhecimento como neutro e desvinculado dos valores e interesses do pesquisador. Essa perspectiva é criticada por sua falta de reflexividade e por ignorar as condições sócio-históricas que moldam a produção do saber. Caracterizada por uma linearidade objetivista e tecnocrática, a Teoria Tradicional busca resolver problemas dentro do sistema vigente, sem questionar suas estruturas fundamentais.

Em contraste, a Teoria Crítica é autorreflexiva e orientada para a trans-

formação social. Reconhece as tensões entre sujeito e objeto, universal e particular, teoria e práxis, analisando os problemas da realidade para compreender suas contradições e possibilidades de mudança. Comprometida com a emancipação humana, ela denuncia as injustiças sociais, políticas e econômicas, entendendo o conhecimento como provisório, situado e influenciado por relações de poder, devendo ser usado para confrontá-las. Como aponta Freitag (1994, p. 38): "[...] a estrutura lógica da teoria crítica consegue perfeitamente captar a dimensão histórica dos fenômenos, dos indivíduos e das sociedades."

Inspirados por Marx, os teóricos da Escola de Frankfurt buscavam condições para mudanças sociais que superassem a racionalidade instrumental. O caráter crítico da Teoria Crítica surgiu como resposta às limitações do positivismo, do idealismo, do materialismo ortodoxo e do determinismo, dialogando com as filosofias de Kant, Hegel e Marx. Em especial, a filosofia hegeliana desempenhou um papel central, ao enfatizar a dialética e a contradição como elementos intrínsecos da realidade, contribuindo de forma decisiva para a abordagem crítica adotada pela Escola de Frankfurt.

À vista disso, conscientes dos perigos inerentes à acomodação moderada e à radicalização soviética, os frankfurtianos desafiaram a dicotomia simplista, bem como a linearidade de pensamento, promovendo uma análise penetrante das complexidades políticas e sociais. Sua crítica incisiva não apenas revelou as limitações das abordagens convencionais, mas também sinalizou a necessidade de uma reflexão mais profunda e tensionadora sobre as dinâmicas em jogo na República de Weimar. Neste tocante, infere-se que a Escola de Frankfurt oferece uma perspectiva valiosa e crítica sobre o dilema enfrentado pelos intelectuais alemães, apontando para a necessidade de uma abordagem mais matizada diante dos desafios políticos do período. Apesar da argumentação efetuada até aqui, haveria outros muitos dados a serem discutidos na perspectiva histórica da Escola de Frankfurt. Contudo, pelo propósito deste texto, passa-se a apresentar, sucintamente, a trajetória histórica do conservadorismo.

Embora Adorno não use explicitamente o termo "conservadorismo", conceitos como conformismo, barbárie, reacionarismo, autoritarismo, extremismo e fascismo em suas análises correspondem ao perfil político de certos grupos que, no Brasil e em outros países, se autodenominam "conservadores". Na prática, tais grupos exibem comportamentos mais próximos de uma radicalidade autoritária de direita, em linha com as críticas adornianas.

Para Adorno, fascismo e extremismo, associados à barbárie, refletem formas de pensamento que rejeitam a pluralidade, exaltam o autoritarismo e promovem a intolerância. Essas características são evidentes nos discursos e práticas desses grupos, que, longe de defenderem valores tradicionais em uma perspectiva democrática, buscam impor uma visão homogênea, autoritária e excludente, destoando do conservadorismo liberal clássico.

Esses autointitulados "conservadores' são, na verdade, radicais de direita que, por meio de práticas extremistas, distorcem o conservadorismo para promover uma agenda política reacionária e, muitas vezes, violenta. Nesse contexto, Adorno (2020, p. 58) alerta:

> A única coisa que me parece realmente prometer algo - eu antecipo isso porque tomo como uma das questões centrais a oposição a esse movimento - é alertar os potenciais apoiadores do radicalismo de direita sobre suas consequências, tornar-lhes claro que essa política inevitavelmente conduzirá seus próprios apoiadores à desgraça e que essa desgraça já é refletida de antemão [...] Ou seja, se quisermos seriamente confrontar essas coisas, deve-se referir aos interesses drásticos daqueles a quem a propaganda se dirige.

Adorno também observou, em uma conferência de 1967, que "[...] os apoiadores do velho e do novo fascismo estão hoje espalhados por toda a população" (2020, p. 48). Ele complementa que "[...] poderíamos caracterizar os movimentos fascistas como as feridas, as cicatrizes de uma democracia que até hoje ainda não faz justiça a seu próprio conceito" (2020, p. 51).

Dessa forma, justifica-se, com base nas reflexões de Adorno, a necessidade de aprofundar a análise crítica sobre os impactos das ideologias radicais e extremistas no aumento da violência e no incumprimento dos Direitos Humanos.

O termo conservadorismo pode ser tomado tanto como substantivo quanto como adjetivo. O primeiro alude a um conceito, já o segundo aponta para a caracterização de ações concretas. De fato, como substantivo, trata-se de um vocábulo polissêmico. Entretanto, o adjetivo tem sido empregado de maneira plurívoca, complexificando a conceituação do indivíduo conservador. Assim, o conservadorismo é um conceito eminentemente político e a Ciência Política o emprega no sentido de designar "ideias e atitudes que visam à manutenção do sistema político existente e dos seus modos de funcionamento apresentando-se como contraparte das forças inovadoras" (Bonazzi, 1998, p. 242).

Entretanto, ao buscar-se traçar as origens históricas do conservadorismo, chega-se à constatação de que o conceito representa uma tendência contraditória da história ocidental. Assim, o conteúdo do conservadorismo atrela-se à história, e esta é indissociável do movimento de laicização do pensamento europeu (Bonazzi, 1998). Desde outra perspectiva, Crowther (1996, p. 132) afirma que se deve "buscar a origem do pensamento conservador no sentimento conservador". O conservadorismo se caracteriza pelo pensamento concreto e imediato e, segundo o autor, tais atributos derivam da inclinação humana à conservação.

Ademais, o conservadorismo, em sua historicidade, possui uma proposta teórico-política e de ação que lhe é peculiar, em consonância ao con-

texto social no qual irrompe. Como já mencionado, a raiz ideológica do conservadorismo remonta às ideias de Burke, fundador de uma escola de pensamento que ecoa em autores contemporâneos tais como, entre outros, Russell Kirk (1918-1994), considerado um dos principais teóricos do conservadorismo estadunidense; Michael Oakeshott (1901-1990), filósofo britânico que enfatizou a importância da prática política baseada na experiência e no pragmatismo, rejeitando ideologias abstratas e destacando o valor da tradição; Roger Scruton (1944-2020), intelectual britânico conhecido por defender o conservadorismo cultural, argumentando a favor da preservação da arte, da arquitetura e dos valores ocidentais frente às mudanças sociais e políticas (Souza, 2016).

Dessa forma, a análise das ideologias radicais e extremistas e seu impacto no aumento da violência e na violação dos Direitos Humanos abre espaço para uma reflexão mais ampla sobre o conservadorismo, suas origens e significados. Assim, compreender as manifestações do conservadorismo exige uma abordagem crítica e contextualizada, especialmente diante de suas manifestações no cenário brasileiro atual, que frequentemente se entrelaçam com dinâmicas de poder, conflitos ideológicos e desafios democráticos.

As manifestações do conservadorismo na sociedade brasileira contemporânea

O conservadorismo na sociedade brasileira contemporânea manifesta-se de formas plurais e contraditórias, refletindo tanto a complexidade do conceito quanto as dinâmicas políticas, sociais e culturais do país. Como tendência política, o conservadorismo defende a preservação de valores e estruturas tradicionais, muitas vezes apresentando-se como resistência a mudanças consideradas disruptivas. No entanto, no Brasil, o uso do termo frequentemente extrapola suas bases teóricas, sendo associado a práticas autoritárias e a discursos que reforçam desigualdades sociais e exclusões.

No campo político, o conservadorismo é frequentemente articulado por grupos que se autodenominam 'defensores da moral e da ordem', mas que, em diversos casos, recorrem a narrativas extremistas e intolerantes. Inspirados por interpretações seletivas de ideais conservadores, tais grupos muitas vezes promovem agendas que tensionam os princípios democráticos e os Direitos Humanos, ecoando comportamentos analisados por Adorno, como autoritarismo, conformismo e reacionarismo. Esses fenômenos são evidentes em discursos que rejeitam a pluralidade e buscam impor visões homogêneas e excludentes, em oposição ao ideal de uma democracia inclusiva.

Além disso, o conservadorismo no Brasil tem sido influenciado por elementos do pensamento internacional, como as ideias de Russell Kirk e Roger Scruton, que enfatizam a defesa da tradição e da cultura. No entan-

to, tais ideias frequentemente são reinterpretadas no contexto brasileiro para sustentar projetos de poder que priorizam interesses de elites e marginalizam vozes dissidentes. Esse conservadorismo cultural encontra expressão em políticas que exaltam valores ocidentais e religiosos, enquanto desvalorizam práticas e saberes locais, especialmente os de comunidades indígenas e afrodescendentes.

Na esfera social, o conservadorismo se manifesta em pautas ligadas à moralidade e aos costumes, frequentemente mobilizadas para restringir direitos, como os das mulheres, da população LGBTQIA+ e de outros grupos historicamente marginalizados. A educação, em particular, tem sido um campo de disputa, com propostas que buscam limitar o debate crítico e plural em sala de aula, promovendo uma visão de mundo alinhada à manutenção de estruturas tradicionais de poder e controle.

Assim, o conservadorismo brasileiro contemporâneo caracteriza-se por sua ambiguidade: enquanto alguns de seus defensores apelam para a preservação de valores democráticos e sociais, outros utilizam o termo para justificar práticas autoritárias e excludentes. Essa dualidade reforça a necessidade de uma análise crítica e contextualizada, que permita distinguir entre a defesa legítima de tradições e a instrumentalização política do conservadorismo para fins de dominação e exclusão social.

Radicalismo de direita, violência e violações dos Direitos Humanos: conexões e impactos

O radicalismo de direita, como fenômeno contemporâneo, tem se consolidado como uma força política e social que intensifica a violência e ameaça os Direitos Humanos no Brasil e em outras partes do mundo. Esse processo está intimamente ligado ao conservadorismo em sua vertente mais extremista, caracterizado pela rejeição ao pluralismo, pela exaltação do autoritarismo e pela adoção de discursos de ódio e exclusão. A Teoria Crítica frankfurtiana, especialmente nos escritos de Adorno, fornece um arcabouço teórico para compreender essas dinâmicas, apontando como o extremismo é uma expressão da barbárie, resultado de uma racionalidade instrumental que desumaniza o outro e perpetua estruturas de dominação.

No Brasil, o radicalismo de direita se manifesta em discursos e práticas que naturalizam a violência como instrumento político, promovem a intolerância e minam os valores democráticos. Essa postura, ao invés de se alinhar ao conservadorismo clássico, que busca preservar tradições e valores dentro de marcos democráticos, adota estratégias de confronto e imposição autoritária. Esses movimentos exploram questões socioculturais, como religião e moralidade, para justificar ações que desrespeitam a dignidade humana e comprometem o bem-estar social.

Adorno (2020) alertou que o extremismo de direita promove uma "cul-

tura de barbárie", onde os indivíduos são reduzidos a instrumentos de uma lógica de exclusão e opressão. Essa cultura é alimentada pela manipulação da propaganda, que mobiliza sentimentos de medo e insegurança para reforçar narrativas autoritárias. No cenário brasileiro, tais práticas se refletem na ascensão de políticas e discursos de ódio, nas redes sociais e no cenário político, que negligenciam ou violam os Direitos Humanos, especialmente de grupos vulnerabilizados, como indígenas, negros, mulheres e LGBTQIA+.

Casos concretos documentados pela pesquisa evidenciam como o radicalismo de direita contribui para a banalização da violência, desde ataques contra minorias até a legitimação de práticas repressivas por agentes do Estado. Essa banalização tem consequências profundas para o tecido social, uma vez que mina a coesão comunitária, reforça desigualdades e dificulta a implementação de políticas públicas voltadas à promoção da justiça social.

As conexões entre o radicalismo de direita e a violência evidenciam a urgência de medidas que confrontem essa cultura de barbárie. A Teoria Crítica nos desafia a adotar uma postura reflexiva e crítica, reconhecendo a necessidade de resistir às ideologias extremistas e de construir alternativas que promovam a emancipação humana. Políticas públicas eficazes, aliadas à mobilização da sociedade civil, são fundamentais para mitigar os impactos dessas ideologias, restaurar os valores democráticos e garantir o respeito aos Direitos Humanos.

Considerações finais

A partir da análise conduzida, este estudo reafirma a relevância da Teoria Crítica frankfurtiana para a compreensão das dinâmicas contemporâneas do conservadorismo e suas implicações sociais, políticas e culturais. Ao examinar as conexões entre o radicalismo de direita, a violência e as violações dos Direitos Humanos, constatou-se que o conservadorismo, em sua vertente extremista, rompe com os princípios democráticos ao fomentar práticas autoritárias, discursos de exclusão e a desumanização do outro. Esse conservadorismo radical, impulsionado por uma ideologia neoliberal burguesa, intensifica desigualdades e cria condições para a perpetuação de uma cultura de barbárie, conforme previu Adorno em sua crítica ao fascismo e ao autoritarismo. Tais dinâmicas configuram um cenário que demanda reflexões profundas e ações transformadoras para salvaguardar os valores democráticos e os direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, observou-se como o conservadorismo radical se articula a partir de narrativas que instrumentalizam aspectos culturais e religiosos, transformando a preservação de tradições em justificativa para práticas discriminatórias. Essa instrumentalização não apenas fragiliza o debate público como também legitima a violência estrutural e simbólica contra grupos vulnerabilizados. Nesse sentido, a Teoria Crítica nos oferece ferra-

mentas para compreender e resistir às formas sutis e explícitas de opressão que emergem dessas ideologias, destacando a importância de ações coletivas que promovam a emancipação humana. A crítica adorniana, ao enfatizar o papel da educação e da autorreflexão, aponta caminhos para superar os perigos representados pelo extremismo, promovendo uma sociedade mais justa, plural e igualitária.

Por fim, este artigo destaca a necessidade de enfrentar os desafios impostos pelo radicalismo de direita por meio de políticas públicas inclusivas, que enfrentem as causas estruturais da violência e fortaleçam os Direitos Humanos. A mobilização da sociedade civil e o fortalecimento do diálogo democrático são fundamentais para contrapor a cultura de barbárie e construir alternativas que reflitam os ideais de liberdade, igualdade e solidariedade. Este trabalho, ao iluminar as relações entre conservadorismo, violência e Direitos Humanos, busca contribuir para a ampliação do debate acadêmico e para a formulação de estratégias que promovam a justiça social, reforçando o compromisso com uma sociedade mais humana e solidária, em consonância com os princípios defendidos pela Teoria Crítica.

Referências

ADORNO, Theodor W. **Palavras e sinais:** modelos críticos 2. Trad. Maria Helena Ruschel. Petrópolis-RJ: Vozes, 1995a.

ADORNO, T. W. **Dialética negativa**. Trad. Marco Antônio Casanova. rev. duardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

ADORNO, Theodor W. **Aspectos do novo radicalismo de direita**. Trad. Felipe Catalani. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

BONAZZI, Tiziano. Verbete conservadorismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varrialle et al. 5. ed. Brasília: Editora UNB. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1998.

CROWTHER, Ian. Verbete conservadorismo. In. BOTTOMORE, Tom; OUTHWAITE, William. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Trad. Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica:** ontem e hoje. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

HOKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Textos escolhidos**. Trad. Zeljko Loparić *et al.* 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1980. p. 117-161 (Coleção Os Pensadores; v. 16).

JAY, Martin. **A imaginação dialética**: História da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais 1923-1950. Rio de Janeiro, Contraponto, 2008.

MATOS, Olgária Chain Féres. **A escola de Frankfurt:** luzes e sombras do iluminismo. São Paulo: Moderna, 2006.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica.** Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

SCAREL, Estelamaris Brant. **Dilemas inerentes ao potencial formativo entre conhecimento e Dialética negativa.** Tese (Doutorado). Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Educação (FE), Programa de Pós-Graduação em Educação, Goiânia, 2016.

SOUZA, Jamerson Murillo Anunciação de. Edmund Burke e a gênese conservadorismo. **Serviço Social & Sociedade**, v. 01, p. 360-377, 2016. Disponível em: https://doi.org/ 10.1590/ 0101-6628.073 Acesso em: 05 dez. 2024.

OS *HATERS* NAS REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA (IN)EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO DO PODER PUNITIVO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Mariana Soares Lino

Advogada. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na Linha de Pesquisa Intervenção Penal e Garantismo. Pós-graduanda em Direito de Família e das Sucessões pela Legale Educacional. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo:

A presente pesquisa tem como objeto os ataques de *haters* nas redes sociais sob a perspectiva da (in)eficácia da intervenção do poder punitivo para proteger os direitos humanos daquelas pessoas que sofrem com os referidos ataques. Diante disso, foram levantadas hipóteses no sentido da ineficácia do poder punitivo, por si só, para lidar com o problema, bem como da existência de vulnerabilidades que marcam as vítimas, a exemplo dos recortes de gênero e raça. A partir de uma metodologia em que se adotou o raciocínio dedutivo e a abordagem qualitativa do tema, em que pese ter sido constatada, de fato, a referida ineficácia do poder punitivo, identificou-se que o nível de exposição das vidas das vítimas nas redes foi o que se mostrou como fator preponderante para sua escolha, com pessoas famosas representando os alvos mais frequentes dos ataques. Propôs-se, portanto, a adoção de medidas que possibilitem a conscientização acerca da responsabilidade envolvida no uso da internet, com a compreensão das consequências práticas cabíveis, bem como dos efeitos gerados pelos ataques, em especial, sobre a saúde mental das vítimas. Alertou-se, por fim, sobre manifestações de Direito Penal Simbólico, as quais, diferentemente do que pretendem fazer crer, não trazem reais soluções para o problema enfrentado.

Palavras-chave: *Haters*; Redes sociais; Poder punitivo; Direitos Humanos.

Introdução

Os ataques de *haters* nas redes sociais representam uma questão que mobiliza a sociedade e o Direito na medida em que contrapõem o direito

à liberdade de expressão e a necessidade de proteção contra o discurso de ódio. Tratando-se de condutas que podem configurar violações de direitos humanos das vítimas e verificando-se, no ordenamento jurídico brasileiro, um crescente movimento de produção legislativa no sentido da criação de novos tipos penais e/ou do endurecimento de penas de crimes já existentes, surgiu o seguinte problema de pesquisa: o poder punitivo é eficaz para proteger os direitos humanos das vítimas dos ataques de *haters* nas redes sociais?

Diante disso, as hipóteses inicialmente levantadas foram as seguintes: a intervenção do poder punitivo, por si só, é ineficaz para proteger os direitos humanos das vítimas de ataques de *haters*, uma vez que se trata de um problema interdisciplinar; as vítimas dos referidos ataques são, em grande parte, pessoas caracterizadas por algum tipo de vulnerabilidade, a exemplo dos recortes de gênero e raça.

Para desenvolvimento da pesquisa, foram considerados os seguintes objetivos: identificar quais são as condutas praticadas pelos *haters* nas redes sociais; investigar as razões por trás do comportamento dos *haters*; definir o perfil das vítimas dos ataques; avaliar os efeitos dos ataques de *haters* sobre as vítimas; verificar quais direitos humanos são violados diante dos referidos ataques; examinar as possibilidades de responsabilização penal no ordenamento jurídico brasileiro diante dos ataques praticados por *haters*; analisar a eficácia - ou não - da intervenção do poder punitivo para a proteção dos direitos humanos das pessoas submetidas a ataques de *haters*.

A relevância temática da pesquisa justifica-se pela contribuição social e intelectual proporcionada diante, respectivamente, da gravidade das consequências da atuação dos *haters* sobre as vítimas e da lacuna existente, na literatura, sobre a eficácia da responsabilização penal dos agentes como solução para o problema.

Em relação à metodologia, adotou-se o raciocínio dedutivo e a abordagem qualitativa. Foi realizada pesquisa bibliográfica, com a leitura de artigos científicos e livros que tratam do tema, bem como foram abordados casos que ganharam notoriedade na mídia, expondo as consequências da atuação dos *haters*, especialmente, sobre os direitos humanos das vítimas.

Liberdade de expressão e discurso de ódio: previsões normativas e limites

O direito à liberdade de expressão encontra-se previsto, no sistema onusiano de proteção dos direitos humanos, no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Organização das Nações Unidas, 1948). Já no sistema interamericano, está no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Organização dos Estados Americanos, 1969), mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Por sua vez, no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a previsão

do artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), que estabelece o direito à liberdade de pensamento, vedado, contudo, o anonimato. No mesmo sentido, o artigo 2º do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) (Brasil, 2014) prevê que o respeito à liberdade de expressão consiste em fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil.

Nesse contexto, é possível perceber, ainda, que as formas utilizadas para lidar com o fenômeno dos *haters* nas redes sociais variam a depender da história e da cultura do país estudado (Cohen-Almagor, 2015). Por exemplo, nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é dotada do grau máximo de proteção, enquanto em países como a Alemanha há maiores limitações à mencionada liberdade (Ruediger *et al.*, 2021, p. 6). Por sua vez, "A legislação brasileira se alinha mais a uma concepção europeia que privilegia a igualdade de direitos e a dignidade humana frente ao direito da liberdade de expressão" (Ruediger *et al.*, 2021, p. 17).

Assim, Cohen-Almagor (2015, p. 11) pontua a necessidade de se sopesar a liberdade de expressão com a responsabilidade social no uso da internet. Conforme Ruediger *et al.* (2021, p. 16), o aumento das possibilidades de disseminação dos discursos de ódio no ciberespaço tem impulsionado discussões sobre o papel que o Estado tem de garantir e, ao mesmo tempo, limitar a liberdade de expressão quando lesar princípios como o da dignidade humana.

Condutas praticadas pelos *haters* nas redes sociais

Segundo Cohen-Almagor (2015, p. 4), a internet contribuiu para a produtividade humana e mudou a forma como as pessoas trabalham, estudam e interagem umas com as outras. Todavia, ao mesmo tempo, as pessoas começaram a explorar o potencial da internet para dar maior destaque a interesses danosos e antissociais, de modo que, conforme Monte, Moura e Guimarães (2021), "[...] nas últimas décadas, têm-se assistido, de forma contínua, ao aumento da intolerância e violência em suas variadas formas de manifestação".

Nesse sentido, as condutas praticadas pelos *haters* nas redes sociais manifestam-se, por exemplo, na forma de ofensas, xingamentos e ameaças, o que pode ocorrer por meio da postagem de comentários negativos nas publicações das vítimas ou do envio de áudios, imagens e mensagens diretamente à vítima. Nesse contexto, é importante destacar que o fato de as condutas serem praticadas por meio das redes sociais faz com que haja uma reprodução mais acelerada do conteúdo e o atingimento de um número maior de pessoas, de modo que o impacto gerado é maximizado.

Possíveis razões por trás do comportamento dos *haters*

Quanto às possíveis razões para o comportamento dos *haters*, há menções na literatura no sentido de que o ódio nunca é, de fato, gratuito, depen-

dendo, na realidade, da trajetória do agente, bem como dos contextos histórico e cultural em que ele se encontra inserido (Rebs, 2017, p. 2514). Em contrapartida, há opiniões contrárias, no sentido de que o discurso de ódio pode não apresentar motivação específica (Faustino, 2020, p. 50).

Em uma pesquisa realizada por Perugini e Solano (2021, p. 17), cujo objetivo era, justamente, traçar o perfil dos usuários com condutas chamadas de "disruptivas", apontou-se, a partir do grupo analisado, que aqueles com alto índice de comportamentos disruptivos online possuíam baixa capacidade empática, condutas manipulativas, impulsividade, tendência à gratificação imediata e baixa capacidade de controlar impulsos, além do fato de, em regra, serem pessoas ociosas.

Em outra pesquisa, realizada com 25 jovens entre 18 e 28 anos, sendo 21 mulheres e 4 homens, na cidade de Medellín, na Colômbia, constatou-se que, no tocante a aspectos sociopsicológicos, o chamado *cyberbullying* ou ciberassédio tende a estar relacionado com a intolerância às diferenças, assim como à competitividade e à comparação constante, a qual é significativamente estimulada pelas próprias redes sociais (Marín-Cortés; Linne, 2021, p. 349-350).

Outra possível razão por trás do comportamento dos *haters* diz respeito a uma falsa sensação de impunidade e anonimato, comumente manifestada por meio da ideia de que "internet é terra sem lei", bem como pela criação de perfis falsos nas redes. Nesse contexto, estudos têm comprovado que, para pessoas que consultam informações preferencialmente em redes sociais, os discursos de ódio são mais um comportamento normal do que um comportamento delitivo (Valerio; Soria, 2021, p. 30). Isso fica evidente, por exemplo, ao se consultar os comentários de uma simples postagem feita por uma pessoa famosa nas redes, em que diversas são as ofensas encontradas, passando a impressão de que se trata de algo comum, banal, que não acarreta maiores consequências.

Assim, destacam-se algumas características das redes sociais que contribuem para esse fenômeno, as quais podem ser definidas, genericamente, pelas condições de espontaneidade, facilidade, visibilidade, permanência e expansibilidade (Delarbre, 2015, p. 38). Além disso, o anonimato, a mediação de uma tela e a possibilidade de criar uma identidade falsa são fatores relevantes (Valerio; Soria, 2021, p. 6), na medida em que, conforme Faustino (2020, p. 51), "[...] no mundo virtual é possível ser aquilo que não é ou, até, expor um ponto de vista sobre aquilo que não se sabe, facilitando as formas de interação dentro da rede social".

Outro ponto relevante consiste no fato de que as redes sociais são, atualmente, ferramentas que dão poder a quem as usa (Valerio; Soria, 2021, p. 6), poder esse que tem sido frequentemente utilizado para atacar outras pessoas. A esse respeito, para Zimbardo (2008), dar a certo grupo de pessoas poder sem supervisão é uma receita para o abuso e, de certa forma, pode-se

dizer que é isso o que se observa, nos dias de hoje, diante da atuação dos *haters* nas redes sociais: pessoas por trás das telas de celulares ou computadores sentem que têm poder e atacam outras das mais diversas formas, proferindo desde ofensas graves até ameaças de morte.

Ademais, destaca-se o fato de que, para os *haters*, muitas vezes, a vítima de seus ataques é vista como um obstáculo. Assim, nas redes sociais, evidencia-se que "A intolerância para com o outro, latente no mundo de pessoas de carne e osso, ganhou forma, representação e publicização" (Barros Filho; Peres Neto, 2018, p. 189), sendo interessante observar que:

> **A tolerância diz respeito sempre a algo no outro que se apresenta como obstáculo às nossas pretensões.** Assim, excluímos do âmbito da tolerância tudo aquilo que no outro nos alegra, nos motiva, nos cativa, que coincide com nossas convicções, facilita alcançar nossas metas, nossos propósitos. **O verbo tolerar, nesse sentido, parece sempre indicar um empecilho, um obstáculo que o outro pode representar para o sucesso, a satisfação de nossas pretensões** (Barros Filho; Peres Neto, 2018, p. 190, grifos nossos).

Tal situação, por sua vez, guarda significativa relação com a moral, na medida em que o *hater*, na maioria das vezes, "[...] não é capaz de identificar consequências imediatas nem tardias dos seus atos discursivos na vida de indivíduos específicos, o que dificulta o julgamento desses atos a partir do domínio moral" (Monte; Moura; Guimarães, 2021).

Perfil das vítimas dos ataques

Em relação ao perfil das vítimas dos ataques, nota-se que os *haters* possuem alvos diversos, atacando vítimas de diferentes contextos, com destaque, contudo, para o fato de que aqueles que expõem mais suas vidas, como os famosos, estão mais sujeitos a serem vítimas (Marín-Cortés; Linne, 2021, p. 349-350). Como exemplo disso, tem-se que, em 2021, uma reportagem do programa Fantástico, da Rede Globo, intitulada "Fantástico conversa com haters e quer saber: o que faz alguém perder tempo destilando ódio na internet?" (FANTÁSTICO, Globoplay, 2021) expôs o problema do ponto de vista de vítimas, *haters* e profissionais especializados, apresentando vários relatos de pessoas famosas que foram atacadas virtualmente.

Todavia, há, também, indicativos no sentido de que as vítimas dos ataques podem ser pessoas caracterizadas por algum tipo de vulnerabilidade, a exemplo dos recortes de gênero e raça. Nesse sentido, Almeida, Nakamura, E. e Nakamura, F. (2017, p. 41) afirmam que são enfrentadas dificuldades na identificação e monitoramento automáticos de discursos e grupos de ódio nas redes sociais, diante, por exemplo, da interseção de "características protegidas" nas vítimas, como raça, religião e orientação sexual.

Efeitos dos ataques de *haters* sobre as vítimas

Por meio das leituras realizadas, foi possível perceber que o ódio nos meios digitais é um fenômeno do qual há evidência em todo o mundo e, como efeitos da divulgação desse tipo de conteúdo, pode-se citar o aborrecimento e a intimidação dos usuários, podendo ainda, em casos extremos, ocasionar danos físicos nos indivíduos (Arango, 2021, p. 66-67). Desse modo, pesquisas têm apontado uma relação direta entre os discursos de ódio na internet e o desencadeamento de emoções negativas, depressão, ansiedade, comportamento desviante e queda de bem-estar (Gámez-Guadix; Wachs; Wright, 2020, p. 568).

Alguns estudos mostram, ainda, como efeitos sofridos pelas vítimas diante dos ataques, "a dessensibilização e a internalização da própria violência como natural e normal" (Monte; Moura; Guimarães, 2021), bem como a vivência de sentimentos de culpa, desamparo e sofrimento psicológico (Gámez-Guadix; Wachs; Wright, 2020, p. 572).

Nesse sentido, uma pesquisa realizada na Argentina com o objetivo de traçar o perfil dos usuários de redes sociais com condutas disruptivas *online* apontou a relevância de estudar estas novas formas de violência *online*, uma vez que os efeitos prejudiciais são observados tanto nas vítimas quanto nos ofensores (Perugini; Solano, 2021, p. 19). A mesma pesquisa sugeriu, ainda, como estudos futuros, a análise do papel particular que cumprem algumas emoções nas condutas levadas a cabo na redes (Perugini; Solano, 2021, p. 20).

Como exemplo disso, tem-se o caso da cantora brasileira Luísa Sonza (FANTÁSTICO, G1, 2021), vítima de intensos ataques nas redes, os quais culminaram no desenvolvimento de transtorno depressivo e síndromes do pânico. No mesmo sentido, pode-se citar o caso do adolescente Lucas Santos (G1 RN, 2021), que cometeu suicídio após receber milhares de comentários negativos em suas redes sociais ao postar um vídeo com amigos.

Desse modo, evidencia-se a importância de se considerar uma abordagem multidimensional para lidar com o ódio no ciberespaço, o que inclui uma variedade de comportamentos e estratégias (Gámez-Guadix; Wachs; Wright, 2020, p. 572).

Direitos Humanos violados diante dos ataques

O Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental (Nações Unidas, s.d.) assim conceitua os direitos humanos:

> Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, liberdade de opinião e expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros. Todos

têm direito a estes direitos, sem discriminação.

Assim, no que se refere aos direitos humanos das vítimas violados diante dos ataques dos *haters*, destaca-se a dignidade da pessoa humana, que implica o necessário reconhecimento de que todos os seres humanos são titulares de uma igualdade-dignidade, a qual se integra com todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (Addati, 2021, p. 363). Desse modo, uma vez reconhecida sua violação, há impactos, também, sobre a honra, a privacidade, a intimidade e a segurança das vítimas, bem como sobre os direitos de não sofrer discriminação e de ter preservada a sua integridade física e mental.

Diante disso, cumpre apresentar algumas possibilidades de responsabilização penal dos *haters* no Brasil para, então, analisar a eficácia - ou não - do poder punitivo para proteger os direitos humanos das vítimas.

Possibilidades de responsabilização penal no ordenamento jurídico brasileiro

A responsabilização penal dos *haters* é possível apenas quando sua conduta amolda-se a determinado tipo penal, em observância aos princípios da legalidade e da lesividade. Nesse sentido, Batista (2001, p. 91) afirma que "A conduta puramente interna, ou puramente individual - seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente - falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal".

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como exemplos de tipos penais possivelmente aplicáveis aos *haters*, em um primeiro momento, os crimes contra a honra, quais sejam, calúnia, difamação e injúria, os quais se encontram previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal (Brasil, 1940). O artigo 141, §2º, do referido Código, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 (Brasil, 2019), prevê, ainda, que se aplica em triplo a pena quando os mencionados crimes são cometidos ou divulgados em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores.

A esse respeito, Faustino (2020, p. 54) assim se posicionou:

> A própria questão da regulação do ambiente onde ocorrem os discursos, as redes sociais, não possui legislação específica para fins de responsabilização criminal efetiva, não existe um tipo penal específico direcionado para a conduta de lesão de direitos em redes sociais através do discurso do ódio, devendo o Estado se socorrer a tipos penais genéricos existentes, como é o caso da calúnia, difamação ou injúria, estimulando mais ainda esse tipo de conduta.

Ocorre que, em clara manifestação de Direito Penal Simbólico, ganhou força um movimento de produção legislativa acerca do tema com o pretenso

fim de eliminar o problema. Nesse sentido, em 2021, foi inserido, no Código Penal brasileiro, o art. 147-A, criando-se o crime de perseguição, também conhecido como *stalking*, o qual diz respeito à conduta de "Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade" (Brasil, 1940).

No presente ano de 2024, foi inserido um novo tipo penal que pode se adequar à conduta dos *haters* nas redes sociais: o delito de intimidação sistemática virtual, mais conhecido como *cyberbullying*, previsto no art. 146-A, parágrafo único, do Código Penal (Brasil, 1940). Conforme se extrai do mencionado Código, a redação do referido artigo foi dada pela Lei nº 14.811/2024 (Brasil, 2024) nos seguintes termos:

> Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais:
> Pena - multa, se a conduta não constituir crime mais grave.
> **Intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*)**
> Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

Entretanto, a proliferação de leis penais sobre o tema não significa que não existam alternativas fora do Direito Penal para se lidar com o problema, especialmente ao se adotar uma perspectiva que o considere como *ultima ratio,* e não como *prima ratio*, como vem ocorrendo. Nesse contexto, destaca-se a perspectiva garantista de um Direito Penal mínimo, o qual Ferrajoli (2002, p. 83) esclarece ser aquele que, uma vez condicionado e limitado ao máximo, "[...] corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza".

(In)eficácia da intervenção do poder punitivo para a proteção dos Direitos Humanos das vítimas

Ante o exposto, evidencia-se que o poder punitivo, por si só, é ineficaz para lidar com o problema, que é interdisciplinar, perpassando pela questão da responsabilidade social e moral na internet, como trabalhado por Cohen

-Almagor (2015, p. 19).

Nesse sentido, a partir das leituras realizadas, foi possível identificar, inclusive, um indicativo da necessidade de se pesquisar "quais estratégias de intervenção produzem melhores resultados no combate ao discurso de ódio" (Monte; Moura; Guimarães, 2021). E, diante da complexidade do tema, autores apontam para a necessidade de uma abordagem multidisciplinar, devendo-se considerar não só o aspecto legal, mas também aspectos culturais, sociais, comunicacionais e econômicos, por exemplo (Barros Filho; Peres Neto, 2018, p. 186-187).

Tem-se, portanto, a seguinte lógica: "Há de se buscar, para tal, uma ética mínima que seja **fiadora dos direitos humanos** e **evite que se faça mero populismo punitivo** daquilo que requer fundamentalmente uma repulsa e uma reação ética" (Barros Filho; Peres Neto, 2018, p. 192, grifos nossos). Desse modo, baseando-se no Garantismo de Ferrajoli, Barros Filho e Peres Neto (2018, p. 195) afirmam que:

> Recuperando o humanismo e sabendo que não há soluções totalizantes - a despeito da retórica própria das políticas criminais neoconservadoras, como as de "tolerância zero" - advogamos pelo resgate da ética e de um Direito Penal que sejam mínimos. Que escapem do discurso fácil, simplista e intolerante que caracteriza o populismo punitivo.

É preciso, portanto, abandonar soluções que configurem manifestações de Direito Penal Simbólico para que se possa caminhar rumo ao Direito Penal Mínimo.

Considerações finais

A partir da pesquisa, foi identificada a necessidade de se estabelecer limites à liberdade de expressão a fim de evitar a disseminação de discursos de ódio nas redes sociais. Como visto, as condutas praticadas pelos *haters* podem ser exemplificadas por ofensas e ameaças, as quais acarretam verdadeiras violações de direitos humanos das vítimas, na medida em que atingem direitos como dignidade, intimidade, segurança e não discriminação.

Já em relação às razões por trás do comportamento dos *haters*, enquanto alguns sustentam a existência de motivações pessoais, muitas vezes atreladas a questões morais e psicológicas, outros afirmam que os ataques podem não apresentar nenhuma motivação evidente. As vítimas, por sua vez, em que pese poderem ser atravessadas por fatores de vulnerabilidade, muitas vezes, são escolhidas preferencialmente diante do nível de exposição de suas vidas, de modo que as pessoas famosas costumam ser alvos frequentes dos ataques.

Como também foi possível perceber, os ataques geram consequências

físicas e psíquicas nas pessoas submetidas a eles, sendo um dos maiores impactos o que recai sobre a saúde mental das vítimas, ocasionando o desenvolvimento e/ou o agravamento de quadros como depressão, ansiedade, síndrome do pânico e ideação suicida. Assim, apresentadas algumas possibilidades de responsabilização penal no ordenamento jurídico brasileiro diante das condutas dos *haters*, restou evidente a ineficácia do poder punitivo, por si só, para efetivar a proteção dos direitos humanos das vítimas. Contudo, em que pese a referida ineficácia, tem crescido a atividade legislativa com o fim criar novos tipos penais cada vez mais específicos sobre o tema, a exemplo do *cyberbullying*.

Diante disso, tratando-se de um problema que demanda uma abordagem interdisciplinar para seu enfrentamento, destaca-se, além da necessidade de proporcionar suporte psicológico às vítimas (e, por vezes, também aos *haters*), a importância da educação digital, a fim de que as pessoas entendam as responsabilidades envolvidas no uso das redes sociais. Cumpre destacar, por fim, que a criação de novos tipos penais não é eficaz, por si só, para evitar a prática de novos ataques e proteger os direitos humanos das vítimas, de modo que representa uma clara manifestação de Direito Penal Simbólico, a qual não deve ser compreendida como a melhor - e menos ainda como a única - solução para o problema.

Referências

ADDATI, Federico Angel. REDES SOCIALES: UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS. **Ratio Iuris.**: Revista de Derecho Privado, [s. l.], ano IX, n. 1, p. 359-376, 1 jul. 2021. Disponível em: http://dspace.uces.edu.ar:8180/ xmlui/ handle/ 123456789/5767. Acesso em: 01 nov. 2024.

ALMEIDA, Thais G.; NAKAMURA, Eduardo F; NAKAMURA, Fabíola G. Uma Abordagem para Identificar e Monitorar Haters em Redes Sociais Online. In: WORKSHOP DE TESES E DISSERTAÇÕES - SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SISTEMAS MULTIMÍDIA E WEB (WEBMEDIA), 2017, Gramado. **Anais** [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2017. p. 41-46. Disponível em: https://sol.sbc.org.br/ index.php/ webmedia_estendido/ article/ view/ 4832. Acesso em: 28 out. 2024.

ARANGO, Aymé. Detección de discurso de ódio. **Revista Bits de Ciencia**, Santiago, vol. 21, p. 66-67, ago. 2021. Disponível em: https://revistasdex.uchile.cl/ index.php/ bits/ article/ view/ 2778/ 2711. Acesso em: 29 out. 2024.

BARROS FILHO, Clóvis de; PERES NETO, Luiz. Éticas em rede: pautas para a luta contra a pornografia infantil e os delitos de ódio nos sites de redes sociais. **Crimes Cibernéticos**: COLETÂNEA DE ARTIGOS, Brasília, v. 3, p. 184-196, 2018. Disponível em: https://memorial.mpf.mp.br/ nacional/ vitrine-virtual/ publicacoes/ crimes-ciberneticos- coletanea-de- artigos. Acesso em: 29 out. 2024.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 136p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituicao/ constituicao. htm. Acesso em: 28 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ decreto-lei/ del2848compilado.htm. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2011- 2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso: 28 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2019- 2022/2019/lei/ l13964.htm. Acesso em: 01 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024**. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _Ato2023-2026/ 2024/ Lei/L14811.htm#art6. Acesso em: 01 nov. 2024.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. **Confronting the Internet's Dark Side:** Moral and Social Responsibility on the Free Highway. 1ª Edição. Washington e Nova Iorque: Woodrow Wilson Center Press e Cambridge University Press, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/ publication/ 279175966_Confronting_the_ Internet's_Dark_Side_Moral_and_Social_Responsibility_on_the_Free_Highway. Acesso em: 28 out. 2024.

DELARBRE, Raúl Trejo. Intolerancia en Línea. Entenderla, Exhibirla, Debatirla. In: CAMPOS, Mario et al. **Mensajes de Odio y Discriminación en las Redes Sociales**. 1. ed. Cidade do México: Colección Matices, 2015. cap. 4, p. 37-48. ISBN 978-607-8418-10-7. Disponível em: https://rtrejo.files.wordpress.com/ 2015/ 11/ intolerancia- en-licc81nea.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

FANTÁSTICO. **Fantástico conversa com haters e quer saber:** o que faz alguém perder tempo destilando ódio na internet?. Globoplay, 2021. Disponível em: https://globoplay.globo.com/ v/ 9832274/. Acesso em: 28 out. 2024.

FANTÁSTICO. **Lidando com haters:** especialistas dão dicas para manter a saúde mental e tomar medidas legais. G1, 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/ fantastico/ noticia/ 2021/06/ 06/lidando- com-haters- especialistas-dao- dicas -para- manter-a- saude-mental- e-tomar- medidas-legais.ghtml. Acesso em: 29 out. 2024.

FAUSTINO, André. O Direito Penal Do Inimigo E A Legitimação Do Discurso Do Ódio Nas Redes Sociais. **Revista Jurídica Cesumar**, [s. l.], v. 20, n. 1, p. 43-56, jan/abr. 2020. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/ index.php/ revjuridica/ article/view/ 7871. Acesso em: 28 out. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revis-

ta dos Tribunais, 2002. 768p.

G1 RN. **Safadão, Carlinhos Maia, Juliette e outros famosos manifestam apoio a Walkyria após morte do filho de 16 anos;** veja repercussão. Disponível em: https://g1.globo.com/ rn/ rio-grande- do-norte/ noticia/ 2021/ 08/ 04/ cantora- walkyria-recebe- apoio-nas- redes-sociais- apos-morte- do-filho- de-16-anos. ghtml. Acesso em: 29 out. 2024.

GÁMEZ-GUADIX, Manuel; WACHS, Sebastian; WRIGHT, Michelle. "Haters back off!" Psychometric Properties of the Coping with Cyberhate Questionnaire and Relationship with Well-being in Spanish Adolescentes. **Psicothema**, Madri, vol. 32, n. 4, p. 567-574, jun. 2020. Disponível em: https://redined.educacion.gob. es/ xmlui/ handle/ 11162/ 203157. Acesso em: 29 out. 2024.

MARÍN-CORTÉS, Andrés; LINNE, Joaquín. Una tipología del ciberacoso en jóvenes. **Revista Mexicana de Sociología**, Cidade do México, v. 83, n. 2, p. 331-356, abr/jun. 2021. Disponível em: http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/ index.php/ rms/ article/ view/60087. Acesso em: 28 out. 2024.

MONTE, Franciela; MOURA. Maria Aline; GUIMARÃES, Pâmela. Efeitos do Discurso de Ódio Sobre o Desenvolvimento Sociomoral: Ensaio Teórico. **REVASF: Revista de Educação da Universidade Federal do Vale do São Francisco**, Petrolina, vol. 11, n. 25, p. xx-xx, ago. 2021. Disponível em: https://periodicos.univasf.edu.br/ index.php/ revasf/ article/ view/ 963/1079. Acesso em: 28 out. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. **Direitos Humanos**. [*S. l.*], s.d. Disponível em: https://unric.org/ pt/ o-que- sao-os-direitos-humanos/. Acesso em: 1 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/ brazil/ declaracao -universal- dos-direitos- humanos. Acesso em: 28 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/ basicos/ portugues/ c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

PERUGINI, María Laura Lupano; SOLANO, Alejandro Castro. Rasgos de personalidad, bienestar y malestar psicológico en usuarios de redes sociales que presentan conductas disruptivas online. I**nterdisciplinaria**, Argentina, v. 38, n. 2, p. 7-23, maio 2021. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/ scielo.php?pid=S1668-70272021000200007&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em: 28 out. 2024.

REBS, Rebeca Recuero. O Excesso No Discurso De Ódio Dos Haters. **Revista Fórum Linguístico**, Florianópolis, v. 14, ed. número especial, p. 2512-2523, nov. 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/ index.php/ forum/ article/ view/ 1984-8412.2017v14nespp2512. Acesso em: 28 out. 2024.

RUEDIGER, Marco Aurélio; GRASSI, Amaro; HUBERT, Dalby; SANCHES, Danielle; MATOS NETO, Eurico O.; SANTOS, Luiza C.; SILVA, Lucas Roberto da; BARBOSA, Polyana Sampaio; TOMAZ, Renata. **Discurso de ódio em ambientes digitais:** definições, especificidades e contexto da discriminação on-line no Brasil a partir do Twitter e do Facebook. Policy paper. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2021. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ dspace/ handle/ 10438/

30397. Acesso em: 28 out. 2024.

VALERIO, Lizette; SORIA, Ana Martha. Influencers y Mensajes de Ódio: Jóvenes y Consumo de Contenidos Autocensurados. **Revista Prisma Social**, Madri, n. 34, p. 4-39, jul. 2021. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/ servlet/ articulo?codigo=8024369. Acesso em: 28 out. 2024.

ZIMBARDO, Philip. **Palestra proferida no TED Talks**, Monterrey (Califórnia), fev. 2008. Disponível em: https://www.ted.com/ talks/ philip_zimbardo_the_psychology_of_evil?language. Acesso em: 28 out. 2024.

RESPONSABILIDADE DE IMPRENSA EM CASOS NÃO SUBMETIDOS A JULGAMENTO: UM OLHAR SOBRE O PROGRAMA LINHA DIRETA E SUAS IMPLICAÇÕES NO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Jenifer Moraes

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (CIGG - USAL). Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Professora de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

O presente ensaio visa oferecer algumas reflexões a respeito das conclusões travadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento da Reclamação 59847 quanto a liberdade de imprensa e a salvaguarda de princípios constitucionais basilares como a plenitude de defesa em plenário (Art. 5º XXXVIII, a da CF), o Direito a um julgamento justo (Art. 10 da CIDH), o estado de defesa (Art.5º, LVII) e o Devido Processo Legal (Art. 5º, LIV). Para tanto, foi utilizado um método bibliográfico-qualitativo, através da análise sobre i) a natureza do programa Linha Direta; e ii) sua possível repercussão no âmbito do julgamento pelo tribunal popular e iii) a veracidade da constatação de que a garantia constitucional da liberdade de imprensa efetivamente tem prelazia em detrimento de qualquer outro comado constitucional e iv) a possibilidade de se impor uma regulamentação à veiculação de programas televisivos dessa natureza. Conclui-se pela criação de uma regulamentação geral, apriorística e a nível nacional para se determinar um limite temporal máximo para a veiculação de programas que explorem o crime como entretenimento no caso de o processo estar pautado para julgamento pelo tribunal do júri. É disposto que esse tipo de regulamentação em nada tolheria o livre exercício da imprensa, visto que as emissoras poderiam programar sua grade desde o início atendendo à regra - e não deixando de veicular nenhuma pauta de interesse -, bem como teria o condão de preservar ao máximo possível a integridade dos princípios constitucionais analisados.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa; Direito a um julgamento justo; Tribunal do júri; Mídia e Direito Penal.

Contextualização da problemática

A liberdade de imprensa é um dos alicerces do ordenamento jurídico brasileiro pós redemocratização, sendo assegurada por nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso X e artigo 220, bem como reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130.

Da mesma forma, as garantias processuais penais aprimoradas desde séc. XVIII inquestionavelmente representam um dos pilares de qualquer Estado Social e Democrático de Direito, por servirem como proteção dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado, destacando-se no presente contexto, a ideia de a plenitude de defesa em plenário (Art. 5º XXXVIII, a da CF), o Direito a um julgamento justo (Art. 10 da CIDH), o estado de defesa (Art.5º, LVII) e o Devido Processo Legal (Art. 5º, LIV).

Tais garantias são constantemente confrontadas em sede judicial, mas ganharam sobrelevado destaque no recente julgamento da Reclamação 59847 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no qual reconheceu-se a prática de censura pela juíza da 2º Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e autorizou-se a exibição de um episódio da série "Linha Direta" da Rede Globo de Televisão, até então suspenso, que tinha como tema um caso de homicídio pautado para julgamento.

No caso, cientes da transmissão através dos *teasers* amplamente veiculados em dias anteriores, os réus pleitearam à instância criminal a proibição da exibição do episódio, diante da possibilidade de a narrativa apresentada pelo programa influenciar a percepção dos jurados, uma vez que no Brasil os crimes dolosos contra a vida são submetidos ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

A magistrada preventa deferiu o pedido dos réus, salientando que a preservação da "consciência dos julgadores leigos pelas circunstâncias extra-autos" seria inerente a própria sistemática do Tribunal do Júri. Dentre outras considerações, a julgadora ponderou que:

> levando em conta que o réu deverá ser julgado pelo corpo de juízes leigos, tal exposição bem poderá colocar em risco a imparcialidade dos julgadores, prejudicando o direito do réu a um julgamento justo. Não se há negar o direito à livre expressão artística, bem como aquele à informação, o que pode conduzir à constatação de um aparente conflito de princípios constitucionais. No entanto, embora o direito à livre expressão e à informação, tal como o direito a um julgamento imparcial, se insiram entre os direitos fundamentais, há que se buscar a conciliação entre os dois direitos, igualmente relevantes, na análise acurada das consequências do risco que da violação de um ou de outro possa resultar a seus detentores.

Nessas condições, identificando, pois, que a veiculação do episódio poderia vir a causar dano irremediável à preservação da garantia de submissão a um julgamento justo - uma vez que o caso estava na iminência de ser julgado-, o juízo da 2º vara criminal determinou a suspensão da exibição do programa até o julgamento definitivo do processo.

Frente a essa decisão, Rede Globo de televisão apresentou reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, alegando que referida decisão teria contrariado entendimento pacificado pelo STF pela ADPF nº 130, quanto ao caráter absoluto da liberdade de imprensa. Dentre as teses apresentadas, enumerou-se que tal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental teria estabelecido o precedente de que a liberdade de imprensa teria prevalência sobre as demais garantias constitucionais, assim como não poderiam ser toleradas quaisquer limitações à atividade jornalística que não estivessem expressamente previstas na Constituição Federal, inclusive através da via judicial.

Submetida a reclamação ao escrutínio monocrático, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, deferiu a cassação da decisão de primeiro grau, aduzindo que:

> A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Ressalvados os discursos violentos ou manifestamente criminosos, não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões ou manifestações que merecem ser tidas como válidas ou aceitáveis.

A decisão foi referendada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal pelas mesmas razões.

Nesse contexto, a presente proposta de trabalho tem por objetivo oferecer breves reflexões sobre a conformidade dos argumentos apontados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 59847, especialmente em relação à possibilidade de salvaguarda de princípios constitucionais basilares como a plenitude de defesa em plenário (Art. 5º XXXVIII, a da CF), o Direito a um julgamento justo (Art. 10 da CIDH), o estado de defesa (Art.5º, LVII) e o Devido Processo Legal (Art. 5º, LIV) a partir da regulamentação da exibição de programas televisivos do gênero "*true crime*", sem que isso represente censura ou afronta à vital liberdade de imprensa.

Para tanto, mostra-se como essencial a avaliação sobre i) a natureza desse gênero televisivo; e ii) sua possível repercussão no âmbito do julgamento pelo tribunal popular e iii) a veracidade da constatação de que a garantia constitucional da liberdade de imprensa efetivamente tem prelazia em detrimento de qualquer outro comado constitucional (tal como afirmado pela emissora televisiva) e iv) a possibilidade de se impor uma regulamentação à veiculação de programas televisivos.

Da natureza do programa

Em se concentrando a análise especificamente ao programa "Linha Direta", objeto central da discussão travada na Reclamação 59847, temos que, diferentemente do que a premissa adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro sugere, não se trata de um programa de cunho eminentemente jornalístico, motivo pelo qual a sobreposição de uma perspectiva inflexível sobre a liberdade de informar deve ser, nesse tema, trabalhada com intensa cautela.

Muito embora a literatura específica divirja sobre as características fundantes do gênero jornalístico, como pela identificação da classificação de Melo ou Beltrão (LOPES; MATA, 2009), convergem em identificar a verificação da veracidade dos fatos publicados como essência do processo, bem como a manutenção de um compromisso ético, de modo a não se causar prejuízos a pessoas, coletividades e instituições. (LAGE, 2014).

Ao se buscar a descrição do televisivo, por outro lado, bem como aspectos relacionados a sua roteirização, é possível perceber que ele se adequa mais ao gênero de "docudrama", essencialmente pela mescla de aspectos verídicos e comprovados por mecanismos de *fact checking*, - como as informações extraídas da própria ação penal - com dramatizações e representações que não necessariamente correspondem à verdade real dos fatos, dada a impossibilidade ontológica de se conhecer, com exatidão, a dinâmica havida em cenários pretéritos. Segundo Fuenzalida (2008), o gênero docudrama é caracterizado pela "representação ficcional feita por atores" e pela narração de "casos dramáticos de origem real" que são "situações cotidianas «limites ou extremas», que aconteceram com pessoas comuns, mas não são narradas no formato de documentário nem de reality show, mas sim de modo ficcionalizado e mais livre."

A compatibilidade do programa com esse gênero televisivo é inclusive dedutível da própria descrição contida no site da emissora que o veicula. A sinopse aponta que o "programa busca aprofundar as investigações de crimes marcantes da sociedade brasileira com episódios que misturam em sua narrativa reportagens, entrevistas e simulações de casos com atores e recriação de cenários" (GLOBO, 2024), deixando-se claro que o objetivo precípuo do modelo, desde a sua formulação originária, é, sobretudo, influenciar diretamente na persecução de casos reais, assim como auxiliar a sociedade a "promover uma reflexão" sobre a violência (GLOBO, 2024).

Em sentido convergente apresenta-se o fato de que referido programa foi cancelado por inviabilidade comercial (TERRA, 2024), mesmo após apresentar índices satisfatórios de audiência, fato esse amplamente veiculado na internet, em diversos portais de notícias.

Nessas condições, temos que a análise da liberdade de imprensa associada unicamente à -indiscutível - importância democrática do jornalismo, tal

como feita por nossa Corte Suprema, demanda cautela, em se tratando de "docudramas" *true crime*, tal como o analisado.

Isso porque diferentemente da remissa adotada no voto condutor da reclamação, bem como da questão de fundo analisada pela ADPF nº 130, a veiculação de programas desse gênero não se destina prioritariamente a promover a divulgação de informações úteis à sociedade civil, sendo mantido um caráter de entretenimento, cuja finalidade é, inquestionavelmente, a angariação de rendimentos e patrocínios para seus desenvolvedores. O conteúdo, portanto, não é e nunca será isento, sendo a carga emotiva um vetor essencial para agregar valor a esse produto televisivo, questão essa até mesmo constatada por estudantes de graduação da Escola de Comunicação e Artes, da Universidade de São Paulo.

Em trabalho de conclusão de curso especificamente voltado à análise do programa "Linha Direta", por exemplo, Teixeira (2023), destaca, ao analisar a segunda temporada do *remake*. da série que "A carga emotiva e dramatizada desta edição é ainda mais presente, pois a produção leva os familiares a contarem a história ao público, então o tom é muito forte e emocionante.". A autora também atribui essa intensificação da carga emotiva do programa à apresentação de "detalhes das vidas das vítimas, além de fotos de família e recordações de momentos especiais" e aponta que a palavra "simulação" é adotada em detrimento de "reconstituição", quando, na verdade, essa última seria mais adequada, posto que o máximo que pode ser feito é a reconstrução aproximada daquilo que se pode extrair dos depoimentos e demais elementos constantes nos autos processuais, o que não necessariamente corresponde à realidade (TEIXEIRA, 2023).

Justamente por isso, a *contrario sensu* do que costumeiramente realizado, especificamente em relação a esse gênero televisivo não se pode partir do pressuposto que qualquer limitação à sua veiculação corresponde necessariamente à censura, ou uma afronta à divulgação de ideias e informações essenciais ao desenvolvimento da sociedade. No sopesamento de garantias fundamentais, mesmo que se parta da prevalência da liberdade de imprensa sobre qualquer outra garantia fundamental - o que não necessariamente consta do precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal - aqui não se estaria avaliando a imprensa, na pura concepção do termo. Daí porque não se pode atribuir a essa intervenção o mesmo patamar de gravidade. Como aponta Batista (2003):

> Quando o jornalismo deixa de ser uma narrativa com pretensão de fidedignidade sobre a investigação de um crime ou sobre um processo em curso, e assume diretamente a função investigatória ou promove uma reconstrução dramatizada do caso - de alcance e repercussão fantasticamente superiores à reconstrução processual -, passou a atuar politicamente. Quem duvida de que os infelizes foragidos cujos crimes são requintadamente exibidos no programa

> Linha Direta estão sendo julgados, sem defesa, naquele momento, e não pelo júri que referendará o veredicto de Domingos Meirelles?

Por decorrência, a indagação essencial que inevitavelmente deve nortear essa reflexão pode se concentrar na possibilidade irrestrita das emissoras instrumentalizarem casos reais a título de entretenimento, ou se, pelo contrário, diante do constatado risco a outras garantias fundamentais, como o Devido Processo Legal, a Plenitude de Defesa e o Direito a um Julgamento Justo, essas teriam prevalência e, portanto, autorizariam a imposição de limitações à apresentação de determinados produtos comerciais em algumas circunstâncias.

Impacto social e preservação das garantias fundamentais

No que diz respeito ao impacto do *remake* do programa "Linha Direta" para a formação da opinião pública, pertinente é a identificação de que a última temporada da série teve uma média de audiência consideravelmente alta[1], como é possível notar uma inadequada proximidade da veiculação a andamentos importantes de alguns casos, como por exemplo, pela designação de pauta para julgamento, ou pela própria realização do Júri ou julgamento da apelação.

Dos casos que foram objeto de episódios na temporada de 2024 e tratam de crimes dolosos contra a vida, ou seja, são submetidos à sistemática do Júri, temos, resumidamente, o seguinte cenário:

1 Um ponto de audiência equivale aproximadamente a 1% do universo de telespectadores pesquisado

Nome do episódio	Exibição	Pontos de Audiência	Status
1 - Caso Beatriz Angélica e Caso Carol Calegari	18 de abril de 2024	9,3	Em 23 de julho de 2024 TJPE manteve a submissão do Réu à Júri popular
3 - Caso família Gonçalves e Caso Márcia Vieira	2 de maio de 2024	10,9	Condenação dos réus em 27 de agosto de 2024
4 - A Guarda do Neto	9 de maio de 2024	9,0	Autorizada a realização do Júri em setembro de 2024
5 - Assassinato em Alto Mar	16 de maio de 2024	9,1	Acusado segue foragido
6 - A Morte Anunciada de Mãe Bernadete	23 de maio de 2024	8,5	Júri realizado em julho de 2024
7 - Caso Jeff Machado e Caso Daniel Amaral	30 de maio de 2024	9,5	Processo em fase de instrução - janeiro de 2024
8 - A Chacina de Unaí	6 de junho de 2024	9,2	TRF6 julgou apelação em 21 de novembro de 2023
9 - O Assassinato de Eduardo de Jesus e o Furto de Pneus	20 de junho de 2024	8,8	Processo em fase de instrução - junho de 2024

Fonte: elaboração própria com base nos dados do (IBOPE, 2024) e de dados processuais públicos.

A tabela acima disposta é elucidativa no sentido de evidenciar que andamentos relevantes foram implementados nos processos correspondentes às narrativas apresentadas na série, muitos, inclusive, com apenas dois ou três meses de diferença e, normalmente, após a veiculação dos episódios.

Muito embora os dados apresentados notadamente não representem a constatação da influência do programa na formação da convicção dos jurados, ou até mesmo, na forma de condução processual realizada pelo magistrado titular - o que seria empiricamente impossível -, servem para ilustrar que o lapso temporal transcorrido entre a veiculação televisiva e os eventos processuais não é suficiente para dissipar qualquer influência que possa vir a ter ocasionado em seus telespectadores, inclusive a título emocional.

Na dinâmica de um processo decisório em que o receptor da mensagem tem pouca ou nenhuma familiaridade com a ritualística processual penal, que, voltada a preservação de garantias, configura por si só um instrumento para a limitação do poder punitivo do Estado, torna-se natural que o resultado da conclusão derive exclusivamente da quantidade de informações que o judicante tem acesso no momento de tomada da decisão (MEDEIROS, 2015), bem como a natureza de tais informações, ou seja, forma elas foram instrumentalizadas para construir uma ideia ou uma interpretação naquele que as recebe.

Em tais condições, naturalmente uma decisão travada com base em elementos extra autos, pode não corresponder ao mesmo resultado de uma

decisão pautada exclusivamente nos elementos obtidos através da instrução processual (STRECK, 2017), de modo que, reconhecendo-se a impossibilidade de se pautar o processo penal contemporâneo na já desgastada ideia de verdade real (BRITO, 2019), compete inclusive ao judiciário promover mecanismos que proporcionem a preservação da "verdade processual" ao máximo possível.

Esse cuidado é essencial especialmente no âmbito do Tribunal do Júri, cujo rito processual é particularmente dependente da preservação do conselho de sentença sobre contaminações ideológicas, ou seja, trata-se de uma precaução já presumida pelo próprio legislador, sendo parte da *ratio* constituinte do Código de Processo Penal brasileiro. O maior indicativo dessa postura legislativa é, por conseguinte, o instituto do desaforamento, previsto nos artigos 427 e seguintes do Código de Processo Penal, pelo qual autoriza-se o deslocamento do julgamento para outra comarca, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade dos jurados.

Na prática, no que diz respeito à influência midiática sobre o conselho de sentença, esse instituto acabou por ser esvaziado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça - que, à revelia função protetiva supra mencionada - pacificou o entendimento de que "a mera presunção de parcialidade dos jurados do Tribunal do Júri em razão da divulgação dos fatos e da opinião da mídia é insuficiente para o desaforamento do julgamento para outra comarca" (Informativo nº 668).

Daí porque sobreleva-se a necessidade de construção de mecanismos que *a priori* impeçam a propagação de condições que possam vir a influenciar a higidez de um julgamento, favorecendo, portanto, a concentração da discussão para os elementos que são obtidos através da instrução processual, especialmente porque, em termos fáticos, é particularmente de difícil constatação da contaminação e, mais ainda, a demonstração da parcialidade dos jurados em decorrência disso.

Também por isso é que não se sustenta a percepção de que somente competiria ao judiciário intervir apenas *a posteriori,* para sanar eventuais excessos midiáticos, tal como externalizado no voto condutor da Reclamação 59847, tanto porque o prejuízo, nesse caso, não seria acarretado tão somente à imagem ou honra do acusado - o que por si só já seria de gravidade relevante - mas ao próprio devido processo legal, ao direito a um julgamento justo e à plenitude de defesa; quanto porque após a realização de um julgamento que posteriormente descobre-se estar maculado, não há sanativa a não ser sua anulação, o que, do ponto de vista sistêmico, acarreta muito mais prejuízos do que a imposição de uma indenização.

Sem embargo, apesar de já explanada a natureza não integralmente jornalística do programa analisado, importante é a demonstração de que o argumento de que a "liberdade de imprensa teria prelazia sobre todas as demais garantias" não corresponde à ideia estabelecida no precedente jurisdicional

criado a partir do julgamento da ADPF nº 130, tampouco à realidade no que se refere ao procedimento de sopesamento principiológico. Na ocasião, apenas se reconheceu a prevalência dos direitos de imprensa sobre os direitos de personalidade[2], tais como a imagem, a honra e a intimidade, nada sendo ponderado em relação aos comandos constitucionais supramencionados.

Assim, considerando-se, pois, que a implementação dos direitos fundamentais é resultado de uma dialética constante entre o progresso do desenvolvimento de sistemas de positivação e o fortalecimento da dignidade humana e liberdade no campo das ideias (PEREZ LUÑO, 2001), e que, justamente por isso, a própria dignidade da pessoa humana acaba por ser assegurada por meio da preservação de outros direitos fundamentais (SARLET, 2008), o desenvolvimento de garantias infraconstitucionais apriorísticas que permitam a preservação do direito a um julgamento justo e, consequentemente, ao asseguramento da função de acessoriedade do processo penal como limitador do poder punitivo do Estado (LOPES JR., 2024), mostra-se como um imperativo.

Considerações finais

A liberdade de imprensa é uma das vigas mestras de nossa estrutura democrática, representando um insuperável progresso frente arbítrio estatal e, sobretudo, frente às mazelas ditatoriais que ainda circundam o nosso desenvolvimento político.

Também como instrumento de contenção do poderio estatal, apresenta-se a sistemática penal contemporânea, que, caracterizada também por normas mandamentais dirigidas ao Estado, impõe restrições ao processo de identificação delitiva e implementação de punições.

A dialética entre esses dois vértices democráticos é, não raramente, lida através de um paradoxo, no sentido de que qualquer delimitação ou regulamentação da exibição de programas que transversalmente abordem casos reais configura uma afronta à primeira, mesmo que tal regulamentação seja instrumentalizada para salvaguardar o segundo.

Em que pese o reconhecimento de uma discricionariedade casuística sobre a veiculação de um ou outro programa ou episódio possa realmente representar um problema na preservação da harmonia entre esses princípios -posto que a veiculação dependeria unicamente da vontade do julgador - entendo que, em circunstancias tais como a analisada, no caso de programas com representações cenográficas, ou, até mesmo, que explorem o fenômeno

2 Para ilustrar, eis o trecho da ementa: "Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras"

delitivo com o objetivo de entreter, possa se criar uma regulamentação geral, apriorística e a nível nacional - antes, portanto, dos programas serem editados ou os episódios roteirizados - para se determinar um limite temporal máximo para a veiculação uma série sobre um caso real, no caso de o processo estar pautado para julgamento pelo tribunal do júri, evitando, pois, que as emissoras utilizem a proximidade do processo como palco para "vender" o programa e, por decorrência, possam influenciar na apreciação livre dos jurados a respeito dos elementos probantes.

Esse tipo de regulamentação em nada tolheria o livre exercício da imprensa, visto que as emissoras poderiam programar sua grade desde o início atendendo à regra - e não deixando de veicular nenhuma pauta de interesse -, bem como teria o condão de preservar ao máximo possível a integridade dos princípios constitucionais aqui analisados.

Mais do que isso, a imposição de regulamentações temporais não é hipótese desconhecida de nosso ordenamento jurídico, sendo a mais famosa delas a classificação etária e a determinação de exibição de determinados programas apenas no período noturno, conforme analisado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2404.

No âmbito eleitoral, por sua vez, adiamentos também são costumeiramente admitidos, sendo até mesmo afirmado pelo Ministro Benedito Gonçalves na ação 0601522-38.2022.6.00.0000 que adiamento não configura censura"

Muito embora o presente ensaio não tenha a pretensão de trazer nenhuma postura definitiva e se proponha apenas a suscitar reflexões sobre a temática, entendo que, nas condições acima dispostas a harmonização principiológica por todos almejada pode ser satisfeita através do caminho da regulamentação.

Referências

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

BRITO, Alexis Couto de. **Direito à Intimidade no Processo Penal: A interceptação das comunicações.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

FUENZALIDA, Valerio. O Docudrama televisivo. **Revista Matrizes.** Ano 2, nº 1 segundo semestre de 2008.

GLOBO, **Pedro Bial estreia segunda temporada do 'Linha Direta' nesta quinta, 18**. 2024. Disponível em: https://redeglobo.globo.com/ novidades/ noticia/ pedro-bial- estreia-segunda- temporada-do- linha-direta- nesta-quinta-18.ghtml. Consulta em 06 de dez de 24.

IBOPE, Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. **índices de audiência**, 2024.

LAGE, Nilson. **Conceitos de jornalismo e papéis sociais atribuídos aos jornalistas.** Revista Pauta Geral-Estudos em Jornalismo, Ponta Grossa, vol.1, n.1 p. 20-25, Jan-Jul, 2014.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

LOPEZ, Débora Cristina. DA MATA, José Henrique. Os gêneros jornalísticos e sua aplicação no radiojornalismo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação Universidade Federal de Juiz de Fora.** Vol.3. nº1. junho de 2009.

MEDEIROS, Regina. C. R. B. de. Processo decisório no Tribunal do Júri: influências psicológicas. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 20, p. 118-146, 2018.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constituición**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lênio. **O que é isto - decido conforme minha consciência.** Imprenta: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TEIXEIRA, Adriana Maria Souza. **Linha direta: um estudo sobre o docudrama e true crime ao longo das temporadas do programa.** 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

TERRA, **"Linha Direta" é cancelado após duas temporadas por questões comerciais.** 2024. Disponível em: https://www.terra.com.br/ diversao/ tv/ linha-direta- e-cancelado- apos-duas- temporadas- por-questoes- comerciais,5f87 adf767a-300f5d1 6515fbc0e350f8k dio05kv.html?utm _source=clipboard. Consulta em 06 de dez de 24.

AUTOMATIZACIÓN DE PROCESOS JUDICIALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN ESPAÑA: SU IMPACTO EN LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

María Concepción Rayón Ballesteros
Profesora de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Resumen:

La incorporación de la IA y la automatización de procesos en la administración de justicia en España representa una transformación profunda con beneficios significativos, como la optimización de recursos, la eficiencia procesal y la mejora en la accesibilidad del sistema judicial. No obstante, su implementación plantea importantes retos en términos de Derechos Humanos y garantías procesales. La opacidad algorítmica, los posibles sesgos discriminatorios y los riesgos para la privacidad son algunos de los desafíos que requieren atención prioritaria. El trabajo destaca la necesidad de respetar principios éticos y subraya la importancia de contar con un marco normativo adecuado. Asimismo, se enfatiza la capacitación de los operadores jurídicos, el diseño de sistemas auditables y la participación ciudadana como elementos clave para garantizar una implementación ética y responsable. En el presente trabajo se plantean distintas propuestas para equilibrar los avances tecnológicos con la protección de los Derechos Humanos y las garantías procesales.

Palabras-clave: Administración de justicia; Derechos Humanos; Garantías procesales; Inteligencia Artificial; Servicio público de justicia.

Introducción

La automatización de procesos y la IA en la administración de justicia en España representa un avance tecnológico con el potencial de transformar significativamente el funcionamiento del sistema judicial. Estas innovaciones prometen mejorar la eficiencia del servicio, reducir la carga de trabajo y agilizar los procedimientos judiciales. Sin embargo, su implementación suscita interrogantes fundamentales en relación a la adecuada protección de los Derechos Humanos y las garantías procesales consagradas en nuestro ordena-

miento jurídico.

Efectivamente, la automatización en la justicia se manifiesta a través de herramientas que asisten en la gestión de expedientes, la programación de audiencias y la generación de documentos procesales, entre otras muchas posibilidades. Por su parte, la Inteligencia Artificial (en adelante IA) se emplea en sistemas de análisis predictivo y evaluación de riesgos principalmente. Estas tecnologías, aunque ofrecen ventajas en términos de celeridad y eficiencia, plantean desafíos en cuanto a la transparencia, la equidad y la responsabilidad en el proceso judicial.

En el contexto español, la Estrategia de Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia, presentada en abril de 2024, establece las directrices para la incorporación de estas tecnologías en el ámbito judicial. Este documento subraya la necesidad de garantizar que el uso de la IA se realice de manera responsable, legal y ética, asegurando el respeto a los Derechos Fundamentales y las garantías procesales[1].

Este breve trabajo tiene como objeto plantear el impacto de la automatización de procesos y la IA en la administración de justicia en España, con especial atención a su incidencia en los Derechos Humanos y las garantías procesales.

Marco normativo y conceptual

La automatización en el ámbito judicial se refiere a la implementación de sistemas tecnológicos que permiten la ejecución de tareas repetitivas y rutinarias sin intervención humana directa, como la gestión de expedientes o la programación de audiencias. Por su parte, la IA se define como la capacidad de sistemas informáticos para realizar funciones que, tradicionalmente, requieren de la inteligencia humana, incluyendo el aprendizaje, la percepción y la toma de decisiones. En el contexto judicial, la IA se aplica en herramientas de análisis predictivo, evaluación de riesgos y asistencia en la redacción de resoluciones, entre otras potencialidades.

El marco normativo español ha comenzado a adaptarse para regular este tipo de usos desde 2011, sin embargo, en la actualidad su implementación se ha acelerado dado que se están llevando a cabo las reformas que anuncia el Plan de Justicia 2030, la iniciativa estratégica del Ministerio de Justicia de España que busca transformar el Servicio Público de Justicia en un horizonte de diez años[2]. Este plan se estructura en torno a tres objetivos fundamentales: mejorar el acceso de la ciudadanía al servicio de justicia, garantizando que todos los individuos puedan ejercer sus derechos y libertades de manera efectiva; optimizar los recursos y procesos judiciales para ofrecer

1 Información disponible en este enlace: https://socinfodigital.es/ 2020/ 12/ 21/ la-digitalizacion- inteligente-de- la-justicia- en-espana- una-necesidad- pendiente-e- imprescindible/

2 Información disponible en este enlace: https://www.justicia2030.es/

un servicio más ágil y eficaz, reduciendo la carga de trabajo y los tiempos de resolución de los casos; y asegurar que el sistema de justicia contribuya a la cohesión social y territorial, adaptándose a las nuevas realidades sociales y promoviendo la justicia medioambiental.

Estos objetivos se desarrollan a través de nueve programas y veintisiete proyectos, que abarcan desde la digitalización y modernización de infraestructuras hasta la formación de profesionales y la implementación de tecnologías. Concretamente en el Ministerio de Justicia de España se están llevando a cabo más de doscientos proyectos diferentes, de los cuales se han priorizado cuarenta que giran en torno a tres ejes principales: interoperabilidad y eficiencia de la justicia; profesionales y ciudadanía; innovación en robotización e IA[3].

La Estrategia de Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia, aprobada en abril de 2024, establece que la IA debe utilizarse como asistente en las funciones de tramitación, evitando que comprometa la independencia judicial en la toma de decisiones. Esta estrategia, prevista especialmente para la textualización de grabaciones, dictado y transcripción, integración de buscador Delfos, uso en Lexnet y para la hiperautomatización en procedimientos monitorios, subraya la importancia de que la IA complemente, pero no sustituya, el juicio humano en el ámbito judicial[4]. Este documento establece directrices para la implementación de sistemas de IA que respeten los Derechos Fundamentales y las garantías procesales.

La implementación de estas tecnologías en la administración de justicia tiene implicaciones directas en los Derechos Humanos y las garantías procesales. Por un lado, pueden mejorar la eficiencia y la celeridad procesal, contribuyendo al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por otro lado, su uso plantea desafíos en cuanto a la transparencia, la igualdad ante la ley y el derecho a un juicio justo.

Igualmente hay que citar la importante labor que se está realizando el Centro de Transferencia de la Administración de Justicia Española (CTAJE) es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia de España que desempeña un papel clave en la modernización y transformación digital de la Administración de Justicia. Su principal objetivo es facilitar la integración y el uso compartido de sistemas, servicios y tecnologías que permitan una Justicia más eficiente, transparente y accesible para los ciudadanos y profesionales.[5]

A nivel europeo, la Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los

3 Información disponible en este enlace: https://www.mjusticia.gob.es/ es/ servicio- justicia/ proyectos-transformacion/ transformacion- digital-justicia

4 Información disponible en este enlace: https://socinfodigital.es/ wp- content/ uploads/ 2024/ 04/ 20240401- Estrategia-IA- en-la- Administracion- de-Justicia_SOCINFO_Ministerio- de-Justicia.pdf

5 Información disponible en este enlace: https://www.administraciondejusticia.gob.es/ cteaje/ que- es-el- cteaje

sistemas judiciales y su entorno, aprobada en 2018 por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ)[6], establece principios fundamentales para el uso de la IA en la justicia, incluyendo el respeto de los Derechos Fundamentales, la no discriminación, la calidad y seguridad, la transparencia, la imparcialidad y la equidad. Estos principios buscan garantizar que la implementación de la IA en la justicia no comprometa los derechos y garantías procesales de los ciudadanos.

El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 publicado por el Boletín Oficial de la Unión Europea el 12 de julio de 2024[7], establece normas armonizadas en materia de IA y busca garantizar que los sistemas de IA utilizados en la Unión Europea respeten los Derechos Fundamentales y sean seguros y transparentes, para lo cual establece una regulación basada en niveles de riesgo.

En conclusión, la automatización y la IA en la administración de justicia en España se encuentran enmarcadas por un conjunto de definiciones y regulaciones que buscan equilibrar los beneficios tecnológicos con el respeto a los Derechos Humanos y las garantías procesales.

Beneficios y desafíos de la automatización en la justicia

La implementación de la automatización de procesos y la IA en la administración de justicia en España ha suscitado un debate profundo sobre los beneficios y los desafíos que conlleva.

Beneficios

La automatización de tareas administrativas rutinarias, como la gestión de expedientes y la programación de audiencias, permite una tramitación más ágil de los procedimientos judiciales. Esto contribuye a la reducción de la carga de trabajo de los funcionarios y a una mayor rapidez en la resolución de los casos, mejorando la eficiencia y la rapidez de respuesta del sistema judicial.

Igualmente, la implementación de sistemas de IA facilita el acceso a la información jurídica y judicial, permitiendo a los ciudadanos y profesionales del derecho consultar jurisprudencia y normativa de manera más sencilla. Además, promueve la transparencia en la toma de decisiones judiciales al ofrecer herramientas que analizan y presentan datos de forma comprensible.

En general, la utilización de tecnologías automatizadas permite una asignación más eficiente de los recursos humanos y materiales en la adminis-

6 Información disponible en este enlace: https://www.coe.int/ en/ web/ cepej/ cepej- european-ethical- charter-on- the-use- of-artificial- intelligence-ai- in-judicial- systems-and-their- environmen

7 Información disponible en este enlace: https://eur-lex.europa.eu/ legal-content/ ES/ TXT/ ?uri=OJ%3AL_202401689

tración de justicia, lo que se traduce en una mejor gestión y aprovechamiento de los mismos.

Desafíos

Uno de los principales desafíos es la posibilidad de que los algoritmos utilizados en sistemas de IA reproduzcan o amplifiquen sesgos existentes en los datos con los que fueron entrenados. Esto puede conducir a decisiones discriminatorias que vulneren el principio de igualdad ante la ley. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que los sistemas de IA en el ámbito penal pueden reforzar la discriminación y socavar Derechos Fundamentales, incluida la presunción de inocencia[8].

La complejidad de algunos algoritmos de IA dificulta la comprensión de los procesos de toma de decisiones automatizadas, lo que plantea problemas de transparencia. Esta opacidad puede afectar el derecho de las partes a conocer y cuestionar las bases de una decisión judicial, comprometiendo garantías procesales fundamentales.

Además, el uso de IA en la administración de justicia implica el tratamiento de grandes volúmenes de datos personales, lo que genera preocupaciones sobre la protección de la privacidad y el cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos. Es esencial garantizar que el procesamiento de esta información se realice de manera segura y respetuosa con los derechos de los individuos.

Igualmente, la introducción de nuevas tecnologías en el sistema judicial puede enfrentar resistencia por parte de los operadores jurídicos, quienes pueden percibirlas como una amenaza por lo que sería necesario proporcionar formación adecuada para que se utilicen eficazmente estas herramientas, garantizando su correcta implementación.

Análisis del impacto en los Derechos Humanos y garantías procesales

La introducción de la automatización de procesos y la IA en la administración de justicia plantea importantes implicaciones en el ámbito de los Derechos Humanos, especialmente en lo que respecta al principio de igualdad, el derecho a la privacidad y el derecho a un juicio justo. A continuación, se analiza brevemente el impacto de estas tecnologías en algunos de estos Derechos.

8 Información disponible en este enlace: https://www.ohchr.org/ es/ statements/ 2023/ 07/ artificial- intelligence- must-be- grounded-human- rights-says- high-commissioner?utm_ source=chatgpt.com

Derecho a la igualdad y no discriminación

El derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española y en instrumentos internacionales como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es un pilar fundamental en el Estado de Derecho. Sin embargo, el uso de algoritmos en la administración de justicia puede generar riesgos significativos de discriminación.

Los sistemas de IA se entrenan a partir de grandes conjuntos de datos históricos. Si estos datos contienen sesgos inherentes, el algoritmo puede perpetuar o incluso amplificar dichas desigualdades. Por ejemplo, estudios han demostrado que, en sistemas de evaluación de riesgos utilizados en procesos judiciales, los algoritmos tienden a asociar automáticamente ciertos perfiles sociodemográficos con mayores índices de criminalidad, lo cual podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley.

Por ello, la transparencia en el diseño de los algoritmos y su supervisión constante por parte de expertos independientes son medidas esenciales para mitigar estos riesgos. Además, la incorporación de principios éticos en la programación de la IA, tal y como sugiere la Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y el propio Reglamento de IA a que nos hemos referido inicialmente, puede contribuir a garantizar decisiones más justas y equitativas.

Derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad, protegido por el artículo 18 de la Constitución Española y reforzado por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea, enfrenta nuevos desafíos con la incorporación de la IA en la administración de justicia. El funcionamiento de muchos sistemas de IA en la justicia requiere la recopilación y procesamiento de grandes volúmenes de datos personales, incluidos datos sensibles como antecedentes penales o información financiera. El uso inadecuado de esta información puede resultar en violaciones graves del derecho a la privacidad.

Para mitigar este riesgo el RGPD establece requisitos estrictos para el tratamiento de datos personales, incluyendo el principio de minimización de datos y la obligación de realizar evaluaciones de impacto en materia de protección de datos antes de implementar sistemas automatizados.

Derecho a la dignidad humana

La dignidad humana puede verse comprometida con la implementación de herramientas de IA en la justicia. La despersonalización del proceso judicial mediante decisiones algorítmicas o la interacción con sistemas automatizados podría generar una percepción de deshumanización en los ciuda-

danos, especialmente en contextos donde se enfrentan a procesos judiciales complejos o emocionalmente sensibles. Es necesario garantizar que la introducción de IA en los procedimientos no sustituya completamente la interacción humana, preservando un trato digno y respetuoso hacia las partes.

Derecho a un juicio justo

El derecho a un juicio justo, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es otro de los derechos que podría verse comprometido con el uso de la IA en el sistema judicial.

Aunque los sistemas de IA pueden ser utilizados para apoyar la toma de decisiones judiciales, por ejemplo en cuanto al riesgo de reincidencia o para acordar medidas cautelares, la delegación excesiva de funciones en estos sistemas podría comprometer la imparcialidad y la independencia de las resoluciones. La opacidad de los algoritmos también dificulta la comprensión de las bases sobre las cuales se adoptan las decisiones, lo que puede limitar el derecho de las partes a cuestionarlas de manera efectiva.

Para proteger este derecho, es crucial que los sistemas de IA sean transparentes y explicables. Esto significa que los operadores judiciales y las partes involucradas deben poder entender cómo se han generado las decisiones automatizadas y, en su caso, corregir errores o injusticias.

Derecho de acceso a la justicia

La robotización y el uso de IA en la Administración de Justicia pueden redefinir el acceso efectivo a los órganos judiciales. Si bien estas tecnologías pueden facilitar el acceso a servicios judiciales a través de plataformas digitales y automatización de procesos, también pueden generar barreras para sectores vulnerables de la población con limitada alfabetización tecnológica o acceso a recursos digitales.

Derecho a la presunción de inocencia

La incorporación de sistemas de IA en la toma de decisiones judiciales o en fases preliminares, como la valoración de pruebas o perfiles de riesgo, puede tener un impacto directo sobre el derecho a ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario. Los sistemas de IA entrenados con datos históricos podrían perpetuar errores o prejuicios que afecten a la valoración inicial de la culpabilidad. Igualmente, la robotización en procesos como el análisis predictivo puede introducir una presunción implícita basada en probabilidades, contraria al estándar constitucional de prueba plena.

Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

La automatización de decisiones judiciales mediante sistemas de IA plantea riesgos para el derecho a la motivación de las resoluciones, que exige que toda decisión judicial sea razonada y comprensible. Los sistemas basados en algoritmos, especialmente aquellos que emplean aprendizaje profundo, pueden generar decisiones cuya lógica subyacente sea opaca, incluso para los operadores jurídicos. Para garantizar esta garantía procesal, resulta imprescindible que las herramientas de IA incorporen mecanismos de explicabilidad de los algoritmos que permitan detallar los criterios utilizados en la toma de decisiones.

Derecho a la contradicción y la defensa

La implementación de IA puede dificultar el ejercicio del derecho a la contradicción y a la defensa si las partes no tienen acceso a los algoritmos o datos utilizados en el proceso judicial. Si un sistema automatizado participa en la valoración de pruebas o en la toma de decisiones, las partes deben poder cuestionar y examinar su funcionamiento, evitando una "caja negra" que les impida defenderse plenamente. Esto requiere garantizar la accesibilidad técnica y jurídica a los algoritmos y datos empleados, respetando además los derechos de propiedad intelectual o confidencialidad tecnológica.

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Aunque la IA tiene el potencial de agilizar los procedimientos judiciales, su introducción puede generar demoras en ciertas circunstancias, especialmente en fases de implementación o en casos de errores técnicos que requieran intervención manual. Además, la dependencia de estas tecnologías podría derivar en paralizaciones si no se dispone de sistemas de contingencia. Para evitar vulnerar esta garantía procesal, es necesario planificar cuidadosamente la integración de la IA, garantizando su fiabilidad y desarrollando protocolos para su uso complementario junto con los operadores humanos.

Derecho al juez imparcial y predeterminado por ley

La participación de sistemas de IA en la adjudicación de casos plantea interrogantes sobre su compatibilidad con la garantía de un juez imparcial y predeterminado por ley. La programación de estos sistemas, la posible existencia de sesgos en los datos de entrenamiento o la influencia indirecta de intereses privados podrían comprometer esta garantía fundamental. Es crucial establecer un marco normativo que regule estrictamente la imparcialidad de los sistemas de IA, así como supervisar su desarrollo, implementación y uso por parte de órganos judiciales.

Ética y gobernanza de la IA en la justicia

La aplicación de la IA en el sistema judicial debe estar alineada con principios éticos que aseguren el respeto de los Derechos Humanos y la integridad del proceso judicial. En este sentido el diseño y la implementación de herramientas de IA deben ser compatibles con los Derechos Fundamentales, garantizando que su uso no vulnere derechos como la privacidad, la igualdad y la no discriminación. La Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno enfatiza este principio como esencial para una justicia equitativa.

Es imperativo que los sistemas de IA no introduzcan ni amplifiquen sesgos discriminatorios. Para ello, se deben establecer medidas que aseguren la equidad en los procesos automatizados, evitando cualquier forma de discriminación por motivos de raza, género, origen étnico u otras características protegidas. La Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO[9] subraya la importancia de este principio.

Los sistemas de IA deben ser transparentes, permitiendo a las partes interesadas comprender cómo se toman las decisiones automatizadas. La explicabilidad es crucial para mantener la confianza en el sistema judicial y garantizar que las decisiones puedan ser auditadas y, si es necesario, impugnadas. La Comisión Europea ha destacado la necesidad de que los sistemas de IA sean explicables y auditables para salvaguardar este principio.

Resulta fundamental que exista una clara asignación de responsabilidades en el uso de la IA en la justicia. Los operadores judiciales deben rendir cuentas por las decisiones en las que intervienen sistemas automatizados, asegurando que se puedan identificar y corregir posibles errores o injusticias. La gobernanza de la IA debe incluir mecanismos que permitan la supervisión y la rendición de cuentas efectivas.

Para garantizar que la implementación de la IA en la administración de justicia se realice de manera ética y responsable, es esencial que los sistemas de IA utilizados en el ámbito judicial sean diseñados de manera que sus procesos y decisiones puedan ser auditados y explicados. Esto implica desarrollar algoritmos que permitan una comprensión clara de cómo se llega a una determinada conclusión, facilitando la identificación de posibles sesgos o errores. La Unión Europea ha subrayado la importancia de garantizar que el uso de la IA en el ámbito judicial no menoscabe el derecho a la defensa.

Igualmente, resulta crucial la creación de comités de ética y órganos supervisores especializados en la evaluación del uso de la IA en la justicia es crucial. Estos organismos deben encargarse de monitorear la aplicación de las tecnologías, asegurando el cumplimiento de los principios éticos y legales establecidos, y actuando como garantes de una implementación justa y equi-

9 Información disponible en este enlace: https://www.unesco.org/ es/ articles/ recomendacion- sobre-la- etica-de- la-inteligencia- artificial

tativa. La Política de Uso de la Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia, aprobada en junio de 2024, fija criterios mínimos para asegurar un uso responsable, legal y ético de la IA en este ámbito.

Es indispensable que jueces, fiscales, abogados y demás operadores jurídicos reciban formación adecuada sobre el funcionamiento y las implicaciones de la IA en el ámbito judicial. La capacitación debe incluir aspectos técnicos, éticos y legales, permitiendo una comprensión integral de las herramientas utilizadas y fomentando una cultura de responsabilidad en su aplicación. La UNESCO ha desarrollado cursos que abordan los riesgos y oportunidades de la adopción de tecnologías de IA en los sistemas judiciales, enfatizando la importancia de la formación en este ámbito.

La gobernanza de la IA en la justicia debe incluir mecanismos que permitan la participación de la sociedad civil en la evaluación y supervisión de estas tecnologías. La transparencia en la implementación y el funcionamiento de los sistemas de IA es esencial para mantener la confianza pública y garantizar que se respeten los Derechos Fundamentales. La Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno destaca la importancia de la participación ciudadana en la supervisión de estas tecnologías.

Propuestas de mejora

La implementación de la IA en la administración de justicia en España ofrece oportunidades significativas para mejorar la eficiencia y la accesibilidad del sistema. Sin embargo, como hemos destacado en este breve trabajo, también plantea desafíos que requieren soluciones integrales. A continuación, se presentan algunas propuestas de mejora para garantizar una aplicación efectiva y ética de la IA en este ámbito.

- Es esencial establecer un marco legal que regule el uso de la IA en la justicia, asegurando el respeto a los Derechos Fundamentales y las garantías procesales. Este marco debe incluir principios de transparencia, responsabilidad y equidad, alineados con las directrices europeas, particularmente el Reglamento de IA y los tratados internacionales.
- La capacitación de jueces, fiscales, abogados y demás profesionales del derecho en el uso y comprensión de la IA es fundamental. Programas de formación continua deben abordar tanto los aspectos técnicos como éticos y legales de estas tecnologías, promoviendo una cultura de confianza y competencia en su aplicación. La Estrategia de Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia destaca la importancia de la formación para una implementación efectiva de la IA.
- Establecer mecanismos de auditoría independientes que evalúen

regularmente los sistemas de IA utilizados en la justicia es crucial para garantizar su transparencia y eficacia. Estos sistemas deben ser capaces de identificar y corregir posibles sesgos o errores, asegurando que las decisiones automatizadas sean justas y equitativas. La Unión Europea ha enfatizado la necesidad de que los algoritmos sean explicables, transparentes y comprobables para mantener la confianza de los ciudadanos.

- Involucrar a la sociedad civil en el desarrollo y supervisión de las políticas de IA en la justicia es esencial para garantizar que estas tecnologías respondan a las necesidades y preocupaciones de la ciudadanía. La transparencia en la implementación y el funcionamiento de los sistemas de IA es fundamental para mantener la confianza pública y asegurar el respeto de los Derechos Fundamentales. La Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales destaca la importancia de la participación ciudadana en la supervisión de estas tecnologías.
- Establecer patrones con directrices básicas que debe cumplir toda nueva herramienta de IA o robotización que se ajuste a los Derechos Humanos y garantías procesales. En este sentido, fomentar la investigación y el desarrollo de tecnologías de IA que respeten los Derechos Humanos y las garantías procesales es clave para una implementación exitosa. Esto incluye la creación de entornos de prueba controlados y la colaboración con instituciones académicas y tecnológicas para desarrollar soluciones innovadoras y éticas. La Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial establece prioridades para hacer más eficaces las herramientas dirigidas al fomento de la investigación y la innovación en este campo.

En todo caso, hay que destacar que la integración de la IA en la administración de justicia en España requiere un enfoque multidimensional que combine un marco normativo sólido, formación adecuada, mecanismos de supervisión efectivos, participación ciudadana y promoción de la innovación responsable. Solo a través de estas medidas se podrá garantizar que la IA contribuya positivamente al sistema judicial, respetando plenamente los Derechos Humanos y las garantías procesales.

Conclusiones

La implementación de la IA y la automatización de procesos en la administración de justicia en España representa una oportunidad única para modernizar el sistema judicial, optimizando recursos, agilizando procedimientos y mejorando la accesibilidad de los ciudadanos al servicio público de justicia. Sin embargo, este avance tecnológico y de eficiencia no está exen-

to de riesgos y desafíos que deben abordarse para garantizar que estas tecnologías se alineen con los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Se ha evidenciado que la automatización y la IA tienen un impacto directo en algunos derechos como el derecho a la igualdad, el derecho a la privacidad y el derecho a un juicio justo. Si bien estas tecnologías pueden aportar mayor eficiencia, también pueden amplificar sesgos discriminatorios o comprometer la transparencia.

Las garantías procesales, como el principio de contradicción, la motivación de las resoluciones y el derecho a la defensa, deben ser salvaguardadas frente a los riesgos que plantea la opacidad de los sistemas de IA. La transparencia, la explicabilidad y la auditabilidad son requisitos esenciales para preservar la confianza en el sistema judicial y asegurar su legitimidad.

Por tanto, como se ha destacado en este breve trabajo resulta crucial garantizar que el diseño y utilización de estas herramientas respeten los Derechos Humanos y las garantías procesales.

En este sentido, la gobernanza ética y la regulación adecuada son indispensables para abordar los retos asociados con la implementación de la IA en la justicia. La existencia de un marco normativo integral, complementado por estructuras de auditoría y supervisión independientes, es fundamental para evitar abusos y garantizar el uso responsable de estas tecnologías.

Las propuestas de mejora presentadas en este breve trabajo destacan la necesidad de un enfoque integral que combine el desarrollo normativo, la formación de los operadores jurídicos, la innovación responsable y la participación ciudadana. Este enfoque multidimensional permitirá aprovechar las ventajas de la IA en la administración de justicia, asegurando al mismo tiempo el respeto pleno a los Derechos Fundamentales y la calidad del servicio judicial.

En conclusión**,** la incorporación de la IA en la justicia española debe ser siempre un proceso guiado por principios éticos sólidos, una regulación rigurosa y una implementación transparente y supervisada. Solo así se podrá garantizar que estas tecnologías contribuyan al fortalecimiento del sistema judicial, promoviendo una justicia más eficiente, accesible y respetuosa de los Derechos Humanos.

Referencias

Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia. (2018). *Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*. Estrasburgo: Consejo de Europa. Recuperado de https://www.coe.int/ en/ web/ cepej/ cepej-european- ethical-charter- on-the- use-of- artificial-intelligence- ai-in- judicial-systems- and-their- environment

Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica. (2024). *Política de uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia*. Madrid: Ministerio de Justicia de España. Recuperado https://www.administraciondejusticia.gob.

es/ documents/ 7557301/ 7558184/ CTEAJE-NOR- Politica%2 Bde%2 Buso%2 Bde%2Bla%2BIA %2Ben%2 Bla%2BAJ%2B v1.0.pdf/ ddc0eda1- 950b- e926- b367-be511b16f2f9?t=1721386535984

Ministerio de Justicia de España. (2024). *Estrategia de inteligencia artificial en la Administración de Justicia*. Madrid: Ministerio de Justicia. Recuperado de https://socinfo-digital.es/ wp-content/ uploads/ 2024/ 04/ 20240401-Estrategia- IA-en- la-Administracion- de-Justicia_SOCINFO_Ministerio- de-Justicia.pdf

Ministerio de Justicia de España. (2024). *Política de uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia*. Aprobada por el Pleno del CTEAJE el 21 de junio de 2024. Recuperado de https://www.administraciondejusticia.gob.es/ w/ aprobada -la- politica-de- uso-de- la-ia- en-la- administracion- de-justicia

Unión Europea. (2016). *Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)*. Reglamento (UE) 2016/ 679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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. Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 4 de mayo de 2016, p. 1-88.

Unión Europea. (2024). *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*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 1689, 12 de julio de 2024, p. 1-144. Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/ legal-content/ ES/ ALL/ ?uri=OJ%3AL_202401689

INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA FRENTE AOS DESAFIOS DA INVISIBILIDADE DIGITAL

Danielle Uessler
Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil

Resumo:

O presente resumo indica a realização de pesquisa que objetivou verificar se o progresso tecnológico no sistema judiciário brasileiro dificulta a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça de grupos vulnerabilizados sem acesso à aparatos eletrônicos. A crise sanitária causada pela Covid-19 levou o Poder Público a modernizar seus sistemas, inclusive a atividade judicial. Todavia, ao passo que promovem benefícios no sistema processual, as tecnologias também podem afastar o direito fundamental ao acesso à justiça - previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República do Brasil. Assim, a partir da metodologia hipotético-dedutiva, com pesquisa bibliográfica e análise qualitativa de dados, foi possível obter resultados que indicam que o progresso tecnológico do Poder Judiciário brasileiro torna-se uma barreira de acessibilidade para grupos vulneráveis se não tiver como finalidade a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça para todos os cidadãos, com fomento a medidas e políticas que permitam a inclusão digital dos invisíveis digitais, cedendo infraestrutura informacional adequada e pessoas habilitadas para auxiliar esses indivíduos.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Inovações tecnológicas; Poder judiciário; Vulnerabilidade; Inclusão digital.

Introdução

De tempos em tempos, diferentes inovações surgem com o progresso da ciência e objetivam, na maioria das vezes, impactar a sociedade de forma a auxiliar e melhorar a qualidade de vida dos indivíduos. Dentre essas inovações, a *internet*, desde a sua criação em 1970 (CASTELLS, 2003), possibilitou o desenvolvimento de diversas tecnologias que, aliadas em prol de facilitar

a transmissão da informação, resultaram na modificação de todos os pilares sociais (SCHAFF, 1993).

Não obstante às tecnologias que foram aperfeiçoadas até o momento atual, a criação da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) foi a matriz originária de todas as outras inovações, desde as mais simples até as mais complexas (ROZA, 2018). O crescimento das TICs no cotidiano brasileiro começou a ser notado na década de 90 com a abertura da *internet* para o setor privado, momento em que a sociedade da informação deu seus primeiros passos (TAKAHASHI, 2000). Em poucos anos, a *internet* difundiu-se no mundo inteiro, gerando conectividade entre nações e revolucionando a sociedade de uma maneira nunca vista antes. O progresso tecnológico age como, portanto, impulsionador do próprio desenvolvimento da humanidade, devido a abrangência de setores que as inovações alcançam dentro do tecido social (SCHAFF, 1993).

Desde o momento em que passaram a ser incluídos no cotidiano social, os dispositivos tecnológicos ensejaram uma era de avanços que transformou de forma irreversível as estruturas econômicas, políticas, sociais e culturais, refletindo, inclusive, nas relações interpessoais (CASTELLS, 2003). Com a informatização de praticamente todos os setores sociais, a sociedade - outrora analógica - evoluiu e, com o uso massivo dos sistemas tecnológicos, se tornou uma sociedade da informação, cuja característica principal é o aumento da "criação, transmissão e circulação de conhecimento, informações e ideias" (CASTELLS, 2003).

Em 2023, a pesquisa "TIC Domicílios" indicou que 84% dos domicílios brasileiros tinham algum tipo de conexão com a *internet*, o que representa aproximadamente 64 milhões de residências (Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, 2023). Esse crescimento do acesso às novas tecnologias de comunicação descreve o atual cenário da sociedade da informação, que exige do indivíduo uma frequente atualização para conseguir se inserir no acelerado desenvolvimento informacional (CASTELLS, 2003).

Sob esse viés, a sociedade da informação começou a demandar excessivamente do Poder Público um processo de modernização de seus sistemas (CRISTÓVAM; SAIKALI; SOUSA, 2020). Consequentemente, a partir de 1995 houve o início do investimento no uso das TICs como ferramentas fundamentais para melhorar os resultados da gestão administrativa. A atualização tecnológica do Poder Público adveio com a finalidade de aperfeiçoar a prestação dos serviços públicos e ampliar o acesso à informação aos cidadãos, na tentativa de descomplicar - em que pese seus limites - a rotina burocrática do Estado (CRISTÓVAM; SAIKALI; SOUSA, 2020). Com efeito, a adoção das TICs pela Administração Pública na década de 90 originou o Governo Eletrônico.

Com os benefícios proporcionados pelo incremento das tecnologias, o

processo de modernização da Administração Pública ganhou um contexto geral, passando a abranger, inclusive, as esferas da atividade judicial (MARCACINI; PEREIRA, 2017). Pela necessidade de desafogar o judiciário, a Emenda Constitucional nº 45/2004 - conhecida como "Reforma do Judiciário" - trouxe como ponto relevante o uso de recursos tecnológicos na prática de atos processuais para alcançar o princípio da celeridade processual (ADORNO; SOARES, 2013). As mudanças pretendidas na EC 45/2004 ensejaram a promulgação da Lei 11.419/2006, que oficializou a informatização do processo judicial.

Desde o início dos anos 2000, ainda que os dispositivos tecnológicos não fossem tão desenvolvidos como são atualmente, tais recursos já eram vistos como uma possibilidade de auxílio às volumosas demandas enfrentadas pelos juízes e serventuários da justiça. O vigor da Lei 11.419/2006 e a implementação dos autos eletrônicos proporcionou mais proatividade aos agentes processuais, ocasionando a redução do tempo morto, que se dava, principalmente, na realização de movimentação dos autos (MARCACINI; PEREIRA, 2017). Nesses termos, Marcacini e Pereira destacam que o avanço tecnológico dentro do judiciário gerou controle de recursos financeiros, economia processual, redução de etapas, ampliação da transparência na tramitação do processo e, principalmente, atenuação de mão de obra, devido à redução de consultas presenciais aos balcões de cartórios e dos armazenamentos de dados que passaram a ser feitos em plataformas digitais (ADORNO; SOARES, 2013).

Ainda assim, o processo judicial eletrônico, apesar de inovador naquela época, adentrou ao sistema judicial mantendo respeito aos mesmos princípios e garantias constitucionais do processo físico (ADORNO; SOARES, 2013). Quase 20 anos após a inclusão de tais mecanismos, é notório que os proveitos obtidos com a adoção de dispositivos tecnológicos no judiciário são evidentes. As vantagens auferidas viabilizaram o desenvolvimento tecnológico dentro dos Tribunais, sendo admitido, atualmente, a escolha das partes por um Juízo 100% Digital (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

É nessa condição, definida pelo uso integral dos meios digitais no judiciário, que se pretende verificar a ampliação ou diminuição do acesso à justiça em relação à indivíduos vulnerabilizados a partir da metodologia hipotético-dedutiva, com pesquisa bibliográfica e análise qualitativa de dados.

A pandemia da covid-19 como impulsionadora do desenvolvimento da justiça digital no Brasil

No início de 2020, a ameaça de uma pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 (Covid-19), exigiu do Poder Público a adoção de medidas sanitárias com o objetivo de conter a disseminação do vírus. Entre as disposições ade-

ridas, a indicação do isolamento e distanciamento social mostrou-se ser a providência necessária para combater a doença. O Poder Judiciário, assim como os demais setores ocupacionais - com exceção dos serviços essenciais - tiveram que, de um dia para o outro, encontrar uma solução plausível com a situação vivenciada.

A pandemia transformou-se, para além de uma emergência de saúde pública, um fenômeno social (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021), demandando da sociedade a busca por alternativas viáveis para a manutenção da rotina urbana. Entretanto, não havia tempo hábil para a reorganização dos setores ocupacionais e diversas medidas foram incrementadas rapidamente, para não colocar em risco a vida dos indivíduos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Decisões que estavam sendo consolidadas há muito tempo e que levariam anos para serem efetivamente incrementadas - como a informatização completa do judiciário e o teletrabalho aplicado a todos os servidores - passaram a ser ordenadas em dias ou horas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021). O distanciamento social imposto pelas autoridades produziu reflexos acentuados no funcionamento da atividade jurisdicional, necessitando da implementação e ampliação de práticas inovadoras no Poder Judiciário (BUZZI, 2021).

A imposição de medidas sanitárias severas afetou diretamente o sistema econômico. A proibição do funcionamento dos comércios e a restrição da circulação dos indivíduos pelos estabelecimentos comerciais abalou o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil em 2020, que finalizou o ano com queda de 4,1%, a maior em 25 anos. Além do choque causado aos variados ramos da economia, o índice de desemprego e de empresas com falência decretada aumentou.

Consequentemente, o número de conflitos judicializados passaram a crescer, o que demandou ainda mais do Estado, visto que houve a necessidade de readequar a continuidade da prestação jurisdicional ao mesmo tempo em que precisava resolver as questões em andamento e analisar os novos litígios (BUZZI, 2021). Conforme demonstram os dados da pesquisa "Justiça em Números 2021" elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2020 houve o ingresso de 17,6 milhões de ações originárias (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Apesar deste cenário complexo, a virada tecnológica (NUNES; PAOLINELLI, 2022) do Poder Judiciário revelou que os aparatos eletrônicos são instrumentos viabilizadores e impulsionadores do princípio da celeridade processual. Não há, aqui, apenas uma modificação de caráter instrumental, mas também uma transformação da lógica do sistema de justiça, com a mudança de seus institutos, métodos, agentes e atores (NUNES; PAOLINELLI, 2022).

Com tantas inovações e adaptações proporcionadas pelo crescente in-

cremento dos instrumentos tecnológicos no sistema judiciário, bem como com as inúmeras vantagens auferidas, seria lógico concluir que a tecnologia mostrou-se uma 'salvação', como se não existissem barreiras para sua completa adoção. Todavia, as lentes da revolução tecnológica não podem ofuscar os percalços enfrentados por uma sociedade desigual, principalmente em relação ao acesso à justiça.

Nessa análise, faz-se necessário traçar um contraponto entre a tecnologia e o acesso à justiça para entender se a incrementação dos dispositivos eletrônicos poderá, em certo grau, criar barreiras à garantia do acesso à justiça, principalmente em relação à indivíduos economicamente vulneráveis.

As barreiras do acesso à justiça para o implemento da justiça digital no Brasil

Há uma grande diferença na maneira como se pode enxergar o incremento tecnológico no sistema judiciário. Sob um ângulo inovador, é possível observar o caráter renovatório e transformador que o instrumento digital propicia, com as incontáveis vantagens que melhoram tanto o serviço prestado pelos servidores, quanto o serviço prestado à população. Nesta visão, a tecnologia surge como uma chave para 'solucionar' o sistema, podendo resolver tudo com o aprimoramento dos mecanismos digitais.

Por outro lado, ao reajustar o ângulo à uma visão real da sociedade brasileira, observa-se que grandes são as barreiras para o incremento da tecnologia no Poder Judiciário. As acessibilidades linguística, estrutural e, agora, tecnológica (PASCHOAL, 2021), devem ser levadas em consideração no debate sobre o progresso advindo da virada tecnológica, para que 'heroicos' benefícios não encubram possíveis retrocessos.

Fato é que o acesso à justiça começa fora do judiciário. Em seu estudo, Susskind (2017) aponta três dimensões de obstáculos do acesso à justiça para os cidadãos que não têm um conhecimento jurídico apurado. Em primeiro lugar, o autor indica a dificuldade do reconhecimento de um problema jurídico diante de uma situação vivenciada, ou seja, os indivíduos não conseguem identificar seus direitos quando da ocorrência de um fato.

O segundo desafio é a dificuldade em selecionar a melhor fonte de orientação jurídica, seja através de um advogado, um órgão público, ou uma fonte confiável. Como terceiro aspecto, e compatível ao segundo, Susskind aponta a própria prestação do serviço jurídico, pois, em um ambiente "*multi-sourcing*", isto é, com vários 'fornecedores', torna-se difícil encontrar um auxílio efetivo.

Isso demonstra que a discussão sobre o acesso à justiça está um passo atrás da discussão sobre a inclusão de mecanismos tecnológicos no sistema judiciário. É essencial pensar em ferramentas que possibilitem aos cidadãos compreender seus direitos, conhecer os meios pelos quais podem levar suas

demandas ao judiciário (PASCHOAL, 2021) e, principalmente, enxergar o fato gerador do direito ou sua violação.

Conforme o relatório "*Rule of Law Index*" do projeto *World Justice Project*, que compara dados relacionados ao acesso à justiça em mais de 100 países, em 2019, antes da pandemia da Covid-19, o Brasil já era considerado um país com elevado nível de conflituosidade e baixo nível de acessibilidade ao sistema de justiça.

A pesquisa mediu se pessoas comuns conseguiam resolver suas queixas de forma pacífica e eficaz através do sistema de justiça civil e se tais sistemas eram acessíveis. O relatório mostrou que em 2019, o Brasil classificava-se na posição 57 entre 126 países, o que indica um baixo nível de acesso à justiça. Posteriormente à pandemia da Covid-19, já com a Justiça Digital implementada, a mesma pesquisa, que mediu os mesmos critérios elencou o Brasil na posição 77 entre 142 países, demonstrando um pequeno - e insuficiente - avanço em relação à acessibilidade da justiça.

Ainda, o relatório "*Global Insights on Access to Justice*", do mesmo projeto, que compara dados relacionados ao acesso à justiça em mais de 100 países, indicou que em 2019, no Brasil, 69% dos cidadãos experenciaram um problema passível de ser levado à juízo nos dois anos anteriores ao estudo. No entanto, desse alto percentual, apenas 13% buscaram ajuda, que não necessariamente foi jurídica. Desse grupo, 10% procuraram assistência jurídica do Governo e somente 1% direcionou seu problema a uma instituição formal, como Tribunal, Polícia ou Órgão Governamental.

As pesquisas analisadas demonstram que há um grande número de "ausentes" no sistema de justiça, fato que pode ser relacionado às dificuldades enfrentadas pelos indivíduos para vindicar suas questões perante o Poder Judiciário (SURIANI, 2022), principalmente após o incremento da Justiça Digital. Ou seja, com base em tais dados, verifica-se inicialmente que a virada tecnológica do Poder Judiciário, apesar de ter trazido melhorias em relação à funcionabilidade do sistema judicial, não foi tão eficaz quanto à acessibilidade.

É possível afirmar, portanto, que antes de se discutir a adoção de tecnologias pelo Poder Judiciário, deve-se entender que o problema da acessibilidade é intrínseco ao próprio sistema, pois não há acesso à justiça se os cidadãos titulares da garantia não tiverem consciência de seus direitos e das assistências necessárias para sua proteção (PASCHOAL, 2021).

Inúmeros problemas com potencial para serem judicializados são excluídos do alcance da jurisdição, principalmente em relação a grupos vulneráveis que não têm acesso às informações necessárias ao exercício de seus direitos (PASCHOAL, 2021), pois, em muitos casos, não conseguem sequer identificar que ali existe um direito. Para Boaventura de Souza Santos (1986), a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é maior quanto mais baixo seu status social. O autor pontua que tais indivíduos tendem

a desconhecer seus direitos e não identificar um problema jurídico. Assim, mesmo quando reconhecido o problema como jurídico, os indivíduos de classe mais baixa hesitam muito mais que os outros para recorrer aos tribunais.

Com vistas a criar um mecanismo de auxilie no problema, Susskind (2017) sinaliza que o acesso à justiça não deve pairar-se apenas sobre a garantia a uma adequada resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, mas também a uma "promoção da saúde legal". Isso significa que o acesso à justiça vai além, devendo evitar que os problemas que surgem se tornem excessivamente complexos.

Assim, a prevenção de litígios é uma ferramenta necessária, que começa com a devida prestação de informação ao cidadão e a garantia da adequada aplicação da lei. A partir do momento em que passam a conhecer mais a legislação, os indivíduos desenvolvem autonomia, o que facilita o acesso aos recursos legais (SUSSKIND, 2017).

Sob essa ótica, o estímulo à saúde legal é uma ferramenta apta a ser utilizada contra uma das barreiras do acesso à justiça, podendo a própria tecnologia ser uma aliada no desenvolvimento dessa promoção. Para isso, é indispensável que um criterioso planejamento seja feito por uma equipe coordenada, envolvendo diversos atores do sistema, com uma análise sensível às barreiras intrínsecas do acesso à justiça (SURIANI, 2022).

As barreiras de acessibilidade estrutural, linguística e tecnológica na sociedade brasileira

A realidade da sociedade brasileira demonstra grandes níveis de desigualdade, seja econômica, cultural, linguística ou qualquer outra forma que impossibilite o alcance a direitos fundamentais. Dados de 2024 do *Global Wealth Report* indicaram que o Brasil está em 3º lugar entre os 56 países mais desiguais e com pior índice de distribuição de riqueza do mundo, ficando atrás apenas da Rússia e da África do Sul.

Dierle Nunes e Camilla Paolinelli (2022) já alertavam que todas as barreiras enfrentadas na busca pela garantia do acesso à justiça devem ser estritamente refletidas e problematizadas, visto o grande paradoxo causado pela inclusão tecnológica: ao mesmo tempo em que traz grandes benefícios a uma tramitação eficiente, eficaz e acessível a quem tem ao seu alcance os aparatos digitais, pode também acentuar a exclusão, de modo a reforçar um sistema não aliado ao Estado Democrático de Direito.

Alternativas devem ser pensadas e desenvolvidas para que a falta de acessibilidade seja superada, de modo a combater as barreiras do acesso à justiça. A adoção de mecanismos de efetivação não depende apenas do Poder Judiciário, visto que demandam atuação conjunta dos demais Poderes para que políticas públicas sejam criadas e fomentadas com o objetivo espe-

cífico de garantir um acesso eficaz e pleno ao sistema de justiça.

Apesar do alto grau de litigiosidade no Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023), as pesquisas analisadas indicam que há um grande número de "ausentes" no sistema de justiça, fato que pode ser relacionado às barreiras enfrentadas na garantia de um acesso à justiça integral (SURIANI, 2022). O princípio do acesso à justiça, insculpido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não objetiva garantir apenas o acesso formal aos mecanismos do sistema de justiça, mas sim um acesso qualificado que assegure ao cidadão isonomia.[1] Neste sentido, verifica-se que o acesso à justiça deve ser analisado através das barreiras estruturais, linguísticas e tecnológicas que abrangem os diversos problemas que impedem indivíduos vulnerabilizados de acessarem o sistema judiciário.

A acessibilidade estrutural relaciona-se diretamente à baixa participação dos cidadãos nos espaços judiciais, o que indica que há pouca percepção dos direitos que podem ser vindicados por seus titulares. Em consonância, a acessibilidade linguística está ligada à assimetria informacional existente entre os grupos sociais, visto que a distância dos cidadãos com a justiça é maior quanto mais baixo seu status social (SANTOS, 1986). No tocante à acessibilidade tecnológica, dados do IBGE de 2024 demonstraram que uma parcela da população brasileira não tem acesso à dispositivos eletrônicos, o que confirma a necessidade de um olhar apurado à inclusão tecnológica pelos Tribunais.

Para a superação da falta de acessibilidade estrutural, torna-se fundamental repensar os espaços do Poder Judiciário, de modo que a participação democrática nesses ambientes seja adequada e permitida (PASCHOAL, 2021). Em muitos casos, a própria estrutura física do sistema é prejudicial à garantia do acesso à justiça (PASCHOAL, 2021).

De igual modo, a acessibilidade linguística demanda dos agentes uma remodelação dos costumes, para que informações claras sejam devidamente levadas à indivíduos leigos. Torna-se necessário, portanto, que o cidadão seja colocado no centro das atividades de gestão e gerenciamento (IWAKURA, 2022). A acessibilidade linguística pode, inclusive, ser explorada com os ferramentais tecnológicos, visto que atualmente discussões sobre *Legal Design* ganham força ao redor do mundo.

O *Legal Design* é uma técnica que objetiva criar sistemas e produtos jurídicos a partir das experiencias dos usuários. Ou seja, coloca-se o indivíduo no foco do sistema para criar mecanismos tecnológicos que facilitem a co-

1 Ainda, Kazuo Watanabe assevera que: "Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de processo**, v. 36, n. 195, p. 384, maio, 2011.

municação entre as partes e o entendimento de todos os sujeitos envolvidos. Percebe-se a técnica como uma das possibilidades para o enfrentamento das barreiras que permeiam o acesso à justiça em âmbito tecnológico (IWAKURA, 2022).

No tocante à acessibilidade tecnológica, deve-se levar em consideração os dados sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil. Apesar da ampliação da população com acesso à *internet* no país, o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC) indicou que, em 2024, cerca de 20 milhões de indivíduos nunca acessou a *internet* no Brasil. Ainda, a pesquisa expõe que entre os que nunca utilizaram a *internet*, 42% dos indivíduos têm 60 anos ou mais, 22% são das classes D e E e 18% estudaram até o Ensino Fundamental.

A partir destes dados, é possível o uso da nomenclatura 'Invisibilidade Digital' (GABARDO; REYNA; SANTOS, 2020) para representar os indivíduos sem acesso aos aparatos tecnológicos, devido à assimetria socioeconômica. À nomenclatura cunhada por Gabardo, Reyna e Santos, adiciona-se, neste estudo, os indivíduos que, apesar de terem condições financeiras para adquirirem aparelhos digitais, não têm aptidão técnica para utilizá-los. Isso demonstra que o uso e aplicação da Justiça Digital está ligado não apenas às barreiras de acessibilidade estrutural e linguística, mas também - e neste caso, principalmente - às barreiras de acessibilidade tecnológica, na qual se incluem os Invisíveis Digitais.

Cita-se, como exemplo geral, a concessão do Auxílio Emergencial pelo Governo Federal Brasileiro durante a pandemia da Covid-19. O programa foi desenvolvido como uma política de distribuição de renda, para auxiliar indivíduos carentes atingidos pelos efeitos econômicos e sociais no momento de crise sanitária. O acesso ao programa era feito através do celular, no qual os cidadãos tinham que se cadastrar e fornecer seus dados para solicitar o auxílio ao Poder Público. O valor seria depositado em uma conta digital, na qual o indivíduo poderia visualizar seu saldo, realizar transferências e pagar contas, tudo através somente do celular.

Todavia, conforme demonstrado, existem indivíduos sem acesso à *internet*, celular ou computador e outros que, apesar de terem acesso, não sabem utilizar os aparatos eletrônicos, denominados invisíveis digitais. Neste sentido, a pesquisa "Auxílio Emergencial no Brasil", de 2022, apontou que a adoção da tecnologia para a efetivação da política pública conflitou diretamente com a realidade social brasileira de baixo acesso à *internet* e às redes móveis, principalmente sobre povos indígenas, comunidades quilombolas e tradicionais.

O estudo apontou que a aplicação de direitos sociais prestacionais realizada por condições de acesso limitadas ao uso de dispositivos tecnológicos impôs obstáculos ao exercício de outros direitos. Esse fator se agrava quando percebe-se que o referido auxílio era destinado à pessoas que estavam no

Cadastro Único para Programas Sociais, ou seja, indivíduos de baixa renda que se enquadravam como invisíveis digitais.

Assim, é necessário entender que o incremento da tecnologia pelo Poder Público e, especificamente, pelo Poder Judiciário, deve ser feito de forma planejada, para que não seja construído um judiciário excludente (PASCHOAL, 2021). Para Engstrom e Gelbalch (2020), um processo judicial democrático e justo é aquele que disponibiliza a juízes e litigantes *legal techs* (ferramentas tecnológicas judiciais) de forma igualitária, no qual todas as partes tenham acesso equivalente e completo às tecnologias. Além disso, é necessário que haja informação adequada e auxílio às partes no uso dos dispositivos digitais, para que consigam utilizar a tecnologia em benefício próprio.

O acesso à justiça parte da construção de instrumentos viabilizadores de informação aos indivíduos, para que consigam identificar seus direitos. A partir disso, o titular deve ser conhecedor de todas as ferramentas disponíveis para a tutela de seu direito, de forma que possa conscientemente escolher os instrumentos que estão a sua disposição (PASCHOAL, 2021). Assim, será possível garantir a acessibilidade e a inclusão digital de todos os indivíduos, de modo a promover uma justiça realmente efetiva e capaz de assegurar tutela eficiente a todos os litigantes.

Considerações finais

As transformações tecnológicas aplicadas ao Poder Judiciário durante a pandemia da Covid-19 modificaram toda a estrutura do sistema de justiça. A adoção da tecnologia, que vinha sendo implementada aos poucos, tomou uma grande proporção, de maneira a converter os métodos procedimentais, que passaram a ser digitais.

Os instrumentos eletrônicos efetivaram a prestação jurisdicional, pois combateram a morosidade - pela diminuição dos "tempos mortos" - ao mesmo tempo em que proporcionaram economia financeira e processual, redução de etapas e maior transparência na tramitação do processo.

Com o alcance do princípio da celeridade, o Judiciário se reinventou e passou a incluir, de forma cada vez mais acentuada, os aparatos digitais. A mudança de cenário permitiu o trabalho remoto de juízes e serventuários, a transmissão virtual e em tempo real das audiências e sessões de julgamento, a ampliação da digitalização de autos físicos e demais benefícios que agregaram ao regular desempenho da justiça. Entretanto, a realidade desigual da sociedade brasileira é um alerta para que as barreiras do acesso à justiça sejam devidamente analisadas, de modo que a adoção da tecnologia no sistema não o torne mais excludente.

Não obstante a todas as potencialidades, há um risco contraposto: simultaneamente ao progresso ocasionado pelo incremento tecnológico, os recursos digitais podem acentuar a exclusão de determinados grupos do Ju-

diciário ou mascarar problemas estruturais do acesso à justiça.

Com vistas a abranger indivíduos sem acesso, devem ser criadas formas de levar a inclusão digital às comunidades com insuficiência financeira ou cultural, cedendo toda a infraestrutura informacional adequada e pessoas habilitadas para auxiliar a população. Como exemplo, a Resolução 345/2020 do CNJ, que propôs o Juízo 100% Digital, tentou afastar as barreiras do acesso à justiça em ambiente tecnológico, orientando os Tribunais que pretendem adotar o sistema a fornecer infraestrutura adequada de informática e telecomunicação para o auxílio aos indivíduos sem acesso.

Ainda, Tribunais têm criado salas nos órgãos de justiça para que as partes possam participar das videoconferências, quando optarem pela modalidade remota do processo. Outro projeto que está sendo desenvolvido é a construção de Fóruns Digitais, com a finalidade de levar acessibilidade tecnológica e acesso à justiça, também com a infraestrutura digital adequada e profissionais técnicos preparados para auxiliar à população.

Entretanto, conforme abordado, ainda que visem distanciar os percalços do acesso à justiça pelas vias tecnológicas, as medidas observam apenas o caráter extrínseco do problema, pois não combatem os demais obstáculos da acessibilidade. Há, ainda, um longo caminho para percorrer, devendo a evolução tecnológica acompanhar o desenvolvimento de políticas públicas que assegurem a devida inclusão de todos os cidadãos no sistema judicial.

Com base nessa premissa, o presente estudo identificou que o progresso tecnológico no sistema judiciário brasileiro dificulta a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça dos invisíveis digitais, o que exige que o Poder Público esteja atento a tais fatores para promover um sistema judicial inclusivo, eficiente e equitativo.

Referências

ADORNO, Hélcio Luiz Júnior; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. Processo judicial eletrônico, acesso à justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional. **Revista Universitas**, São Paulo, ano 6, n. 11, jul./dez. 2013.

AGÊCIA IBGE. **PIB cresce 3,2% no 4º tri, mas fecha 2020 com queda de 4,1%, a maior em 25 anos.** Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/ 2012-agencia- de-noticias/ noticias/ 30166- pib-cresce- 3-2- no-4- tri-mas- fecha-2020- com-queda- de-4- 1-a-maior- em-25-anos. Acesso em: 23 de nov. 2024.

AGÊNCIA IBGE. **Desemprego na pandemia atinge maior patamar da série na 4ª semana de agosto**. Disponível em: https:/ /agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia- noticias/ 2012-agencia- de-noticias/ noticias/ 28909-desemprego- na-pandemia- atinge-maior- patamar-da- serie-na- 4-semana- de-agosto. Acesso em 23 de nov. 2024.

BUZZI, Marco Autérlio G. Sistema de Justiça Multiportas: a garantia do acesso ao

judiciário em tempos de pandemia da Covid-19. In **Tecnologia e Justiça Multiportas**, org. FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia N., São Paulo: Editora Foco, 2021.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. 1. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CETIC.BR. **Pesquisa TIC Domicílios 2023**. Disponível em: https://cetic.br/ pt/ publicacao/ pesquisa-sobre- o-uso- das-tecnologias- de-informacao- e-comunicacao- nos-domicilios- brasileiros-tic-domicilios-2023/. Acesso em 23 de nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fórum Digital leva inclusão e acesso à justiça para Mirante da Serra (RO).** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ forum-digital- leva-inclusao- e-acesso- a-justica- a-mirante- da-serra-ro/. Acesso em 23 de nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ wp-content/ uploads/ 2021/ 11/relatorio- justica-em-numeros2021-221121.pdf. Acesso em 23 de nov. 2024.

NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ wp-content/ uploads/ 2023/ 08/ justica- em-numeros- 2023.pdf. Acesso em 23 de nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Salas Passivas garantem acesso digital ao Judiciário de Mato Grosso.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ salas-passivas- garantem-acesso- digital-ao- judiciario-de- mato-grosso/. Acesso em 23 de nov. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira. 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, abr. 2020.

DERECHOS DIGITALES. **O Auxílio Emergencial no Brasil**: desafios na implementação de uma política de proteção social datificada, 2022. Disponível em: https://www.derechosdigitales.org/ wp-content/ uploads/ 01_Informe- Brasil_Inteligencia-Artificial- e-Inclusao_PT_22042022.pdf. Acesso em 23 de nov. 2024.

ENGSTROM, David Freeman; GELBALCH, Jonah B. Legal Tech, Civil Procedure and the Future of Adversarialism. **University of Pennsylvania Law Review**, março, 2020.

GABARDO, Emerson; REYNA, Justo; SANTOS, Fábio de Souza. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v.41, n.85, 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30.

GOV.BR. **Do Eletrônico ao Digital**. Disponível em: https://www.gov.br/ governodigital/ pt-br/ estrategia-de- governanca-digital/ do-eletronico- ao-digital. Acesso em 23 de nov. 2024.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Legal design e acesso à justiça: criação de sistemas processuais eletrônicos acessíveis e ferramentas intuitivas no ambiente jurídico digital. In **Direito Processual e Tecnologia**, org. LUCON, Paulo Henrique; NUNES, Dierle; WENECK, Isadora, Salvador: Juspodivm, 2022.

MARCACINI, Augusto Rosa Tavares; PEREIRA, José Luiz Parra. Uma breve reflexão sobre a citação e a intimação na era digital: incertezas e consequências. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 42, n. 270, ago. 2017.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. Acesso à justiça e virada tecnológica no sistema de justiça brasileiro: gestão tecnológica de disputas e o alinhamento de expectativas para uma transformação com foco no cidadão - novos designs, arquitetura de escolhas e tratamento adequado de disputas. In **Direito Processual e Tecnologia**, org. LUCON, Paulo Henrique; NUNES, Dierle; WENECK, Isadora, Salvador: Juspodivm, 2022.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. Acesso à justiça, tecnologia e o nosso realismo esperançoso de cada dia. In **Tecnologia e Justiça Multiportas**, org. FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia N., São Paulo: Editora Foco, 2021.

ROZA, Rodrigo Hipólito. TICs na Aprendizagem Sob a Perspectiva Sociointeracionista. **Revista on-line de Política e Gestão Educacional** - RPGE, Araraquara, v. 22, n. 2, mai./ago. 2018. DOI: 10.22633/ rpge.v22.n2.maio/ ago.2018.11173/ issn.1519-9029.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, 1986.

SCHAFF, Adam. **A sociedade informática**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SURIANI, Fernanda Mattar F. A transformação digital dos tribunais e o impacto no acesso à justiça. In **Direito Processual e Tecnologia**, org. LUCON, Paulo Henrique; NUNES, Dierle; WENECK, Isadora, Salvador: Juspodivm, 2022.

SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future. 2. ed. **Oxford University Pres**s, 2017.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

UBS. **Global Wealth Report 2024**. Disponível em: https://www.ubs.com/ global/ pt/wealthmanagement/ latamaccess/ wealth-planning/ global-wealth- report-2024. html#gwr1. Acesso em 23 de nov. 2024.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de processo**, v. 36, n. 195, maio, 2011.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Global Insights on Access to Justice 2019**. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/ our-work/ publications/ special-reports/ global-insights- access-justice-2019. Acesso em 23 de nov. 2024.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index 2021**. Disponível em: https:// worldjusticeproject.org/ our-work/ research- and-data/ wjp-rule- law-index-2021. Acesso em 23 de nov. 2024.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index 2024**. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/ rule-of- law-index/ downloads/ WJPIndex2024. pdf. Acesso em 23 de nov. 2024.

Apoio Cultural:

www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br

www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 1
IX CIDHCoimbra 2024

Organizadores:
Vital Moreira
Jónatas Machado
Carla de Marcelino Gomes
Catarina Gomes
César Augusto Ribeiro Nunes
Leopoldo Rocha Soares

Edições Brasil

ISBN 978-65-5104-101-3

EDITORA BRASÍLICA